

Quaderni di giurisprudenza del lavoro

luglio-dicembre 2012
anno I n. 2

Orientamenti
del Tribunale
di Bergamo e della
Corte di Appello
di Brescia

Focus
Operazioni
Societarie



CONFINDUSTRIA BERGAMO

Quod nescire nos Dominus voluit, libenter nesciamus.
S. Agostino (En. in ps. 6, 2)

SOMMARIO

Parte I[^]

Giurisprudenza

<i>In primo piano - Tribunale di Bergamo n. 148 del 14 febbraio 2012 (trasferimento d'azienda)</i>	pag. 7
Tribunale di Bergamo n. 706 del 21 luglio 2011 (qualificazione)	pag. 13
Tribunale di Bergamo n. 846 del 7 ottobre 2011 (somministrazione di lavoro e sicurezza lavoratori)	pag. 20
Tribunale di Bergamo n. 220 del 8 marzo 2012 (responsabilità datore per danni amianto)	pag. 29
Tribunale di Bergamo n. 350 del 12 aprile 2012 (contratto a termine)	pag. 34
Tribunale di Bergamo n. 608 del 30 giugno 2011 e Corte d'Appello di Brescia n. 144 del 22 marzo 2012 (licenziamento)	pag. 41
Sezione aggiuntiva: altre corti d'appello Tribunale di Milano n. 997 del 22 settembre 2011 (licenziamento)	pag. 52

Parte II[^]

Problemi e soluzioni: le linee guida del Coordinamento giuridico
dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo

Febbraio 2012 (lettera modifica titolarità rapporto di lavoro)	pag. 59
Maggio 2012 (conciliazioni individuali in occasione di trasferimento d'azienda)	pag. 62

Parte III[^]

Dottrina

Focus: le operazioni societarie

Approfondimenti

G. Bertino

La responsabilità penale connessa al trasferimento d'azienda pag. 64

M. Mariani

Effetti del trasferimento d'azienda sui contratti di lavoro autonomo pag. 72

F. Parea

Il trasferimento dell'azienda in crisi pag. 79

G. Rota

Trasferimento d'azienda e licenziamento pag. 88

Risposte a quesito

M. Brisciani

(trasferimento d'azienda e gestione dei fondi) pag. 94

R. Radulescu

(trasferimento d'azienda e crediti del lavoratore) pag. 98

Altre risposte a quesito

G. Bonati

(sistemi di turnazione e maturazione degli istituti) pag. 104

Appendice

Confindustria Bergamo - Ordine degli Avvocati di Bergamo

Concorso di elaborazione dottrinale su tematiche lavoristiche pag. 111

Si precisa che le note e gli articoli inseriti nel quaderno riportano il pensiero degli autori e non sono pertanto impegnativi per l'associazione, inoltre le indicazioni riportate nella parte I[^] hanno carattere specifico e non possono trovare applicazione per analogia, quelle riportate nelle parti II[^] e III[^] hanno carattere generale, quindi non possono trovare applicazione diretta ed immediata occorrendo l'indispensabile valutazione preliminare di ogni singola fattispecie.

Bergamo, giugno 2012

Gli approfondimenti di dottrina e le risposte a quesito della parte II[^] e III[^] di questo numero dei “Quaderni” riguardano i trasferimenti d’azienda/ramo d’azienda, in continuità con il tema approfondito dalla sentenza “in primo piano” del Tribunale di Bergamo n. 148 del 14 febbraio 2012, in commento nella parte I[^] e che concerne specificamente i criteri di determinazione del perimetro del ramo d’azienda oggetto di trasferimento. Si è inteso in particolare indagare le complesse problematiche interpretative del disposto dell’art.2112 c.c. e delle altre norme che disciplinano le vicende traslative dei contratti (di lavoro dipendente, di lavoro autonomo, collettivi) in essere presso l’impresa trasferente. L’analisi condotta risente sia della relativa novità di alcune discipline legislative, tra cui soprattutto il D.L. 25.09.2009 n. 135, sia della complessità delle declinazioni che possono di fatto contraddistinguere le procedure di trasferimento, dalle quali deriva la difficile identificazione di principi estensibili alla generalità delle situazioni riscontrabili. Uno specifico approfondimento è dedicato al tema della risoluzione dei rapporti di lavoro eventualmente disposta da una delle parti del contratto di trasferimento, per cercare di identificare l’ambito effettivo delle limitazioni che il dettato legislativo oppone all’adozione di tale provvedimento, come appaiono nei giudicati di merito e di legittimità. Per quanto attiene la deroga alle tutele dei lavoratori realizzabile nelle ipotesi di trasferimento di aziende in situazione di crisi, ai sensi dell’attuale formulazione dell’art.47 della Legge n.428/1990, l’analisi è stata prevalentemente condotta sulla recente dottrina e vengono suggerite possibili interpretazioni vevoli nelle more di un adeguato vaglio giudiziario. Le risposte a quesito affrontano infine aspetti assicurativi, previdenziali, amministrativi e contabili, in quanto anch’essi elemento di rilievo per una corretta impostazione e gestione operativa delle procedure di trasferimento.

Tutte le disamine sono state realizzate dagli autori con l’obiettivo di integrare la collazione della normativa e delle interpretazioni, dottrinali e giudiziarie, con qualche indicazione di modalità gestionali che agevolino il contenimento del rischio di violazione del quadro normativo di riferimento, per quanto la mutevolezza delle discipline in commento e delle interpretazioni giudiziarie non consenta di esprimere valutazioni certe e non revisionabili.

*Maurizio Del Conte
Stefano Malandrini
Federico Parea*

Parte I[^] - Giurisprudenza

In primo piano - Tribunale di Bergamo sentenza n. 148 del 14 febbraio 2012 - Estensore Cassia (trasferimento d'azienda)

L'oggetto del trasferimento - sia esso l'azienda nel suo complesso ovvero una sua parte o ramo - è costituito da un'entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conserva la sua identità e consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo.

Perché si produca, in tale circostanza, l'effetto traslativo della titolarità dei singoli rapporti di lavoro è necessario che i dipendenti siano stabilmente addetti al ramo trasferito, non rilevando eventuali prestazioni rese occasionalmente.

Occorre pertanto, in caso di prestazioni miste, declinare il criterio della prevalenza: il lavoratore si può considerare addetto al ramo, quindi destinato ad essere trasferito alle dipendenze del cessionario, solamente quando si dimostri che egli svolgeva le relative mansioni in modo almeno prevalente rispetto ad altri compiti (1)

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE DI BERGAMO
SEZIONE LAVORO

In composizione monocratica in persona del dott. S. Cassia in funzione di Giudice del Lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nelle cause di lavoro nn. 2427/10, 2428/10, 2460/10 e 2509/10 promosse con ricorsi depositati il 13, 14 e 20 ottobre 2010 da

C. E., N. P., C. M. e P. A., con il proc.dom.avv. A.C. ATTORI

contro

s.r.l., con sede a S., in persona del legale rappresentante pro tempore, con i procc.avv. F. T., G. D. F. e A. M. ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. G. D. F. CONVENUTA

Causa chiusa a sentenza il 14 febbraio 2012.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

I ricorrenti in epigrafe espongono:

- di avere prestato attività lavorativa alle dipendenze di s.r.l., in qualità di operai (V livello, CCNL Industria metalmeccanica privata), con mansioni, rispettivamente, di addetto alla foratura e al taglio nel reparto preparazione, di montatore meccanico nel reparto montaggio, di addetto al reparto montaggio e di alesatore turnista nel reparto alessatura/macchine;
- che la datrice di lavoro, nell'ambito di un'unica organizzazione aziendale, produceva diverse tipologie di macchinari, per conto e su disegni di altre società (c.d. conto terzi) o per conto proprio (c.d. metal container);
- che la datrice di lavoro cedeva alla società convenuta il "ramo di azienda Metal container", comprensivo di magazzino, macchinari e attrezzature, know-how aziendale e 37 lavoratori;
- che il "ramo d'azienda" oggetto di cessione difettava dei caratteri di autonomia funzionale e di preesistenza rispetto alla cessione;
- che vi era commistione e intercambiabilità dei lavoratori addetti alle lavorazioni "conto terzi" e "metal container";
- che le mansioni dei ricorrenti erano fungibili rispetto a quelle svolte dai lavoratori oggetto di cessione;

- che il compendio aziendale non oggetto di cessione e rimasto in capo alla datrice di lavoro era privo di autonomia funzionale.

Tanto premesso, i ricorrenti in epigrafe convenivano avanti a questo Tribunale s.r.l. per ivi sentire dichiarare il diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro e condannare la società convenuta alla riammissione in servizio e al pagamento della retribuzione o al risarcimento del danno.

Si costituiva in giudizio s.r.l., contestando la fondatezza della domanda.

Esaminati sei testi, la causa veniva discussa e decisa all'udienza odierna.

s.r.l. (ora M+H I. s.r.l.) depositava note difensive.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda è infondata e va, pertanto, respinta.

Ai sensi dell'art. 2112 c. 1 c.c., "in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario e il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano".

La medesima disposizione, al c. 5 (come modificato dall'art. 32 d.lgs. 276/2003), definisce:

a) l'azienda come "attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità";

b) parte dell'azienda come "articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento" (tale formulazione è stata introdotta dall'art. 32 d.lgs. 276/2003, in sostituzione della definizione di ramo come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, "preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità").

La disposizione ex art. 2112 c.c. recepisce nell'ordinamento italiano le prescrizioni delle direttive 77/187/CEE e 98/50/CE, poi riunite nella direttiva 2001/23/CE.

In particolare, ai sensi dell'art. 1 c.1 lett b) dir. 2001/23/CE, "è considerato come trasferimento ai sensi della presente direttiva quello di un'entità, intesa come insieme di mezzi organizzati al fine di svolgere un'attività economica, sia essa essenziale o accessoria".

L'oggetto del trasferimento - sia esso l'azienda nel suo complesso ovvero una sua parte o ramo - è pertanto costituito da un'entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conserva la sua identità e consente l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo (cfr. CGCE C-51/00 Temco, punto 23; Cass. 17207/2002 e Cass. 6452/2009).

In armonia con la riferita nozione di "attività economica organizzata oggetto di trasferimento" e con la ratio di tutela della direttiva, l'autonomia delle parti della cessione (cui rinvia l'art. 2112 c.c., nella formulazione introdotta dall'art. 32 d.lgs. 276/2003; formulazione, peraltro, non riconducibile ai criteri posti dalla delega ex art. 1 c. 2 p. l. 30/2003) non è, invece, di per sé sufficiente ad attribuire a una pluralità di fattori produttivi - atomisticamente considerati - la qualifica di "ramo di azienda", essendo, invece, necessario individuare nell'oggetto del trasferimento una continuità organizzativa.

In caso di cessione di un ramo d'azienda, pertanto, l'insieme di fattori produttivi ceduti deve essere individuabile, quale attuale organizzazione all'interno della complessiva struttura aziendale del cedente (c.d. preesistenza) e proseguire, come tale, presso il cessionario (c.d. identità).

Nel caso in esame, l'istruttoria esperita ha permesso di accertare che:

1) s.r.l. in liquidazione, società cedente, produceva macchine “deformanti di contenitori cilindrici in alluminio” (attività denominata “metal container”) e altre macchine per la lavorazione di altri materiali (attività denominata “conto terzi”) (cfr. docc. 5 ricorrenti e 8 F.T.; cfr. testi C., P. e V.);

2) l’attività produttiva era organizzata, presso la società cedente, in vari reparti (cfr. testi C. e P.):

a) “preparazione”, per il taglio delle lamiere;
b) “collaudo”, per il controllo dei pezzi singoli, prima dell’assemblaggio;

c) “carpenteria”, per l’assemblaggio, saldatura e raddrizzatura dei singoli pezzi preparati, formando la c.d. carcassa della macchina;

d) “macchine utensili”, (torni, alese, frese), per la rifinitura, foratura e filettatura;

e) c.d. “acquario”, per la produzione di componenti interni della macchina;

f) “lavaggio e lucidatura”

g) “montaggio di pannelli solari”;

h) “montaggio”, per il montaggio, all’interno della carcassa, di pompe, tubi, quadro elettrico, altri elementi interni e copertura;

3) l’attività dei reparti “preparazione”, “carpenteria”, “macchine utensili”, era comune alla produzione di macchine “metal container” e “conto terzi”; gli operai addetti a tali reparti lavoravano indifferentemente su pezzi destinati a entrambe le produzioni (cfr. testi C. e P.);

4) in particolare, il capannone che ospitava il reparto “montaggio” era diviso in una zona dedicata al montaggio delle macchine “metal container” e un’altra per le macchine “conto terzi” (cfr. testi C. e P.);

5) al montaggio delle macchine erano adibite tre squadre; una per il montaggio delle macchine “metal container” due per il montaggio della macchine “conto terzi”; una delle squadre “conto terzi” poteva occasionalmente essere adibita al

montaggio “metal container” (cfr. testi C., P., C., C. e B.);

6) il ricorrente C. era addetto alla foratura e al taglio nel reparto “preparazione” (cfr. tesi C. e P.);

7) il ricorrente P. era alesatore nel reparto “macchine utensili” e addetto al collaudo (cfr. testi C., P. e C.);

8) i ricorrenti N. e C. erano montatori meccanici nel reparto “montaggio”, nella squadra “conto terzi” occasionalmente adibita al “metal container”; i ricorrenti, nei due anni precedenti alla cessione, hanno montato esclusivamente macchine “conto terzi” (cfr. testi P., A. e C.);

9) l’attività produttiva di s.r.l., società cessionaria, consiste nel montaggio di elementi interni di macchine “metal container”, acquistate già assemblate da terzi, e nella produzione di componenti interni (cfr. testi Patelli, Cassina e Brignoli);

10) s.r.l. ha acquistato le attrezzature del montaggio “metal container”, le macchine presenti nel reparto “acquario”, un seghetto, trapani e una macchina di misura (cfr. testi P. e C.);

11) le macchine non acquistate da s.r.l. (seggetti, pantografo, cesoia, trapano multiplo, saldatrici, piegatrice, trancia, presse raddrizzatrici, scantonatrici e levigatrici, macchine di controllo) sono rimaste presso la società cedente (cfr. teste P.).

Ebbene, l’istruttoria ha confermato che:

a) all’interno della società cedente era individuabile un insieme di fattori produttivi specificamente organizzati in funzione dell’attività di montaggio di macchine “metal container”;

b) l’organizzazione aziendale per il montaggio di macchine “metal container” è stata acquistata come tale dalla società convenuta e destinata al medesimo fine produttivo;

c) la società cedente ha conservato i restanti fattori produttivi, già precedentemente

organizzati per la produzione delle c.d. carcasse e per il montaggio di macchine “conto terzi”;

d) i ricorrenti non erano addetti al ramo oggetto di cessione.

Si deve, pertanto, concludere che le parti:

a) hanno correttamente individuato, quale oggetto di cessione, un ramo aziendale (montaggio di macchine “metal container”), residuando in capo alla cessionaria la restante parte dell’azienda;

b) hanno correttamente escluso i lavoratori ricorrenti dai fattori produttivi oggetto di cessione.

Sussistono giusti motivi, in relazione alle complesse questioni giuridiche e fattuali affrontate, per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede:

- 1) respinge la domanda;
- 2) compensa le spese di lite tra le parti.

(1) In seguito ad una cessione di ramo di azienda, i ricorrenti, che avevano prestato attività lavorativa in qualità di operai presso la società cedente, produttrice di varie tipologie di macchinari, adivano il Tribunale di Bergamo per ottenere il riconoscimento del diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro con la società convenuta, cessionaria del predetto ramo di azienda ed alla condanna della convenuta alla riammissione in servizio, oltrechè al pagamento della retribuzione o al risarcimento del danno.

La società cessionaria convenuta, da parte sua, si costituiva in giudizio, contestando la fondatezza della domanda.

La società cedente, prima della cessione, svolgeva nell’ambito della propria organizzazione aziendale, due tipi di attività

produttive: da un lato, il montaggio di macchinari “per conto terzi” e, dall’altro, il montaggio di macchinari metal container “per conto proprio”.

Il ramo di azienda, oggetto di cessione, era costituito dall’attività produttiva di montaggio di macchine “metal container”, comprensivo di magazzino, macchinari e attrezzature, know how aziendale e 37 lavoratori, dai quali erano stati esclusi i quattro ricorrenti.

Il compendio oggetto di cessione, nettamente individuabile all’interno della complessiva struttura aziendale della società cedente, era stato acquistato come tale - conservando quindi la propria identità - dalla società cessionaria e destinato da quest’ultima al medesimo fine produttivo svolto nella società cedente. Rimaneva, pertanto, la continuità organizzativa.

Dall’istruttoria testimoniale è emerso che i ricorrenti non erano addetti al ramo oggetto di cessione, al quale, peraltro, in passato erano stati adibiti solo occasionalmente.

Il Tribunale di Bergamo ha rigettato la domanda, ritenendo che le parti avessero correttamente individuato come oggetto di cessione il ramo aziendale di montaggio di macchine “metal container” e che avessero correttamente escluso dall’oggetto della cessione i quattro lavoratori ricorrenti.

La pronuncia in commento si allinea ad un recente orientamento giurisprudenziale in materia di cessione di ramo di azienda, fenomeno economico-imprenditoriale che in quest’ultimo decennio è apparso sempre più rilevante.

Il fenomeno in questione è, infatti, riconducibile in gran parte alla esigenza di riduzione dei costi, necessità accentuata in un periodo di crisi quale quello attuale.

L’art. 2112 c.c. definisce il ramo d’azienda come “articolazione funzionalmente autonoma di un’attività

economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”.

In tale definizione assume particolare importanza il concetto di “organizzazione” quale elemento utile per differenziare la fattispecie della cessione dell’azienda come tale, dal trasferimento di singoli beni aziendali.

L’entità economica oggetto del trasferimento può considerarsi organizzata quando i beni che la compongono sono tra loro funzionalmente collegati in modo stabile ed unitario.

L’autonomia funzionale dipende, pertanto, dalla circostanza che i mezzi che compongono il segmento oggetto del trasferimento siano organizzati in modo tale da consentire l’esercizio in forma imprenditoriale di un’attività economica.

La disciplina del trasferimento di azienda, che si applica anche alla cessione di ramo d’azienda, da tempo si trova al centro di un rinnovato interesse e di un susseguirsi convulso di modifiche normative, tra cui quella apportata dal D.Lgs. 276 del 2003, e di contrasti interpretativi, sia dottrinali che giurisprudenziali.

L’attuale disciplina giuslavoristica, dunque, in tema di trasferimento di azienda è il risultato di una serie di interventi mirati a contemperare gli interessi dei lavoratori ceduti da un lato con l’interesse dell’imprenditore alla competitività dall’altro.

Per quanto concerne la nozione di ramo d’azienda, è d’uopo ricordare, in particolare, l’apporto innovativo dato dal D.Lgs. 276/2003, che sul tema ha introdotto due principali novità: la scomparsa dal testo della disposizione del richiamo agli elementi della preesistenza e del mantenimento dell’identità dell’oggetto del trasferimento e l’introduzione del riferimento alla volontà di cedente e

cessionario con riguardo all’operazione di identificazione del ramo in vista del trasferimento.

La regolamentazione della materia, prevista dal codice civile, ha visto, dunque, continue e profonde modificazioni, soprattutto di matrice comunitaria, con il recepimento di alcune direttive europee e con l’elaborazione giurisprudenziale fornita dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

La definizione di ramo d’azienda contenuta nell’attuale versione dell’art. 2112 c.c. non contempla più i requisiti della preesistenza e del mantenimento dell’identità, prevedendo piuttosto che l’articolazione funzionalmente autonoma sia quella “identificata come tale da cedente e cessionario al momento del trasferimento”.

Sull’argomento è sorto un fervido dibattito giurisprudenziale. Secondo un orientamento la nozione di ramo d’azienda presuppone una preesistente realtà produttiva autonoma e funzionalmente esistente e non una struttura creata appositamente in occasione del trasferimento (Cass. 1° febbraio 2008 n. 2489; Cass. 17 luglio 2008 n. 19740).

L’orientamento in senso opposto, invece, ritiene che l’attività ceduta deve essere fornita di una propria specifica autonomia funzionale, che tuttavia essa non deve preesistere, ma può essere verificata solo al momento della cessione, quindi può trattarsi di una condizione che a quel momento può essere anche meramente potenziale (Trib. Milano 7 marzo 2007 n. 1231; Trib. Padova 5 febbraio 2007 n. 1079).

La questione è divenuta particolarmente attuale, specie a seguito del diffondersi di modelli organizzativi d’impresa sempre più leggeri, attraverso il trasferimento all’“esterno” di attività complementari al funzionamento

dell'impresa stessa, con forme di decentramento della produzione o dei servizi (c.d. forme di esternalizzazione) che non rientrano nel core business dell'azienda.

In tale contesto emerge il rischio che, in realtà, dietro ad operazioni definite di trasferimento di rami aziendali si celino veri e propri tagli del personale.

Al riguardo, proprio al fine di evitare un utilizzo improprio delle regole poste dall'art. 2112 c.c. quale strumento di espulsione di lavoratori dall'impresa, aggirando la disciplina che limita i licenziamenti, la giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 1° febbraio 2008, n. 2489) ha affermato che il lavoratore si può considerare addetto al ramo e, dunque, destinato ad essere trasferito alle dipendenze del cessionario solamente quando si dimostri che egli svolgeva le relative mansioni in modo almeno "prevalente" rispetto ad altri compiti eventualmente svolti.

E proprio tale aspetto costituisce l'argomento centrale della decisione del Tribunale di Bergamo in commento.

E' chiaro che la questione riguarda solo la fattispecie del trasferimento del ramo di azienda e non anche quella del trasferimento dell'intera azienda.

E', infatti, solo nel primo caso che può configurarsi un uso improprio del passaggio automatico dei rapporti di lavoro alle dipendenze del cessionario e un interesse del lavoratore a non essere incluso nel ramo oggetto di cessione.

Sul punto, la giurisprudenza da qualche tempo ha elaborato un limite generale per la legittimità delle vicende traslative, costituito dal carattere fraudolento dell'operazione di esternalizzazione. Si è affermato, infatti, che il trasferimento del ramo d'azienda è illegittimo quando si provi che esso è stato

posto in essere al solo scopo di eludere la disciplina a tutela dei lavoratori.

Tale prova è certamente difficile, in quanto in determinate circostanze può risultare davvero arduo provare la distinzione tra utilizzo fraudolento di un negozio giuridico e legittimo esercizio della libertà di iniziativa economica.

Recentemente, ad esempio, la Corte di Cassazione ha riconosciuto il carattere fraudolento di un trasferimento di ramo d'azienda rispetto al quale era stato dimostrato l'intento elusivo della normativa in materia di licenziamenti, dal momento che i lavoratori ceduti erano passati da un regime di stabilità reale ad un regime di stabilità obbligatoria. (Così Cass. 7 febbraio 2008 n. 2874).

In conclusione, da quanto precede, la fattispecie in esame costituisce un'autentica e genuina operazione di cessione di ramo d'azienda, poiché l'entità economica ceduta, nettamente individuabile all'interno della complessiva struttura aziendale della società cedente e preesistente all'atto di cessione, era stata acquistata come tale dalla società cessionaria e destinata da quest'ultima al medesimo fine produttivo perseguito nella società cedente, conservando, quindi, nel trasferimento la propria identità.

Nella sentenza in commento è stato considerato determinante il fatto che i lavoratori ricorrenti non fossero stati addetti in modo stabile al ramo d'azienda ceduto. Il Giudice ha attribuito, dunque, fondamentale rilevanza, ai fini dell'applicabilità della disciplina del trasferimento di azienda al caso di specie, all'elemento della stabilità.

Nello specifico, il Tribunale di Bergamo ha ritenuto di aderire al recente orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in ipotesi di trasferimento di azienda, la relativa disciplina si applica solo ai lavoratori stabilmente addetti al ramo

trasferito (Cass.10 settembre 2010 n. 19364; Cass. 17 marzo 2009 n. 6452; Trib. Milano 5 febbraio 2000), che passano con i beni ceduti al nuovo imprenditore. “In tema di cessione di azienda, onde evitare che il trasferimento si trasformi in semplice strumento di sostituzione del datore di lavoro (magari con minori garanzie per i lavoratori), è necessario collegare alla vicenda circolatoria di una parte dell’azienda (intesa come entità autonomamente organizzata all’interno di essa) tutti i dipendenti e solo quelli che a tale parte autonoma erano stabilmente addetti presso la cedente”.

Nel caso di specie, invece, era emerso dall’istruttoria testimoniale che i ricorrenti solo occasionalmente, e peraltro in un tempo risalente, erano stati adibiti all’entità economica ceduta, ossia il montaggio di macchine “metal container”.

Secondo il sopraccitato filone giurisprudenziale, dunque, al quale si allinea la pronuncia del Tribunale di Bergamo in commento, possono ritenersi “addetti” al ramo oggetto di trasferimento tutti e solo i dipendenti le cui mansioni si riferiscono stabilmente ed in via prevalente ad esso, e non anche gli addetti occasionali, come nel caso dei quattro lavoratori ricorrenti.

Alla luce dei principi sopra esposti, il Giudice ha conseguentemente escluso nel caso in esame la ricorrenza di una fattispecie di trasferimento di ramo di azienda.

*Nota a cura di:
Studio Legale Fava & Associati - Lawyers
Milano - Via Durini, 2*

Tribunale di Bergamo sentenza n. 706 del 21 luglio 2011 - Estensore Finazzi (qualificazione)

La presunzione assoluta di cui all’art. 69, c. 1, d.lgs. n. 276/2003 fa sì che in assenza di progetto la collaborazione coordinata e continuativa si converta automaticamente in un contratto di lavoro subordinato.

L’esistenza meramente formale del progetto (in concreto mai realizzato) va assimilata alla sua mancanza (2)

REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI BERGAMO
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Lavoro di Bergamo, Dr.ssa G. Finazzi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 1457/08, promossa con ricorso depositato in cancelleria in data 31.07.2008.

Oggetto: qualificazione
da

R. I., elett.domic. in Bergamo presso lo studio dell’avv. L. C., che lo rappresenta e difende unitamente all’avv. P. G.B., come da procura a margine del ricorso;
RICORRENTE

Contro

SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, sia congiuntamente che disgiuntamente, dagli avv.ti E. C. B. del Foro di Ravenna e G. S. del Foro di Bergamo, con elezione di domicilio presso lo studio di quest’ultimo, come da delega a margine della memoria di costituzione. **RESISTENTE**

Causa chiusa a sentenza il 21.07.2011

CONCLUSIONI

Ricorrente:

Come da ricorso depositato in data 31.07.2008

Resistente:

Come da memoria depositata in data 01.06.2010

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorrente, sig. R. I., dopo aver convenuto in giudizio la società s.p.a. (costituitasi in giudizio tardivamente, soltanto all'udienza dell'1-6-2010, nonostante la regolarità della notificazione), agisce in giudizio per ottenere l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso con la suddetta società dal 26 settembre 2005 sino al 20 aprile 2007, e con inquadramento quale impiegato di 8° livello, nonché della giusta causa delle dimissioni rassegnate con lettera del 20-4-2007, e per ottenere, altresì, la condanna della società convenuta al pagamento delle conseguenti differenze retributive, per l'importo complessivo di € 11.312,64.

La domanda è risultata fondata.

1) Per quanto attiene alla natura del rapporto intercorso tra le parti, è documentalmente provato che il ricorrente, in data 26 settembre 2005, ha sottoscritto con la società convenuta, un primo contratto di lavoro a progetto.

Secondo il testo dello scritto, l'incarico conferito al ricorrente avrebbe dovuto essere quello di "analisi e verifica dell'attuale offerta commerciale dell'area Nord; la definizione di nuove opportunità commerciali in ottica di diversificazione di clienti-mercati; implementazione dell'attuale data-base dei clienti" (cfr.doc.1 fasc.ric.).

Il ricorrente avrebbe dovuto realizzare il progetto secondo un preciso programma, costituito da tre fasi successive: "analisi della situazione attuale; programmazione dell'attività di marketing; sviluppo

dell'offerta in relazione al mercato attuale e potenziale; stesura di un piano di sviluppo commerciale e di accordi con partner a sostegno della strategia di marketing" (cfr.doc.1 fasc.ric.).

Un secondo contratto di contenuto analogo è stato stipulato dalle parti in data 26-9-2006 (cfr.doc.10 fasc.ric.)

Ammissa la validità formale dei progetti, le prove raccolte dimostrano che nei fatti il lavoratore non ha operato per la realizzazione degli stessi, bensì ha prestato l'ordinaria attività di "account manager", al pari dei colleghi di lavoro di uguale qualifica, inserendosi a pieno titolo nella rete commerciale della società, diretta dal direttore commerciale, P. F..

Precisato che la s.p.a. è una società che eroga servizi e consulenze nell'ambito I. S., svolge attività di realizzazione di soluzioni e servizi integrati per l'....., fornisce alle aziende servizi specializzati di consulenza e supporto per sistema E. O. E-B. S. (come indicato nei contratti conclusi con il ricorrente), vengono in considerazione le dichiarazioni rese dai testi escussi.

La teste A. R., all'epoca dipendente della B., quale addetta all'ufficio acquisti, ha raccontato che il ricorrente operava nell'area commerciale e specificamente "vendeva software e prodotti similari dell'azienda". Sempre secondo la teste, il R. era un account manager ed era dotato di una postazione di lavoro personale, disponendo di una scrivania, di un computer portatile, di un telefono fisso e di un telefono cellulare ed anche di un'auto aziendale.

A detta della teste, non seguiva un mercato particolare, ma seguiva varie tipologie di clienti, aziende e banche in Italia, ed era inserito nella rete commerciale coordinata dal direttore commerciale, P. F..

Di analogo tenore sono state pure le dichiarazioni della teste D. P., altra impiegata, la quale ha confermato che il

ricorrente svolgeva l'attività di agente o "commerciale esterno", nel senso che seguiva un pacchetto clienti e si recava presso ogni cliente per formulare le offerte ed acquisire l'ordine; vendeva hardware, software e anche progetti a livello sistematico informatico, servendosi dell'appoggio dei tecnici dell'azienda e del responsabile tecnico, sia per vendita del prodotto, sia per lo sviluppo dello stesso.

La teste ha ripetuto che il ricorrente faceva riferimento e riceveva disposizioni dal direttore commerciale.

La teste ha pure ricordato che almeno una volta alla settimana si teneva in azienda una riunione dei commerciali, che era diretta dal direttore commerciale, alla quale partecipava pure il ricorrente.

Infine, anche il teste S. F., non ha avuto esitazioni a raccontare che "il ricorrente era addetto al commerciale e in concreto si occupava della visita dei clienti, della vendita dei prodotti hardware e software e servizi sistemistici, in sostanza di tutti i prodotti che facevano parte del portafoglio dell'azienda".

Ha aggiunto che nel corso delle riunioni, il direttore commerciale dava le direttive su quali prodotti promuovere più insistentemente, nonché che il ricorrente non ha mai sviluppato alcun software.

In definitiva, come può ricavarsi dalle richiamate disposizioni testimoniali, assolutamente univoche e concordanti, il R. svolse unicamente l'attività di venditore dei prodotti commercializzati dalla società convenuta, inserendosi nella relativa e strutturata rete commerciale, questa coordinata e diretta dal direttore commerciale.

Non operò affatto al progetto, nelle sue tre fasi di realizzazione, così come delineate nel contratto di collaborazione: non vi è alcuna prova che egli abbia mai eseguito attività di analisi della situazione attuale, ovvero di programmazione di attività di

marketing, ovvero ancora di stesura di un piano di sviluppo commerciale (attività queste ultime che, se effettivamente svolte, la società convenuta avrebbe potuto facilmente dimostrare, attraverso la mera produzione di documenti).

A fronte di questi fatti, sono utili alcune considerazioni di diritto.

L'art. 61, comma 1, del d.lgs.276/2003 (c.d. legge Biagi), innovando rispetto al passato, sancisce che "ferma restando la disciplina per gli agenti e i rappresentanti di commercio, i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'articolo 409, n.3, del codice di procedura civile devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato, nel rispetto del coordinamento con la organizzazione del committente e indipendentemente dal tempo impiegato per l'esecuzione della attività lavorativa".

Interpretando questa disposizione legislativa (peraltro del tutto chiara nella sua lettera), in combinazione con le altre previsioni contenute nel decreto legislativo ed in particolare con quanto previsto dall'art.69, comma 1, del medesimo decreto (secondo cui "i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto"), deve ritenersi che nel nostro ordinamento, in assenza di un preciso progetto e salvo le specifiche eccezioni prese in considerazione dal medesimo decreto legislativo n. 276/2003 (cfr. art.61, commi due e successivi, e art. 70), non esista più la

figura, per così dire tipica e generale, del contratto di collaborazione coordinata e continuativa presa in considerazione del n. 3 dell'art.409 c.p.c.

Questa figura è stata sostituita con quella, altrettanto tipica, del contratto a progetto.

Ciò con la rilevante conseguenza che in assenza del progetto, e non soltanto, ma anche nel caso in cui il progetto ricorra formalmente, ma nei fatti il lavoratore non abbia prestato attività lavorativa in esecuzione dello stesso (praticamente come se avesse operato senza progetto), il rapporto di lavoro deve considerarsi, con una presunzione assoluta (perché in questo senso depono il primo comma dell'art.69), di natura subordinata.

In questa seconda ipotesi, infatti, l'esistenza meramente formale del progetto (in concreto mai realizzato) va equiparata alla sua mancanza.

E pertanto non essendo possibile ritagliare nel nostro ordinamento (salve le eccezioni di legge) un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa privo di progetto, automaticamente il rapporto sottostante il progetto non adempiuto, ricade nel rapporto subordinato, a prescindere da ogni indagine sulle sue modalità di svolgimento e dal fatto che lo stesso si sia svolto, o meno, secondo i canoni tipici della subordinazione.

Altra possibilità non è data.

E' pure vero che il comma 2 dell'art.69, dispone "che qualora venga accertato dal giudice che il rapporto instaurato ai sensi dell'articolo 61 sia venuto a configurare un rapporto di lavoro subordinato, esso si trasforma in un rapporto di lavoro subordinato corrispondente alla tipologia negoziale di fatto realizzatasi tra le parti (con la specificazione che ai fini di quest'ultimo giudizio il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza del

progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente).

Questa norma tuttavia riguarda il caso in cui il progetto sussista e sia realizzato, e ciò nonostante, il rapporto di collaborazione si sia comunque svolto secondo il modulo della subordinazione, dall'inizio ovvero anche in conseguenza di modificazioni intervenute in corso di rapporto.

In questo caso il lavoratore ha la facoltà o l'onere di fornirne la dimostrazione.

Non riguarda invece il caso della mancanza del progetto o dell'esistenza di un progetto fittizio.

Queste ipotesi sono prese in considerazione dal richiamato comma 1 dell'art. 69, che, appunto, introduce una presunzione assoluta in ordine alla natura subordinata del rapporto di collaborazione coordinata e continuativa, allorché manchi (nella forma o nella sostanza) il progetto.

Proprio perché il rapporto di collaborazione continuativa è costruito e si fonda sul progetto (quale elemento essenziale), la mancanza di questo fa venir meno la possibilità di configurare un alternativo rapporto di collaborazione continuativa (non più esistente nell'ordinamento giuridico).

In questi casi, pertanto, il rapporto ricade automaticamente nell'alveo della subordinazione.

Alla luce di questi principi, nel caso del R. è emerso in giudizio che il progetto in vista del quale è stato instaurato il formale rapporto di collaborazione, nei fatti, non è stato adempiuto, avendo il lavoratore svolto attività lavorativa diversa e consistita nelle mansioni normali di venditore, mansioni che soltanto in minima parte hanno a che vedere con quelle di analisi e verifica dell'offerta commerciale dell'area Nord, nonché di definizione di nuove opportunità

commerciali in un ottica di diversificazione di clienti e mercati, in cui si sostanzia il progetto.

Il rapporto deve pertanto ritenersi di natura subordinata sin dalla sua costituzione.

2) Ciò posto, per quanto attiene alle rivendicate differenze retributive, il R. sostiene che in virtù del suo inquadramento nel 8° livello del CCNL di settore (del Commercio), da prendersi in considerazione quale parametro di riferimento, vanterebbe differenze per l'importo di € 11.312,64.

Deduce in particolare di aver diritto al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso, essendo stato costretto a rassegnare le dimissioni, a causa della condotta inadempiente della convenuta, che non lo avrebbe assicurato.

L'assunto ha trovato chiaro riscontro in causa.

I testi D. e S. hanno riferito che il R. si lamentava del suo inquadramento e in particolare, a detta del teste Scardino, se ne lamentava con il direttore P., per via di accordi che aveva concluso con quest'ultimo.

Stando così le cose, è indubbio che la mancata assicurazione del lavoratore integra gli estremi della giusta causa di recesso di cui all'art.2119 c.c., una volta dimostrato, come nella specie, che il dipendente, avendone diritto, abbia volte richiesto l'adempimento al datore di lavoro e quest'ultimo abbia disatteso le richieste, rendendo così, ad un certo punto, intollerabile la prosecuzione del rapporto di lavoro anche soltanto per il tempo del preavviso.

Va dunque affermato il diritto del ricorrente all'indennità sostitutiva del preavviso.

Circa la quantificazione delle somme spettanti al lavoratore a titolo di differenze retributive derivanti dalla natura subordinata del rapporto di lavoro

(retribuzione ordinaria, festività, 13° mensilità, bonus individuale previsto dal contratto, tfr e indennità sostitutiva del preavviso), in assenza di contestazioni in punto da parte della società convenuta, meritano condivisione i conteggi allegati al ricorso.

Alla luce del sopra-descritto quadro probatorio, la B. va dunque condannata al pagamento in favore del ricorrente della somma di € 11.312,64, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione del diritto al saldo.

La società convenuta, attesa la sua soccombenza, va condannata al pagamento in favore del ricorrente delle spese di lite, come liquidate in dispositivo, anche ai sensi degli artt. 5 e 6 t.p..

P.Q.M.

il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, in accoglimento del ricorso, condanna la società s.p.a. al pagamento in favore di R. I. della somma complessiva di € 11.312,64, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione del diritto al saldo; condanna la società convenuta al pagamento in favore del ricorrente delle spese di lite, liquidandole in complessivi € 2.483,00, di cui € 1.322,00 per diritti, oltre spese generali, Iva e Cpa.

(2) Un lavoratore a progetto recedeva dal contratto per giusta causa, imputando alla committente un grave inadempimento. Dopodiché agiva in giudizio, chiedendo l'accertamento - sul presupposto dell'illegittimità del contratto a progetto - della natura subordinata del rapporto di lavoro, nonché della giusta causa di dimissioni, con condanna della società al

pagamento di differenze retributive e dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Il Giudice ha accolto il ricorso, ritenendo che il lavoratore avesse solo in minima parte svolto un'attività attinente al progetto. In altri termini, non ha riscontrato la necessaria correlazione che deve sussistere fra il progetto (o il programma di lavoro) e la prestazione eseguita dal collaboratore autonomo. E' stata pertanto riconosciuta la natura subordinata del rapporto di lavoro, condannando altresì la società al pagamento di un importo a titolo di differenze retributive.

Come noto ai sensi dell'art. 61, c. 1, del D.Lgs. n. 276/2003 «I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3, cod. proc. civ., devono essere riconducibili a uno o più progetti specifici o programmi di lavoro o fasi di esso determinati dal committente e gestiti autonomamente dal collaboratore in funzione del risultato». Il tratto caratterizzante la fattispecie, pertanto, è costituito dalla previsione di un progetto o programma di lavoro, i quali vanno intesi alla stregua di un'attività ben identificabile e funzionalmente collegata ad un determinato risultato finale. Si tratta di un elemento che deve essere descritto esaurientemente nel testo del contratto, è infatti la stessa legge a prescrivere che i progetti siano «specifici» (art. 61, c. 1). Inoltre è necessario che l'esecuzione della prestazione lavorativa si mantenga sempre in linea con l'interesse dedotto nel progetto.

Nel caso di specie il Giudice ha riscontrato la seguente situazione: «ammessa la validità formale dei progetti, le prove raccolte dimostrano che nei fatti il lavoratore non ha operato per la realizzazione degli stessi, bensì ha prestato l'ordinaria attività aziendale al pari dei

colleghi di lavoro di uguale qualifica, inserendosi a pieno titolo nella rete commerciale della società diretta dal direttore commerciale».

Da tale acquisizione il Tribunale ha fatto discendere che «il rapporto di lavoro deve considerarsi, con una presunzione assoluta, di natura subordinata, in quanto l'esistenza meramente formale del progetto che in concreto non è mai stato realizzato, deve essere equiparata alla sua mancanza».

Il riferimento è all'art. 69, c. 1, d.lgs. n. 276/2003, a norma del quale «i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso ai sensi dell'articolo 61, comma 1°, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto». Il Giudice ha ritenuto che la mancata funzionalizzazione della prestazione lavorativa al progetto equivalesse all'assenza dello stesso progetto. Non solo: ha interpretato la norma appena citata come recante una presunzione assoluta, con l'ulteriore conseguenza che non avendo ravvisato un progetto, l'effetto fosse automaticamente quello della conversione della collaborazione coordinata e continuativa in un rapporto di lavoro subordinato.

In termini generali, è peraltro controverso se l'art. 69, c. 1, D.Lgs. n. 276/2003 faccia riferimento ad una presunzione assoluta o relativa: ove si opti per la prima soluzione è sufficiente un vizio formale sotto forma di mancata previsione del progetto (o del programma di lavoro) o di sua lacunosa rappresentazione perché scatti la conversione del rapporto in un contratto di lavoro subordinato. Nel secondo caso, invece, il committente ha comunque la possibilità di fornire la prova dell'esistenza di un rapporto di lavoro effettivamente autonomo.

L'orientamento maggioritario propende per la prima soluzione. In particolare è stato affermato che «Per mancata individuazione del progetto si deve intendere sia la mancata indicazione formale del contenuto del progetto o programma nel contratto sia la mancanza, in concreto, di questi ultimi, per mancata corrispondenza dell'attività di fatto svolta a quanto previsto nel contratto» (così, fra le tante, Trib. Milano, 15 ottobre 2009, n. 4098). Nella medesima prospettiva è stato altresì affermato che l'art. 69 del D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce «evidentemente una presunzione assoluta (non segnalandosi alcuna locuzione del tipo "salvo che...") ed il committente non può fornire la prova contraria dell'esistenza di un rapporto di lavoro autonomo. Il principio di "indisponibilità del tipo" del resto è stato dettato al fine di evitare sottrazioni di tutele al lavoro subordinato, ed è quindi sorretto da una ragione verosimilmente univoca e non invocabile nel caso inverso. D'altra parte, il nostro ordinamento non è estraneo alla previsione dell'applicazione delle regole del lavoro subordinato come sanzione in caso di violazioni, elusioni, abusi di determinate forme di contratti di lavoro» (Trib. Milano 8 luglio 2011; Trib. Milano 24 gennaio 2011).

La diversa opinione, invece, si basa sui seguenti presupposti: «Nel contratto di lavoro a progetto, la generica indicazione del progetto, programma di lavoro o fase di esso, rende applicabile l'art. 69, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003, che costituisce un'ipotesi di presunzione relativa, con la conseguenza che diviene onere del datore di lavoro dimostrare l'autonomia del rapporto in essere. Né tale soluzione interpretativa comporta necessariamente la reintroduzione per via giurisprudenziale della categoria delle collaborazioni coordinate e continuative, circoscritte dalla normativa vigente ai soli casi di cui all'art.

61, comma 3, D.Lgs. n. 276/2003, ben potendosi per contro, atteggiate il concreto svolgimento del rapporto, anche in mancanza di specifico progetto, in termini di autonomia» (Trib. Torino 17 maggio 2006).

Il contratto di lavoro a progetto è spesso oggetto di contenzioso proprio in ordine ai profili di carattere formale riguardanti il requisito del progetto o del programma di lavoro. E' conseguentemente necessario che il progetto alla cui realizzazione è funzionale la prestazione lavorativa sia adeguatamente descritto. Nonostante, infatti, l'impostazione adottata dalla sentenza in commento sia non incontrovertibile, corrisponde a quella adottata dalla prevalente giurisprudenza. E' quindi frequente che ad un progetto carente sul piano formale consegua la conversione del contratto in un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, senza che il committente abbia la possibilità di dimostrare la genuinità della collaborazione coordinata e continuativa. Allo stesso tempo, però, si ribadisce che non è l'unico aspetto al quale è necessario porre attenzione. Infatti, non è sufficiente che il progetto (o il programma di lavoro) risponda ai requisiti formali prescritti per legge, ma è altresì necessario - e la sentenza in commento lo conferma - che la prestazione del lavoratore abbia stretta attinenza con lo stesso progetto, pena, anche in questo caso, la trasformazione del contratto da autonomo a subordinato.

Nota a cura di:
 Studio Legale Toffoletto - De Luca
 Tamajo
 Milano - Via Rovello, 12
 Bergamo - Via XX Settembre, 18/b

Tribunale di Bergamo sentenza n. 846 del 7 ottobre 2011 - Estensore Troisi (somministrazione di lavoro e sicurezza dei lavoratori)

In caso di infortunio sul posto di lavoro nell'ambito di una fornitura professionale di manodopera, ad essere responsabile è il soggetto utilizzatore. A quest'ultimo spettano infatti gli obblighi di informazione e formazione specificatamente riferiti all'attività e alle mansioni svolte dal lavoratore somministrato. Non può pertanto ritenersi imputabile il somministratore, a cui spetta solo l'onere di fornire una formazione "generale" relativa all'ambito in cui il prestatore andrà a svolgere la sua opera lavorativa. Nel caso in cui poi il lavoratore sia colpevole in concorso con l'utilizzatore per l'incidente accaduto, la responsabilità del secondo sarà misurata in proporzione alla colpa del primo (3)

Il Tribunale di Bergamo, in persona della dott.ssa Antonella Troisi, in funzione di Giudice del Lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa di lavoro n. 1547/07 R.G. promossa con ricorso depositato il 23 ottobre 2007

Da

M. R., con il proc. dom. avv. R. B. del Foro di Bergamo, giusta procura a margine del ricorso introduttivo depositato - **RICORRENTE**

Contro

X S.p.A. in persona del legale rappresentante pro tempore, con il proc. avv. P. B. e C. P. del foro di Padova e con il proc. dom. M. C. del Foro di Bergamo, giusta procura in calce alla copia notificata del ricorso - **RESISTENTE**

Y S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, con il proc. avv. P. C. e R. T. del Foro di Busto Arsizio e con il proc. dom. avv. R. T. del Foro di Bergamo, giusta procura a margine della memoria costitutiva - **RESISTENTE**
Z S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, con il proc. dom. avv. A. T. del foro di Milano, giusta procura in calce alla copia notificata del ricorso - **TERZA CHIAMATA**

CONCLUSIONI:

parte ricorrente:

come da ricorso del 23 ottobre 2007.

Parte resistente X S.p.A.:

come da memoria depositata in data 31 marzo 2008.

Parte resistente Y S.r.l.:

come da memoria depositata in data 31 marzo 2008.

Parte resistente Z S.p.A.:

come da memoria depositata in data 24 febbraio 2010.

FATTO E DIRITTO

Le domande del ricorrente M. R. sono risultate solo parzialmente fondate e vanno pertanto accolte per quanto di ragione.

La storia dell'infortunio del sig. R. (assunto dalla società X S.p.A., esercente l'attività di fornitura di lavoro temporaneo, la quale aveva a sua volta sottoscritto con Y S.r.l. un contratto di fornitura di lavoro temporaneo per un operaio generico autista caterista da assegnare presso la sede della società utilizzatrice all'aeroporto di OaS) si è ricostruita nel presente processo attraverso una copiosa attività probatoria: sono, infatti, stati sentiti numerosi testimoni, sono stati forniti gli atti del processo penale, sono state acquisite le indagini disposte ante giudizio dall'ASL e dall'INAIL.

La ricostruzione dell'infornuio si consegue leggendo le disposizioni testimoniali rese dai colleghi del ricorrente e dalle persone esercenti attività sul piazzale, siccome completate da dati provenienti dalle sopra menzionate produzioni documentali (atti del processo penale e atti di indagine amministrativa), ma essa può comunque sintetizzarsi già solo con le parole del testimone S. P., dipendente della Y S.r.l. quale responsabile del catering presso l'Aeroporto di Orio.

Egli ha ricostruito la vicenda in modo puntuale ed in modo aderente alle deduzioni che si ricavano dal complesso delle prove, anche se il giorno dell'infornuio egli non era in servizio: "il ricorrente era giunto a lavorare presso di noi tramite la X S.p.A., era stato adibito alle mansioni di autista caricatore. Doveva provvedere a caricare i trolley sugli aerei e a svolgere le ulteriori mansioni in magazzino. Ho appreso delle modalità di verificaione dell'infornuio sulla base delle foto che mi sono state mostrate e dai racconti che mi sono stati fatti. Avevo provveduto personalmente ad impartire a R. informazioni necessarie in materia di sicurezza sul lavoro e di certo non gli ho mai detto che avrebbe potuto salire come invece ha fatto sulla cabina del camion per sbloccare un carrello del catering che si era andato ad incastrare tra il cassone del camion e la pedana che vi si trovava davanti. Se il R. avesse agito correttamente avrebbe dovuto giungere ai piedi dell'aereo e posizionare il camion sugli stabilizzatori, quindi entrare nel cassone del camion e da lì con i comandi ad esso interni disporre la salita del cassone verso la pedana. Nel caso particolare invece il R. ha disposto la salita del cassone restando all'interno della cabina del camion. Preciso che se l'operatore entra nel cassone e aziona i comandi di salita da lì, è escluso che possa verificarsi l'inconveniente come nel caso di

specie. Preciso inoltre che l'infornuio si è verificato perché a monte il R. aveva ommesso di legare i trolley collocati nel cassone che si sono mossi quando il veicolo ha frenato perché giunto davanti all'aereo. Anche la pedana che si trova sopra la cabina del camion e proprio davanti al cassone è mobile nel senso che in posizione normale si trova appena sopra la cabina e quindi sale nel momento in cui sale il cassone poiché quest'ultimo ha un sistema per cui la aggancia portandola verso l'alto. Nel momento in cui il cassone ha iniziato ad alzarsi con il trolley che fuoriusciva dal suo bordo, il trolley è andato a spingere verso l'alto la pedana, che giunta all'altezza limite, ha fatto sì che il sistema si bloccasse. A quel punto il R. avrebbe dovuto chiamare i colleghi presenti sul piazzale o chiamare in ufficio. A quel punto si sarebbe valutato il da farsi per rimediare all'inconveniente. Questa era una precisa disposizione che avevo dato a tutti gli addetti alla movimentazione dei carrelli. Ricordo che richiamai il R. almeno tre o quattro volte perché non legava i carrelli nel cassone e ciò era da me ritenuta una grave mancanza perché legare trolley rappresenta il primo passo per la sicurezza nel loro trasporto e nel loro maneggio. Gli avevo quindi detto e ripetuto di non agire in quel modo. Il R. lavorava presso di noi da circa venti giorni quando è accaduto l'infornuio. Le informazioni sulla sicurezza al R. furono da me impartite personalmente: gli spiegai come legare i carrelli nel cassone, quali erano le procedure di sicurezza a bordo del camion e come si azionavano i comandi. Era poi stato affiancato da F. S., dipendente della W., proprietaria del camion al fine di imparare lo specifico lavoro del carico dei trolley sull'aereo. La mattina dell'infornuio era infatti affiancato da F. fino al carico del volo precedente a quello in relazione al quale si è verificato l'infornuio. La mattina

dell'infortunio il F. dopo aver affiancato R. per il carico dei primi voli, ritenendo R. sufficientemente istruito gli disse di procedere da solo al carico del volo seguente. Effettivamente il giorno dell'infortunio la porta di chiusura del cassone che si trova proprio davanti alla pedana è stata trovata aperta.

Preciso che se i carrelli collocati nel cassone fossero stati legati, il fatto che la porta scorrevole fosse stata lasciata aperta sarebbe stato ininfluenza. Si tratta di una porta dello spessore di 4 - 5 cm.

G. M. era dipendente della Y S.r.l. e a lui assegnai il compito di istruire il R. con riguardo in particolare alle mansioni che avrebbero dovuto svolgere nel magazzino e comunque a terra. Il F., come ho già detto, era dipendente della W. E decisi di affiancare lui al R. perché il F. aveva competenze specifiche nelle attività sottobordo e nel carico degli aerei”.

F., altro testimone di fondamentale importanza, ha confermato tutto ciò, specificando che non era presente al momento dell'infortunio, essendo stato sul piazzale con il ricorrente, fino a poco tempo prima. In particolare ha aggiunto che: “ero sempre presente sul piazzale a fare dei controlli. Lui era nuovo ma aveva già fatto lo stesso lavoro di caricare, da una decina di giorni, io lo avevo addestrato, spiegandogli il funzionamento del lavoro e l'uso del camion. L'addestramento è durato per una mezza giornata per otto/nove giorni, non era la prima volta che lo lasciavo da solo, io lo ritenevo sufficientemente istruito”. E ancora: “una volta che si mettevano i carrelli sul camion, venivano bloccati con le cinghie. Bisognava farlo per forza altrimenti i carrelli andavano in giro. Prima del carico, andiamo a prendere il trolley con il cassone in un magazzino e poi dobbiamo legarli, altrimenti questi si muovono. È una cosa obbligatoria”.

G. M., contrariamente a quanto sostenuto da S., non aveva però dato un'istruzione specifica al ragazzo, che riteneva “sveglio e bravissimo”.

Ora, se questi sono i fatti nel loro accadimento materiale, deve essere anche puntualizzato che la responsabilità ex art. 2087 c. c. spetta in linea di massima all'utilizzatore, che pone il lavoratore nella concreta situazione lavorativa, a sua disposizione, a contatto con i macchinari, le attrezzature e nelle situazioni potenzialmente pericolose.

Vale in linea generale ed anche nel caso concreto la seguente *summa divisio*, delineata dai recenti provvedimenti normativi:

- spetta al somministratore informare i lavoratori sui rischi per la sicurezza e la salute connessi alle attività produttive in generale; formarli e addestrarli all'uso delle attrezzature di lavoro necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale essi vengono assunti in conformità alle disposizioni recate dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni;
- spetta all'utilizzatore informare il prestatore di lavoro nel caso di mansioni che richiedano una sorveglianza medica speciale o comportino rischi specifici, in base a quanto previsto dal decreto legislativo 19 settembre 1994, n. 626, e successive modificazioni ed integrazioni; assolvere tutti gli obblighi di protezione previsti nei confronti dei propri dipendenti ed adempiere a tutti gli obblighi di sicurezza individuati dalla legge e dai contratti collettivi; informare con comunicazione scritta il somministratore e il lavoratore nel caso in cui il lavoratore sia adibito a mansioni superiori o comunque a

mansioni non equivalenti a quelle dedotte in contratto.

La X S.p.A. aveva l'obbligo di formazione in relazione all'area merceologica generale per la quale R. era stato assunto, ma Y S.r.l. aveva l'obbligo della concreta adozione di ogni misura idonea ad evitare pericoli sul lavoro ed anche dello specifico addestramento alla mansione.

Va poi ricordato che lo scopo dell'obbligo di apprestamento di adeguate misure protettive - adeguate secondo lo stato della scienza e della tecnica - è proprio quello di tutelare l'integrità psicofisica del lavoratore da tutte le situazioni pericolose, comprese quelle che potrebbero nascere addirittura da comportamenti disattenti o da manovre errate dell'operatore.

Il datore di lavoro Y S.r.l. è in concreto imputabile di un comportamento di negligenza, imprudenza ed imperizia (e di conseguenza risulta aver violato l'art. 2087 c. c., ovvero il dovere di adottare tutte le misure idonee e necessarie, secondo le leggi, le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, ad evitare danni ai lavoratori) perché l'azienda non ha valutato con scrupolosa attenzione e l'operaio necessitasse quantomeno di ulteriore affiancamento ed istruzione.

Dato l'atteggiamento sicuramente azzardato e contrario alle regole e alle istruzioni ricevute da F. e S., va precisato che il lavoratore era comunque - anche se erano passati 20 gg dall'inizio dall'espletamento di quel tipo di lavoro - "nuovo" del mestiere. Anche se lo stava apprendendo con soddisfazione dei superiori, rimaneva un inesperto.

G. M. ha confessato di non avergli dato la quotidiana istruzione che secondo altri era invece stata anche da lui impartita.

Ed inoltre, non a caso, lo stesso responsabile S., convinto e persuaso della avvenuta sufficiente formazione, ha supposto che R. non aveva ancora capito

l'importanza di legare i trolleys con la corda, ha narrato che le prescrizioni doveva dirle e ancora ripeterle più volte al sig. R., ha ricordato che doveva riprenderlo spesso.

Se si unisce questo dato ad un dato di esperienza per cui 20 giorni all'interno di una nuova sede lavorativa non schiudono al lavoratore tutta l'area delle possibili situazioni da fronteggiare, e con la deduzione che un giovane volenteroso può voler darsi anche molto da fare, contando sulle proprie capacità fisiche e non voler chiamare aiuto (per sbloccare un inconveniente), se ne ricava che l'utilizzatore non avrebbe dovuto lasciare R. da solo sul piazzale a fare il lavoro in autonomia.

A questi argomenti deve aggiungersi la considerazione che il novello lavoro di operaio caterista verteva comunque sull'utilizzazione di macchinari di grosse dimensioni, che si muovevano in zone aeroportuali. A ciò deve ancora aggiungersi la relazione del geom. B., tecnico dell'ASL, che aveva effettuato, all'epoca - una volta apertesi le indagini - la verifica di funzionalità del ponte sviluppabile: egli aveva riscontrato la mancata chiusura della porta scorrevole posta anteriormente al cassone (trovata bloccata con nastro adesivo) che avrebbe probabilmente impedito al carrellino porta pasti di uscire o forse ne avrebbe parzialmente frenato la caduta. Ha trovato anche che erano incomplete le istruzioni per l'uso dell'attrezzatura. Queste manchevolezze, queste funzionalità mancanti intensificavano il dovere di sorveglianza sull'operaio somministrato R., da parte dei più esperti. L'ambiente di lavoro non era facile e non era totalmente sicuro per un lavoratore alle prime armi, che può - più facilmente - farsi trascinare dall'istinto nel compiere azioni sbagliate. Il ricorrente doveva in fondo considerarsi ancora in

formazione. Per la mancata attivazione di appropriati obblighi di sorveglianza e guida dell'operato del signor R., la Y S.r.l. deve essere considerata responsabile, ma l'imprevedibilità del comportamento del ricorrente è talmente evidente e grande, che spezza la predetta responsabilità del 50%. Dato il concorso di colpa del dipendente residua solo una responsabilità al 50% in capo alla società utilizzatrice.

La consulenza tecnica d'ufficio ha poi diagnosticato, sulla base della visita effettuata e dello studio della documentazione sanitaria esaminata, esiti di frattura biossea esposta poliframmentaria al III inferiore della gamba destra compatibile con la dinamica dell'infortunio un danno biologico permanente, calcolato con criteri civilistici nella misura del 24% in esiti stabilizzati non suscettibili di miglioramento e non incidente sulla capacità lavorativa specifica; un'inabilità temporanea totale di gg. 21; un'inabilità temporanea parziale di gg. 510 al 75% e di gg. 300 al 50%. Ha affermato poi il CTU che le spese mediche rimborsabili ammontano a € 2.120,00.

Siffatte valutazioni dei dati acquisiti appaiono pienamente condivisibili, in quanto logiche e coerenti, e frutto di approfondito studio dei dati acquisiti. Il danno all'integrità psicofisica, come accertato, causalmente riportabile ai fatti di causa, è il danno biologico individuato nella sentenza 184/86 della Corte Costituzionale quale danno alla salute, risarcibile ex art. 2043 c. c., considerato, sulla scorta della sentenza della Cassazione n. 3563/96, danno all'integrità psicofisica alla persona in sé per sé considerata, alle sue funzioni biologiche e relazionali ed immanente al fatto illecito lesivo.

Per questi suoi caratteri deve essere quantificato sulla base di criteri equitativi nono reddituali e si ritiene equo applicare il criterio tabellare individuato dal

Tribunale di Milano. È noto che a seguito del nuovo indirizzo segnato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 26972 del 2008, le predette tabelle hanno effettuato una valutazione unitaria di ogni danno non patrimoniale derivante dalla lesione dell'integrità psicofisica. L'applicazione del suddetto criterio al caso in esame comporta la liquidazione del danno biologico in € 95.535,00 in quanto al momento dell'incidente aveva il ricorrente 33 anni. Da questo importo va detratto il valore della rendita INAIL capitalizzata (€ 43.971,45). Operando la dovuta sottrazione si ottiene la cifra di € 51.563,55.

L'invalidità temporanea deve essere così calcolata: € 91,00 al giorno per la invalidità totale secondo le tabelle di Milano (€ 91 x 21 gg.= € 1.911,00), € 68,25 al giorno per la invalidità al 75% (€ 68,25 x 510 gg.= € 34.807,50), € 45,50 al giorno per la invalidità al 50% (€ 45,50 x 300 gg.= € 13.650,00) per una quantizzazione totale di questa voce in € 50.368,50.

Il danno totale alla persona ammonta pertanto a € 101.932,05, di cui solo il 50% è attribuibile alla colpa del datore di lavoro (dunque nella misura di € 50.966,025).

Rispetto al danno morale la Corte di cassazione ha recentemente sottolineato che intensità e durata dello stesso assumono rilevanza ai fini della quantificazione del risarcimento. Le Sezioni Unite dell'11 novembre 2008, ad esempio, parlano di sofferenza morale, non necessariamente transeunte (che può anche protrarsi per lungo tempo o tutta la vita) e ricordano che l'intensità e la durata della sofferenza assumono assoluta importanza ai fini della quantificazione del risarcimento (in percentuale sul biologico).

Nel caso di anno alla salute, di regola, più grave è la lesione e più intensa è la sofferenza. Nel caso specifico di R. la colpa del datore di lavoro è una colpa lieve, la cui incidenza sulle conseguenze lesive è stata

spezzata da un forte concorso di colpa. Non vi sono pertanto voci aggiuntive di danno rispetto al biologico, che già di per sé è onnicomprensivo, né necessita di ulteriore personalizzazione del danno (v. Cassazione SS. UU. Sentenza 24 giugno - 11 novembre 2008, n. 26972).

Vanno invece risarcite le spese mediche documentate e ritenute dal CTU congrue (sempre però nella misura del 50%).

Poiché le somme liquidate a titolo di danno alla persona costituiscono debito di valore, occorre considerare il valore del bene al tempo del sinistro e su quest'importo compete dalla data del sinistro (e sino alla data del soddisfo) la rivalutazione monetaria, da calcolarsi secondo gli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati sulla somma dapprima devalutata.

Al fine di liquidare effettivamente, quale danno emergente, il valore del bene perduto, occorre effettuare la predetta rivalutazione, ma la giurisprudenza ha riconosciuto dovuto al danneggiato anche il danno derivante dal tempestivo mancato godimento dell'equivalente in denaro del danno risarcito, da quantificare con lo strumento del tasso legale scelto in questi ultimi anni dal legislatore per la liquidazione degli interessi moratori ex art. 1224 c. c. (v. Cass. Sez. Unite Civili, Sent. N. 1772/95).

Si ritiene unanimemente che occorra effettuare un calcolo periodico, con decorrenza dalla data del sinistro (25.07.2004) sulla somma capitale dapprima devalutata e poi progressivamente ed annualmente rivalutata, apparendo la periodicità coerente con la variabilità degli indici ISTAT.

Va pertanto condannata la Y S.r.l. a risarcire il danno alla persona procurato al ricorrente e di conseguenza al pagamento a

suo favore di € 50.966,025 somma da devalutare al momento dell'infortunio (25.07.2004) e su cui applicare gli interessi al tasso legale siccome progressivamente anno per anno rivalutata dal momento dell'infortunio sino alla presente sentenza.

Va poi specificato che il CTU ha ritenuto inesistente un'incidenza sulla capacità lavorativa specifica, che non vi è prova di un particolare danno esistenziale, né prova concreta di perdita di chances lavorative o di occasioni sportive di rilievo. Tutto ciò che è emerso è riportabile al danno biologico, comunemente inteso e alla sua ampia accezione.

Va inoltre condannata la società a rimborsare le spese mediche sostenute dal ricorrente, nei limiti di congruità valutati dal CTU, e nei limiti del 50% su cui si attesta la responsabilità del datore di lavoro e di conseguenza al pagamento di € 1.060,00 con gli interessi legali dall'esborso (convenzionalmente dalla data dell'ultima fattura) al saldo.

Le spese di lite tra il ricorrente e la società convenuta Y S.r.l. seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo alla luce degli artt. 5 e 6 T.P.. lo stesso principio vale per la regolarizzazione delle spese di lite tra Y S.r.l. e Z S.p.A. con il contemperamento dato dal fatto che la società assicuratrice non si è difesa e non ha posto alcun limite alla operatività della polizza.

Per il principio della soccombenza, anche le spese di C.T.U. devono accollarsi definitivamente alla società convenuta, come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il tribunale di Bergamo, in composizione monocratica, in funzione di Giudice del lavoro, definitivamente pronunciando nella causa n. 1545/2007, ogni diversa e contraria istanza disattesa:

- 1) dichiara tenuta e condanna la Y S.r.l. a risarcire il danno alla persona procurato al ricorrente nella misura del 50% e di conseguenza al pagamento a favore di R. M. di € 50.996,025 somma da devalutare al momento dell'infortunio (25.07.2004) e su cui applicare gli interessi al tasso legale siccome progressivamente anno per anno rivalutata dal momento dell'infortunio sino al pagamento;
- 2) dichiara tenuta e condanna la Y S.r.l. a rimborsare il 50% delle spese mediche sostenute dal ricorrente e di conseguenza al pagamento a favore di R. M. di € 1.060,00 con gli interessi legali dalla data dell'ultima fattura al saldo;
- 3) condanna X S.p.A. a manlevare e tenere indenne la Y S.r.l. di quanto questa deve al ricorrente R.;
- 4) rigetta tutte le altre domande;
- 5) condanna la convenuta Y S.r.l. al pagamento del 50% delle spese di lite a favore del ricorrente che liquida in € 6.700,00 (1/2 di € 13.400,00 di cui € 10.000 per onorari, € 3.400,00 per diritti), oltre 12,5% TP, I.V.A. e C.P.A. come per legge;
- 6) condanna Z S.p.A. al pagamento delle spese di lite a favore della Y S.r.l. che quantifica in € 3.500,00 di cui € 2.000,00 per onorari, € 1.500,00 per diritti, oltre 12,5% TP, I.V.A. e CASSA;
- 7) compensa tra tutte le altre parti le spese di lite;
- 8) pone le spese di C.T.U. definitivamente a carico della società resistente Y S.r.l., liquidandole in € 500,00 a favore del Dott. G.

(3) Il Giudice del lavoro di Bergamo nel pronunciarsi in merito al ricorso di un lavoratore somministrato, infortunatosi sul posto di lavoro, svolgendo mansioni assegnategli dall'utilizzatore, sottolinea gli oneri informativi (e formativi) che gravano

sui soggetti che utilizzano un lavoratore somministrato.

L'utilizzatore, fruitore diretto della prestazione lavorativa offerta dal ricorrente, resistendo in giudizio e rispondendo alle pretese di quest'ultimo volte all'ottenimento di una somma a titolo provvisoria, alla dichiarazione di una responsabilità esclusiva delle diverse ricorrenze per l'infortunio accaduto e al percepimento di un cospicuo risarcimento per i danni subiti, sosteneva la piena e completa conformità del proprio operato alle norme in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, chiedendo pertanto il rigetto del ricorso proposto.

A sostegno della medesima conclusione l'impresa somministratrice costituitasi in giudizio. Prima di tutto, a parere di quest'ultima, nessuna responsabilità poteva essere ad essa imputata per i fatti occorsi, vista la specifica previsione contrattuale con la quale l'obbligo di informare il lavoratore veniva posto in capo all'utilizzatore. In ogni caso, secondo la somministratrice, tale obbligo era stato correttamente esperito, con precisione e specificità, proprio dall'utilizzatore. Conseguenza inevitabile di detta circostanza, il rigetto del ricorso proposto.

Il Giudice conclusa la fase istruttoria, rilevando la mancata attivazione di appropriati obblighi di sorveglianza e guida dell'operato da parte dell'utilizzatore, dichiarava lo stesso responsabile per l'accaduto, ma non di una responsabilità "piena", quanto piuttosto di una responsabilità da dividersi al 50% con il lavoratore, per il comportamento totalmente imprevedibile tenuto da quest'ultimo. Effetto di tale responsabilità il risarcimento al ricorrente del danno biologico onnicomprensivo accertato, oltre

al pagamento delle spese mediche documentate e ritenute congrue.

La sentenza in commento si rivela interessante in particolar modo sotto due punti di vista: in riferimento alla ripartizione, tra somministratore ed utilizzatore, degli oneri informativi cui è destinatario il lavoratore e relativi ai rischi specifici per la sicurezza e per la salute nonché in relazione alla ripartizione della responsabilità, in caso di infortunio sul lavoro, tra il datore di lavoro (utilizzatore nel caso di specie) e il lavoratore infortunato.

Con riguardo alla prima questione, il Giudice del lavoro, in conformità al dettato normativo previsto dall'art. 23, comma 5 del D. Lgs. 276/2003, individua una netta distinzione tra ciò che compete al somministratore e ciò che compete invece all'utilizzatore. Ritiene infatti esistere in capo al somministratore l'obbligo di informare i lavoratori sui rischi generali, connessi alle attività produttive, per la sicurezza e per la salute dei lavoratori, mentre ritiene essere proprio dell'utilizzatore l'onere di informare specificatamente gli stessi lavoratori nel momento in cui le mansioni assegnate richiedono una particolare sorveglianza medica o comportano, eventuali, rischi specifici. Non solo, a questi adempimenti puramente informativi si aggiunge, da un lato (somministratore), il compito di formare e addestrare il lavoratore all'uso delle attrezzature necessarie allo svolgimento dell'attività lavorativa per la quale viene assunto, dall'altro (utilizzatore) il compito invece di assolvere, nei confronti del lavoratore somministrato, tutti gli obblighi previsti in relazione ai propri dipendenti anche con riferimento al tema della sicurezza, così come definita e disciplinata all'interno delle diverse fonti normative.

In sostanza la sentenza ribadisce l'esistenza, in capo a chi fornisce professionalmente manodopera, di un obbligo di formazione generale, semplicemente relativo a quella che è l'area nella quale il prestatore di lavoro deve svolgere la propria attività, riservando a chi invece riceve quella stessa fornitura di manodopera, l'obbligo della concreta e puntuale adozione di ogni misura idonea ad evitare qualsivoglia pericolo sul posto di lavoro, oltre allo specifico ed inderogabile addestramento alla effettiva mansione da svolgere. La ratio sottesa alla normativa così come pensata ed emanata, si ritrova nella circostanza che è indubbiamente l'utilizzatore a porre il lavoratore nella concreta situazione lavorativa, ad averlo a propria disposizione, a porlo, eventualmente, a contatto con macchinari, attrezzature, apparecchiature e, in definitiva, nelle situazioni potenzialmente pericolose per la sua sicurezza ed incolumità. Nel caso di specie il Giudice del lavoro, non soffermandosi sul mero dato normativo, sottolinea come l'onere di predisporre idonee misure protettive ha la sua intrinseca finalità nel tentativo di tutelare l'integrità psicofisica dei lavoratori somministrati da ogni possibile pericolo, compreso quello che potrebbe nascere da, non remoti, comportamenti disattenti, manovre errate o errato utilizzo delle attrezzature da parte dei lavoratori medesimi.

E anche nel caso in cui l'utilizzatore predisponga e realizzi una (apparente) adeguata formazione per i prestatori di lavoro forniti ma non valuti con scrupolosa e doverosa attenzione la necessità di ulteriore affiancamento, istruzione, sorveglianza e, più in generale, di ulteriori momenti formativi tailor made, lo stesso utilizzatore diventa inevitabilmente imputabile per la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia mostrata. Incorre cioè nella

responsabilità ex art. 2087 cod. civ., tradendo il dovere proprio di ogni datore di lavoro (e in tale senso deve intendersi l'utilizzatore, per le considerazioni sopra fatte e per la circostanza che solo l'utilizzatore è l'effettivo gestore dell'attività lavorativa svolta presso di sé) "di adottare tutte le misure idonee e necessarie, secondo le leggi, le particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, ad evitare danni ai lavoratori". Nulla in questo senso può essere imputato al somministratore, che ha oneri informativi e formativi certamente più ristretti e generali.

Per quanto riguarda invece la seconda questione, vale a dire la ripartizione della responsabilità tra il datore di lavoro (utilizzatore) e il lavoratore che subisce un infortunio nello svolgimento delle proprie mansioni, la sentenza rileva come l'atteggiamento "azzardato" di quest'ultimo, contrario a quelle che sono le regole e le istruzioni ricevute, sommato all'imprevedibilità del comportamento posto in essere, configurano una chiara ipotesi di concorso di colpa. Nel caso di specie il concorso, per come realizzato, arriva a spartire equamente la responsabilità tra utilizzatore e prestatore di lavoro, imputabili entrambi di una colpa pari al 50% del danno biologico (così come individuato e definito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986 e dalla sentenza della Corte di Cassazione n. 3563 del 1996) subito dal lavoratore. Danno quest'ultimo da quantificarsi sulla base di criteri equitativi non reddituali e al quale, nella decisione in commento, non possono essere addebitate voci aggiuntive, stante la colpa lieve del datore di lavoro (per le ragioni suddette) e stante inoltre la circostanza che il danno biologico è in sé onnicomprensivo e non necessita di ulteriori personalizzazioni (sentenza Corte di Cassazione SS. UU. n. 26972 del 2008).

Da quanto detto emergono con evidenza gli obblighi che spettano ai diversi soggetti che realizzano una fornitura professionale di manodopera. Nello specifico il percorso logico seguito dal Giudice del Lavoro di Bergamo pare condivisibile avendo lo stesso riconosciuto la particolarità e la specificità degli oneri propri dell'utilizzatore e sollevando l'agenzia somministratrice (la quale, come è emerso in corso di causa, ha adempiuto adeguatamente all'informazione e alla formazione -in generale- ad essa spettanti), da qualsivoglia responsabilità per infortuni occorsi a dipendenti propri ma impiegati ed utilizzati dal soggetto che riceve la fornitura professionale di manodopera.

Sostanzialmente in caso di infortuni accaduti sul posto di lavoro, nell'ambito qui considerato, a rilevare sotto il profilo della responsabilità è il ruolo di informatore e di guida tipico e proprio dell'utilizzatore-gestore effettivo dell'attività e della prestazione lavorativa in sé considerata. Dovrà pertanto essere quest'ultimo soggetto a fornire e valutare scrupolosamente i percorsi formativi dei lavoratori somministrati.

In riferimento poi al secondo aspetto rilevante della pronuncia qui esaminata, si può facilmente capire come la stessa non si discosti ma si inserisca piuttosto in quello che è l'orientamento giurisprudenziale consolidato maggioritario. Nel considerare tutte le responsabilità che emergono nell'ipotesi in cui si verifichi un infortunio ad un lavoratore, anche il comportamento tenuto dal prestatore dell'opera lavorativa deve essere valutato e, ove ne ricorrano gli estremi, essere considerato idoneo se non ad escludere a "ridimensionare" la responsabilità del datore di lavoro. La ragione di detto orientamento si ritrova nella circostanza che il datore di lavoro non può certo prevedere ogni singolo comportamento tenibile dal lavoratore.

Quest'ultimo deve pertanto essere indotto ad avere una condotta il più possibile idonea ad evitare qualsiasi pericolo per la propria incolumità.

*Nota a cura di:
Studio Legale Caffi Maroncelli & Ass.
Bergamo - Via Verdi, 4*

Tribunale di Bergamo sentenza n. 220 del 8 marzo 2012 - Estensore Bertoncini (responsabilità datore per danni amianto)

Va esclusa la responsabilità del datore di lavoro per il danno subito dal lavoratore derivante da contatti con l'amianto, se non risulta provato il nesso causale fra la patologia e l'esposizione ad amianto in concreto verificatasi presso il convenuto, tenuto conto di precedenti esposizioni alla stessa sostanza presso altri datori di lavoro, in epoca compatibile con il periodo di latenza della patologia manifestatasi (4)

TRIBUNALE DI BERGAMO
Sez.monocratica del lavoro
VERBALE EX ART. 429 C.P.C.

UDIENZA DEL 8 marzo 2012 avanti al Giudice, dott.ssa M. B., nella causa iscritta al N. 679/09 R.G. e promossa da R. V. (Avv. P. R.)

CONTRO

s.p.a.
(Avv. V. P. e A. A.)
Sono comparsi: l'avv. F. in sostituzione dell'avv. R. per la parte ricorrente, presente personalmente, e l'avv. P. per la parte resistente.

I procuratori delle parti discutono la causa insistendo per l'accoglimento delle conclusioni di cui ai rispettivi atti.

L'avv. F., in particolare, si riporta alle note difensive chiedendo, in via principale, la

condanna della convenuta, in via subordinata la rinnovazione della c.t.u..

L'avv. P. si oppone alla richiesta di rinnovazione della c.t.u., insiste per il rigetto delle domande, deposita sentenza della Suprema Corte n. 20142/2010.

Repubblica Italiana

Il Giudice del lavoro del Tribunale di Bergamo, visto l'art. 429 c.p.c., udite le conclusioni delle parti, nonché i motivi a sostegno, ritenuto di non dover procedere a rinnovazione di c.t.u., pronuncia la seguente di cui dà pubblica lettura

SENTENZA

Nel nome del popolo italiano

PARTE RICORRENTE: per l'accoglimento del ricorso;

PARTE RESISTENTE: per il rigetto del ricorso;

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso regolarmente notificato V. R., conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bergamo in funzione di giudice del lavoro, la s.p.a. per sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni subiti a seguito della malattia professionale contratta quantificati in complessivi € 532.810,50 o nella diversa somma accertata in corso di causa.

A fondamento di tale pretesa il ricorrente, premesso di aver lavorato dal 29.8.1960 al 29.2.1984 presso la centrale elettrica di V. di S. di proprietà di s.p.a., con varie mansioni (operaio, agganciatore), deduceva di essere stato esposto al contatto continuo e diretto con l'amianto, material utilizzato come coibente termico.

Il ricorrente, nell'aggiungere di essere affetto da "mesotelioma pleurico", affermava l'origine professionale della

convenuta per conseguire il risarcimento del danno biologico e del danno morale.

Rassegnava le sopra precisate conclusioni.

Si costituiva regolarmente in giudizio la s.p.a., in proprio e quale procuratore di s.p.a., resistendo alla domanda di cui chiedeva il rigetto.

La convenuta evidenziava, innanzi tutto, come il ricorrente, prima degli anni '60 avesse svolto altre attività lavorative che lo avevano esposto a contatti con l'amianto.

In ordine alla centrale elettrica di V. di S., la convenuta rilevava come questa, dopo il 1963, fosse stata progressivamente smantellata, motivo per cui il R. aveva lavorato solo nella parte di impianto mantenuta in servizio, quella preposta alla distribuzione di energia elettrica. Concludeva pertanto per il rigetto del ricorso.

La causa, istruita testimonialmente e tramite CTA medico-legale, è stata discussa e decisa all'udienza odierna mediante sentenza di cui veniva data pubblica lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso non può essere accolto.

Secondo quanto emerso dalle dichiarazioni dei testi, il R., all'interno della centrale elettrica, era "manutentore" e "motorista" (v. dep. O., E.).

Le tubazioni erano coibentate con amianto e quando veniva svolta la manutenzione il "materiale usato per la coibentazione era smontato per accedere alla "tubazione" e poi ripristinato una volta terminato l'intervento manutentivo (v. dep. P., E.).

Il teste O. ha chiarito che "per tubazioni meno importanti c'erano delle coppette di amianto poste sopra e poi avvolte da un lamierino", mentre "per tubazioni più importanti c'erano invece dei cuscinetti sempre di amianto" (v. dep. O.).

In ogni caso la "manutenzione più importante" veniva fatta "una volta all'anno

quando la centrale era chiusa, mentre la manutenzione ordinaria avveniva settimanalmente" (v. dep. O.).

Infine, il personale non disponeva né di guanti, né di mascherine (v. dep. O., E.).

L'istruttoria testimoniale ha quindi dimostrato che presso la centrale elettrica di V. di S. il ricorrente fu effettivamente esposto all'amianto.

Tuttavia, non può prescindere da un aspetto importante rappresentato dalle pregresse attività lavorative del R.

Costui, dal 1949, ha svolto per sette anni il servizio militare in ferma volontaria presso la M. M. I. con mansioni di macchinista navale (capoturno turbini sta abilitato alla conduzione di generatori di vapore di I grado) per cui ha lavorato "in ambienti in cui era diffusamente presente amianto per la coibentazione di parti di motore, raccordi, tubazioni, paratie e quadri elettrici, che veniva frequentemente rimosso/sostituito per eseguire lavori di manutenzione" (v. relazione c.t.u.).

Successivamente, dal 1956, il ricorrente, per quasi quattro anni, ha lavorato presso la S. B. per l'I C. di S. dove "si occupava sia della conduzione degli impianti che della manutenzione, rimuovendo e sostituendo l'amianto utilizzato per la coibentazione di varie parti dell'impianto". (v. relazione c.t.u.)

Preso atto di tutti i suddetti elementi, il C.T.U., dott. S. di C., ha innanzi tutto analizzato dettagliatamente i rapporti tra l'amianto ed il mesotelioma pleurico, nonché tra l'amianto ed il tumore polmonare (v. relazione c.t.u.).

In ordine al mesotelioma pleurico il c.t.u. ha evidenziato come l'amianto rappresenti il più importante fattore di rischio accertato, mentre, rispetto al tumore polmonare, tutti i tipo di amianto si sono dimostrati capaci di causarne l'insorgenza, anche se gli anfiboli sembrano essere più attivi del crisolito (v. relazione c.t.u.).

In ordine al periodo di latenza, tra inizio dell'esposizione ad amianto ed insorgenza della neoplasia, "esso è pari a circa 10-15 anni nel minimo e può estendersi sino a 30-40 anni" (v. relazione c.t.u.).

Tuttavia, per il caso specifico del mesotelioma pleurico, da cui il ricorrente è affetto, il periodo di latenza minimo tra la prima esposizione e la malattia è di almeno 10 anni, ma è in media di 30-40 anni, "anche se possono evidenziarsi casi di latenze più brevi o molto più lunghe ed una latenza breve appare pure correlabile ad elevata esposizioni ad amianto" (v. relazione c.t.u.).

Il C.T.U. ha quindi dato conto dell'esistenza di due testi contrapposte, entrambe egualmente accreditate, in ordine alla rilevanza (nella genesi della malattia) delle esposizioni successive (v. relazione c.t.u.).

Secondo una prima tesi, risulterebbe ben documentata la letteratura "la mancanza di apprezzabili influenze peggiorative delle ulteriori eventuali esposizioni successive alla prima", per cui la malattia non viene accelerata o aggravata da esposizioni successive (v. relazione c.t.u.).

Secondo una contrapposta tesi, sarebbe invece ben documentato in letteratura l'incremento di incidenza del mesotelioma in relazione all'incremento del consumo dell'amianto e dell'esposizione cumulative (v. relazione c.t.u.).

Si tratta di un aspetto "strettamente connesso a quello relativo alla possibilità di identificare una soglia minima di esposizione ad amianto, al di sotto della quale escludere un rischio di tumore polmonare", per cui il rischio di mesotelioma aumenterebbe con l'aumentare sia della intensità che della durata dell'esposizione e dunque con la quantità di fibre complessivamente inalate (v. relazione c.t.u.).

In ogni caso, per la definizione del caso specifico, non può prescindersi da un esame dell'entità dell'esposizione (v. relazione c.t.u.).

Infatti, è ormai noto alla letteratura scientifica che "nei cantieri navali si è fatto massiccio e diffuso uso di amianto per la coibentazione di paratie e porte tagliafuoco, cabine e alloggi, soffitti, pavimenti, sale macchine, guarnizioni, caldaie" (v. relazione c.t.u.).

Di tutt'altra entità può invece essere stimata l'esposizione "subita dal ricorrente nel periodo successivo a quello svolto in M." (v. relazione c.t.u.).

Ciò in quanto, secondo i dati presenti nella letteratura scientifica, "nelle centrali termoelettriche l'amianto, oltre ad essere presente nelle guarnizioni di alcune valvole e nelle tratte rompi fiamma dei passaggi cavi, era impiegato, in forma di coppelle e materassini, come isolante termico e utilizzato principalmente per la coibentazione di tubazioni, turbine, giunti delle condotte aria/gas, generatori di vapore, serbatoi, riscaldatori" (v. relazione c.t.u.).

Tale utilizzo è continuato fino alla fine degli anni '70, tuttavia "in tali impianti la piccola manutenzione, comportante operazioni saltuarie e di modeste entità, non generava una esposizione significativa" (v. relazione c.t.u.).

Tali elementi consentono di ritenere "non rilevante" l'esposizione subita dal ricorrente presso la centrale di V. di S., sia per la saltuarietà delle operazioni sulle coibentazioni, sia per la chiusura della stessa poco dopo l'inizio del rapporto di lavoro (v. relazione c.t.u.).

Del resto, è quanto emerso nel corso dell'istruttoria testimoniale, laddove il teste O. ha precisato appunto che si trattava di "coppette di amianto" (v. dep. O.).

Lo stesso O. ha poi confermato che la "grossa" manutenzione veniva svolta una

volta all'anno, durante il periodo di chiusura della centrale (v. dep. O.).

Oltretutto, poco dopo l'acquisto delle centrali da parte dell'E. s.p.a., questa è stata smantellata ed era il 1962 (appena un paio d'anni dopo l'assunzione del R.), secondo quanto risulta dal racconto del teste C. per il quale, peraltro, "a quell'epoca rotoli di amianto non ce n'erano" (v. dep. C.).

Pertanto, "è indiscutibile che l'esposizione subita durante il servizio in M., per l'intensità e durata, possa da sola essere considerata, come elevato grado di probabilità, come causa efficiente e sufficiente nell'insorgenza del mesotelioma pleurico manifestatosi, non potendo sim al contrario, riconoscere, con altrettanto grado di probabilità, un ruolo accelerante nell'esposizione subita presso l'E., stante la bassissima esposizione subita" (v. relazione c.t.u.).

I risultati peritali, raggiunti previo scrupoloso esame del caso ed adeguata discussione, possono essere posti a base dell'odierna decisione.

Quanto alle sentenze citate da parte ricorrente, occorre ricordare che esse pervengono a soluzioni diverse a seconda della teoria scientifica cui aderiscono.

Nella situazione in esame, il C.T.U., ha dato esauriente conto dell'esistenza di contrapposte teorie, entrambe peraltro ben documentate, in ordine al ruolo che possono svolgere esposizioni successive all'amianto.

Tuttavia, e indubitabile, per le ragioni esposte dal c.t.u., oltretutto pienamente confermate anche dall'istruttoria testimoniale, la scarsa esposizione subita dal R. presso la centrale di V. di S..

Quanto, invece, alle considerazioni critiche svolte dal c.t.p. di parte ricorrente, deve rimandarsi a quanto esposto dal c.t.u. in ordine al periodo di latenza, per cui, a prescindere da una media di 30-40 anni,

non può escludersi un periodo maggiore (v. relazione c.t.u.).

Pertanto, il solo fatto che siano passati 59 anni tra l'esposizione subita presso la M. M. e la comparsa delle "placche pleuriche" non è di per sé fatto idoneo ad escludere il nesso di causalità.

Il ricorso, pertanto, non può essere accolto, sussistendo tuttavia comprovate ragioni, avuto riguardo alle emergenze istruttorie ed alle questioni trattate, per disporre la compensazione delle spese di lite, ponendo a carico del ricorrente le spese di c.t.u. liquidate con separato provvedimento.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bergamo, in composizione monocratica ed in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando sulla causa n. 679/09 R.G.

1. Rigetta il ricorso;
2. Compensa le spese di lite, ponendo definitivamente a carico del ricorrente le spese di CTU liquidate con separato provvedimento.

(4) Con ricorso al Tribunale di Bergamo, in funzione di Giudice del Lavoro, un lavoratore ha convenuto in giudizio la società ex datrice di lavoro, al fine di veder riconosciuti i pretesi danni (patrimoniali e non), subiti a seguito della malattia (mesotelioma) riscontrata diversi anni dopo la cessazione del rapporto.

La società, che si costituiva in giudizio contestando integralmente le pretese avversarie, sosteneva che la patologia era stata contratta in un momento precedente a quello in cui il ricorrente aveva lavorato alle sue dipendenze e deduceva, in ogni caso, la propria assenza di responsabilità, anche in considerazione del fatto che negli anni in

cui il lavoratore aveva lavorato per la società (anni 50 - 60), l'amianto non era considerato sostanza nociva (ma era di uso comune ed anzi, in alcuni casi, veniva addirittura imposto dalle Autorità Pubbliche).

La convenuta rilevava che tale interpretazione è confermata dalla Suprema Corte, secondo cui "non sussiste responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. se al momento dei fatti ... l'amianto non era considerato sostanza pericolosa per la salute e le misure di sicurezza adottate dal datore di lavoro erano conformi alle precauzioni previste all'epoca" (cf. Cass. Civ. n. 20142/2010 in Giust. civ. Mass. 2010, 9, 1252, in cui la Suprema Corte ha confermato la decisione del Giudice di merito, che aveva respinto la domanda di risarcimento del danno proposta dagli eredi di un lavoratore, già addetto alla lavorazione dell'amianto, deceduto per mesotelioma ed esposto al rischio tra il 1953 ed il 1962, ritenendo congruamente motivato il giudizio secondo il quale il rispetto delle limitate prescrizioni cautelative praticabili all'epoca dello svolgimento dell'attività lavorativa, non avrebbe comunque impedito l'insorgere del mesotelioma).

Nel caso in esame, il Giudice, dopo aver sentito le testimonianze degli ex colleghi del ricorrente, ha disposto Consulenza Tecnica d'Ufficio, al fine di verificare la sussistenza del nesso di causa tra la malattia e l'attività lavorativa svolta. Al termine delle indagini peritali (in cui il CTU aveva rilevato che il lavoratore era stato sottoposto alle polveri d'amianto anche in un periodo precedente - risalente ad oltre 50 anni prima - a quello dedotto dal ricorrente, ovvero allorché lo stesso aveva lavorato presso terzi), il Giudice, accertata la mancanza di prova del nesso causale tra l'attività svolta dal lavoratore presso la società convenuta e la patologia

contratta, ha rigettato integralmente la domanda del ricorrente.

La decisione è stata assunta a seguito di un'attenta analisi delle risultanze probatorie ed in aderenza dei principi di causalità giuridica, secondo cui, ai fini dell'accertamento del rapporto tra fatto ed evento lesivo, il principio di equivalenza delle cause viene superato qualora si accerti (sulla base di criteri scientifici e probabilistici) che una determinata azione (o omissione) si pone come unico antecedente logico che ha determinato l'evento.

La sentenza è, sul punto, conforme all'insegnamento della Corte di legittimità, che ha chiarito che, nel caso di malattia ad eziologia multifattoriale, il nesso di causalità relativo all'origine professionale della malattia non può essere oggetto di semplici presunzioni tratte da ipotesi tecniche teoricamente possibili, ma necessita di una concreta e specifica dimostrazione (Cass. n. 12909/2000).

La controversia si inserisce nell'ampio contenzioso in materia di responsabilità del datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., in relazione ai danni subiti dal lavoratore a causa dell'esposizione ad amianto presente nei luoghi di lavoro.

In tale contesto sono due, principalmente, le tematiche giuridiche che emergono.

Una prima attiene al nesso causale, quale requisito che deve necessariamente sussistere a fondamento di qualsiasi ipotesi di responsabilità civile.

La seconda riguarda la natura della responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2087 cod. civ., a proposito della quale la Suprema Corte ha affermato il principio per cui "deve negarsi la responsabilità datoriale ogni volta che la prestazione non era eseguibile e la diligenza richiesta non era esigibile: non può pretendersi l'adozione di accorgimenti

per fronteggiare evenienze ... assolutamente impensabili ed eccezionali alla comune esperienza; occorre riferirsi a quei presidi che la tecnica pone normalmente a disposizione; ... neppure può pretendersi che il datore di lavoro ricerchi a proprie spese nuove misure di prevenzione o compia sperimentazioni, ma che applichi le misure conosciute e necessarie secondo la comune esperienza e tenendo conto delle cognizioni tecniche acquisite dalla scienza" (Cass. n. 7362/2005).

Il caso qui commentato è stato deciso sulla base del primo requisito (nesso causale).

Il Giudice, con corretto iter decisionale, ha ritenuto che, prima ed indipendentemente da qualsiasi giudizio in tema di colpa, è necessario che sussista, sul piano oggettivo e fattuale, un nesso eziologico che lega l'evento dannoso allo svolgimento delle mansioni lavorative.

Dall'accertamento espletato nell'istruttoria non è emersa la prova del nesso causale, fra la patologia dedotta dal ricorrente e le mansioni espletate presso l'azienda di parte convenuta, potendosi ricondurre la patologia stessa anche ad altre cause.

In particolare è risultata la precedente esposizione ad amianto del lavoratore presso altre aziende, che, seppure avvenuta in epoca lontana, non è risultata incompatibile (in base alla perizia svolta dal ctu) con il periodo di latenza della malattia verificatasi.

Il Giudice del Lavoro ha, dunque, respinto la domanda.

La decisione appare significativa, poiché fa corretta applicazione dell'art. 2697 cod. civ., in tema di riparto dell'onere probatorio.

Anche al di fuori della specifica materia qui esaminata, il nesso causale è, infatti, un elemento costitutivo della fattispecie dell'illecito civile e, come tale,

dev'essere provato dalla parte che invoca tale illecito.

La decisione è, dunque, conforme all'orientamento per il quale "Incombe sul lavoratore, che lamenti di aver subito, a causa dell'attività lavorativa svolta, un danno alla salute, l'onere di provare l'esistenza di tale danno come pure la nocività dell'ambiente di lavoro, nonché il nesso di causalità tra l'una e l'altro" (Cass., 3 aprile 1999, n. 3234 in Giust. civ. Mass. 1999, 749; conf. ex plurimis Cass., 15 febbraio 1992, n. 1844; Pret. Torino, 12 aprile 1996, in Or. giur. lav., 1996, 474; Trib. Milano, 30 giugno 1995, in Lav. giur., n. 1, 1996).

Nota a cura di:

Studio Legale Trifirò & Partners

Milano - Via S. Barnaba, 32

Tribunale di Bergamo sentenza n. 350 del 12 aprile 2012 - Estensore Troisi (contratto a termine)

L'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità, ai sensi dell'art. 8, secondo comma, della Legge n. 223 del 1991, conserva il medesimo carattere peculiare, anche dopo l'intervento del D.lgs. n. 368 del 2001. Non può, infatti, dubitarsi del fatto che il legislatore del 2001 ha inteso lasciare in vigore l'art. 8 e, pertanto, che la sua indicazione quale causale dell'apposizione del termine sia sufficiente a legittimare il ricorso al contratto a tempo determinato (5)

REPUBBLICA ITALIANA
TRIBUNALE DI BERGAMO
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice monocratico del lavoro, in persona

della dott.ssa A. Troisi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nella causa di lavoro n. 2532 R.G. promossa

da

F. L., con il proc.avv.dom. A. M. del foro di M., giusta procura a margine del ricorso depositato. **RICORRENTE**

Contro

S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, Amministratore Unico, con il proc.dom.avv. M. C. e M. G., giusta procura in calce alla copia notificata dal ricorso decreto. **RESISTENTE**

Oggetto: contratto a termine

FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorrente ha fondato la sua pretesa sull'uso non giustificato di un contratto di lavoro a tempo determinato (di cui è agli atti del ricorrente il relativo documento), e sul fatto che questo non corrispondesse ad una precisa ed individualizzata esigenza del datore di lavoro, resa palese nel contratto.

Il contratto di lavoro a termine per la mansione di venditore piazzista dal 1 settembre 2010 al 31 agosto 2011 è stato stipulato richiamandosi la seguente motivazione: “ a tempo determinato per un anno, ai sensi della legge 223/91”.

Tuttavia il contratto non può dirsi nullo per questa ragione formale, perché non sarebbe stato rispettato un fondamentale requisito di forma.

La s.p.a. ha individuato specificamente una causale prevista dalla legge per una ipotesi del tutto particolare.

La corte di Cassazione, sia pur per contratti stipulati sotto il vigore della legge n. 230 del 1962, ha statuito: “L’art. 8, comma secondo, Legge 23 luglio 1991, n. 223 -

che dispone che i lavoratori in mobilità possono essere assunti con contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi - ha introdotto una fattispecie a termine autonoma e ulteriore rispetto alle ipotesi contemplate nella legge 18 aprile 1962, n. 230, che prescinde da ogni riferimento a cause oggettive (richieste nella ipotesi regolate dalla legge n. 230/1962) in quanto implica solamente, per la sua legittimità, un requisito soggettivo (lo stato di disoccupazione del lavoratore e la sua iscrizione nelle liste di mobilità), e pone, quale unico limite temporale, una durata massima non superiore a dodici mesi, così perseguendo la duplice finalità di favorire, da un lato, nuove opportunità di impiego per il lavoratore in mobilità e di evitare, dall’altro, il consolidamento di una situazione di precarizzazione del rapporto di lavoro; ne consegue, pertanto, che le parti possono liberamente prorogare il termine iniziale del contratto, fermo restando che la durata complessiva del rapporto non deve comunque superare i dodici mesi” (Cass. 20/6/2008 n. 16871, Pres. Mattone Est. Ianniello, in Dir. E prat. Lav. 2009, 391).

La ratio della legge 223 è appunto quella di evitare il consolidamento della situazione di mobilità/disoccupazione e di agevolare, per altro verso, chi ricorre a tale tipo di assunzione. La lettera dell’art. 8 depone per la creazione di un tipo contrattuale (“I lavoratori in mobilità possono essere assunti con contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi”) e non per la semplice previsione di un puro sgravio contributivo per un periodo limitato.

La fattispecie di contratto a termine prevista dall’art. 8, l. 223/91 è del tutto autonoma, sia sul piano dei presupposti, sia su quello della disciplina, rispetto alla congerie dei contratti a termine (v. anche Cass. 10/7/00, pres. De Misis, est.

Castiglione, in Foro it. 2000, I, 3487; in Riv. It. Dir.lav. 2001).

L'assunzione a termine dei lavoratori in mobilità rimane la stessa fattispecie peculiare anche dopo l'intervento della 368/2001 che, d'altra parte - coerentemente con il ragionamento fin qui fatto e con lo spirito della interpretazione accettata - ha inteso rendere il ricorso allo strumento del contratto a termine di tipo non eccezionale, al tempo stesso tutelando il lavoratore da possibili abusi nella individuazione delle ipotesi da parte del datore di lavoro.

Non può pertanto dubitarsi del fatto che il legislatore del 2001 abbia inteso lasciare in vigore la disposizione dell'art. 8 (di pari rango) per la sua perdurante ratio: il più facile reimpiego di lavoratori espulsi dal mercato del lavoro mediante forme di assunzione più flessibili in quanto svincolate dai limiti posti in generale dalla legge.

Il ricorso deve quindi essere respinto.

Le spese di lite devono tuttavia interamente compensarsi tra le parti, data la mancanza di irrazionalità e temerarietà della opposta interpretazione.

PQM

Il Tribunale di Bergamo, in composizione monocratica ed in funzione di Giudice del Lavoro, non definitivamente pronunciando nella causa N. 2532/2011 R.G., ogni diversa e contraria istanza disattesa:

- 1) Rigetta la domanda del ricorrente L. F.;
- 2) Dichiarata integralmente compensate le spese di lite tra le parti;

(5) Con la sentenza del Tribunale di Bergamo che si commenta, il Giudice ha rigettato il ricorso proposto da un lavoratore che chiedeva l'accertamento

della nullità del termine apposto al contratto di lavoro e, conseguentemente, la sua conversione a tempo indeterminato, con condanna della società al pagamento di tutte le retribuzioni maturate dalla data di cessazione del rapporto fino all'effettiva riammissione in servizio; in aggiunta, il lavoratore chiedeva il pagamento dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 32, quinto comma, della legge n. 183 del 2010.

La circostanza che il lavoratore, al momento dell'assunzione, fosse iscritto nelle liste di mobilità - e che il fatto fosse indicato quale causale dell'apposizione del termine di durata nel contratto di assunzione - ha condotto il Giudice a ritenere la validità della clausola appositiva del termine, pur in assenza di una specificazione della causale ai sensi dell'art. 1 del D.lgs. n. 368 del 2001.

In particolare, l'art. 8, secondo comma, della l. n. 223 del 1991 consente l'assunzione a tempo determinato dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità, beneficiando il datore di lavoro di sgravi contributivi particolarmente allettanti, specialmente nel caso di successiva trasformazione del rapporto a tempo determinato.

Nella vigenza della l. n. 230 del 1962, l'opinione pressoché unanime degli interpreti è stata quella di ritenere che l'art. 8, secondo comma, della l. n. 223 del 1991 costituisca un'ipotesi autonoma, che andava ad aggiungersi a quelle già tassativamente previste dalla legge, eventualmente integrata dalla contrattazione collettiva.

La Suprema Corte, in particolare, si è espressa in modo particolarmente esaustivo nella sentenza n. 16871 del 20 giugno del 2008 (sul punto, si vedano anche Cass. 6 marzo 2003, n. 3374; Cass. 14 dicembre 2001 n. 15821), pronuncia citata anche dal Tribunale di Bergamo nella sentenza oggetto del presente commento e la cui

massima merita di essere riportata per esteso: “L’art. 8, comma 2, l. 23 luglio 1991 n. 223 - che dispone che i lavoratori in mobilità possono essere assunti con contratto di lavoro a termine di durata non superiore a dodici mesi - ha introdotto una fattispecie di assunzione a termine autonoma ed ulteriore rispetto alle ipotesi contemplate nella l. 18 aprile 1962 n. 230, che prescinde da ogni riferimento a cause oggettive (richieste nelle ipotesi regolate dalla legge n. 230 del 1962) in quanto implica solamente, per la sua legittimità, un requisito soggettivo (lo stato di disoccupazione del lavoratore e la sua iscrizione nelle liste di mobilità), e pone, quale unico limite temporale, una durata massima non superiore ai dodici mesi, così perseguendo la duplice finalità di favorire, da un lato, nuove opportunità d’impiego per il lavoratore in mobilità e di evitare, dall’altro, il consolidamento di una situazione di precarizzazione del rapporto di lavoro; ne consegue, pertanto, che le parti possono liberamente prorogare il termine iniziale del contratto, fermo restando che la durata complessiva del rapporto non deve comunque superare i dodici mesi.”

Secondo la Corte di Cassazione, quindi, il legislatore, con l’art. 8 della l. n. 223 del 1991, ha introdotto un’autonomia fattispecie di contratto a termine con la finalità di favorire nuove opportunità di impiego e di evitare il consolidamento della condizione di disoccupazione. Il superamento della correlazione contratto a termine-causale oggettiva è completo e sancito per legge: l’assunzione a termine diviene legittima a fronte di una causale soggettiva costituita dalla condizione di iscrizione nelle liste di mobilità del lavoratore; al contempo, nel caso in questione la finalità del contratto a termine non è più quella di soddisfare un’esigenza organizzativa o produttiva del datore di

lavoro, ma piuttosto quella di favorire il reinserimento nel mondo del lavoro di un soggetto svantaggiato.

Se queste erano le conclusioni a cui dottrina e giurisprudenza maggioritarie erano pervenute con riferimento alla previgente disciplina, il quadro è venuto a complicarsi con la riforma dell’istituto attuata nel 2001: come è noto, infatti, il D.lgs. n. 368 del 2001 ha sostituito il previgente sistema fondato sulla tassatività delle ipotesi con un nuovo meccanismo incentrato sulla sussistenza del cosiddetto “causalone”, ovvero a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo (come è noto, la natura oggettiva della causale giustificatrice l’apposizione del termine rappresentava uno dei possibili accorgimenti antifraudolenti suggeriti dall’Accordo Quadro europeo del 1999 recepito dalla Direttiva 1999/70, disposizione di cui il D.lgs. n. 368 del 2001 costituisce attuazione nel nostro ordinamento).

Analizzando la nuova causale generale, è facile osservare che tutte le ipotesi considerate sono riconducibili ad esigenze di natura oggettiva del datore di lavoro. Si potrebbe ritenere, quindi, che l’intervento del legislatore del 2001 abbia inteso riproporre in modo stringente proprio quel legame fra apposizione del termine e causale oggettiva che la l. n. 56 del 1987 e l’art. 8 della l. n. 223 del 1991 avevano contribuito ad attenuare fortemente.

Di qui il dubbio che la causale oggettiva sia sempre e comunque necessaria per la sottoscrizione di un contratto di lavoro a tempo determinato, anche nella particolare ipotesi di cui all’art. 8 della l. n. 223 del 1991, tesi sostenuta dal ricorrente nel giudizio conclusosi con la sentenza oggetto di commento.

In particolare, il lavoratore era stato assunto con un contratto a termine della

durata di un anno, che non faceva riferimento a nessuna delle causali previste all'art. 1 del D.lgs. n. 368 del 2001, indicando soltanto come giustificazione dell'apposizione del termine la sua iscrizione nelle liste di mobilità, così come previsto dall'art. 8 della l. n. 223 del 1991.

Il lavoratore ha sostenuto la nullità del termine, affermando che dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina del 2001 tutti i contratti a termine devono essere sorretti da una delle ragioni oggettive previste dall'art. 1 del D.lgs. n. 368 del 2001; l'esplicito richiamo che l'art. 10, comma sesto, del D.lgs. n. 368 del 2001, opera nei confronti dell'art. 8 della l. n. 223 del 1991, quindi, secondo il ricorrente sarebbe preordinato esclusivamente a garantire al datore di lavoro la percezione degli incentivi contributivi, ma non esimerebbe comunque dall'apposizione della causale oggettiva.

L'interpretazione proposta dal ricorrente era la medesima fatta propria da alcuni precedenti di merito. In particolare, il Tribunale di Milano, pronunciandosi sul punto, aveva ritenuto che "L'assunzione con contratto a tempo determinato di lavoratore iscritto alle liste di mobilità ex art. 8 comma 2 l. 23 luglio 1991 n. 223 rimane comunque assoggettata alla complessiva disciplina dettata dal d.lg. 6 settembre 2001 n. 368 che ai sensi dell'art. 1 comporta l'obbligo di specificare per iscritto le ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano l'apposizione del termine; in mancanza di ciò il termine è nullo e il rapporto va considerato a tempo indeterminato" (Tribunale di Milano, 11 maggio 2006).

Nello stesso senso, si è pronunciato anche il Tribunale di Busto Arsizio in data 29 novembre 2010.

Il Tribunale di Bergamo, tuttavia, ha respinto tale interpretazione e rigettato il

ricorso, ritenendo che la fattispecie prevista dall'art. 8, l. n. 223 del 1991 abbia mantenuto la propria autonomia anche dopo la riforma del 2001, rimanendo assolutamente valide ed attuali le funzioni di reinserimento e contrasto della disoccupazione che avevano spinto il legislatore del 1991 alla sua introduzione.

La decisione del Tribunale di Bergamo è da condividere: a ben vedere, infatti, la riforma del 2001 non ha imposto il ricorso alla causale oggettiva in tutti i casi di stipula di contratto a termine. In particolare, rimangono in vigore ipotesi in cui l'apposizione del termine è legittimata dalle caratteristiche soggettive del datore di lavoro (si pensi, alla possibilità di stipulare contratti a termine nel settore del trasporto aereo e in quello postale) o del lavoratore (ad esempio, sono esclusi dal campo di applicazione della disciplina del 2001 i dirigenti, le assunzioni di supplenti e di personale ATA nella scuola).

Anche sotto il profilo sistematico, quindi, è ben possibile che l'apposizione del termine sia legittimata da una causale di tipo soggettivo e non oggettivo. Tanto più che l'art. 10, sesto comma, del D.lgs. n. 368 del 2001 richiama esplicitamente l'art. 8 della l. n. 223 del 1991.

E che l'interpretazione corretta sia quella fatta propria dal Tribunale di Bergamo è confermato dalla ratio sottesa alla previsione dell'art. 8 l. n. 223 del 1991 - giustamente evidenziata dal Giudice -, soprattutto se letta in modo coordinato con alcuni recenti interventi legislativi in materia di somministrazione, istituto che, come è noto, è considerato dal legislatore particolarmente affine al contratto a tempo determinato: in particolare, correttamente il Giudice afferma che la finalità della particolare ipotesi di assunzione contemplata per i lavoratori in mobilità consiste nella necessità - senza dubbio meritevole - di impedire il consolidamento

dello stato di disoccupazione e agevolare nuove possibilità di impiego. Orbene, che a fronte di tali finalità l'assunzione a termine si giustifichi sulla base delle sole caratteristiche soggettive del lavoratore è confermato dal fatto che la Finanziaria 2010 già prevedeva la possibilità di non indicare la causale legittimante la somministrazione per i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità; e che la possibilità di ricorrere alla somministrazione senza specificazione della causale è stata recentemente ampliata per tutti i casi di impiego di "lavoratori svantaggiati" dal D.lgs. n. 24 del 2012.

In definitiva, per il legislatore un impiego a tempo determinato è preferibile allo stato di disoccupazione, anche perché può rappresentare un ottimo strumento di reinserimento: l'assunzione a termine, quindi, in questi casi è vantaggiosa anche per il lavoratore e, pertanto, non è necessario attivare quel meccanismo antifraudolento rappresentato dall'indicazione nel contratto delle causali oggettive.

Ciò, oltre a confermare ulteriormente la duttilità dell'istituto del contratto a termine, non contrasta assolutamente con la disciplina europea, poiché l'apposizione della causale oggettiva è solo una delle tecniche previste dalla Direttiva 1999/70 per scongiurare eventuali abusi e dato che la funzione antifraudolenta, in questo caso, è già ampiamente presidiata dal limite legale della durata del rapporto di un anno, non soggetto a proroghe o rinnovi.

Appendice alla nota

Come è noto, il nostro ordinamento ha conosciuto, e tuttora conosce, diverse forme di impiego di manodopera a tempo determinato che rispondono fondamentalmente a due esigenze differenti: da un lato consentire il

soddisfacimento di necessità produttive limitate nel tempo, dall'altro permettere l'inclusione lavorativa di soggetti particolarmente svantaggiati.

Alla differente funzione delle tipologie negoziali corrisponde un diverso requisito legittimante: causali oggettive per il soddisfacimento di esigenze aziendali; acausalità o requisiti soggettivi - o causale soggettiva che dir si voglia - per le tipologie contrattuali aventi - anche - finalità inclusive (per esempi del primo tipo si considerino i contratti a tempo determinato ex d.lgs. n. 368 del 2001 ed ex l. n. 230 del 1962, il distacco del lavoratore e i contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato; la tendenza a richiedere legittimazioni di tipo soggettivo in caso di tipologie negoziali aventi finalità inclusive ben può essere testimoniata dall'apprendistato, dai contratti di inserimento e da quelli di formazione e lavoro).

Ci si è presto resi conto, tuttavia, che tipologie negoziali pensate originariamente per soddisfare esigenze organizzative o produttive del datore di lavoro potevano svolgere egregiamente anche una funzione di inserimento nel mondo del lavoro di soggetti deboli; parimenti, strumenti inizialmente concepiti con funzione di promozione occupazionale hanno dimostrato di poter appagare le esigenze di flessibilità sempre più avvertite dalle imprese. In questo senso, appare paradigmatica l'evoluzione che ha avuto la disciplina del contratto a tempo determinato.

Il problema di contemperare gli effetti positivi provocati per "eterogenesi dei fini" da tipologie contrattuali a termine con le necessarie norme antifraudolente volte a prevenirne gli abusi è una delle questioni centrali di tutti gli interventi legislativi che si sono susseguiti a partire dalla fine degli anni '90 ad oggi; ed è anche la questione

posta a fondamento dell'Accordo Quadro sul contratto a tempo determinato stipulato da CES, CEEP e UNICE il 18 marzo del 1999, il cui contenuto è stato poi trasposto dal legislatore comunitario nella Direttiva 1999/70 di cui il D.lgs. n. 368 del 2001 costituisce attuazione nell'ordinamento italiano.

La filosofia di fondo dell'Accordo Quadro, infatti, consiste nell'ammettere che il contratto a tempo determinato, circondato delle necessarie tutele e ad alcune condizioni, può costituire uno strumento vantaggioso sia per le imprese che per i lavoratori; più in particolare, le indicazioni provenienti dal legislatore europeo sono nel senso di consentire agli ordinamenti degli Stati membri l'introduzione di contratti di lavoro a tempo determinato purché giustificati da causali oggettive, cioè esigenze connesse all'attività aziendale, o soggettive, vale a dire riconducibili a particolari qualità o condizioni del lavoratore.

A ben vedere, rispetto alla distinzione causale cui si è fatto cenno in precedenza, le indicazioni provenienti dall'Europa possono apparire contraddittorie, perché riconnettono la legittimità dello strumento contrattuale a termine a entrambe le tipologie di causale, sia oggettiva che soggettiva; ma tale contraddittorietà è, in realtà, soltanto apparente, destinata a risolversi se sol si tiene conto dell'estrema duttilità del contratto di lavoro a termine, strumento che ben si presta sia al soddisfacimento delle esigenze di flessibilità dell'impresa, che alla creazione di nuova occupazione.

E di questa duttilità si era già pienamente reso conto il nostro legislatore ancor prima degli interventi europei.

Più in particolare, occorre tener conto che in Italia la disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato è stata a lungo imperniata su un sistema di ipotesi

tassative: stipulare un contratto a termine era possibile solo a condizione di ricadere in uno dei casi previsti dalla legge. E tutte le fattispecie legali erano riconducibili a causali di tipo oggettivo connesse all'attività dell'impresa (l'art. 1, secondo comma, della l. n. 230 del 1962 ammetteva l'apposizione del termine solo nelle seguenti ipotesi: attività stagionali come individuate in appositi d.p.r., sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, esecuzione di opere o servizi definiti e predeterminati nel tempo aventi carattere straordinario ed occasionale, per lavorazioni eseguite senza continuità richiedenti l'intervento di maestranze aventi una professionalità differente da quella dei lavoratori presenti in azienda, per l'assunzione di personale artistico e tecnico nella produzione di spettacoli).

La rigidità di questo sistema è però stata fortemente attenuata dalla l. n. 56 del 1987, che ha previsto la possibilità che nuove ipotesi di legittima apposizione del termine fossero individuate dalla contrattazione collettiva (l'art. 23 della l. n. 56 del 1987 prevedeva la possibilità di stipulare contratti a termine anche "nelle ipotesi individuate nei contratti collettivi di lavoro stipulati con i sindacati nazionali o locali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale"). In questo modo, mediante l'attribuzione da parte del legislatore di una sorta di "delega in bianco" alla contrattazione collettiva, si consentiva alle parti di immettere nel sistema una certa dose di flessibilità, nella logica della cosiddetta "flessibilità trattata", che costituì il primo approccio tentato nel nostro sistema giuslavoristico per superare alcune strettoie della disciplina inderogabile.

Ma sarebbe in parte riduttivo considerare l'intervento legislativo del 1987

solo come un esempio di "flessibilità contrattata": data l'ampiezza della facoltà di deroga concessa all'autonomia collettiva, in realtà si spingeva verso un vero e proprio mutamento della funzione economico-sociale del contratto a termine, ammettendone l'utilizzo non solo nell'ambito originariamente previsto delle esigenze organizzative dell'azienda, ma anche quale forma di impiego normale e ricorrente (nel senso del *venir meno* del necessario collegamento fra assunzione a termine ed esigenze aziendali straordinarie richieste dalla l. n. 230 del 1962 in caso di previsioni della contrattazione collettiva, si vedano Cass. 14 febbraio 2004, n. 2866; Cass. 24 luglio 2004, n. 14011).

Si determinava così un primo "scollamento" dello stretto legame che fino a quel momento aveva correlato le esigenze organizzative e produttive del datore di lavoro e l'assunzione a termine del lavoratore: dall'introduzione nell'ordinamento della l. n. 56 del 1987 per assumere a termine un dipendente era sufficiente che l'ipotesi legittimante fosse contemplata dalla contrattazione collettiva, ma non era detto che essa dovesse essere ricondotta ad una causale di tipo oggettivo (anche la giurisprudenza riconobbe che la causale legittimante potesse avere carattere soggettivo, cfr. Cass. 9 agosto 2006 n. 17957: "L'art. 23 della L. 28 febbraio 1987, n. 56, che demanda alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare - oltre le fattispecie tassativamente previste dalla legge - nuove ipotesi di apposizione di un termine alla durata del rapporto di lavoro, configura una vera e propria "delega in bianco" a favore dei sindacati, i quali, pertanto, senza essere vincolati alla individuazione di figure di contratto a termine comunque omologhe a quelle previste per legge, possono legittimare il ricorso al contratto di lavoro a termine per causali di carattere oggettivo e anche - alla

stregua di esigenze riscontrabili a livello nazionale o locale - per ragioni di tipo meramente "oggettivo", costituendo l'esame congiunto delle parti sociali sulla necessità del mercato idonea garanzia per i lavoratori per un'efficace salvaguardia dei loro diritti").

Al contempo, si andava affermando l'idea che, in alcune particolari situazioni, l'assunzione a tempo determinato potesse risultare vantaggiosa anche per il lavoratore, costituendo comunque una chance di inserimento nel mondo del lavoro ed essendo un'occupazione a termine in ogni caso preferibile alla disoccupazione. Per questi motivi, quando nel 1991 il legislatore emanò la nuova disciplina relativa al governo delle crisi di impresa, inserì una norma che legittimava l'assunzione a termine per un massimo di dodici mesi dei lavoratori iscritti nelle liste di mobilità: i tempi erano ormai maturi per compiere un ulteriore passo avanti sulla strada della dissoluzione del legame tra contratto a tempo determinato e causali esclusivamente oggettive.

Nota e appendice a cura di:
Studio Legale Associato A. Cicolari
Bergamo - pass. C. Lateranensi, 1

Tribunale di Bergamo sentenza n. 608 del 30 giugno 2011 - Estensore Bertoncini e Corte d'Appello di Brescia sentenza n. 144 del 22/03/2012 - Estensore Nuovo (licenziamento)

Non si discute il legittimo esercizio del diritto di critica, riconosciuto ad ogni lavoratore subordinato, come principio discendente anche dall'art. 1 St. lav.; occorre però che la critica non sconfini nell'insulto ovvero in altre forme scorrette censurabili.

Il dissenso può sempre essere reso manifesto, ma con espressioni verbali e gesti opportuni e non offensivi. In caso contrario, il comportamento del lavoratore può consentire l'applicazione di un provvedimento disciplinare, nel caso di specie espulsivo (6)

TRIBUNALE DI BERGAMO N. 608/2011

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso regolarmente notificato D.L. conveniva in giudizio, dinanzi al Tribunale di Bergamo in funzione di giudice del lavoro, la Società T per sentir dichiarare la nullità e/o illegittimità e/o inefficacia del licenziamento intimatogli con comunicazione del 06.08.2007 e per sentirla condannare alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno mediante pagamento delle retribuzioni maturate dalla data del licenziamento a quella dell'effettiva reintegra, oltre ai contributi previdenziali, interessi e rivalutazione.

A fondamento di tale pretesa il ricorrente, premesso di essere stato assunto alle dipendenze della convenuta il 29.3.2004, deduceva che la società, con comunicazione del 17.06.2008, gli aveva contestato di aver risposto al direttore dell'azienda urlando, con frasi ingiuriose ed offensive, sospendendo l'attività lavorativa ed abbandonando il posto di lavoro senza alcuna autorizzazione.

D.L., nel contestare i fatti addebitatigli, eccepeva in ogni caso la nullità del recesso per violazione dell'art. 73 CCNL, nonché per la genericità ed indeterminatezza della contestazione disciplinare. Rassegnava le sopra precisate conclusioni.

Si costituiva regolarmente in giudizio Società T, resistendo alla domanda di cui chiedeva il rigetto e spiegando domanda riconvenzionale.

La convenuta evidenziava la gravità della condotta posta in essere dal ricorrente, consistita nell'aver urlato verso il titolare e legale rappresentante dell'azienda e nell'aver poi abbandonato il posto di lavoro senza alcuna giustificazione. [Omissis].

La causa, istruita documentalmente e testimonialmente, è stata discussa e decisa all'udienza odierna, mediante sentenza di cui veniva data pubblica lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è fondato. Il ricorrente, dipendente della convenuta dal 29.03.2004 come impiegato, è stato raggiunto, in data 17.06.2008, da contestazione disciplinare del seguente tenore: "in data 16 giugno 2008, alle ore 17:10 circa, a fronte di una richiesta di chiarimenti della Direzione Aziendale in merito all'imputazione di una voce di bilancio, lei rispondeva urlando al titolare dell'azienda ripetutamente frasi fortemente ingiuriose ed offensive, sospendendo l'attività lavorativa ed abbandonando il suo posto di lavoro senza alcuna autorizzazione".

La società, non ritenendo di accogliere le giustificazioni del ricorrente, procedeva al suo licenziamento per giusta causa con comunicazione del 26.06.2008.

E' noto che "la previa contestazione dell'addebito, necessaria in funzione di tutte le sanzioni disciplinari, ha lo scopo di consentire al lavoratore l'immediata difesa e deve conseguentemente rivestire il carattere della specificità, che è integrato quando sono fornite le indicazioni necessarie ed essenziali per individuare, nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari o comunque comportamenti in violazione dei doveri di cui agli artt. 2104 e 2105 cod. civ." (Cass. civ., n. 7546 del 30.03.2006).

Nella situazione in esame il riferimento, oltre che all'abbandono ingiustificato del

posto di lavoro, al fatto di aver urlato nei confronti del titolare, proferendo anche espressioni offensive, risulta sufficiente, tant'è che il lavoratore ha immediatamente reso le sue giustificazioni.

Per quanto attiene alla affissione del codice disciplinare, va ricordato che “anche relativamente alle sanzioni disciplinari conservative -e non per le sole sanzioni espulsive- deve ritenersi che, in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionatorio sia immediatamente percepibile dal lavoratore come illecito, perché contrario al c.d. minimo etico o a norme di rilevanza penale, non sia necessario provvedere alla affissione del codice disciplinare, in quanto il lavoratore ben può rendersi conto, anche al di là di una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati e delle relative sanzioni da parte del codice disciplinare, della illiceità della propria condotta” (Cass. civ., n. 1926 del 27.01.2011).

Per quanto riguarda, infine, la dedotta mancanza di motivazione del recesso, va semplicemente ricordato che “nel procedimento disciplinare a carico del lavoratore l'essenziale elemento di garanzia in suo favore è dato dalla contestazione dell'addebito, mentre la successiva comunicazione del recesso ben può limitarsi a far riferimento sintetico a quanto già contestato, non essendo tenuto il datore di lavoro, neppure nel caso in cui il contratto collettivo preveda espressamente l'indicazione dei motivi, ad una motivazione penetrante, analoga a quella dei provvedimenti giurisdizionali, né in particolare è tenuto a menzionare nel provvedimento disciplinare le giustificazioni fornite dal lavoratore dopo la contestazione della mancanza, e le ragioni che lo hanno indotto a disattenderle” (Cass. civ., n. 2851 del 09.02.2006).

Pertanto, risulta più che sufficiente quanto esposto nella comunicazione di recesso, in cui la società ha dichiarato di non poter

accogliere le giustificazioni del dipendente, ritenendole pretestuose ed insufficienti.

Passando quindi ad analizzare il merito, tutti i testi hanno concordemente riferito che tra le mansioni del ricorrente rientrava la contabilità, oltre che della società convenuta, della Società S ovvero della società che rappresenta la rete vendita della Società T.

Pertanto, il colloquio nel corso del quale si è accesa la discussione tra il D.L. ed il titolare della società riguardava aspetti inerenti le mansioni del D.L.

Il legale rappresentante della società, nel corso del libero interrogatorio, ha sostenuto che il ricorrente, a conclusione di tale discussione, gli avrebbe detto “sono stanco di ripetere le cose a chi non capisce un ..., mi sono rotto ...”, uscendo così dalla sua stanza.

Tuttavia, nessuno dei testi escussi ha sentito il ricorrente rivolgersi direttamente al proprio superiore con tale espressione.

Tutti i testi sono stati concordi nel riferire che, dalle proprie postazioni lavorative, sentirono il ricorrente, durante il colloquio con il titolare, alzare la voce.

Nessuno però è riuscito a cogliere le parole esatte e tutti, quando il D.L. è uscito dall'ufficio del titolare ed ha attraversato il corridoio, hanno sentito che in quel momento egli pronunciò un “vaff...”

La teste C.L., figlia del titolare, ha aggiunto che il ricorrente, prima di abbandonare il posto di lavoro, entrò nel suo ufficio, ritirò gli effetti personali e uscì passando dalla stanza della stessa C.L. e dicendo, in quel frangente, “mi sono rotto ... di avere a che fare con una testa di ...”.

Così ricostruiti i fatti e rapportati alla contestazione disciplinare può ritenersi unicamente provato, per quanto attiene alla discussione avuta con il titolare dell'azienda, che il D.L. alzò il tono di voce, ma non proferì, quanto meno in sua presenza, espressioni offensive.

Il “*vall...*”, così come l'altra frase, diversamente da quanto indicato nella contestazione disciplinare, non sarebbero state pronunciate alla presenza del titolare.

Si è certamente in presenza di un comportamento inurbano e censurabile, ma in ogni caso, il fatto che le espressioni, almeno secondo quanto emerso dall'istruttoria, non siano state pronunciate direttamente all'indirizzo del titolare ne attenua la gravità.

Proprio il diverso frangente in cui le volgarità sono state pronunciate dal D.L. esclude una vera e propria volontà di insubordinazione.

Oltretutto va valorizzato il contesto in cui tutto è accaduto, quello di una discussione su una questione lavorativa piuttosto importante, trattandosi appunto del bilancio di una società del gruppo.

Del resto, è noto che in simili casi, per valutare la proporzionalità della sanzione rispetto al fatto da punire, occorre valutare il comportamento del lavoratore, non solo nel suo contenuto oggettivo, ma anche nella sua portata soggettiva e, dunque, con riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui esso è stato posto in essere (tra le molte si veda: Cass. civ., n. 3865 del 15.02.2008, con cui è stata confermata la sentenza impugnata che aveva ritenuto giustificata la condotta della lavoratrice, svolgente mansioni di governante in un grande albergo, che aveva avuto un grave alterco con il direttore dell'albergo, in considerazione dello stato d'animo della medesima, caratterizzato da collera e mortificazione per l'ingiustizia che stava subendo).

In definitiva, la condotta del ricorrente, sia pure censurabile e tale da giustificare anche la massima sanzione conservativa, non appare tuttavia di gravità tale, anche in considerazione della condizione soggettiva in cui è stata commessa, da giustificare il licenziamento in tronco.

Occorre infatti ricordare che “in caso di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità fra fatto addebitato e recesso, viene in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, essendo determinante, ai fini del giudizio di proporzionalità, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che, per le sue concrete modalità e per il contesto di riferimento, appaia suscettibile di porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento e denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza. Spetta al giudice di merito valutare la congruità della sanzione espulsiva non sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda processuale che, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico, risulti sintomatico della sua gravità rispetto ad un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro, assegnandosi a tal fine preminente rilievo alla configurazione che della mancanze addebitate faccia la contrattazione collettiva, ma pure all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte dal dipendente, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto (ed alla sua durata ed all'assenza di precedenti sanzioni), alla sua particolare natura e tipologia” (per tutte, Cass. civ., n. 14586 del 22.06.2009).

Nel caso in esame, tutti gli elementi sopra esposti, non impedivano un giudizio prognostico favorevole in ordine al futuro adempimento dei propri obblighi da parte del D.L. Costui, come già evidenziato, ha

agito in stato di agitazione e collera, ma nell'ambito dell'intero rapporto lavorativo, durato quattro anni, era incorso solo in una modesta sanzione disciplinare, peraltro di quasi due anni antecedente all'episodio in contestazione.

In tale contesto si è parimenti inserito l'abbandono della postazione lavorativa che però risulta anch'essa di non particolare gravità, essendo avvenuta quando l'orario di lavoro era quasi terminato, come chiarito da tutti i testi e come risultante dal cartellino presenza in atti.

Del resto, i fatti relativi alla cronologia chat, certamente di estrema gravità, anche tale da giustificare un licenziamento, non sono stati contestati dalla società.

Tali fatti, inoltre, sono stati accertati, nella loro oggettiva gravità, successivamente alla contestazione disciplinare (che è stata immediata) e forse poco prima (se non dopo) il licenziamento. [*Omissis*].

In definitiva, nella situazione in esame, tenuto conto delle modalità attraverso le quali i fatti si sono svolti, non può ritenersi che il comportamento del ricorrente, così come cristallizzato nella contestazione disciplinare, ledesse irrimediabilmente il vincolo fiduciario.

Pertanto, il licenziamento intimato a D.L. con comunicazione del 26.06.2008 è illegittimo e va pertanto annullato e conseguentemente va ordinato alla Società T di reintegrare il ricorrente nel suo posto di lavoro e di risarcirgli il danno subito nella misura corrispondente alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, detratto quanto dal ricorrente percepito per l'attività lavorativa nel frattempo svolta (e comunque in misura non inferiore alle cinque mensilità), con i contributi previdenziali e assistenziali, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo. [*Omissis*].

P.Q.M.

Il Tribunale di Bergamo, in composizione monocratica ed in funzione di giudice del lavoro:

- 1) annulla il licenziamento intimato a D.L. con comunicazione del 26.06.2008 è illegittimo e conseguentemente ordina alla Società T di reintegrare il ricorrente nel suo posto di lavoro e di risarcirgli il danno subito nella misura corrispondente alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, detratto quanto dal ricorrente percepito per l'attività lavorativa nel frattempo svolta (e comunque in misura non inferiore alle cinque mensilità), con i contributi previdenziali e assistenziali, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo;
- 2) condanna D.L. al pagamento, nei confronti della Società T al pagamento delle seguenti somme: € 612,18; € 1.509,12 ed € 6.000,00, tutte oltre ad interessi legali dalla data di messa in mora (coincidente con la notifica della comparsa contenente la domanda riconvenzionale);
- 3) compensa integralmente le spese di lite tra le parti.

CORTE D'APPELLO DI BRESCIA N.
144/2012

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

D.L. adiva il Tribunale di Bergamo, giudice del lavoro, per sentire dichiarare la nullità o illegittimità o inefficacia del licenziamento a lui intimato con comunicazione del 6 agosto 2007 dalla Società T S.r.l. con conseguente condanna della datrice di lavoro alla reintegrazione nel posto precedentemente occupato e al risarcimento del danno pari alle retribuzioni maturate dalla data della

licenziamento a quella dell'effettiva reintegra. Premesso di essere stato assunto il 29/3/2004 come impiegato di settimo livello CCNL industria tintoria negava che la contestazione alle mosse il 17 giugno 2008 fosse fondata, in quanto non aveva risposto ad direttore dell'azienda con frasi ingiuriose ed offensive ma si era limitato a controbattere alle contestazioni ricevute lasciando poi il lavoro poco prima del termine dell'orario, al fine di non creare ulteriori strascichi. Sosteneva, in ogni caso, che il recesso era nullo per violazione dell'articolo 73 del contratto collettivo e che la contestazione era generica ed indeterminata.

Si costituiva la Società T evidenziando la gravità della condotta del ricorrente che, dopo aver urlato anche parole ingiuriose contro legale rappresentante, che gli stava semplicemente chiedendo conto di una voce di bilancio, aveva abbandonato il posto di lavoro prima del termine del suo orario. [Omissis].

Il primo giudice sentiti alcuni testimoni riteneva non sufficientemente provate nel merito le frasi ingiuriose, ma solo un tono di voce alterato, e non rilevante l'espressione "vaff..." non pronunciata la presenza del legale rappresentante ma nel corridoio: ne conseguiva una condotta che, benché sicuramente censurabile, non poteva considerarsi di gravità tale da giustificare di licenziamento, tenuto anche conto che l'abbandono del posto di lavoro precedeva di poco la fine effettiva dell'orario. [Omissis].

Proponeva appello la Società T contestando innanzitutto che il primo giudice, pur avendo avuto l'indicazione dell'unico teste che poteva aver sentito con esattezza le frasi pronunciate dal D.L., in quanto si trovava nell'ufficio attiguo, aveva ritenuto di non procedere all'audizione del dottor N.L., la cui escussione nuovamente chiedeva in sede d'appello. In ogni caso,

anche le prove raccolte erano sufficienti per ritenere provato il fatto contestato, in quanto tutti testi avevano riferito che era stato solo il D.L. ad alzare la voce, tenendo un atteggiamento di piena insubordinazione. [Omissis].

Si costituiva il D.L. per la conferma, [omissis].

All'odierna udienza la Corte, dopo la discussione delle parti, decideva con sentenza del cui dispositivo veniva data immediata lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

In primo luogo deve essere respinta l'istanza istruttoria dell'appellante. Il teste N.L. avrebbe ben potuto essere sentito dal primo giudice che non aveva dato indicazioni nominative sulle persone da escutere limitandosi a restringere la lista a tre testimoni per parte, ovviamente a scelta delle medesime. Ne consegue che la Società T, preferendo l'audizione di altri testimoni e non insistendo nell'audizione di questo teste (ma solo, in risposta alla relativa richiesta del D.L., sull'ammissione di ulteriori testimoni sulla tenuta della contabilità e dei bilanci), è decaduta dalla possibilità di chiedere ora l'introduzione di questo teste, se non sotto il profilo della sollecitazione alla Corte al fare uso dei poteri dell'art. 421 c.p.c..

Ritiene peraltro la Corte che l'audizione di questo teste non sia necessaria, atteso che la contestazione mossa al dipendente, che per tale motivo viene censurata di genericità dal lavoratore, non fa preciso riferimento a nessuna frase ingiuriosa in particolare e non è pertanto necessario conoscere con esattezza il contenuto delle frasi pronunciate.

Così si esprime, infatti, la lettera di contestazione "in data 16 giugno 2008, alle ore 17:10 circa, a fronte di una richiesta di chiarimenti della direzione aziendale in merito all'imputazione di una voce di

bilancio, lei rispondeva urlando al titolare dell'azienda ripetutamente frasi fortemente ingiuriose ed offensive, sospendendo l'attività lavorativa ed abbandonando il posto di lavoro senza alcuna autorizzazione. La gravità del suo comportamento comporta sospensione cautelare con effetto immediato al ricevimento della presente comunicazione. La invitiamo pertanto a presentare entro cinque giorni eventuali giustificazioni".

La contestazione, a differenza di quanto sostenuto dal primo giudice, appare generica con riferimento alla dizione "frasi fortemente ingiuriose ed offensive", in quanto sotto questo profilo nessuna contestazione specifica viene mossa.

La contestazione, invece, appare sufficientemente specifica nella parte in cui contesta una reazione urlata e scomposta del dipendente alla richiesta di spiegazioni in relazione al suo lavoro di contabile della società.

Ne consegue che conoscere con esattezza il contenuto delle frasi ingiuriose pronunciato dal D.L. all'indirizzo del titolare dell'azienda non appare necessario essendo questa parte della contestazione affetta da genericità.

Ciò nonostante ritiene la Corte che quanto risulta legittimamente contestato, alla luce delle prove raccolte e degli altri elementi che erano in possesso della datrice di lavoro al momento delle irrogazione della sanzione, sia assolutamente sufficiente a ritenere pienamente legittimo il provvedimento espulsivo, non palesandosi adeguata alla gravità del fatto e al contesto generale alcuna sanzione conservativa.

La teste E.F., impiegata amministrativa, ricorda che "ad un certo punto D.L. ha alzato la voce. Poi, quando lui è uscito dall'ufficio ed è passato nel corridoio per rientrare nel suo ufficio, ho sentito che diceva *vaff...* Invece, durante il colloquio con il suo superiore, ho sentito solo che

alzava la voce, non ho distinto le parole. Ricordo, invece, che il dott. E.L., in quel frangente, parlava normalmente" e anche il teste F.B. ricorda che "ho sentito che inizialmente parlava in maniera normale, ad un certo punto D.L. ha alzato la voce abbastanza forte. Non sono però riuscito a cogliere le parole esatte che diceva. Il tono del Dott. E.L. ha continuato ad essere normale. Nell'uscire dall'ufficio del dott. E.L. il ricorrente ha detto *vaff...* Il ricorrente quindi andato nel suo ufficio e poi ha lasciato l'azienda. Saranno state più o meno le 17:00-17:15, erano passate le 17. Solitamente il ricorrente staccava alle 18".

Anche la teste C.L., sia pure con la cautela che è necessaria nel valutare la deposizione della figlia del legale rappresentante, riferisce di aver sentito la voce molto alta del ricorrente e anche chiaramente l'epiteto "*vaff...*" pronunciato mentre usciva dall'ufficio del padre percorrendo il corridoio. La teste aggiunge che passando proprio dal suo ufficio e girandosi al suo indirizzo il ricorrente avrebbe anche detto "mi sono rotto i ... di avere a che fare con una testa di ..." frase che poi lei ha riferito al padre.

Appare comunque significativa anche la parziale ammissione del D.L. al sindacalista S.L. che ricorda che "il ricorrente riferiva che i toni si erano un po' accesi, ma che da parte sua non c'erano state né ingiurie, né offese, semplicemente se n'era andato dall'azienda, prima del suo orario, per non aggravare la situazione ulteriormente. Il ricorrente mi aveva anche detto che i rapporti con il suo superiore non erano idilliaci e, in quella particolare circostanza, gli era stato chiesto di detrarre delle voci che secondo lui non erano detraibili. Da questa cosa è nata la discussione."

Sembra la Corte del tutto evidente che si è raggiunta la piena prova di una condotta di grave insubordinazione.

È pacifico, perché lo ammette lo stesso lavoratore, che era stato convocato nell'ufficio del legale rappresentante per dare spiegazioni in ordine alla detraibilità, in sede di redazione del bilancio, di alcune poste, ossia era stato convocato per rispondere di qualcosa che era strettamente inerente alla sua prestazione lavorativa. Non vi era nella richiesta alcun atteggiamento improprio da parte del datore di lavoro, che lo retribuiva esattamente per quel lavoro, che comprendeva certamente anche il compito di dare esaustive e particolareggiate delucidazioni al legale rappresentante. In un simile frangente non è neppure lontanamente tollerabile che il dipendente possa perdere la calma e urlare all'indirizzo del proprio datore di lavoro, uscire dall'ufficio scandendo a voce alta, in modo da essere sentito in tutti gli uffici vicini, l'esclamazione "vaff..." e poi, non pago, andarsene dall'ufficio, motivando questo gesto, dal chiaro sapore di ulteriore insubordinazione, al proprio sindacalista con la necessità di "non aggravare la situazione ulteriormente", quasi che avesse timore di trascendere lui stesso a vie di fatto.

Non si comprende come una simile condotta possa essere ritenuta insubordinazione non grave: tale si considera, il secondo il contratto collettivo qui applicato, solo il caso in cui "vi siano ragioni largamente attenuanti o l'insubordinazione, per la poca gravità degli atti, non abbia nuociuto alla disciplina della fabbrica".

Nel caso di specie, non solo non vi sono ragioni attenuanti, atteso che il dottor E.L. non alzò mai il proprio tono di voce, come tutti i testi hanno confermato, e si limitò a chiedere spiegazioni strettamente inerenti la prestazione che aveva diritto di pretendere dal D.L., ma vi sono state una pervicacia e un crescendo di azioni che

rendono conto della fortissima intenzionalità della condotta. Non pago, infatti, di aver urlato contro il proprio datore di lavoro, reo forse di non aver immediatamente compreso le sue spiegazioni tecniche sul bilancio, usciva infatti dall'ufficio pronunciando la frase "vaff..." in modo da essere sentito non soltanto dal Dott. E.L., ma da tutti gli altri dipendenti degli uffici in quel momento presenti, che infatti ben ricordano la circostanza. In ulteriore crescendo decideva di abbandonare l'azienda senza chiedere alcuna autorizzazione, dimostrando con ciò spregio delle prerogative datoriali e giustificando questo gesto, con il proprio sindacalista, con la paura di poter ulteriormente trascendere.

Secondo la Corte, quindi, il licenziamento disciplinare risponde alla previsione dell'articolo 76 lett. m) del contratto collettivo, integrando un gesto di insubordinazione nei confronti del legale rappresentante.

Accanto a questo non si può trascurare la circostanza che, dopo la contestazione disciplinare e l'immediata sospensione del lavoratore, ma prima delle irrogazione in concreto della sanzione del licenziamento, l'azienda era venuta a conoscenza di altri gravissimi comportamenti che, pur non rientrando nella contestazione ormai cristallizzata degli addebiti, costituivano elementi da tenere presenti ai fini del giudizio prognostico sulla emendabilità del lavoratore e sulla sua inidoneità a rendere una prestazione confacente ai propri obblighi contrattuali.

[*Omissis*].

P.Q.M.

In parziale riforma della sentenza n. 608/11 del Tribunale di Bergamo respinge la domanda dell'appellato; conferma nel resto; compensa le spese.

(6) La questione in merito alla quale è stato chiamato a pronunciarsi, dapprima, Il Tribunale di Bergamo e, in seguito, la Corte d'Appello di Brescia attiene alla configurabilità o meno della giusta causa di licenziamento allorché il lavoratore si rivolga al superiore gerarchico, nel caso de quo il titolare dell'azienda, con toni accesi ed espressioni volgari.

La Corte d'Appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado ha rigettato in toto le richieste del lavoratore appellato.

La sanzione espulsiva è stata infatti ritenuta idonea alla luce dei fatti provati che hanno confermato la gravità del comportamento del lavoratore.

Le sentenze in epigrafe offrono anzitutto lo spunto per riprendere brevemente la nozione di giusta causa.

Come è noto, la definizione di "causa che non consenta la prosecuzione anche provvisoria del rapporto" (art. 2119, comma 1, c.c.) indica la particolare rilevanza delle situazioni considerate tali da rendere inevitabile la brusca cessazione della collaborazione tra le parti per l'inedifabile salvaguardia dell'interesse contrattuale del recedente. Si verifica, nei casi di specie, una lesione irrimediabile del vincolo di fiducia o - detto altrimenti - un travolgimento dell'aspettativa di puntuali futuri adempimenti. Il termine "fiducia" non corrisponde al venir meno dell' "intuitus fiduciae" riposto da un soggetto nell'altro ma piuttosto all'inidoneità del lavoratore a svolgere la propria funzione, tale da menomare la fiducia del datore di lavoro nell'esattezza dei successivi adempimenti da parte del lavoratore (L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 459 ss.)

A tale riguardo, è bene ricordare che la nozione di "giusta causa" comprende

non solo gli inadempimenti più che notevoli ma anche le questioni di sopravvenuta inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni, le quali non appartengono esclusivamente al profilo fisico o tecnico, bensì si estendono alle qualità morali della persona, richieste dal tipo di prestazione, che impediscano la prosecuzione anche provvisoria del rapporto (G. FRANZA, A. VALLEBONA, *Licenziamento individuale - la regola di giustificazione necessaria*, in *Il Diritto: enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, vol. IX, Bergamo, 2007, pp. 154 ss.). A conferma di ciò, nell'art. 2119 c.c. compare la parola "causa" in luogo della parola "mancanza" utilizzata nella legge precedente sull'impiego privato; è significativo che il legislatore non abbia ritenuto di modificare l'espressione volutamente ampia dell'art. 2119 c.c. richiamandola anzi tale e quale (art. 1, l. 604/1966), quando ha introdotto la questione di giustificato motivo soggettivo espressamente riferita ai casi di notevole inadempimento (art. 3, l. 604/1966).

L'insubordinazione rientra tra le ipotesi che integrano la giusta causa e costituisce violazione degli obblighi di diligenza e di obbedienza sanciti dall'art. 2104 c.c.

Trattasi di una nozione ben più ampia rispetto al semplice rifiuto di adempiere, in quanto tale condotta può esplicarsi attraverso ingiurie, minacce o percosse poste in essere nei confronti dei superiori.

Non si discute il legittimo esercizio del diritto di critica, riconosciuto ad ogni lavoratore subordinato, come principio generale discendente anche dall'art. 1, St. lav.; occorre però che la critica non sconfini nell'insulto ovvero in altre forme scorrette e censurabili. Il dissenso può sempre essere reso manifesto, ma con espressioni verbali e gesti opportuni e non offensivi.

Invero, un lavoratore non può essere licenziato in tronco per avere criticato i vertici aziendali se ha affermato le proprie ragioni in maniera idonea e, comunque, rispettosa. Allo stesso modo, non risulta ravvisabile la giusta causa di licenziamento nel comportamento del lavoratore che reagisca, anche se in forma illegittima, agli atti arbitrari del superiore che siano palesemente e incontrovertibilmente esterni al rapporto di lavoro.

E' necessario, pertanto, verificare, caso per caso, se la critica travalichi il limite della correttezza formale oppure se questa si traduca in una condotta suscettibile di sanzione, sino a giustificare la cessazione del rapporto di lavoro, qualora la mancanza commessa sia tale da provocare la totale perdita di fiducia da parte del datore di lavoro.

Trattandosi dell'applicazione di un concetto indeterminato, l'accertamento della giusta causa viene effettuato dal giudice in base agli specifici elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie concreta, quali le circostanze di luogo e di tempo, la probabilità di reiterazione dell'illecito, gli eventuali precedenti disciplinari, il tipo di mansioni affidate al lavoratore, il carattere doloso dell'infrazione.

Il giudice di prime cure nel verificare se vi fossero gli estremi per qualificare insubordinato il comportamento tenuto dal prestatore di lavoro nei confronti del superiore gerarchico e, conseguentemente, confermare ovvero negare la legittimità del licenziamento per giusta causa, ha ritenuto che i fatti provati fossero tali da non compromettere irreparabilmente il rapporto di lavoro, dichiarando così l'illegittimità del licenziamento, sulla base di un duplice ordine di considerazioni.

Premesso che il giudice ha ritenuto la lettera di contestazione sufficientemente

specificata e pertanto valida, ha affermato, in primo luogo, la mancanza di "offensività diretta" dell'espressione ingiuriosa ("vaff...") pronunciata dal lavoratore.

Infatti - argomenta il giudice - pur rappresentando un'ineducata e volgare manifestazione di insofferenza, l'esternazione del lavoratore non assume natura dispregiativa e non è rivolta ad un destinatario particolare. A sostegno di tale tesi il giudice adduce che l'espressione non è stata pronunciata alla presenza del titolare. Nella sentenza si legge infatti che "si è certamente in presenza di un comportamento inurbano e censurabile, ma in ogni caso, il fatto che le espressioni, almeno secondo quanto emerso nell'istruttoria, non siano state pronunciate direttamente all'indirizzo del titolare certamente ne attenua la gravità". E ancora "proprio il diverso frangente in cui le volgarità sono state pronunciate ne attenua la gravità".

In secondo luogo, si attribuisce rilevanza al contesto nel quale il comportamento si è realizzato e dello stato emotivo del lavoratore.

La decisione circa la condotta di quest'ultimo, non ritenuta di gravità tale da giustificare il licenziamento in tronco, si fonda anche sulla "considerazione della condizione soggettiva in cui è stata commessa".

L'autorità giudiziaria, facendo propria una sentenza della Suprema Corte, afferma infatti che: "occorre valutare il comportamento del lavoratore non solo nel suo contenuto oggettivo ma anche nella sua portata soggettiva con riferimento alle particolari circostanze e condizioni in cui è posto in essere" (Nella sentenza che il giudice cita il licenziamento è stato dichiarato illegittimo nonostante la condotta inopportuna del lavoratore; l'autorità giudiziaria ha infatti ritenuto che il comportamento ingiurioso del lavoratore,

seppur non ammissibile in linea generale, fosse giustificato dallo stato d'animo di quest'ultimo, in ragione della collera e del senso di mortificazione determinati dall'ingiustizia subita da parte del titolare) L'espressione irriguardosa andrebbe dunque inquadrata e ridimensionata alla luce del contesto di emotiva ed istintiva reazione, ove l'elemento volitivo sarebbe ridotto al minimo.

Infine, il giudice di prime cure valuta a favore del ricorrente il fatto che nell'arco di tempo in cui egli ha prestato servizio in azienda è incorso in un solo altro precedente disciplinare; ribadendo implicitamente che l'episodio verificatosi, ossia le urla e l'ingiuria, non è da considerarsi di gravità tale da giustificare il licenziamento irrogato; viceversa, una grave inadempienza sarebbe stata da sola sufficiente a determinare la cessazione del rapporto di lavoro. Come del resto confermato da consolidata giurisprudenza, non è indispensabile una pluralità di infrazioni quando il singolo episodio è di per sé grave.

Anzitutto, a differenza di quanto argomentato dal Tribunale di Bergamo, la lettera di contestazione è da ritenersi, ad avviso della Corte, affetta da genericità e, di conseguenza, priva di efficacia, nella parte in cui essa fa riferimento alla dizione da parte del lavoratore di "frasi fortemente ingiuriose ed offensive". Il datore di lavoro nel contestare al proprio dipendente il comportamento insubordinato avrebbe infatti dovuto, indicare esattamente ogni singola frase e parola pronunciata dal lavoratore, nonostante il contenuto volgare che avrebbe potuto assumere la medesima lettera di contestazione.

A tal proposito si ricorda che nell'ambito del procedimento regolato dall'art. 7 St. Lav. i requisiti essenziali della contestazione disciplinare sono costituiti dalla specificità e dall'immediatezza.

Segnatamente, in base al primo principio citato (definito altrimenti "principio di analiticità") i fatti oggetto di contestazione devono essere individuati dal datore di lavoro con sufficiente chiarezza, seppur senza la necessità di formula sacramentali o dell'indicazione di testimoni dell'accaduto.

Questo, da un lato, per garantire al lavoratore di esercitare il proprio diritto di difesa e, dall'altro lato, per facilitare la ricostruzione dei fatti in sede giudiziale e permetterne l'accertamento probatorio.

Tuttavia, la Corte rinviene la legittimità del provvedimento espulsivo laddove si contesta al lavoratore la circostanza di avere alzato i toni di voce nei confronti del proprio titolare ed aver reagito in maniera del tutto inopportuna. Se, come si è detto, il giudice di prime cure aveva ravvisato nello stato d'animo del lavoratore una sorta di scriminante sulla base della quale valutare con più leggerezza e comprensione la reazione da costui manifestata, la Corte d'Appello sceglie un approccio decisamente più rigoroso.

La logica che sottende tale decisione è riconducibile, per un verso, al diritto del datore di lavoro di chiedere qualsivoglia spiegazione in ordine a questioni strettamente professionali attinenti l'impresa e le attività in essa svolte, e, per altro verso, all'obbligo in capo al lavoratore di eseguire correttamente le mansioni a cui è stato assegnato; rappresentando questi due aspetti, il primo, un'estrinsecazione del potere direttivo e, il secondo, una delle componenti fondamentali da cui trae origine il rapporto di lavoro, ossia la corretta esecuzione della prestazione lavorativa, quale contropartita della retribuzione spettante al prestatore di lavoro.

Come si legge in sentenza, infatti, il lavoratore "era stato convocato per rispondere di qualcosa che era strettamente inerente alla sua prestazione lavorativa" e,

pertanto, “non vi era nella richiesta alcun atteggiamento improprio da parte del datore di lavoro, che lo retribuiva esattamente per quel lavoro”.

Datore di lavoro e lavoratore non ricoprono posizioni paritetiche, ma nell'impresa ciascuno riveste il proprio ruolo, alla luce delle gerarchie individuate nella disciplina codicistica e, in particolare, nell'art. 2086 cod.civ. che definisce l'imprenditore “il capo dell'impresa” ed i suoi collaboratori a lui “gerarchicamente” dipendenti, e nello stesso art. 2094 cod.civ. che - come noto - contiene la nozione di subordinazione.

La Corte d'Appello ravvisa nel comportamento del lavoratore un “crescendo di azioni che rendono conto della fortissima intenzionalità della condotta”, in quanto tale intollerabile e integrante gli estremi del grave inadempimento.

La decisione della Corte d'Appello è condivisibile. Relativamente al giudizio sulla gravità della condotta del lavoratore si ricorda che, non di rado, le scelte effettuate dal datore di lavoro prescindono dal grado di rilevanza che l'infrazione assume nell'economia del rapporto individuale. Il fattore fondamentale è piuttosto costituito dal margine di pericolosità dell'illecito disciplinare rispetto al potere dell'imprenditore di gestire il complesso dei rapporti di lavoro che ad esso fanno capo. Sulla base di questa considerazione, anche in merito al profilo della severità della sanzione, si condivide l'orientamento dottrinale secondo cui essa vada rapportata sia al sacrificio che la sanzione irrogata può comportare per il lavoratore colpevole, sia all'effetto deterrente che la sanzione provoca nei confronti del complesso dei dipendenti. Emerge quindi il carattere preventivo del rimedio che si aggiunge a quello principale di natura punitiva (M.

TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare*, Cedam, Padova, 1993, pp. 164-165).

Nota a cura di:

Studio Legale Minervini

Bergamo - Via Ghislanzoni, 15

Sezione aggiuntiva: altre corti di appello

Tribunale di Milano sentenza n. 997 del 22 settembre 2011 - Estensore Tarantola (licenziamento)

Il licenziamento orale è inefficace per inosservanza dell'onere della forma scritta imposto dall'art.2 della legge n.604/1966, novellato dall'art.2 della legge n.108/1990, e, come tale, è inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro. In mancanza delle prestazioni lavorative, il lavoratore avrà diritto al risarcimento del danno, commisurato alle mancate retribuzioni (7)

TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

n. 997/2011 R.G.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del lavoro di Milano, Dott. S. Tarantola, all'udienza del giorno 22 settembre 2011, nella causa promossa da:

T. G., con gli avv.ti G. M. e S. G.
RICORRENTE

contro

V. F. T. RESISTENTE - CONTUMACE
e nei confronti

INPS - ISTITUTO NAZIONALE
DELLA PREVIDENZA SOCIALE,
rappresentato e difeso dall'Avv. C. M. O.
Z. RESISTENTE

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Dandone lettura in udienza del dispositivo e della motivazione contestuale.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Ritiene questo giudice che il ricorso sia fondato e debba trovare accoglimento.

Il resistente V. F. T., nel corso dell'Istruttoria, non si è presentato a rendere l'interrogatorio formale, con conseguenti effetti probatori ai sensi dell'art.232 co.1° c.p.c..

Devono pertanto ritenersi provate le seguenti circostanze allegate da parte ricorrente:

- Instaurazione di un rapporto lavorativo subordinato a tempo indeterminato tra il ricorrente e V. F. T. a far data dal 8.7.2008;
- prestazioni lavorative rese con mansioni di manovale e di aiuto muratore, con attività quali: preparazione malta, carico e scarico materiali inerti ed opere di demolizione;
- orario di lavoro di otto ore giornaliere, dalle 8:00 alle 12:00 e dalle 13:00 alle 17:00, dal lunedì al venerdì;
- lavoro straordinario prestato in tre occasioni nella giornata di sabato dalle ore 8:00 alle ore 12:00;
- prestazioni lavorative rese dal ricorrente nei cantieri di Milano, 5° piano, presso la proprietà B. S., e, primo piano, presso la proprietà R. C.;
- licenziamento verbale intimato al ricorrente in data 31.10.2008.

Il ricorrente ha riconosciuto di avere complessivamente ricevuto in pagamento la somma di € 3.200,00 netta.

Sulla base del condivisibile inquadramento del ricorrente al 1° livello CCNL Edili Artigiani (v. CCNL doc.5 di parte ricorrente), lo stesso avrebbe dovuto

percepire - secondo i non contestati conteggi prodotti - il complessivo importo lordo di € 4.728,82, sulla base di una retribuzione oraria di € 8,21336.

Deve pertanto affermarsi la sussistenza di un credito del ricorrente pari all'importo lordo di € 4.728,82, dal quale dovrà essere detratto l'importo netto di € 3.200,00, che il ricorrente dichiara di avere già ricevuto.

Su tale somma saranno dovuti interessi legali e rivalutazione.

Conseguono il diritto del ricorrente, e l'obbligo del resistente V. F. T., al versamento dei contributi previdenziali all'INPS su tale importo.

Deve inoltre ritenersi accertato il diritto del ricorrente ad ottenere il pagamento della somma di € 705,79 lordi a titolo di risarcimento del danno per mancati accantonamenti presso la Cassa edile, non essendo stata fornita dal datore di lavoro prova alcuna di tali accantonamenti.

Il datore di lavoro resistente, rimasto contumace, non ha provato l'avvenuto pagamento degli importi sopra indicati (essendo onere del datore di lavoro provare l'eventuale estinzione dei crediti maturati dal lavoratore).

Privo di efficacia è il licenziamento intimato oralmente.

E' stato affermato dalla Corte Suprema di Cassazione che *"il licenziamento intimato oralmente è radicalmente inefficace per inosservanza dell'onere della forma scritta imposto dall'art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, novellato dall'art. 2 della legge 11 maggio 1990, n. 108, e, come tale, è inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro, non rilevando, ai fini di escludere la continuità del rapporto stesso, né la qualità di imprenditore del datore di lavoro, né il tipo di regime causale applicabile (reale od obbligatorio), giacché la sanzione prevista dal citato art. 2 non opera soltanto nei confronti dei lavoratori domestici (ai sensi della legge n. 339 del 1958) e di quelli*

ultrasessantenni (salvo che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto), conseguendone, quindi, che la radicale inefficacia del licenziamento orale prescinde dalla natura stessa del recesso e, segnatamente, dalla sua eventuale natura disciplinare, in relazione alla quale l'osservanza del dovuto presuppone anzitutto il rispetto della forma scritta, quale prescrizione che risponde ad una fondamentale esigenza di certezza e si pone su un piano di tutela più generale” (così Cass.Sez.Lav., 1.8.2007, n.16955; v. Cass.Sez.Un., 27.7.1999, n.508, ove è stato specificato che “nei rapporti sottratti al regime della tutela reale di cui all’art. 18 legge n. 300 del 1970, come modificato dall’art. 1 legge n.108 del 1990, il licenziamento affetto da uno dei vizi formali di cui all’art. 2 legge n.604 del 1966, come modificato dall’art. 2 legge n.108 del 1990, non produce effetti sulla continuità del rapporto di lavoro, senza che possa distinguersi tra i diversi vizi formali inficianti l’atto e, in particolare, senza che possa ritenersi applicabile al vizio della mancata comunicazione dei motivi del recesso richiesti dal lavoratore la disciplina sanzionatoria dettata dall’art. 8 legge n.604/66 cit. per la diversa ipotesi di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo; tuttavia, vertendosi in tema di contratto a prestazioni corrispettive, l’inidoneità del licenziamento ad incidere sulla continuità del rapporto di lavoro non comporta il diritto del lavoratore alla corresponsione delle retribuzioni maturate dal giorno del licenziamento inefficace, bensì solo il risarcimento del danno da determinarsi secondo le regole in materia di inadempimento delle obbligazioni).

Alla ritenuta inefficacia del licenziamento consegue l'accertamento del diritto del ricorrente al risarcimento del danno, da ritenersi individuabile nella misura delle

retribuzioni non percepite, sulla base della retribuzione globale di fatto indicata in € 1.539,32 lordi (come allegato dal ricorrente in assenza di contestazioni da parte del datore di lavoro resistente).

E' stato al riguardo ribadito dalla Corte Suprema di Cassazione che *“il licenziamento inefficace per vizi di forma (nella specie, perché intimato oralmente), rende improduttivo di effetti il recesso del datore di lavoro; tuttavia, tenuto conto della natura corrispettiva delle obbligazioni a carico delle parti, in mancanza delle prestazioni lavorative il lavoratore non può avere diritto alla retribuzione ma al risarcimento del danno, presumibilmente commisurato alle mancate retribuzioni, restando a carico del datore di lavoro l'onere di provare l'“aliud perceptum” che il lavoratore possa aver conseguito svolgendo una qualsiasi attività lavorativa. A tale proposito, il datore di lavoro per essere ammesso a dedurre e a provare tardivamente circostanze idonee a dimostrare l'“aliud perceptum” da parte del lavoratore, deve altresì provare di non avere avuto conoscenza delle stesse e di avere, una volta acquisita tale conoscenza, formulato le relative deduzioni nell'osservanza del principio, desumibile dagli artt. 414, 416 e 420 cod.proc.div., di tempestività di allegazione dei fatti sopravvenuti, all'uopo utilizzando il primo atto utile successivo alla conoscenza dei medesimi” (così Cass.Sez.Lav., 16.9.2002, n.13543; Cass.Sez.Lav., 19.5.2001, n.6879).* L'accoglimento della domanda principale sul punto esclude la necessità di valutare le domande subordinate svolte dal ricorrente. Le spese seguono la soccombenza del resistente V. F. T. sia nei confronti di parte ricorrente che dell'INPS e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano in funzione di Giudice del lavoro definitivamente pronunciando:

dichiara essersi costituito tra il ricorrente ed il resistente V. F. T. un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a far data dal 8 luglio 2008;

- dichiara l'inefficacia del licenziamento intimato oralmente al lavoratore in data 31.10.2008;
- condanna il resistente V. F. T. al pagamento, a titolo di conseguente risarcimento del danno, in favore del ricorrente, della somma di € 1.539,32 lordi mensili, corrispondenti alla retribuzione globale di fatto, dalla data del licenziamento inefficace sino al momento della riammissione in servizio;
- condanna il resistente V. F. T. al pagamento, in favore del ricorrente, della somma complessiva lorda di € 4.728,82, dedotto l'importo di € 3.200,00 netti, a titolo di differenze retributive, oltre interessi legali e rivalutazione dal dovuto al saldo;
- dichiara accertato il diritto del ricorrente e l'obbligo del resistente V. F. T., al conseguente versamento dei contributi previdenziali all'INPS, sulla sopra indicati retribuzione imponibile di € 4.728,82 lordi;
- dichiara accertato il diritto del ricorrente al risarcimento del danno per mancati accantonamenti presso la Cassa Edile per l'importo lordo di € 705,79;
- condanna il resistente V. F. T. al pagamento, a titolo di conseguente risarcimento del danno, in favore del ricorrente, della somma lorda di € 705,79, oltre rivalutazione ed interessi legali dal dovuto saldo;
- condanna il resistente V. F. T. al pagamento delle spese del giudizio che si liquidano, in favore del

ricorrente, in € 2.800,00 (di cui € 900,00 per diritti ed € 1.900,00 per onorari), oltre rimborso spese generali, IVA e CPA, ed in favore dell'INPS in € 1.700,00 (di cui € 900,00 per diritti ed € 800,00 per onorari), oltre rimborso spese generali, IVA e CPA.

Così deciso in Milano il giorno 22 settembre 2011.

Della presente sentenza con motivazione contestuale viene data lettura all'udienza del giorno 22 settembre 2011.

(7) La causa ha ad oggetto l'accertamento dell'inefficacia del recesso comunicato oralmente al lavoratore.

Nel contestare la validità del licenziamento intimatogli, parte ricorrente esponeva di essere stato dipendente della società convenuta e di aver prestato la sua attività quale operaio adibito alle mansioni di manovale e di aiuto muratore.

Esponendo, altresì, di vantare un credito nei confronti del datore di lavoro per non essere stato correttamente inquadrato, per aver lavorato per otto ore al giorno dal lunedì al venerdì e per aver prestato lavoro straordinario.

Il datore di lavoro rimaneva contumace ed il Giudice del Tribunale di Milano, riconosciuta la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, affermava la sussistenza del credito vantato dal lavoratore nei confronti del datore di lavoro e, dichiarata l'inefficacia del licenziamento de quo per essere stato lo stesso intimato al lavoratore oralmente, condannava parte resistente al pagamento in favore del lavoratore di una somma a titolo di risarcimento del danno.

Ai sensi dell'art.2, comma 3, della L. n.604/1966, il licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta è inefficace.

Nella tesi comunemente accettata in dottrina e giurisprudenza, il licenziamento costituisce un negozio unilaterale recettizio, che si perfeziona nel momento in cui la dichiarazione di volontà del recedente giunge a conoscenza del destinatario.

La chiara ed inequivocabile manifestazione della volontà datoriale di recedere dal contratto deve essere contenuta nella comunicazione e deve essere diretta al lavoratore e portata a sua conoscenza. Sicché, affinché il licenziamento sia valido, occorre che questo sia dichiarato ed indirizzato correttamente.

Non si richiedono, invece, forme sacramentali per quanto concerne il contenuto della comunicazione, purché l'intenzione sia chiaramente manifestata.

La scelta del legislatore di qualificare il licenziamento viziato sotto il profilo formale ricorrendo all'aggettivo "inefficace", pone la questione del regime sanzionatorio applicabile al licenziamento intimato oralmente.

Autorevole dottrina e giurisprudenza maggioritaria sostengono che il legislatore abbia utilizzato l'espressione "inefficace" in senso ampio, per indicare la conseguenza della nullità dell'atto e che il licenziamento intimato senza gli adempimenti formali debba considerarsi nullo o addirittura inesistente.

Le Sezioni Unite della Corte Suprema, nel risolvere il contrasto giurisprudenziale in merito alle conseguenze della mancata o intempestiva comunicazione dei motivi e quindi anche del licenziamento orale, nell'ipotesi di cessazione del rapporto individuale di lavoro soggetto al regime di stabilità obbligatoria, è giunta ad affermare il diritto del lavoratore al solo risarcimento del danno subito e non anche alle retribuzioni perdute.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Milano, si pone in linea con un costante orientamento giurisprudenziale in forza del quale: "Il licenziamento intimato oralmente è radicalmente inefficace per inosservanza dell'onere della forma scritta imposto dall'art. 2 l. 15 luglio 1966 n. 604, novellato dall'art. 2 l. 11 maggio 1990 n. 108, e, come tale, è inidoneo a risolvere il rapporto di lavoro, non rilevando, ai fini di escludere la continuità del rapporto stesso, né la qualità di imprenditore del datore di lavoro, né il tipo di regime causale applicabile (reale od obbligatorio), giacché la sanzione prevista dal citato art. 2 non opera soltanto nei confronti dei lavoratori domestici (ai sensi della legge n. 339 del 1958) e di quelli ultrasessantenni (salvo che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto), conseguendone, quindi, che la radicale inefficacia del licenziamento orale prescinde dalla natura stessa del recesso e, segnatamente, dalla sua eventuale natura disciplinare, in relazione alla quale l'osservanza del dovuto procedimento presuppone anzitutto il rispetto della forma scritta, quale prescrizione che risponde ad una fondamentale esigenza di certezza e si pone su un piano di tutela più generale". (Cass. 1 agosto 2007, n. 16955).

La mancanza della forma prevista dalla legge, pertanto, ha come conseguenza automatica l'inefficacia del licenziamento, il quale dovrà considerarsi tamquam non esset, perdurando nella sua interezza il rapporto di lavoro tra le parti.

Rilevata l'inefficacia del licenziamento intimato, l'organo giudicante, si pone il problema del regime sanzionatorio applicabile.

Nel condividere un'altra pronuncia giurisprudenziale, di recente confermata dalla stessa Corte Suprema, secondo la quale nell'ipotesi di recesso viziato nella forma, il lavoratore, in mancanza delle

prestazioni lavorative non può aver diritto alla retribuzione, ma al risarcimento del danno, presumibilmente commisurato alle mancate retribuzioni (Cass. 3 gennaio 2011 n.77), il Tribunale di Milano riconosce il diritto del lavoratore al risarcimento del danno “da ritenersi individuabile nella misura delle retribuzioni non percepite”.

Nel caso di specie l'organo giudicante condivide apertamente le scelte della Corte Suprema, che pur accogliendo la tesi della nullità di diritto comune, sembra voler prospettare al giudice di prime cure le varie possibilità concesse dall'ordinamento per rendere meno gravose le conseguenze del licenziamento inefficace, salvaguardando così gli interessi delle piccole aziende, la cui economia verrebbe inevitabilmente colpita nel caso in cui la pronuncia del giudice intervenga a distanza di qualche anno dall'instaurazione del giudizio.

*Nota a cura di:
Studio Legale Minervini
Bergamo - Via Ghislanzoni, 15*

Parte II[^] - Problemi e soluzioni: le linee guida del Coordinamento giuridico dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo

Le valutazioni di seguito riportate rappresentano una rielaborazione, da parte degli uffici dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo, delle indicazioni emerse dal confronto con gli studi legali che partecipano al coordinamento giuridico. Le considerazioni espresse hanno carattere generale, necessariamente da adeguare alle specifiche situazioni riscontrate.

Riunione di gennaio 2012: Modifica della titolarità del rapporto di lavoro in conseguenza di operazioni di trasferimento d'azienda / ramo d'azienda

Studi legali partecipanti: Del Conte, Cicolari & Ass., Fava & Partners, Gelmini, Minervini

Nel corso della riunione è stato verificato il seguente fac simile di lettera di modifica della titolarità del rapporto di lavoro, a seguito di operazione societaria comportante trasferimento d'azienda / ramo d'azienda, in assenza di accordo sindacale che armonizzi i trattamenti progressi ed i trattamenti di nuova attribuzione. Le note esplicative si riferiscono alla normativa legale ed alla giurisprudenza prevalente ed hanno carattere generale.

“Egr. sig.

Località, data

R. a mano¹

Oggetto: modifica della titolarità del Suo rapporto di lavoro

Le comunichiamo che, a decorrere dal .../.../..., la Società è titolare del Suo rapporto di lavoro, in conseguenza di un'operazione di trasferimento d'azienda/ramo d'azienda che ha interessato la Società, della quale Lei era dipendente, conseguendone anche il trasferimento del Suo contratto di lavoro. Le ragioni e le conseguenze dell'operazione, disciplinate dall'art. 2112 c.c., sono state oggetto della procedura di informazione/consultazione sindacale prevista dall'art.47 della Legge n.428/1990, conclusasi in data .../.../..., e comportano per tutti i lavoratori coinvolti:

¹ In alternativa la comunicazione può essere consegnata in allegato al primo prospetto paga dal quale risulta la nuova titolarità del rapporto di lavoro. Non sono previsti termini legali entro i quali notificare le variazioni, trattandosi di modifiche conseguenti a disposizioni legali - nell'ipotesi di applicazione del solo effetto sostitutivo previsto dall'art.47 della Legge n.428/1990 - o contrattuali - nell'ipotesi di accordi di armonizzazione - quindi esenti dagli obblighi di informativa di cui all'art.3 del D.Lgs. n.152/1998. Per ragioni di opportunità nonché per evitare comunque il rischio di insorgenza di contenziosi, si suggerisce di rispettare comunque il termine di 30 gg di calendario previsto dal suddetto articolo, all'occorrenza anticipando l'inoltro. La sanzione amministrativa prevista dall'art.4 del D.Lgs. n.152/1998 per l'ipotesi di inottemperanza è compresa tra euro 51,00 ed euro 258,00

1. il mantenimento del CCNL a Lei precedentemente applicato e delle correlate integrazioni categoriali² (ovvero l'applicazione del CCNL per il settore, già vigente presso le altre unità della nostra società)
in alternativa
1. l'applicazione dell'accordo di armonizzazione stipulato il .../.../..., in visione presso la direzione del personale ed al quale si rinvia.
2. il mantenimento della contrattazione collettiva aziendale in essere sino a scadenza³
in alternativa
2. l'applicazione della contrattazione collettiva in essere presso la nostra società

nell'ipotesi di variazione dei trattamenti di CCNL aggiungere

Conseguentemente in applicazione della normativa di legge (eventuale: e delle specifiche intese sindacali intervenute all'esito della procedura di informazione/consultazione sopra richiamata) troveranno applicazione nei Suoi confronti le condizioni di seguito riportate:

	Dal 01/01/...
CCNL ⁴	Es. Gomma-Plastica
INQUADRAMENTO ⁵	Es. Operaia
LIVELLO ⁶	Es. H
RETRIBUZIONE LORDA MENSILE DIRETTA ⁷	€ ...

² Il riferimento è a tutta la contrattazione collettiva categoriale, talora non interamente inserita nel CCNL

³ L'opzione del mantenimento della contrattazione pregressa sino a scadenza può essere formalizzata unilateralmente dal datore di lavoro cessionario. In tale ipotesi, in presenza di accordi aziendali a tempo indeterminato o contraddistinti da clausole di ultrattività, quindi di fatto privi di scadenza, è comunque possibile procedere a comunicazione di recesso e/o disdetta

⁴ Gli effetti economici e normativi del CCNL della società cessionaria si producono dalla data di cessione o dalla diversa data concordata in un eventuale accordo di armonizzazione, indipendentemente dalla data di rinnovo del CCNL disapplicato e dagli aumenti dei minimi tabellari non ancora attribuiti

⁵ La variazione dell'inquadramento a fini legali può conseguire alla variazione di mansione disposta in occasione della cessione

⁶ L'attribuzione del livello e del relativo minimo tabellare deve essere effettuato in base al solo CCNL attribuito, indipendentemente dal livello riconosciuto dal CCNL di provenienza, potendo risultare migliorativo o peggiorativo

⁷ In applicazione dell'art.2103 c.c. non sono possibili regressioni del trattamento retributivo lordo diretto riconosciuto al lavoratore, pertanto se l'attribuzione del minimo tabellare conseguente al livello previsto dal CCNL di nuova attribuzione determina una minore erogazione, è opportuno (in ragione della giurisprudenza non uniforme riscontrabile) inserire prudenzialmente un superminimo assorbibile per colmare il differenziale economico realizzatosi

N° MAX SCATTI MATURABILI ⁸	5
DATA PROSSIMO SCATTO ANZIANITÀ ⁹	...
FERIE/ROL/EX MATURABILI ¹⁰	FESTIVITA' ...

Ferma restando la prosecuzione della maturazione dell'anzianità aziendale a fini legali¹¹, per ogni istituto contrattuale decorrerà dalla data di trasferimento.

Il trattamento economico sarà così suddiviso:

MINIMO TABELLARE	€ xxx,xx
Superminimo assorbibile (eventuale)	€ xxx,xx
Superminimo non assorbibile (eventuale)	€ xxx,xx
Anticipo scatti (eventuale)	€ xxx,xx
TOTALE	€ xxx,xx

Per tutte le voci non indicate si rimanda al predetto CCNL¹² e la maturazione dell'anzianità aziendale avrà decorrenza dalla data di cessione dell'azienda/ramo d'azienda. Troveranno

⁸ Il conteggio degli scatti riparte dall'inizio, come nelle ipotesi di nuova assunzione. Gli scatti già maturati presso la società cedente possono essere inseriti nella nuova voce retributiva "anticipo scatti" e venire assorbiti, fino a concorrenza, a seguito della progressiva maturazione dei nuovi scatti

⁹ La data di maturazione degli scatti riprende a decorrere dalla data di cessione o dalla diversa data definita nell'accordo di armonizzazione

¹⁰ Le ferie, rol, ex festività già maturate rappresentano diritti acquisiti e rimangono accantonati presso la precedente società nelle quantità maturate ai sensi del precedente CCNL. Tali istituti riprendono a maturare dalla data di cessione o dalla diversa data definita da un eventuale accordo di armonizzazione con i criteri previsti dal nuovo CCNL applicato

¹¹ La prosecuzione dell'anzianità a fini legali riguarda ad esempio il computo del TFR, la verifica dei requisiti per la spettanza degli ammortizzatori sociali, i periodi di comporto per malattia in quanto disciplinati dalla contrattazione collettiva in applicazione di un rinvio del codice civile

¹² Le operazioni di cessione non inficiano la conservazione dei diritti individuali c.d. "acquisiti" ovvero già maturati avendo il lavoratore prestato attività nei tempi e nei modi necessari. Si tratta dei superminimi e delle altre condizioni migliorative individuali inserite in lettera di assunzione dal precedente datore di lavoro o riconosciute successivamente. Non vengono conservate invece le mere "aspettative", tra le quali rientrano ad es. le mensilità aggiuntive e le maggiorazioni ed i trattamenti indennitari riguardanti prestazioni da rendersi con particolari tempistiche o modalità (maggiorazioni per lavoro straordinario, festivo, a turni, pluriperiodale, indennità di disagio etc.). La cessione può pertanto determinare la perdita della 14^a mensilità, di maggiorazioni più alte, di trattamenti indennitari etc.. Per quanto attiene specificamente la 14^a mensilità e gli eventuali altri trattamenti non variabili, non occasionali e non indennitari (ad esempio superminimi collettivi) previsti dal CCNL o dalla contrattazione aziendale di provenienza, non da quella di destinazione, in ragione di quanto riportato sub nota g), è opportuno per ragioni prudenziali, in caso di passaggio a CCNL od a contrattazione aziendale che non li preveda, suddividerli pro quota ed erogarli mensilmente in forma di superminimo assorbibile

inoltre applicazione nei suoi confronti la contrattazione collettiva aziendale¹³ e le disposizioni regolamentari in essere presso la ns società.

Distinti saluti

La Direzione aziendale

Il lavoratore, per ricevuta¹⁴

.....”

Riunione di maggio 2012: Conciliazioni individuali in occasione di trasferimento d'azienda

Studi legali partecipanti: Del Conte, Caffi Maroncelli & Ass., Cicolari & Ass., Minervini, Toffoletto-De Luca Tamajo

Nel corso della riunione è stato affrontato il tema delle rinunce o transazioni individuali eventualmente realizzate, anche ai sensi degli artt.410, 411 e/o 412-ter c.p.c., in occasione di trasferimenti di azienda comportanti deroghe all'art.2112 c.c., in applicazione del disposto dei commi 4, 5 e 6 dell'art.47 della Legge n.428 del 29 dicembre 1990. L'analisi è stata condotta in considerazione anche delle modifiche ed integrazioni introdotte dall'art.19-quater del D.L. n.135 del 25 settembre 2009. In particolare è stata esaminata l'ipotesi di trasferimenti accompagnati da accordi sindacali che prevedano una parziale salvaguardia occupazionale ed il licenziamento, da parte del cedente, del personale non trasferito presso il cessionario. Preliminarmente si è condivisa la duplice valutazione prudenziale per la quale:

- 1) la facoltà dell'accordo sindacale di derogare al diritto individuale dei lavoratori, appartenenti all'azienda od al ramo d'azienda interessato, di ottenere la traslazione *ex lege* del proprio rapporto di lavoro presso il cessionario, quindi di diventare dipendenti del medesimo con effetto dal giorno del trasferimento, può essere esercitata solo nei casi contemplati dal comma 5 ossia di imprese nei confronto delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuità dell'attività non sia stata disposta o sia cessata. Viceversa nelle fattispecie contemplate dal comma 4-bis, ossia aziende delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale o per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, la deroga ai diritti individuali ex art.2112 c.c. non sembra poter essere estesa alla perimetrazione dell'azienda o del ramo d'azienda ceduto, ma solo interessare le condizioni di lavoro applicate, economiche e/o normative, di origine legale o contrattuale collettiva od individuale;

¹³ I criteri riportati nelle note precedenti trovano applicazione anche nell'ipotesi di sostituzione della contrattazione collettiva aziendale

¹⁴ Non è previsto il consenso del lavoratore rispetto ai contenuti della comunicazione, in quanto gli effetti degli accordi di armonizzazione o delle disposizioni disciplinate dall'art.47 della Legge n.428/1990, in merito alla sostituzione della contrattazione collettiva, hanno comunque applicazione

- 2) il ricorso a rinunce o transazioni, anche nelle forme di cui agli artt.410, 411 e 412-ter c.p.c. quindi sottratte al diritto semestrale di denuncia ex art.2113 c.c., è comunque esperibile nei casi di cui al comma 4-bis quale rimedio per evitare il trasferimento *ex lege* alle dipendenze del cessionario dei lavoratori ritenuti eccedenti. Rappresenta inoltre un opportuno rafforzativo degli effetti della deroga condivisa nell'accordo sindacale previsto dal comma 5, per prevenire con maggiore efficacia i rischi correlati ad eventuali contenziosi comunque promossi dai lavoratori per rivendicare il passaggio alle dipendenze del cessionario in ragione dell'appartenenza all'azienda od al ramo d'azienda ceduto.

Si è poi ritenuto che:

- per quanto attiene i tempi di effettuazione delle rinunce, transazioni o conciliazioni di cui sopra è utile che le medesime, se prevedono la non impugnabilità del diritto al trasferimento presso il cessionario, si concretizzino contestualmente o successivamente alla data nella quale il trasferimento diviene efficace, indipendentemente dall'avvenuto esaurimento preventivo della procedura di consultazione di cui all'art.47 comma 1 della Legge n.428 del 29 dicembre 1990, nonché della data di ratifica dell'accordo di salvaguardia occupazionale previsto dai commi 4-bis e 5. Se tali atti negoziali unilaterali fossero precedenti potrebbero infatti risultare nulli in quanto riferiti a diritti futuri, atteso che il trasferimento individuale alle dipendenze del cessionario risulta rivendicabile dai lavoratori, quindi disponibile in sede transattiva o di rinuncia, solo a decorrere dal momento nel quale il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda diventa efficace.
- per quanto sia forse sostenibile in punto di diritto che, in caso di licenziamento disposto dal cedente in riferimento ai lavoratori non salvaguardati dall'accordo sindacale di cui all'art.4-bis e 5, il lavoratore possa legittimamente impegnarsi in una pattuizione con il cedente non solo a non contestare la cessazione del rapporto di lavoro ed ogni altro diritto rivendicabile nei confronti del cedente, ma anche a non agire nei confronti del cessionario per rivendicare il diritto di trasferimento alle sue dipendenze, è opportuno ratificare delle conciliazioni ex artt.410-411 e/o 412-ter c.p.c. di carattere trilatero, ovvero sottoscritte sia dal lavoratore, sia dal cedente, sia dal cessionario. In tali atti: a) il cedente, a fronte dell'erogazione a proprio carico di un corrispettivo economico al lavoratore, acquisirebbe la salvaguardia rispetto ad azioni di impugnazione del licenziamento e/o di eventuali rivendicazioni afferenti, direttamente od indirettamente, il rapporto di lavoro intercorso alle sue dipendenze; b) il cessionario a fronte dell'erogazione a proprio carico di un ulteriore corrispettivo economico al lavoratore, acquisirebbe la salvaguardia rispetto a rivendicazioni concernenti il trasferimento *ex lege* alle dipendenze del cessionario.

Infine, il diritto di precedenza nelle assunzioni effettuate dal cessionario, per la durata di un anno, esercitabile dal lavoratore non trasferito in deroga all'art.2112 c.c., ai sensi del comma 6 dell'art.47 della Legge n.428 del 29 dicembre 1990, è da ritenersi un diritto futuro quindi non disponibile con atti di rinuncia o di transazione. Peraltro trattasi di un diritto piuttosto ampio, in quanto non espressamente riferito dalla norma alla sola ipotesi di posizioni lavorative corrispondenti a quelle originarie, inoltre la contrattazione collettiva concretizzatasi nell'accordo di salvaguardia parziale dell'occupazione ex comma 4-bis od ex comma 5 può solo derogarlo *in melius*, ad esempio estendendone la portata temporale, *non in pejus*.

Parte III[^] - Dottrina - Focus: le operazioni societarie*Approfondimenti**La responsabilità penale connessa al trasferimento d'azienda*

Il presente contributo si propone l'obiettivo di individuare alcune fattispecie connesse al trasferimento dell'azienda in cui può configurarsi una responsabilità penale dei vertici dell'azienda. Si ricorda, infatti, che il legale rappresentante dell'azienda, i vertici della stessa e coloro che rivestono di fatto funzioni direttive e di controllo possono commettere diverse tipologie di reato sia attraverso condotte commissive che omissive. Ci si propone, quindi, di richiamare l'attenzione dell'imprenditore sul delicato momento del trasferimento dell'azienda, attraverso l'analisi da un punto di vista pratico, senza pretese di carattere esaustivo, di alcuni casi esemplificativi in cui possono insorgere profili di responsabilità a carico dei soggetti apicali dell'impresa. Data la vastità della materia, il contributo esaminerà solo alcuni dei molteplici settori del diritto penale, che potrebbero essere coinvolti dalla fattispecie oggetto di trattazione.

1. Sui reati fallimentari

La prima fattispecie di reato che potrebbe verificarsi attraverso le condotte poste in essere durante le fasi del trasferimento dell'azienda e' quella della bancarotta fraudolenta, disciplinata dagli artt. 216 e seguenti della legge fallimentare, di cui al R.D. 267/1942 (c.d. legge fallimentare). A tal proposito e' opportuno riassumere brevemente gli elementi costitutivi del reato in esame.

L'art. 216 della legge fallimentare punisce con la reclusione da tre a dieci anni l'imprenditore dichiarato fallito che, prima dell'apertura della procedura fallimentare, abbia *'distratto, occultato, dissimulato, distrutto o dissipato in tutto o in parte i suoi beni ovvero, allo scopo di recare pregiudizio ai creditori, esposto o riconosciuto passività inesistenti'* ovvero abbia *'sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, i libri o le altre scritture contabili o li ha tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari'*. La stessa pena si applica all'imprenditore dichiarato fallito che commetta i fatti di cui sopra durante la procedura fallimentare.

La bancarotta patrimoniale è un reato di pericolo non essendo necessaria per la sua sussistenza l'esistenza di un danno effettivo per la massa creditoria. Più precisamente la fattispecie è un reato di pericolo concreto, in ragione della reale ed effettiva offensività delle manipolazioni patrimoniali, che devono produrre l'evento della concreta esposizione a pericolo dell'interesse protetto. La fattispecie di reato è volta a tutelare il bene giuridico fondamentale dell'economia pubblica attraverso la corretta esplicazione dei rapporti di lavoro e di impresa ed è rivolta alla correlata protezione delle ragioni dei creditori e della collettività in generale.

Da un lato, in effetti, la fattispecie incriminatrice mira a proteggere la cosiddetta *par condicio creditorum*, sanzionando penalmente tutte quelle condotte che, essendo rivolte alla sottrazione

dell'attivo patrimoniale ovvero al soddisfacimento di alcuni creditori, si risolvano in un pregiudizio per la massa dei creditori. Dall'altro la norma protegge altresì l'economia pubblica e lo stesso assetto socio - economico della comunità di imprese, lavoratori e consumatori, locale e nazionale.

L'art. 216 della legge fallimentare configura un reato proprio, realizzabile esclusivamente dall'imprenditore dichiarato fallito e dai soggetti ad esso parificati. A tal proposito è principio ormai pacifico che nei reati di bancarotta in ambito societario, soggetto attivo può essere non soltanto l'imprenditore dichiarato fallito, ma anche colui che svolge in via di mero fatto le funzioni di amministratore, poiché le fattispecie normative non introducono alcuna distinzione tra ruolo corrispondente ad una carica formale ed analoga funzione esercitata in via di fatto¹. In particolare la funzione di amministratore in sede processuale si ricava dall'accertamento di elementi sintomatici di gestione o cogestione della società, risultanti dall'organico inserimento del soggetto, quale *'intraneus'* che svolge funzioni gerarchiche e direttive, in qualsiasi momento dell'*iter* di organizzazione, produzione e commercializzazione dei beni e servizi².

Nella bancarotta fraudolenta non si richiede un nesso causale fra la condotta dell'autore e il dissesto dell'impresa.

Tanto premesso, venendo ad analizzare il tema oggetto del nostro esame, proponiamo a mero titolo esemplificativo tre condotte che l'imprenditore potrebbe porre in essere nelle fasi del trasferimento dell'azienda e che potrebbero portare ad un'imputazione a suo carico per il reato di bancarotta fraudolenta. Una prima ipotesi è quella in cui il cessionario successivamente al trasferimento dell'azienda ometta consapevolmente di recuperare uno o più crediti dell'azienda ceduta, con ciò causando il dissesto che porta alla dichiarazione di fallimento dell'impresa.

In tale situazione secondo la giurisprudenza si configura un'ipotesi di bancarotta per distrazione, perché ai fini dell'integrazione del reato assume rilievo anche la condotta omissiva, quando sia con ciò violato lo specifico obbligo di conservazione del patrimonio, come avviene, per es., con la volontaria e ingiustificata mancata attivazione nell'esercizio di azioni volte alla tutela del patrimonio dell'impresa, quale l'esperimento del recupero di crediti verso terzi, o con la volontaria perdita giuridica dell'esercizio di diritti per decadenza³. Si osserva, tuttavia, che non integra il fatto costitutivo del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione un comportamento, ancorché doloso o asseritamente fraudolento, la cui portata pregiudizievole risulti annullata per effetto di un atto o di un'attività di segno inverso, capace di reintegrare il patrimonio del fallito prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura fallimentare o quantomeno prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttivo del fallimento. Invero il momento a cui occorre fare riferimento per verificare la consumazione dell'offesa è quello della dichiarazione giudiziale di fallimento e non già quello in cui sia stato commesso l'atto in ipotesi antidoveroso, con la conseguenza che il pregiudizio ai creditori oggetto di tutela deve essere valutato con riferimento alla dichiarazione di fallimento e non alla

¹ Così, fra le altre, Cass. Pen., Sez. V, 5 giugno 2003, n. 36630, in *Foro it.*, 2004, II, 239

² In tal senso si veda Cass. Pen., Sez. I, 12 maggio 2006, n. 18464

³ Sul punto si veda, Cass. Pen., Sez. V, 10 dicembre 1999, n. 14110 in *Dir. e prat. Soc.*, 2000, 9, 82, secondo cui sussiste il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale nel fatto dell'amministratore di società che abbandona l'attività di recupero di un credito di consistenza tale da poter, ove incassato, risolvere i problemi economici della società vantato nei confronti di altra società, amministrata da persona con la quale aveva interessi economici in comune

data di commissione della condotta incriminatrice⁴. In ogni caso si configura il reato anche qualora l'imprenditore distraiga od occulti beni che, per ragioni a lui estranee, siano recuperati dal curatore o nel caso in cui, per azioni di ricostruzione dell'asse attivo, la procedura concorsuale riesca a pareggiare le passività maturate o accolga l'attivo, evitando qualsiasi danno ai creditori. Si osserva, comunque, che la condotta di distrazione non ha un contenuto univoco e necessita pertanto di un requisito soggettivo, venendo così a consistere nell'estromissione, senza contropartita adeguata, di uno o più beni dal patrimonio, con la volontà consapevole di sottrarre i propri beni dalla garanzia che esplicano nei confronti delle ragioni creditorie⁵. Il delitto, pertanto, è perfetto se, in qualunque modo attuata, la condotta dell'agente è diretta ad impedire che un bene del fallito sia utilizzato per il soddisfacimento dei diritti dei creditori.

Premesso quanto sopra, ai fini della configurabilità del delitto è sufficiente che il patrimonio sociale, che costituisce a garanzia per i creditori, venga messo in pericolo con operazioni non munite di adeguata contropartita economica e non volte a realizzare gli scopi sociali⁶.

La seconda ipotesi che si potrebbe verificare è quella dell'imprenditore che decida, per così dire, di svuotare una società procedendo ad uno più trasferimenti di rami di azienda privi di adeguata contropartita economica. In tale ottica è stata ritenuta una condotta distrattiva quella che ha cagionato il fallimento di una società, a causa del suo svuotamento tramite il trasferimento dei suoi rami di azienda ad un prezzo manifestamente incongruo ad altre società appositamente costituite per ricevere i predetti rami di azienda. Nel caso in esame, oggetto di una recente sentenza della Suprema Corte⁷, sono stati condannati per bancarotta patrimoniale aggravata distrattiva sia i soggetti cedenti che i cessionari. Sono stati chiamati a rispondere anche un avvocato e un commercialista, che avevano assistito la famiglia proprietaria della società nella fase di ristrutturazione aziendale. Agli stessi veniva contestato di aver cagionato il fallimento della società in concorso fra loro e con altri per effetto di operazioni dolose. In particolare, per stessa ammissione degli imputati, è stato appurato che gli stessi avevano costituito, organizzato e gestito due società con l'unico scopo di ricevere i rami d'azienda che la s.r.l. dichiarata fallita si accingeva a cedere. Il commercialista aveva inoltre partecipato attivamente alla stesura dei contratti per la cessione. Risultava, quindi, evidente il doppio ruolo ricoperto dai due imputati: da un lato ciascuno di essi era consulente della cedente e dall'altro dominus della cessionaria⁸.

L'ultima ipotesi di bancarotta fraudolenta, che potrebbe verificarsi nella fattispecie del trasferimento d'azienda è quella documentale, ovverosia quella in cui l'imprenditore fallito *'ha sottratto, distrutto o falsificato, in tutto o in parte, con lo scopo di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto o di recare pregiudizio ai creditori, i libri e le altre scritture contabili o li ha*

⁴ Così, fra le altre, Cass. Pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212. Sul punto si vedano anche PUNZO, *Il delitto di bancarotta*, Torino, 1953, p. 136 e PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 759-760 e CONTI, *I reati fallimentari*, Torino 1991, p. 156

⁵ Cfr. PAGLIARO, *R. trim. dir. Pen. Ec.*, 1988, pp. 525-526

⁶ In tal senso si veda Cass. Pen., 5 giugno 2003, in *Foro It.* 04, II, 528

⁷ Così, Cass. Pen., Sez. V, 9 gennaio 2012, n. 121, in *Diritto & Giustizia*, Milano, 11 gennaio 2012.

⁸ Il principio è pacificamente accolto dalla giurisprudenza. Tra le altre si veda Cass. Pen., Sez. V, 7 giugno 2011, n. 37370, secondo cui integra il reato di bancarotta fraudolenta patrimoniale il trasferimento di risorse economiche, tra società appartenenti allo stesso gruppo, effettuato senza alcuna contropartita economica, da società che versi in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società in difficoltà economiche, posto che, in tal caso, nessuna prognosi fausta dell'operazione può essere consentita

tenuti in guisa da non rendere possibile la ricostruzione del patrimonio o del movimento degli affari.

La normativa civilistica e speciale obbliga in modo chiaro l'imprenditore alla regolare tenuta dei libri e delle scritture contabili della propria azienda.

A tal proposito, con riferimento alla fattispecie del trasferimento d'azienda, si ritiene in giurisprudenza che non adempie a sufficiente giustificazione né esime l'imprenditore da penale responsabilità l'asserita incompletezza del corredo contabile addebitabile alla gestione che lo ha preceduto nella conduzione amministrativa. Infatti, una volta che egli abbia accertato l'irregolarità delle scritture è obbligato - in forza della tutela delle ragioni creditorie che al predetto fanno capo - a procedere alla loro ricostruzione o integrazione, ricadendo sul medesimo l'obbligo di legge⁹.

2. Omissioni di carattere previdenziale

Nella fase del trasferimento d'azienda l'imprenditore cessionario deve anche attentamente controllare che il cedente abbia compiutamente rispettato tutti gli adempimenti di carattere previdenziale a favore dei lavoratori.

Si ricorda, infatti, che qualora l'imprenditore ometta il versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei lavoratori è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 1.032,00 euro, ai sensi dell'art. 2, comma 1-bis, d.l. 12 settembre 1983, conv. dalla l. 11 novembre 1983 n. 638. Il datore di lavoro non è punibile se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione.

Ai fini di una migliore analisi delle possibili ricadute della fattispecie in esame nel momento del trasferimento dell'azienda è opportuno delineare le caratteristiche del reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali.

Il reato di cui sopra è un delitto omissivo istantaneo, che si consuma nel momento in cui scade il termine utile per il versamento da parte del datore di lavoro e nel luogo in cui il versamento stesso si sarebbe dovuto effettuare, a nulla rilevando il momento in cui il reato è stato accertato. Detto termine scade, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. b) n. 1, D.Lgs. 19 novembre 1998, n. 422, il giorno sedici del mese successivo a quello cui si riferiscono i contributi¹⁰.

L'esercizio dell'azione penale per la fattispecie di cui in oggetto non è subordinato alla contestazione della violazione ovvero alla notifica del relativo accertamento da parte dell'ente previdenziale e al decorso del termine di tre mesi concesso al datore di lavoro per adempiere, poiché la norma non configura alcuna condizione di procedibilità, ma prevede esclusivamente la non punibilità del reato, già perfezionatosi nel momento in cui scade il termine utile per il versamento.

Il reato di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operato sulle retribuzioni dei dipendenti richiede la sussistenza del dolo generico ed è, quindi, integrato dalla consapevole scelta di omettere i versamenti dovuti.

Va da ultimo precisato che ai fini della configurabilità del reato in esame è necessaria la prova del materiale esborso, anche in nero, della retribuzione¹¹.

⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. V, 15 gennaio 2010, n. 8262. Sul punto si veda anche VINCENZO RISPOLI, *Delitto di bancarotta fraudolenta e relativa prova documentale contabile*, in *Diritto & Giustizia*, Milano, 24 dicembre 2010

¹⁰ Così Cass. Pen., Sez. Un., 24 novembre 2011, n. 1855

¹¹ In tal senso si veda Cass. pen., Sez. III, 25 settembre 2007, n. 38271

Premesso quanto sopra, venendo ora al tema oggetto del nostro esame, è opportuno analizzare le responsabilità penali di cui all'art. 2, d.l. 463/1983 a seconda che l'omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali avvenga prima o dopo il trasferimento dell'azienda.

Nel primo caso, ovvero se il termine per versare le ritenute previdenziali scade prima del trasferimento dell'azienda, dell'omesso versamento risponde il cedente, anche se la raccomandata di sollecito dell'INPS viene ricevuta dal cessionario.

Come sopra spiegato, infatti, il delitto in esame è un reato omissivo istantaneo, che, quindi, si consuma nel momento in cui scade il termine per versare le ritenute. Ne consegue che la raccomandata di sollecito dell'INPS, a decorrere dalla quale l'imprenditore ha tre mesi di tempo per effettuare il pagamento delle ritenute previdenziali, non ha alcuna rilevanza ai fini della consumazione del reato. Invero il pagamento nei tre mesi dal sollecito riveste il carattere di condizione di non punibilità del reato.

Nel secondo caso, e cioè quando il termine per il versamento scade dopo il trasferimento, la responsabilità ricade sull'imprenditore cessionario solo a determinate condizioni.

In particolare, se l'omesso pagamento è prossimo temporalmente alla cessione dell'azienda, bisogna attentamente valutare l'elemento soggettivo del reato, ovvero se sussista il dolo dell'acquirente dell'azienda, il quale potrebbe non aver avuto il tempo materiale per effettuare compiutamente la *due diligence* dell'azienda. È importante sottolineare, tuttavia, che il dolo non viene meno per il fatto che il cessionario abbia demandato a terzi, ed in particolar modo a professionisti in materia, come ad esempio un commercialista, l'incarico di provvedere al versamento delle ritenute, posto che l'obbligo previdenziale grava sull'imprenditore, il quale ha anche l'obbligo di controllare che i consulenti o i dipendenti delegati adempiano l'obbligazione¹².

In ogni caso, qualora l'impresa ceduta sia in una situazione di crisi economica, il soggetto acquirente non può giustificare l'omesso pagamento dei contributi, sostenendo di aver dovuto destinare risorse finanziarie per far fronte a debiti ritenuti più urgenti¹³. In particolare, secondo la giurisprudenza, lo stato di dissesto dell'imprenditore, il quale prosegue nell'attività d'impresa senza adempiere all'obbligo previdenziale, non elimina il carattere di illiceità penale dell'omesso versamento dei contributi. Infatti i contributi non costituiscono parte integrante del salario, ma tributo, che, in quanto tale, deve essere pagato indipendentemente dalle vicende finanziarie dell'azienda. Più precisamente il delitto di cui all'art. 2, d.l. 463/1983 è configurabile anche nel caso in cui si accerti un successivo stato di insolvenza del datore di lavoro, atteso che quest'ultimo, in qualità di sostituto d'imposta, ha l'obbligo di ripartire le risorse esistenti all'atto della corresponsione delle retribuzioni in modo da poter adempiere all'obbligo di versamento, anche se ciò possa riflettersi sull'integrale pagamento delle retribuzioni medesime¹⁴.

Ciò all'evidente fine, che siano tutelati i diritti costituzionalmente garantiti dei lavoratori ai benefici assistenziali e previdenziali¹⁵.

3. Abusi edilizi

Nel momento del trasferimento dell'azienda l'imprenditore acquirente deve controllare attentamente che i locali e i capannoni in cui si svolge l'attività di impresa non siano il frutto di attività edilizia illecita.

¹² Così Cass. Pen., Sez. III, 23 giugno 2010, n. 34619 e Cass. Pen., Sez. III, 10 giugno 2005, n. 24937

¹³ In tal senso si veda Cass. Pen., Sez. III, 19 gennaio 2011, n. 13100

¹⁴ Cfr. così Cass. Pen., Sez. III, 25 settembre 2007, n. 38269

¹⁵ Così Cass. Pen., Sez. III, 28 aprile 2011, n. 20845

Gli illeciti edilizi penali sono disciplinati dall'art. 44, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, il quale distingue tre distinte fattispecie di reato.

La prima, quella di cui all'art. 44, comma 1, lett. a), punisce con l'ammenda fino ad euro 10.329,00 l'inosservanza delle prescrizioni e modalità esecutive delle opere, previste dallo stesso D.P.R. 380/2001, dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire. Nell'ambito di applicazione della norma, ad esempio, non rientra la realizzazione di opere edilizie senza la previa presentazione della d.i.a. (denuncia di inizio attività)¹⁶, tranne nel caso in cui i lavori siano difformi da quanto stabilito da regolamenti edilizi e da strumenti urbanistici.

La seconda, prevista dall'art. 44, comma 1, lett. b), sanziona con l'arresto fino a due anni e l'ammenda da euro 5.164,00 ad euro 51.645,00 l'esecuzione di lavori in totale difformità o assenza del permesso di costruire o della super d.i.a., di cui all'art. 22, commi 3 e 4, D.P.R. 380/2001, o di prosecuzione degli stessi nonostante l'ordine di sospensione. Alla sentenza di condanna, ai sensi dell'art. 31, comma 9, D.P.R. 380/2001, consegue la sanzione accessoria della demolizione dell'immobile.

La terza ed ultima fattispecie punisce con l'arresto fino a due anni e l'ammenda da euro 15.493,00 ad euro 51.465,00 la lottizzazione di terreni a scopo edilizio. La sentenza di condanna relativa a tale contravvenzione dispone la confisca del terreno abusivamente lottizzato e dell'edificio abusivamente costruito.

Al fine di meglio comprendere le ricadute delle predette contravvenzioni nell'ambito del trasferimento d'azienda è opportuno analizzare le loro caratteristiche.

In particolare le contravvenzioni di cui all'art. 44, D.P.R., 6 giugno 2001, n. 380 hanno natura permanente per tutto il tempo in cui continua l'attività edilizia e il momento di cessazione della permanenza va individuato o nella sospensione dei lavori, sia essa volontaria o forzata, o nell'ultimazione dei lavori per il completamento dell'opera o, infine, nella sentenza di condanna di primo grado, ove i lavori siano proseguiti dopo l'accertamento e sino alla data del giudizio¹⁷. Più specificamente deve ritenersi ultimato l'edificio concretamente funzionale, che possenga tutti i requisiti di agibilità o abitabilità, come desumibile dall'art. 25, comma 1, D.P.R. 380/2001, che fissa "entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori di finitura dell'intervento" il termine per la presentazione allo sportello unico della domanda di rilascio del certificato di agibilità¹⁸.

In caso di estinzione per prescrizione del reato di costruzione abusiva, il giudice penale non può impartire l'ordine di demolizione delle opere illecite, fermo restando l'autonomo potere-dovere dell'autorità amministrativa¹⁹.

Tanto premesso, è opportuno chiedersi, con riferimento al trasferimento dell'azienda, quali ripercussioni possa subire il cessionario, che si trovi ad acquistare un capannone industriale o

¹⁶ Sul punto si veda A. MORONI, *I reati edilizi e le sentenze assolutorie*, Maggioli Editore, 2012, p. 83 e ss. In particolare in seguito all'entrata in vigore dell'art. 49, d.l. 78/2010, convertito dalla legge 122/2010, ora la denuncia di inizio attività (d.i.a.) è sostituita quasi totalmente dalla segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.). La s.c.i.a., comunque, ai sensi dell'art. 5, comma 2, let. c), d.l., 13 maggio 2011, n. 70, non si sovrappone alla super d.i.a. di cui all'art. 22, commi 3 e 4, D.P.R. 380/2001 e cioè alla d.i.a. che si pone come titolo alternativo al permesso di costruire

¹⁷ Così Cass. Pen., Sez. III, 3 luglio 2007, n. 33825

¹⁸ In tal senso si veda Cass. Pen., Sez. III, 18 ottobre 2011, n. 40033, che ha ritenuto non ultimato il manufatto per il quale mancava l'agibilità, pur essendo state da anni attivate le utenze telefoniche e di energia elettrica

¹⁹ Cfr. Cass. Pen., sez. III, 28 settembre 2011, n. 447

un'impresa i cui ambienti di lavoro contengano degli abusi edilizi o siano costruiti su terreni abusivamente lottizzati.

Nel primo caso, e cioè qualora l'edificio industriale sia costruito senza il necessario permesso di costruire o la super d.i.a. di cui all'art. 22, commi 3 e 4, D.P.R. 380/2001, l'imprenditore acquirente risponderà della contravvenzione prevista dall'art. 44, comma 1, lett. b), D.P.R. 380/2001, solo a determinate condizioni.

In particolare è necessario che i lavori oggetto del permesso di costruire o della super d.i.a. non siano ancora ultimati al momento del trasferimento e che l'acquirente abbia colpevolmente omesso di controllare l'esistenza dei necessari titoli abilitativi della costruzione. Si ricorda, infatti, che le contravvenzioni sono punite anche quando sussiste il solo elemento soggettivo della colpa. Ovviamente in tale situazione il cessionario risponde della violazione edilizia a titolo di concorso con il cedente.

E' opportuno precisare che in tema di violazioni edilizie, al fine di configurare la responsabilità del proprietario di un'area per la realizzazione di una costruzione abusiva è necessaria la sussistenza di elementi in base ai quali possa ragionevolmente presumersi che questi abbia concorso, anche solo moralmente, con il committente o l'esecutore dei lavori, tenendo conto della piena disponibilità giuridica e di fatto del suolo e dell'interesse specifico ad effettuare la nuova costruzione, così come dei rapporti di parentela o affinità tra terzo e proprietario, della sua eventuale presenza in loco, dello svolgimento di attività di vigilanza dell'esecuzione dei lavori, della richiesta di provvedimenti abilitativi in sanatoria, del regime patrimoniale dei coniugi, ovvero di tutte quelle situazioni e comportamenti positivi o negativi dai quali possano trarsi elementi integrativi della colpa²⁰.

Si rileva da ultimo che, anche se l'acquirente non sia concorso nell'abuso edilizio o, comunque, nel momento in cui il reato sia accertato lo stesso risulti prescritto, il cessionario deve, comunque, subire la sanzione della demolizione dell'opera illegittimamente costruita.

Invero secondo la giurisprudenza l'ordine di demolizione impartito dal giudice con la sentenza di condanna per reati edilizi, ex art. 31 comma 9 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, ha carattere reale e ricade direttamente sul soggetto che è in rapporto con il bene, indipendentemente dall'essere stato o meno quest'ultimo l'autore dell'abuso. La demolizione, inoltre, non può essere esclusa dall'alienazione a terzi della proprietà dell'immobile, con la sola conseguenza che l'acquirente potrà rivalersi nei confronti del venditore a seguito dell'avvenuta demolizione²¹.

Veniamo ora ad analizzare il caso in cui l'immobile o parte dell'immobile dell'azienda ceduta sia costruito su un terreno abusivamente lottizzato.

²⁰ Così Cass. Pen., Sez. III, 12 aprile 2005, n. 26121

²¹ In tal senso si sono espresse Cass. Pen., Sez. III, 11 maggio 2005, n. 37120 e Cass. Pen. Sez. III, 21 ottobre 2009, n. 47281, secondo cui l'ordine di demolizione delle opere abusive emesso dal giudice penale ha carattere reale e natura di sanzione amministrativa a contenuto ripristinatorio e deve pertanto essere eseguito nei confronti di tutti i soggetti che sono in rapporto col bene e vantano su di esso un diritto reale o personale di godimento, anche se si tratti di soggetti estranei alla commissione del reato. La Corte ha anche osservato che, a ben vedere, il proprietario o comproprietario (non committente rispetto all'abuso) non ha interesse giuridicamente protetto ad opporsi all'esecuzione dell'ordine di ripristino. Se l'abuso è avvenuto senza o contro la sua volontà, egli non può che trarre vantaggio dal ripristino della legalità. Se l'abuso è avvenuto con il concorso della sua volontà, il fatto di avere evitato il procedimento penale non costituisce una valida ragione perché egli si arricchisca del frutto di un abuso debitamente accertato

Anche in tale situazione, se la lottizzazione è in corso durante il trasferimento dell'azienda, l'acquirente risponde a titolo di concorso nella contravvenzione di cui all'art. 44, comma 1, lett. c), D.P.R. 380/2001, a cui consegue di diritto la confisca del terreno abusivamente lottizzato e dell'opera abusivamente costruita. Infatti, chi riveste la qualità di acquirente non può essere considerato terzo estraneo al reato, salvo che non provi di aver agito in buona fede, vale a dire di aver adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento dei doveri d'informazione e conoscenza, senza essersi reso conto di partecipare ad un'operazione di illecita lottizzazione²².

Nel caso in cui, invece, l'acquirente non sia concorso nell'abusiva lottizzazione, ciò nondimeno deve subire la sanzione della demolizione dell'opera. Nei suoi confronti, tuttavia, non può essere applicata la confisca del terreno e dell'opera.

Invero secondo la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 20 gennaio 2009 (ricorso n. 75909/01 proposto contro l'Italia dalla s.r.l. Sud Fondi ed altri)²³, relativa al noto caso dell'abuso edilizio di Punta Perotti a Bari, il Giudice non può emettere la condanna alla confisca del terreno in favore del comune dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite, nell'ipotesi in cui l'imputato sia stato assolto per difetto dello elemento soggettivo del reato ovvero anche nei confronti di soggetti terzi acquirenti di cui sia accertata la buona fede e l'estraneità al reato.

Giovanni Bertino
Studio Legale Bertino, Bergamo
4.05.2012

²² *In tal senso si veda Cass. Pen., Sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078. In senso analogo si è espressa anche Cass. Pen., sez. III, 10 ottobre 2006, n. 39908 in Cass. Pen., 2007, 12, 4693, secondo cui in materia edilizia, il sub-acquirente di un singolo lotto risponde del reato di concorso in lottizzazione abusiva, di cui all'art. 44, comma 1, lett. c), D.P.R. 380/2001, atteso che trattasi di reato progressivo nell'evento, nel quale è possibile l'adesione del correo in qualsiasi fase, a condizione che l'attività lottizzatoria stessa sia ancora in corso. Il singolo acquirente, se pure non abbia dato causa all'operazione lottizzatoria, risponde nei limiti della propria partecipazione, realizzata attraverso l'attività negoziale o edificatoria, in quanto il reato di lottizzazione abusiva non si esaurisce nel frazionamento del terreno, ma permane durante tutto il tempo necessario alle singole compravendite ed a tutte le attività conseguenti e strettamente indispensabili. Così l'acquirente consapevole dell'abusività dell'intervento, fornisce con la propria condotta un contributo causale alla concreta attuazione dell'iniziale disegno lottizzatorio, e ciò in quanto il reato di lottizzazione abusiva ha carattere permanente, la cui permanenza continua per ogni concorrente sino a che per ciascuno di essi perduri la condotta volontaria e la possibilità di fare cessare la condotta antigiuridica dei concorrenti*

²³ *Il testo integrale della sentenza può essere reperito sul sito internet del Ministero della Giustizia all'indirizzo www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1*

Effetti del trasferimento d'azienda sui contratti di lavoro autonomo

Come è noto, la disciplina prevista dall'art. 2112 del codice civile si applica ai soli rapporti di lavoro subordinato, sono invece ritenuti esclusi dalla portata di quest'articolo i rapporti di lavoro autonomo in senso proprio, ossia caratterizzati dalla gestione a proprio rischio e dall'organizzazione autonoma dell'attività lavorativa per conto di altri e previo compenso, di un'opera o di un servizio, senza vincolo di subordinazione e in condizione di assoluta indipendenza.

A tali rapporti, in caso di trasferimento d'azienda, un consolidato orientamento dottrinale¹ e giurisprudenziale² ritiene applicabile, indipendentemente dalla formula adottata per la gestione del trasferimento medesimo (cessione completa o parziale, a termine, affitto d'azienda etc.) l'art. 2558 del codice civile, il cui primo comma prevede che *“se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale”*.

L'art. 2558 c.c. stabilisce, pertanto, un automatismo nella successione nei contratti da parte dell'acquirente dell'azienda qualora si tratti specificatamente di:

- 1) contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa
- 2) non aventi carattere personale
- 3) a prestazioni corrispettive non ancora eseguite o esaurite.

Per quanto attiene il primo punto, si consideri che i contratti oggetto dell'art. 2558 c.c. sono distinguibili in due categorie: i contratti cd. d'azienda ossia aventi per oggetto il godimento di beni aziendali (quali ad es. contratti di leasing, contratti di locazione etc.) e i cd. contratti d'impresa ossia strumentali all'esercizio dell'attività economica in quanto direttamente riferibili all'organizzazione o alla gestione dell'impresa (identificabili ad es. nei contratti con i fornitori o con i clienti, di concessione in uso di spazi pubblicitari, di assicurazione). Tra i contratti d'impresa rientrano anche quei contratti collegati all'azienda in un momento successivo a quello della conclusione di essi. Si può trattare di contratti originariamente conclusi da un terzo e poi ceduti all'alienante dell'azienda prima del trasferimento di questa o di contratti stipulati dall'alienante inizialmente non attinenti all'esercizio della sua impresa³.

La *ratio* a fondamento dell'art.2558 c.c. può essere ravvisata, per quanto attiene questo aspetto, nell'interesse dell'acquirente dell'azienda a poter continuare a disporre degli strumenti e delle risorse necessarie per la continuazione dell'attività d'impresa e nell'interesse generale di favorire la circolazione di complessi aziendali che siano completi ed efficienti. Seguendo questa

¹ FELLI E., MALANDRINI S., *Trasferimento d'azienda: effetti sui rapporti di lavoro autonomo in DPL*, 2004, Vol. 21, Fasc. 33, p. 2167 - 2174. L'art. 2558 c.c. si pone rispetto all'art. 2112 c.c. a seconda delle opinioni ora come norma speciale, ora come norma che detta una disciplina completamente autonoma, così GRANDI PERA, *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, IV ediz., Cedam, 2009, p. 545

² V. note successive per i singoli casi

³ COLOMBO G.E., *L'azienda e il mercato*, in *Trattato di dir. comm. e dir. pubblico dell'economia*, GALGANO F. (diretto da), III, Padova, 1979, p. 69

impostazione, la giurisprudenza si è espressa, ad esempio, sottolineando che l'acquirente subentra nella clausola compromissoria inserita in un contratto stipulato dal cedente⁴.

Per quanto attiene il secondo punto, i contratti esclusi dall'ambito di applicazione dell'art. 2558 c.c. sono i contratti aventi carattere personale, intendendosi per tali, secondo l'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza⁵, quelli in cui rilevano per il terzo contraente le qualità personali del soggetto alienante l'azienda e cioè quei contratti che prevedono a carico di quest'ultimo una prestazione infungibile. Vi rientrano tanto i contratti a prestazione oggettivamente infungibile, tali per cui la prestazione promessa dall'alienante, se fosse eseguita dall'acquirente, risulterebbe ontologicamente diversa (ad es. contratti d'opera intellettuale o artistica); tanto i contratti a prestazione soggettivamente infungibile, cioè considerata in concreto tale dalle parti in quanto stipulati in base ad un particolare apprezzamento delle qualità di un contraente ossia considerando la fiducia riposta dal creditore nelle capacità del debitore di realizzare il risultato voluto (ad es. il mandato). Rientrano nella categoria dei contratti personali anche quelli in cui sia stata pattuita tra l'alienante e il terzo l'incedibilità⁶.

E' opinione prevalente ritenere che l'esclusione dei contratti a carattere personale dall'applicazione dell'art. 2558 c.c. sia diretta alla tutela del terzo contraente affermando che sono contratti personali ai sensi dell'art. 2558 c.c. quei contratti nei quali l'identità e le qualità personali dell'imprenditore alienante sono state in concreto determinanti del consenso del terzo contraente (e non viceversa)⁷. Il trasferimento di tali contratti all'acquirente dell'azienda sarebbe pur sempre possibile con il consenso del terzo⁸. Minoritaria è la tesi secondo cui la previsione dell'articolo in esame mirerebbe a proteggere l'acquirente dell'azienda; pertanto non soggiacciono alla regola dell'art. 2558 c.c. quei negozi che l'imprenditore aveva stipulato sotto la spinta di una particolare fiducia nei confronti del terzo (ad es. un consulente stabile d'impresa o un esperto tributario)⁹.

Indipendentemente dall'orientamento a cui si intende aderire il carattere personale del contratto va valutato in concreto di volta in volta, non potendosi far rientrare automaticamente nella categoria tutti i contratti (ad es. mandato, commissione, agenzia, appalto) nei quali genericamente rileva la persona di uno dei contraenti. In altri termini la categoria dei contratti

⁴ Cassazione 28 marzo 2007 n. 7652 ai sensi della quale "si verifica il subentro ipso iure del cessionario d'azienda anche nella clausola compromissoria contenuta in contratto stipulato dal cedente per l'esercizio dell'azienda, senza che sia necessario un apposito patto di cessione e senza che sia pertanto richiesta la forma scritta ad substantiam". ROCCHI F., *Circolazione della clausola compromissoria e cessione d'azienda*, in *Corriere giuridico* (I), 2007, n. 9, Ipsos, p. 1229

⁵ VANZETTI A., *Osservazioni sulla successione nei contratti relativamente all'azienda ceduta*, in *Riv. Soc.*, 1965, p. 539 ss.; COLOMBO, *op. cit.* nota 3, p. 82 ss.; FERRARI G., voce *Azienda (dir. privato)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, p. 720 ss.

⁶ MARTORANO F., *L'azienda*, in *Trattato di diritto commerciale*, BUONOCORE (diretto da), Torino, 2010, p. 165; COLOMBO, *ibidem*; FERRARI, *ibidem*

⁷ AULETTA *Dell'azienda*, in *Comm. cod. civ.*, SCAJOLA-BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1949 p. 56; CASANOVA V., *Impresa e azienda*, in *Trattato dir. civ. it.*, VASSALI (diretto da), Vol. X, Torino, 1974, p. 797; VANZETTI A., *op. cit.* nota 5, p. 539 ss.; RIVOLTA, in *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, p. 26 ss.; COLOMBO, *op. cit.* nota 3, p. 82 ss.

Così CAMPOBASSO G., *Diritto commerciale*, I, Utet, 2009, p. 154

⁸ FERRARA F., *La teoria giuridica dell'azienda*, II ediz., Giuffrè, 1982, p. 360

⁹ GALGANO F., *Diritto commerciale*, I, Zanichelli, 2010, p. 73 e ss.

personali così come identificata dall'art. 2558 non può farsi coincidere con quella dei contratti comunemente definiti *intuitu personam*¹⁰; si tratta di una categoria più ristretta.

Per quanto attiene infine il terzo punto, la successione riconducibile al trasferimento d'azienda può quindi intervenire in qualsiasi fase del rapporto contrattuale purché non del tutto esaurito. Quando invece uno dei contraenti abbia già interamente eseguito la propria prestazione, quindi residua un credito o un debito dell'alienante l'azienda, si applicheranno rispettivamente l'art. 2559 c.c. e 2560 c.c.¹¹.

Per quanto concerne poi le vicende traslative dei contratti, si consideri quanto segue:

A. Il comma 1, dell'art. 2558 c.c., prevede che le parti, intese quali acquirente e alienante, possano pattuire diversamente riguardo ai contratti stipulati per l'esercizio dell'impresa. Quando i contratti d'azienda abbiano ad oggetto il godimento di beni essenziali dell'azienda stessa essi non possono essere pattiziamente esclusi dal trasferimento¹². Anche i contratti d'impresa non possono essere esclusi dal trasferimento, ove il mancato subentro dell'acquirente nel relativo rapporto precluda al medesimo l'esercizio dell'attività nel contesto imprenditoriale in cui si inserisce l'azienda trasferitagli¹³. La deroga alla regola generale dettata dall'art. 2558 c.c. deve emergere dal tenore letterale complessivo del contratto di cessione da interpretare secondo le regole ermeneutiche della volontà delle parti stabilite dagli artt. 1362 e ss Cod. Civ..

In assenza di deroga pattizia, l'effetto traslativo opera automaticamente. In tal senso l'articolo in esame si differenzia in modo sostanziale dall'art. 1406 del codice civile concernente la cessione dei contratti, ove è espressamente previsto il consenso del contraente ceduto: l'art. 2558 del codice civile non attribuisce alcun rilievo alla circostanza che il contraente ceduto presti, preventivamente o successivamente, il suo consenso al trasferimento della posizione contrattuale facente capo all'azienda.

Si può affermare che la norma dell'art. 2558 c.c. è norma dispositiva ovvero norma la cui applicazione può essere evitata mediante un accordo tra gli interessati e si differenzia quindi dall'art. 2112 del codice civile che è invece una norma imperativa ovvero la cui applicazione è imposta dall'ordinamento prescindendo dalla volontà dei singoli. L'art. 2112 del codice civile infatti non attribuisce né al cedente né al cessionario alcun margine di autonomia pattizia prevedendo che *“in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano”*.

Analizzando l'art. 2558 è importante sottolineare che la successione dell'acquirente in tutti i rapporti contrattuali non personali e inerenti all'esercizio d'impresa, opera a prescindere della conoscenza che il cessionario abbia o possa avere dell'esistenza e del contenuto dei singoli rapporti che gli vengono trasferiti. La successione *ope legis* è efficace nei confronti del terzo contraente senza che egli debba accettarla o che sia necessario dargliene comunicazione, costituendo tale comunicazione oggetto di un onere a carico dell'alienante e dell'acquirente dell'azienda (e dei soggetti ad essi equiparati) finalizzato solo al decorso del termine di tre mesi entro il quale è consentito al terzo recedere dal contratto ciò che presuppone l'avvenuta successione.

¹⁰ CAMPOBASSO, *op. cit.* nota 7

¹¹ MARTORANO, *op. cit.* nota 6; FERRARI, *op. cit.* nota 5, p. 715 ss.

¹² GALGANO, *op. cit.* nota 9, p. 94; MARTORANO, *ibidem*

¹³ CIAN M., *Giurisprudenza commerciale*, 01, II, fasc. 4, p. 557, nt. 43

Si consideri che la successione nei contratti si comporta che il trasferimento dell'azienda ha effetto non solo *inter partes* ma anche nei confronti del terzo contraente¹⁴. Da ricordare tuttavia che il terzo il quale, ignaro dell'avvenuta successione, eseguisse la propria prestazione nei confronti dell'alienante sarebbe liberato in base ai principi di tutela della buona fede. Inoltre effetto del trasferimento è la sostituzione dell'acquirente all'alienante quale parte del rapporto contrattuale, conseguentemente l'alienante è liberato dai debiti derivanti dal contratto¹⁵.

B. Il secondo comma dell'art. 2558 c.c. prevede che “*Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante*”

Al terzo contraente è attribuita la facoltà di recesso con il limite della sussistenza della giusta causa e nel termine di tre mesi dalla notizia del trasferimento. Nel caso esercitasse tale facoltà ciò determinerebbe lo scioglimento del rapporto con efficacia *ex nunc*¹⁶. Minoritarie sono le tesi secondo cui il recesso impedirebbe il trasferimento all'acquirente e riporterebbe il contratto in capo all'alienante¹⁷ nonché quella secondo cui il recesso determinerebbe lo scioglimento del rapporto ma con effetto *ex tunc* cioè dal momento del trasferimento dell'azienda¹⁸.

Non è stata identificata una definizione unitaria di giusta causa. Si è detto:

- che essa può consistere in carenze delle qualità personali dell'acquirente o della scarsa consistenza del suo patrimonio extra aziendale¹⁹;
- che le ragioni del recesso possono avere sia carattere obiettivo sia personale e contingente (ad es. nel caso fosse pendente una controversia tra il terzo e l'acquirente);
- che si ha giusta causa quando l'acquirente si trovi in una situazione personale, patrimoniale, aziendale obiettivamente tale da non dare affidamento sulla regolare esecuzione del contratto;
- che vi è giusta causa quando l'acquirente si trovi in una situazione personale, patrimoniale o aziendale obiettivamente tale da non dare affidamento sulla regolare esecuzione del contratto²⁰;
- che vi è giusta causa ove con il subentro dell'acquirente nel rapporto si verifichi un mutamento nella situazione oggettiva, tale che, se esistente e conosciuto al momento della conclusione del contratto, avrebbe indotto il terzo a non stipularlo o a stipularlo a condizioni diverse²¹.

In caso della sussistenza della giusta causa è riconosciuta la responsabilità dell'alienante, si ritiene che si tratti di responsabilità contrattuale nei confronti del terzo contraente. Tale

¹⁴ COLOMBO, *op. cit.* nota 3, p. 89 ss.

¹⁵ GHIDINI M., *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 179

¹⁶ CAMPOBASSO, *op. cit.* nota 7, p. 253; COLOMBO, *op. cit.* nota 3, p. 93 ss.

¹⁷ MARTORANO, *op. cit.* nota 6, p. 169 ss.

¹⁸ CASANOVA V., *Impresa e azienda*, in *Trattato dir. civ. it.*, VASSALI (diretto da), Vol. X, Torino, 1974, p. 800

¹⁹ MARTORANO, *op. cit.* nota 6, p. 168

²⁰ CAMPOBASSO, *op. cit.* nota 7, p. 153

²¹ FERRI G., *Manuale dir. Comm.*, Utet, 2006, p. 186

responsabilità presuppone la colpa dell'alienante medesimo nella scelta dell'acquirente dell'azienda²².

Il cedente risponde del buon fine dei contratti oggetto dell'art. 2558 c.c. soltanto nei confronti del cessionario, ai sensi dell'art. 2558, co. 2 c.c., e non anche nei confronti del contraente ceduto al quale la legge accorda quale unica forma di tutela il diritto di recesso. Il cessionario d'azienda, infatti, si trova obbligato a subire le eventuali conseguenze economiche pregiudizievoli derivanti dalla caducazione dei rapporti contrattuali già rientranti nel patrimonio dell'azienda e sui quali aveva fatto affidamento, mentre il ceduto non può vantare alcun titolo di responsabilità contrattuale o aquiliana nei confronti del cedente in ragione nel primo caso dell'intervenuta novazione soggettiva del negozio e nel secondo caso della liceità in sé della cessione²³.

Potenzialmente si può ravvisare un'analogia tra l'art. 2558 c.c. e l'art. 2112 c.c. in quanto l'art. 2558 c.c. prevede, al secondo comma, la possibilità di recesso da parte del terzo contraente e l'art. 2112 c.c. prevede che *“il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma”*. Per l'art. 2558 c.c. il terzo contraente può recedere per giusta causa entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, al pari per il lavoratore che subisce una sostanziale modifica nelle condizioni di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c. sono previste le dimissioni per giusta causa nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda.

Premesso quanto sopra, analizzando alcuni dei principali rapporti di lavoro autonomo che caratterizzano l'ordinaria gestione aziendale è allora possibile sostenere, in linea generale, ferma restando la necessità di specifici approfondimenti delle fattispecie riscontrabili, quanto segue:

Contratto d'opera

Ai sensi dell'art. 2222 del codice civile il contratto d'opera si ha *“quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente....salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”*.

Il contratto d'opera è lo strumento negoziale attraverso il quale si realizza il contratto di lavoro autonomo. Si tratta di un contratto consensuale ad effetti obbligatori; oggetto del contratto è il compimento dell'opera o del servizio.

Non esiste un'unica tipologia di contratti d'opera, tali contratti devono quindi essere ragionevolmente analizzati singolarmente al fine di stabilire se abbiano o meno natura personale e in quali limiti siano trasferibili, unitamente all'azienda.

I prestatori d'opera godono comunque di una duplice tutela: se il contratto non viene trasferito al cessionario, possono pretendere l'esecuzione del contratto da parte del cedente; hanno poi la possibilità di recedere dal rapporto, quando l'obbligazione non è ancora stata eseguita, per giusta causa ai sensi dell'art. 2558 c.c.

²² COLOMBO, *op. cit.* nota 3, p. 100 ss.; VANZETTI, *op. cit.* nota 5, p. 536 s., secondo cui però non è richiesta la responsabilità dell'alienante

²³ Cass. 15 settembre 2009 n. 19870. URSO A., *I contratti ceduti unitamente all'azienda e le responsabilità dell'alienante*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2010, n. 10, p. 663

Contratto di agenzia

Il contratto di agenzia è disciplinato dall'art. 1742 e ss. del codice civile, ai sensi del quale “*il contratto di agenzia è il contratto con cui una parte (l'agente) assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra (preponente), verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata*”.

Il contratto di agenzia è caratterizzato dalla continuità e dalla stabilità dell'attività dell'agente di promuovere sul territorio di riferimento la conclusione di contratti per conto del preponente.

L'agente, pur assumendo un incarico continuativo e sistematico a favore del preponente, rimane pur sempre un lavoratore autonomo, quindi si occupa in modo autonomo dell'organizzazione della propria attività nella zona di sua competenza.

Il contratto di agenzia non rientra fra i contratti a carattere personale disciplinati dall'art. 2112 del codice civile, il trasferimento dell'azienda preponente comporta ai sensi dell'art. 2558 c.c., che l'acquirente subentra nel rapporto solo se fra le parti del contratto di cessione non siano intervenuti patti diversi intesi alla novazione dei precedenti contratti²⁴.

Sul punto si è formato un consolidato orientamento giurisprudenziale il quale ritiene che, in materia di rapporti di agenzia, gli effetti del trasferimento dell'azienda preponente sono disciplinati dalla normativa generale dell'art. 2558 c.c. e non dall'art. 2112 c.c. relativo al lavoro subordinato²⁵.

L'agente ha diritto di recedere dal contratto per giusta causa. Integra giusta causa di recesso il caso in cui la sostituzione del cessionario al cedente quale controparte del rapporto contrattuale realizza una situazione in vista della quale si sarebbe rifiutato di contrarre se l'avesse conosciuta in tempo utile²⁶.

E' importante sottolineare che, anche se non può essere configurato un obbligo sistematico di chi cede un'azienda di informare preventivamente i propri agenti della cessione e dell'identità del cessionario, ai sensi dell'art. 1175 del codice civile le parti di un rapporto obbligatorio “*devono comportarsi secondo le regole della correttezza*”, e che ai sensi dell'art. 1375 del codice civile “*il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”. La violazione di questi obblighi di correttezza e buona fede in generale comporta la responsabilità per eventuali danni che ne siano derivati e con specifico riferimento al contratto di agenzia, può comportare, se la sua gravità lo giustifica, una giusta causa di risoluzione del rapporto. Quindi anche la cessione d'azienda, con conseguente sub ingresso nel rapporto del cessionario, può integrare una giusta causa di recesso, se attuata con modalità tali da comportare la violazione degli obblighi di correttezza e buona fede nei confronti dell'agente²⁷.

Può essere inoltre integrata una giusta causa di recesso dell'agente dal contratto di agenzia nel caso in cui il cessionario non offra una sufficiente garanzia del regolare adempimento delle obbligazioni derivanti dalla prosecuzione del contratto di durata e più in generale della regolare prosecuzione dell'attività dell'azienda cui è commessa l'attività dell'agente²⁸.

²⁴ Cass., sez. lavoro, 16 maggio 2000, n. 6351

²⁵ Cass. 16 novembre 2004, n. 21678; Cass. 16 maggio 2000 n. 6351; Cass. 22 ottobre 1998 n. 10512; Cass. 26 febbraio 1994 n. 1975

²⁶ Cass., sez. lavoro 12 ottobre 2007 n. 21445

²⁷ Cass., sez. lavoro 12 ottobre 2007, n. 21445

²⁸ Cass., sez. lavoro 12 ottobre 2007, n. 21445 la sentenza si occupa della questione se l'agente sia legittimato a recedere dal contratto nel caso in cui il preponente ceda l'azienda. La Corte di Cassazione risponde positivamente a questo quesito per l'ipotesi in esame in cui l'intermediario verrebbe altrimenti obbligato a continuare il rapporto con un cessionario di scarsa affidabilità

Contratto d'opera intellettuale

Generalmente i contratti d'opera intellettuale sono considerati contratti aventi natura personale e come tali esclusi dall'applicabilità dell'art. 2558 c.c..

La giurisprudenza ha però ritenuto di escludere la natura personale di tali contratti nel caso di un contratto di prestazione d'opera professionale concluso dall'alienante con un avvocato, al quale lo stesso alienante abbia poi conferito il mandato alle liti in ordine a un giudizio di risarcimento dei danni riportati da un automezzo dell'azienda e circolante per suo conto; pertanto in tale contratto si verifica la successione dell'acquirente dell'azienda, il quale è tenuto al pagamento del compenso al professionista²⁹. In questo caso si è ritenuto che, in considerazione dell'oggetto e della natura del negozio, la persona del cliente alienante non assuma tale importanza da determinare la sua insostituibilità rispetto alle prestazioni contrattuali che non rimangono individuate rispetto alle sue specifiche qualità³⁰.

I contratti d'opera intellettuale, nella generalità dei casi, riguardano prestazioni oggettivamente infungibili in considerazione del fatto che nessuno, al di fuori del contraente originario, è in grado di adempiere all'obbligazione dovuta. Tale principio vale sia per le prestazioni intellettuali svolte da professionisti per i quali la legge richiede l'iscrizione all'albo professionale, sia per le prestazioni di contenuto professionale e intellettuale non specificatamente caratterizzate che possono essere oggetto di lavoro autonomo³¹.

All'interno della categoria dei contratti d'opera professionale vi rientrano tutti i contratti aventi ad oggetto prestazioni d'opera intellettuale o artistica. Vi rientra anche il contratto con il medico di fabbrica, contratto avente natura personale in quanto è il datore di lavoro che ha piena libertà di scelta del proprio collaboratore.

Lavoro a progetto

La stipula di un contratto di lavoro a progetto richiede che la prestazione lavorativa oggetto del contratto sia svolta personalmente dalla parte contraente. Si tratta quindi di un contratto a carattere personale che esula dalla fattispecie dell'art. 2558 c.c..

Marina Mariani
Università di Bergamo
13.04.2012

finanziaria. MASTRANDREA M., Contratto di agenzia e recesso per giusta causa dell'agente, in Contratti, 2008, fasc. 7, pp. 695 - 703. SANGIOVANNI V., Il contratto di agenzia, cessione di azienda e indennità di fine rapporto, Il Corriere Giuridico, 2008, n. 5

²⁹ Cass., 25 luglio 1978 n. 3723

³⁰ ALESSI R., MANNINO V., *La circolazione del credito*, Vol. 1, 2008, Cedam, p. 959-960

³¹ Cass. 26 agosto 1993, n. 9019 per la quale nella categoria generale delle professioni intellettuali, solo quelle determinate dalla legge (art. 2229 c.c., comma 1) sono tipizzate e assoggettate all'iscrizione in albi ed elenchi; mentre all'infuori di queste, vi sono non solo professioni intellettuali caratterizzate per il loro specifico contenuto, ma anche prestazioni di contenuto professionale o intellettuale non specificatamente caratterizzate, che ben possono essere oggetto di lavoro autonomo

Il trasferimento dell'azienda in crisi

L'impianto dell'art. 47 L. 428/1990, nella sua versione originaria, era divisibile in tre parti distinte¹. Una prima - commi 1 e 2 - relativa agli obblighi di coinvolgimento delle associazioni sindacali in una procedura di informazione e consultazione circa i programmi inerenti il trasferimento d'azienda². Una seconda parte - i commi 3 e 4 - recante forme e contenuti delle tutele individuali per i lavoratori coinvolti dal trasferimento, con la riscrittura dei primi tre commi dell'art. 2112 Cod. Civ.³. Una terza - i commi 5 e 6 - a disciplinare un'eventuale deroga alla disciplina alle tutele anzidette a fronte di particolari situazioni di crisi aziendale⁴.

Pur mantenendosi nella sostanza l'impianto sopra richiamato, non pochi interventi legislativi in materia - di puro aggiornamento, integrazione o più approfondita modifica - sono mancati nel corso degli anni.

Tra di essi meritano un'attenzione particolare i provvedimenti che hanno segnato l'evoluzione della terza parte di disciplina richiamata - le possibilità di deroga alle tutele individuali di cui alle previsioni ex art. 2112 Cod. Civ. ricorrendo particolari situazioni di crisi aziendale - non solo in quanto i contenuti degli stessi hanno costituito materia di difficile e talvolta ambigua interpretazione, ma soprattutto per la delicatezza e l'importanza delle situazioni cui la disciplina detta si rivolge. Se si fa mente, infatti, a come l'esatta operatività delle norme in questione possa causare il segno positivo o negativo nello stabilire la continuazione, seppure ridotta, di un'attività di impresa o il mantenimento di quote, ancorché parziali, di occupazione, diviene evidente la necessità che su di essa normativa siano sempre minori i conii d'ombra e più vasti i campi in chiaro.

La successione delle fonti

Con l'art. 47 L. 428/1990, si diede attuazione nell'ordinamento nazionale alle previsioni contenute nella Direttiva Comunità Economica Europea 14 febbraio 1977, n. 187/77 concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

Con più preciso riferimento ai temi oggetto d'indagine, occorre precisare come la direttiva nulla prevedesse circa possibili deroghe alle misure introdotte dalla stessa a tutela dei lavoratori soggetti al trasferimento. Anche a fronte di interventi della giurisprudenza tesi ad integrare le

¹ Vedi tra gli altri D'AQUINO-MACCARONE-ROSICA-RUGGIERO *Il trasferimento dei lavoratori nella grande impresa in crisi*, Giuffrè, Milano, pag. 32

² Vedi Direttiva Comunità Economica Europea 14 febbraio 1977, n. 187/77, art. 6

³ *Idem*, artt. 3 e 4

⁴ *Gli stati di crisi considerati nel testo originario del comma 5, art. 47 L. 428/1990 furono: crisi aziendale accertata dal CIPI ai norma dell'articolo 2, comma 5, lett. c) della legge 12 agosto 1977, n. 675, dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria. Come si ragionerà in proseguito di trattazione, detti contenuti costituirono una peculiarità italiana rispetto alle previsioni della direttiva comunitaria*

rigidità della direttiva⁵, tuttavia, l'art. 47 L. 428/1990 intese descrivere, già dalla prima formulazione e con più dettaglio al comma 5, casi in cui attraverso accordo sindacale le parti potessero derogare alle previsioni di cui al rinnovato art. 2112 Cod. Civ., ivi incluso il principio di continuità stessa dei rapporti di lavoro⁶.

Si manifestarono sin da subito perplessità a ritenere congrua l'ampiezza della previsione introdotta dall'ordinamento nazionale italiano rispetto al testo della direttiva europea⁷. Non di meno, il legislatore repubblicano non ritenne doversi procedere a modifiche del testo e, anzi, i contenuti della direttiva 98/50/CE, recante modifiche alla direttiva 77/187/CEE, vennero recepiti come una conferma delle flessibilità anticipate dalla legge del 1990⁸.

⁵ Vedi Corte di giustizia 7 febbraio 1985, C-135/83

⁶ Il comma 5 citato recitava: "5- Qualora il trasferimento riguardi aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, comma 5, lett. c) della legge 12 agosto 1977, n. 675, o imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di migliore favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutti o in parte, alle dipendenze dell'alienante"

⁷ Vedi tra gli altri CARINCI M.T. *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo* Giappichelli, Torino, 2010, pag. 203: "La deviazione dell'art. 47, 5° e 6° comma, l. 428/1990 rispetto alla direttiva 77/187/CEE, risultava lampante dal momento che quest'ultima non prevedeva alcuna possibilità di deroga. proprio per questo la Commissione europea ha intentato nel 1997 una procedura di infrazione contro l'Italia, conclusasi, però, senza una pronuncia nel merito da parte della Corte di Giustizia, a causa della inammissibilità del ricorso per questioni formali". Circa, in particolare, la difficoltà di ritenere conforme alla direttiva l'ipotesi derogatoria riferita al trasferimento di aziende delle quali fosse stato accertato lo stato di crisi aziendale in via amministrativa vedi Corte di giustizia 7 dicembre 1995, C-472/93

⁸ In particolare, con l'introduzione dell'art 4-bis, vennero introdotte tre diverse fattispecie derogatorie: "1- A meno che gli Stati membri dispongano diversamente, gli articoli 3 e 4 non si applicano ad alcun trasferimento di imprese, stabilimenti o parti di imprese o di stabilimenti nel caso in cui il cedente sia oggetto di una procedura fallimentare o di una procedura di insolvenza analoga aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso e che si svolgono sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere il curatore fallimentare autorizzato da un'autorità pubblica competente). 2- Quando gli articoli 3 e 4 si applicano ad un trasferimento nel corso di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del cedente (indipendentemente dal fatto che la procedura sia stata aperta in vista della liquidazione dei beni del cedente stesso) e a condizione che tali procedure siano sotto il controllo di un'autorità pubblica competente (che può essere un curatore fallimentare determinato dal diritto nazionale) uno Stato membro può disporre che: a) nonostante l'art. 3, paragrafo 1, gli obblighi del cedente risultanti da un contratto di lavoro o da un rapporto di lavoro e pagabili prima del trasferimento o prima dell'apertura della procedura di insolvenza non siano trasferiti al cessionario, a condizione che tali procedure diano adito, in virtù della legislazione dello Stato membro, ad una protezione almeno equivalente a quella prevista nelle situazioni contemplate dalla"

I contenuti di cui all'art. 4-bis richiamati in nota vennero confermati e consolidati nel testo dell'art. 5 della direttiva 2001/23/CE, che riporta la disciplina vigente in materia e che, vale la pena ribadire, non produsse modifiche ai commi considerati della presente indagine. In particolare, peraltro, le disposizioni sul trasferimento delle aziende in crisi non vennero intaccate né dal D.Lgs 18/2001, né dall'art. 32 del D.Lgs 276/2003.

Corte di Giustizia 1 giugno 2009, C-561/2007

Il ruolo della giurisprudenza europea è stato oltremodo significativo nella travagliata vicenda del coordinamento tra previsioni degli indirizzi comunitari e disposizioni nazionali italiane.

Da ultimo, proprio una sentenza della Corte di Giustizia ha segnato una svolta decisiva nella necessità di aggiornamento della disciplina di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 47 L. 428/1990. Con sentenza C-561/2007 del 1 giugno 2009, la Corte di giustizia ha ritenuto in contrasto con la direttiva 2001/23/CE l'art. 47, commi 5 e 6 L. 47/1990, dichiarando che “*mantenendo in vigore le disposizioni di cui all'art. 47, commi 5 e 6, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, in caso di 'crisi aziendale' a norma dell'art. 2, quinto comma, lett. c) della L. 675/1977, in modo tale che i diritti riconosciuti ai lavoratori dall'art. 3, nn. 1, 3 e 4, nonché dall'art. 4 della direttiva del Consiglio 12 marzo 2001, 2001/23/CE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti, non sono garantiti nel caso di trasferimento di un'azienda il cui stato di crisi sia stato accertato, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza di tale direttiva*”.

In altri termini e nella sostanza, la Corte di giustizia sanziona la scelta italiana di escludere *in toto* dall'applicazione delle tutele in occasione di trasferimento d'azienda quei trasferimenti riguardanti le aziende o unità produttive in crisi ai sensi dell'accertamento del CIPI⁹. Più in dettaglio, è possibile enucleare dalla sentenza una serie di principi tesi a rimarcare nette distinzioni tra le fattispecie coinvolte. Anzitutto, quando il legislatore comunitario ha voluto escludere l'applicazione degli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23, lo ha espressamente previsto, come emerge dalla lettera stessa dell'art. 5, n. 1 della direttiva citata¹¹. In secondo luogo, è necessario rilevare che il fatto che un'impresa sia dichiarata in situazione di crisi aziendale ai sensi della legge 675/1977 non possa implicare necessariamente e sistematicamente variazioni

direttiva 80/987/CEE del Consiglio, del 20 ottobre 1980, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro; E/O b) il cessionario, il cedente o la persona o le persone che esercitano le funzioni del cedente, da un lato, e i rappresentanti dei lavoratori, dall'altro, possano convenire, nella misura in cui la legislazione o le prassi in vigore lo consentano, modifiche alle condizioni di lavoro dei lavoratori intese a salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, dello stabilimento o di parti di imprese o di stabilimenti. 3- Uno Stato membro ha facoltà di applicare il paragrafo 2, lettera b) a trasferimenti in cui il cedente sia in una situazione di grave crisi economica quale definita dal diritto nazionale, purché tale situazione sia dichiarata da un'autorità pubblica competente e sia aperta al controllo giudiziario, a condizione che tali disposizioni esistano già nel diritto nazionale entro il 17 luglio 1998. [...]”

⁹ Vedi Corte di giustizia 1 giugno 2009, C-561/2007

¹⁰ Vedi *Confindustria, Circolare RISAS* del 26 novembre 2009

¹¹ Vedi Corte di giustizia 1 giugno 2009, C-561/2007 PAR. 42

sul piano dell'occupazione ai sensi dell'art. 4, n. 1 della direttiva¹², oltreché non può ritenersi che la procedura di crisi aziendale sia tesa ad un fine analogo a quello perseguito nell'ambito di una procedura di insolvenza quale quella di cui all'art. 5, n. 2 direttiva 2001/23¹³. Con riferimento alla possibile applicazione della deroga di cui all'art. 5, n. 3 della direttiva, infine, attesa l'affermazione della Corte che la crisi di cui al n. 3 citato, in quanto non aperta al controllo giudiziario¹⁴, non risulti rispettato dalle caratteristiche dello stato di crisi di cui alla dichiarazione del CIPI ex art. 2, comma 5, lett. c) L. 675/1977, la sentenza ricorda come, se le condizioni di lavoro possano essere modificate per salvaguardare le opportunità occupazionali garantendo la sopravvivenza dell'impresa, con ciò non possano essere privati i lavoratori dei propri diritti ai sensi degli artt. 3 e 4 della direttiva¹⁵.

Le modifiche ex art. 19-quater DL 135/2009

A seguito della sentenza di condanna sopra riportata, il legislatore italiano è intervenuto sul testo dell'art. 47 L. 428/1990 con il DL 135/2009, convertito con modificazioni, con L. 20 novembre 2009, n. 166. In particolare, l'art. 19-quater ha disposto la soppressione al comma 5 del riferimento alle aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675¹⁶, introducendo il comma 4-bis che così recita: *“Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, l'art. 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende: a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'art. 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675; b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività”*.

In tale senso, le innovazioni della novella sopra richiamata dispongono da un lato la soppressione dell'ipotesi di crisi aziendale dal novero dei casi di esclusione dell'applicazione dell'art. 2112 Cod. Civ. prevedendo, tuttavia, dall'altro, la facoltà all'autonomia privata collettiva di disporre dei diritti garantiti nel richiamato articolo del codice civile¹⁷.

Se spirito e finalità della riforma descritta possono essere misurati con evidenza nel mantenimento della possibilità, sia pure attraverso il vaglio di un accordo sindacale, di interventi modificativi dei diritti garantiti dall'art. 2112 Cod. Civ. allorché essi siano tesi alla

¹² *Idem PAR. 36*

¹³ *Idem PAR. 39*

¹⁴ *Idem PAR. 47*

¹⁵ *Idem PAR. 44*

¹⁶ *Il nuovo testo del primo periodo del comma 5, art. 47 L. 428/1990 così recita: “5- Qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione di beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dall'accordo risultino condizioni di migliore favore[...].”*

¹⁷ *Vedi sopra nota 10*

conservazione, anche parziale, dell'occupazione, non può tacersi una sicura incertezza nell'esatta interpretazione circa la portata dei contenuti della stessa.

In via generale, un primo ordine di dubbi riguarda la correttezza circa la possibilità di sussumere i casi di crisi aziendale di cui all'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675 nelle previsioni di cui all'art. 5, n. 3 laddove viene ribadito nella stessa sentenza di condanna del 1 giugno 2009 come l'applicazione del punto stesso sia subordinata alla possibilità del controllo giudiziario della procedura in questione, dovendosi considerare tale come mera facoltà di ricorso all'autorità competente nell'ipotesi di mancato rispetto della procedura prevista, bensì come controllo costante dell'impresa dichiarata in grave crisi economica da parte del giudice competente¹⁸. E' pur vero, tuttavia, come tale aspetto attenga più profili di generali dell'ordinamento e del rapporto tra normativa interna e comunitaria, di natura sistemica e altri rispetto al presente approfondimento.

Più in particolare, si manifestano perplessità con riferimento ad una più precisa determinazione dell'esatta estensione e portata dell'accordo collettivo di cui al comma 4-bis art. 47 L. 428/1990 e dei possibili contenuti di esso. Dette perplessità non possono non destarsi a fronte del tenore letterale adottato, con espressioni linguistiche pressoché identiche tra comma 4-bis e comma 5 del medesimo articolo. Si veda, più segnatamente: *“un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione”*, comma 4-bis, e *“nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione”*, comma 5; *“l'art. 2112 trova applicazione nei termini e con le limitazioni”*, comma 4-bis, e *“il rapporto di lavoro continua con l'acquirente [ma¹⁹] non trova l'applicazione l'art. 2112”*, comma 5; l'accordo è *“circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione”*, comma 4-bis, e *“il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario”*, comma 5.

In parole più semplici: il comma 4-bis stabilisce limitazioni alle previsioni di cui all'art. 2112, che deve essere applicato, mentre il comma 5 stabilisce che le parti possano convenire la disapplicazione dell'art. 2112 stante la continuazione del rapporto con l'acquirente dei lavoratori ceduti, posto che la continuazione del rapporto di lavoro è la prima, fondamentale garanzia di cui al primo comma dell'art. 2112 Cod. Civ.: in che termini le due fattispecie sono sovrapponibili o possono sovrapporsi? Il comma 4-bis stabilisce che l'accordo possa determinare il mantenimento anche parziale dell'occupazione mentre il comma 5 chiarisce che l'accordo possa prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario: quale è la differenza tra *personale parzialmente non mantenuto* e *personale eccedentario*? Il comma 4-bis e il comma 5 identificano un accordo non altrimenti determinato e caratterizzato dalle medesime finalità, ossia il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione: dobbiamo intendere che si tratti del medesimo tipo di accordo?

Possibili soluzioni interpretative

Gli interrogativi testé sollevati - che hanno fatto insospettare qualche autorevole studioso circa le reali intenzioni del legislatore²⁰ - circa l'esatta portata delle innovazioni introdotte con

¹⁸ Vedi Corte di Giustizia sentenza cit. nota 11, PAR. 47

¹⁹ Aggiunto dall'autore

²⁰ Vedi CESTER Due recenti pronunzie della Corte di giustizia europea in tema di trasferimento d'azienda. Sulla nozione di ramo d'azienda ai fini dell'applicazione della direttiva e sull'inadempimento alla stessa da parte dello Stato italiano nelle ipotesi di deroga per crisi aziendale

l'intervento dell'autunno del 2009 possono essere riassunte nella necessità di meglio definire i seguenti campi: a) in che termini determinare le limitazioni e le deroghe all'art. 2112 rispettivamente ammesse nei casi ex comma 4-bis ed ex comma 5; b) attraverso quali istituti e quali tipi di accordi è possibile, in caso di trasferimento d'azienda nelle situazioni di cui ai commi 4-bis e 5, determinare una riduzione del personale coinvolto dal trasferimento medesimo.

Con riferimento al tema indicato *sub a)*, mentre nelle situazioni di cui al 5 comma è possibile sancire la chiara disapplicazione di quanto previsto all'art. 2112 Cod. Civ. statuendo così, negli accordi stipulati nel corso della procedura di cui ai commi 1 e 2 art. 47 L. 428/1990, una piena deroga alle previsioni del codice civile, v'è chi ha affermato, in via generale, come nella definizione dei possibili contenuti degli accordi collettivi di applicazione "adattata" (leggasi, con l'introduzione di limitazioni) dell'art. 2112 Cod. Civ. sarà possibile ammettere solo interventi sostanzialmente marginali, concernenti magari voci retributive particolari, o mutamenti di mansioni "sopportabili", con nuove collocazioni professionali o organizzative, ovvero interventi su materia disponibile, come sembra essere quella della progressiva sostituzione dei trattamenti collettivi e non, invece, sulle garanzie portanti della previsione codicistica stessa²¹. Altri hanno aggiunto come questa efficacia derogatoria andrebbe però ritenuta relativa a tutte quelle condizioni individuali che non siano espressamente coperte dai limiti delle garanzie imperative di legge (nei limiti degli ambiti espressamente indicati dagli artt. 3 e 4 della direttiva 2001/23)²². Altri ancora, infine, si sono peritati di definire in termini più analitici i limiti del potere di deroga affidato all'autonomia collettiva ex comma 4-bis²³. Nel dettaglio sono state validate le facoltà di disposizione circa i crediti dei lavoratori in capo al cessionario²⁴, l'anzianità di servizio dei lavoratori trasferiti²⁵, la modificazione dell'inquadramento. Segnatamente rispetto a quest'ultima affermazione è stato correttamente segnalato come, pur tenendo conto della rigida disciplina dettata dall'art. 2103 Cod. Civ., la facoltà di rideterminare con accordo collettivo il livello di inquadramento dei lavoratori non costituisce una novità nell'ordinamento italiano, facendo mente all'analoga possibilità di deroga che l'art 4, comma 11 L. 223/1991 attribuisce agli accordi sindacali conclusi nel corso di una procedura di licenziamento collettivo²⁶. Questa ultima osservazione risulta affatto utile nel suggerire una possibile ipotesi interpretativa della corretta portata della previsione di cui al comma 4-bis. Con la finalità del mantenimento, anche parziale,

in RIDL, 2010, II. Cfr. pag. 243: "[...] A meno che non si tratti di ambiguità voluta [...] magari nella convinzione che una nuova condanna della Corte di Giustizia non sarebbe certo imminente [...]"

²¹ Vedi sopra nota 20, pagg. 243-4

²² Vedi STANCHI *Trasferimento dell'impresa in crisi e deroghe all'art. 2112 c.c. in GDir n. 50/2009*

²³ Vedi *Confindustria, Circolare RISAS del 23 marzo 2010 [la circolare riferita riporta la sintesi di una giornata di studio tenutasi presso Confindustria con la partecipazione, tra gli altri, del prof. Arturo MARESCA]*

²⁴ *Idem: "[...] La possibilità di tale esclusione è prevista dalla stessa direttiva 2001/23/CE (cfr. art. 5 par. 2, lett. a)), che la ammette per gli Stati che, come il nostro, abbiano una normativa di tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro. Di conseguenza con accordo collettivo si potrà disporre in ordine a tale aspetto [...]"*

²⁵ *Idem: "[...] L'accordo collettivo potrebbe, inoltre, disporre in ordine all'anzianità di servizio dei lavoratori trasferiti. In tal modo, l'impresa cessionaria non sarebbe necessariamente obbligata a tener conto dell'anzianità maturata dai lavoratori presso l'azienda di provenienza. Precedentemente, un simile potere di disposizione era, invece escluso dalla giurisprudenza maggioritaria. [...]"*

²⁶ *Idem*

dell'occupazione viene fissata in esso, in questo senso, la causa *legittima* di un accordo collettivo che possa contenere variazioni, anche *in pejus*, della disciplina dei rapporti di lavoro rispetto a quella sino a quel punto pattuita e/o goduta dai lavoratori interessati al trasferimento. Disciplina dei rapporti di lavoro di origine legale e collettiva, ferma la continuità del rapporto di lavoro dello stesso e ascrivendo il tipo di contratto di cui all'art. 4-bis per tali interventi alla serie degli accordi collettivi derogatori. Argomentando in materia, inoltre, potrebbe avanzarsi l'ipotesi in base ad un principio di interpretazione logica circa le intenzioni di un legislatore *non ridondante* in base alla quale allargare la portata dell'accordo collettivo di cui sopra a variazioni di contenuti derivanti da pattuizioni individuali, posto che la giurisprudenza ormai consolidata ritiene già che la deroga *in pejus* ad opera del contratto collettivo successivo, ancorché di livello inferiore, possa essere considerata (entro certi limiti, e comunque nel rispetto dei diritti acquisiti) legittima²⁷ e che oggetto essenziale delle garanzie ex art. 2112 nella continuazione del rapporto di lavoro siano, anzitutto, per ciascun lavoratore, i contenuti del proprio contratto di lavoro. Una causa di estrazione collettiva, pertanto, capace di giustificare interventi sui contenuti dei singoli contratti individuali. Su questa ipotesi, peraltro, ci si riserva ulteriori approfondimenti anche in attesa di contributi della dottrina e della giurisprudenza più pertinenti in materia. Operativamente, peraltro, sarebbe sempre raccomandabile accompagnare tali intese, previa previsione della necessità di un simile passaggio nelle medesime, ad accordi individuali che sanciscano agli effetti di cui al quarto comma dell'art. 2113 Cod. Civ. la chiara adesione dei lavoratori interessati alle modifiche alle condizioni dei rapporti di lavoro.

Con riferimento al punto *sub b)*, autori già richiamati si sono espressi in termini di pari senso e di uguale perplessità. In dettaglio, è stata segnalata la chiara contrarietà del punto di cui al comma 4-bis con i contenuti della sentenza della Corte di Giustizia, in quanto se è pur vero che, dal punto di vista letterale, l'esplicita esclusione, da parte dell'accordo collettivo, del personale eccedentario è scritta nell'ultimo periodo del comma 5, che non riguarda più le aziende dichiarate in crisi, ora disciplinate dal comma 4-bis, è altrettanto corretto ricordare come il dato letterale non possa essere sopravvalutato, visto che quando si conviene che solo una parte dei lavoratori passi al cessionario, è evidente che in tal modo gli altri vengano esclusi, e dunque a loro non si applica in radice l'art. 2112 Cod. Civ.²⁸. E' stato altresì affermato, al riguardo, come con l'accordo sindacale di cui all'art. 47 comma 4-bis della legge 428/1990 non sembri possibile individuare singolarmente i lavoratori interessati al trasferimento, prescindendo dal nucleo produttivo di appartenenza e/o dall'attività effettivamente svolta presso il cedente²⁹. In argomento e proprio sulla scia del riferimento alle differenze tra le prescrizioni di cui al comma 4-bis e 5, potrebbe essere utile svolgere la riflessione seguente. In primo luogo, occorre rilevare una distinzione nella definizione dell'*accordo genericamente inteso* al comma 4-bis, *nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi* al comma 5. Una simile impostazione sembra suggerire che mentre il comma 5 identifica un ambito procedurale ben definito, con una chiara previsione, peraltro, circa il criterio selezione e coinvolgimento della controparte sindacale, il comma 4-bis, pare, nulla esprima al riguardo. In tal senso, peraltro, ragionando *a contrario* sulle motivazioni della sentenza della Corte di giustizia del 1 giugno 2009 sopra ricordata, è possibile sottolineare come le situazioni di cui al comma 5, a differenza che le lett. a) e b) del comma 4-bis, già implicano necessariamente e sistematicamente conseguenze in ordine alla variazione sul

²⁷ Vedi ad esempio *BALESTRERO Diritto sindacale, Giappichelli, Torino, 2010 pag. 280 e ss.*

²⁸ Vedi sopra nota 20

²⁹ Vedi sopra nota 23

piano dell'occupazione³⁰. La stessa previsione, poi, delle garanzie di cui al primo periodo del comma 6 art. 47 L. 428/1990 per i lavoratori eccedentari – da notare: eccedentari e non esuberanti – conformando con la particolare tutela del ripescaggio la condizione di lavoratori non trasferiti a quella di quanti fossero oggetto della via ordinaria in caso di licenziamento collettivo pare suggerire il completamento del perimetro di una procedura, quale può essere definita quella che si consumi nell'*accordo nel corso della consultazione* ex commi 1 e 2 art. 47 L. 428/1990, affatto singolare e straordinaria nell'ordinamento e in ciò recante previsioni non estendibili alle previsioni di cui al comma 4-bis. Una lettura d'insieme del provvedimento, di qui, non indicherebbe che la mancata predeterminazione del tipo di accordo possa sostenere la predisposizione di minori garanzie procedurali. La mancanza di determinazione della procedura, ricordando come la procedura di crisi aziendale non possa necessariamente e sistematicamente rappresentare un motivo economico, tecnico o di organizzazione che comporti variazioni sul piano occupazionale³¹, suonerebbe a guisa di rinvio a quella prevista per il tipo di intervento da attivare. Di questo passo, un accordo che stabilisse una riduzione di personale non potrebbe che rientrare nelle forme di un licenziamento plurimo collettivo o, in alternativa, nella procedura – di mobilità o di riduzione di personale – di cui all'articolo 4 L. 223/1991, così come è stato nuovamente stabilito dalla Suprema Corte in una recente pronuncia³². Se le osservazioni appena esposte, tuttavia, rassicurano circa la differenza tra gli interventi distintamente previsti ai commi 4-bis e 5, esse potrebbero essere spinte oltre e stabilire una originalità ancora più marcata di quanto introdotto dal primo dei due commi detti. Che una procedura licenziamento collettivo possa essere attivata a ridosso di un trasferimento d'azienda, infatti, sarebbe un risultato interpretativo già acquisito³³. Essi interventi dovrebbero basarsi su motivi che determinino la situazione di eccedenza nonché su motivi tecnici, organizzativi o produttivi alla base dell'impossibilità di assorbire il personale eccedente stesso³⁴ e il riscontro di dette motivazioni viene già fatto salvo dall'art. 4, n. 1 direttiva 2001/23/CE quale giustificazione idonea per procedere a licenziamento anche in occasione di trasferimento d'azienda. Può esser opportuno ricordare i contenuti di detto articolo: *“1- Il trasferimento di un'impresa, di uno stabilimento o di una parte di impresa o di stabilimento non è di per sé motivo di licenziamento da parte del cedente o del cessionario. Tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti che possono avere luogo per motivi economici, tecnici o d'organizzazione che comportano variazioni sul piano dell'occupazione”*. Ecco come, allora, in questa direzione può essere gettata luce su una possibile soluzione interpretativa circa la peculiarità delle espressioni di cui al comma 4-bis, ossia che con la previsione dell'eventualità di un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione, il legislatore abbia voluto segnalare non già un'eccezione al principio di cui al primo divieto del punto 1. appena ricordato (*il trasferimento non è di per sé motivo di licenziamento*), ma abbia, invece, inteso fissare nella finalità del mantenimento, anche

³⁰ Vedi sopra nota 12

³¹ Vedi sopra nota 12

³² Vedi Cass. n. 10005/2009: “[...] trattandosi di una risoluzione che ha interessato più di cinque dipendenti, andava osservata la procedura descritta dalla Legge n. 223, articolo 4 [...]”

³³ Vedi Cass. n. 796/1988 e n. 9462/1991

³⁴ Vedi art. 4, comma 3 L. 223/1991: *“3- La comunicazione di cui al comma 2 deve contenere indicazione: dei motivi che determinano la situazione di eccedenza; dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non potere adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione di eccedenza ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità [...]”*

parziale, dell'occupazione una condizione che integri quanto previsto nella seconda parte del punto detto (*tale dispositivo non pregiudica i licenziamenti per motivi economici, tecnici o d'organizzazione*). In altri termini, il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione orientato al trasferimento, di cui al comma 4-bis, non influirebbe quale deroga all'art. 2112 Cod. Civ. ma integrerebbe le ragioni fondanti l'intimazione di licenziamenti plurimi collettivi o una procedura di licenziamento collettivo ex art. 4 L. 223/1991, e con essa, verrebbe da aggiungere, gli svolgimenti circa le scelte tecniche organizzative tra i criteri di scelta del personale.

Conclusioni

Con la presente disamina, è stata tracciato un possibile percorso di indagine delle disposizioni relative al trasferimento d'azienda in crisi di cui all'art. 47 L. 428/1990 sia nel suo sviluppo storico che nei suoi contenuti attuali.

Le disposizioni meritano una attenzione particolare a fronte non solo, vertendosi di imprese, ad esempio, sottoposte a procedure fallimentari o in dichiarato stato di crisi, delle situazioni di fatto di evidente criticità e delicatezza per imprese e lavoratori coinvolti ma anche per l'andamento della definizione della disciplina medesima in una tensione costante e travagliata tra dispositivi comunitari e interventi del legislatore nazionale.

Da ultimo, in particolare, una condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia con sentenza 1 giugno 2009 C-561/2009, ha reso ineludibile un riforma del comma 5 dell'art. 47, operata in materia con DL 135/2009, convertito con modifiche con legge 166/2009 e recante l'introduzione del comma 4-bis, relativo al trasferimento di aziende in stato di crisi economica ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c) L. 675/1977 o in stato di amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 270/1999, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività.

La lettura delle novità introdotte, peraltro nella scarsità di commenti a riguardo o di interventi significativi della giurisprudenza nazionale, produce notevoli incertezze interpretative.

Dalla analisi svolta possono essere suggerite le seguenti ipotesi, peraltro, con particolare riferimento a quanto relativo alle previsioni di cui al comma 4-bis, da approfondire e asseverare da sviluppi di dottrina e giurisprudenza ancora numericamente carenti:

- a) il comma 5 dell'art. 47 L. 428/1990, con oggetto i trasferimenti di imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia disposta o sia cessata, permette, attraverso accordi raggiunti nel corso della consultazione di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo, la piena disapplicazione delle previsioni di cui all'art. 2112 Cod. Civ. nonché il trasferimento parziale, anche con soluzione di continuità dei rapporti, dei lavoratori interessati, nel caso in cui detti accordi siano finalizzati al mantenimento, anche parziale, dell'occupazione. Da segnalare, inoltre, configurandosi come disposizione speciale, come non siano previste modalità o formalità procedurali altre che quelle esposte nel corpo dell'art. 47;
- b) il comma 4-bis dell'art. 47 L. 428/1990, con oggetto il trasferimento di imprese delle quali sia stato accertato lo stato di crisi economica ai sensi dell'art. 2, comma 5, lett. c) L. 675/1977 ovvero per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 270/1999, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività, prevede che attraverso un accordo circa il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione

possano essere operate limitazioni alle previsioni di cui all'art. 2112 Cod. Civ., stante la necessaria applicazione dello stesso, che possono essere sommariamente definite in modifiche, anche peggiorative, delle discipline legali, contrattuali collettive e individuali dei rapporti di lavoro. Il comma 4-bis, inoltre, pare validare la possibilità per le parti di stabilire una procedura di riduzione collettiva di personale orientata al trasferimento nelle forme dell'intimazione di licenziamenti plurimi collettivi o, ricorrendone le condizioni, con le garanzie procedurali di cui alla L. 223/1991 e integrando il mantenimento, anche parziale, dell'occupazione le ragioni fondanti i licenziamenti o la procedura stessa, e con esse verrebbe da aggiungere, gli svolgimenti circa le scelte tecniche organizzative tra i criteri di scelta del personale.

Federico Parea
Confindustria Bergamo
24.05.2012

Trasferimento d'azienda e licenziamento

Per quanto trasferimento d'azienda e licenziamento, collettivo e non, si contraddistinguono per procedure sostanzialmente differenti, da alcuni anni a questa parte è stato registrato in dottrina come, sempre più sovente, vi siano interazioni tra i due istituti e non infrequentemente possano assumere una connotazione di fungibilità. Ciò è rilevabile ad esempio osservando le pratiche di *downsizing* poste in essere dalle imprese all'ombra dei processi di segmentazione della produzione e riorganizzazione dell'impresa seguiti al superamento del paradigma di integrazione verticale proprio del modello taylorista-fordista¹.

E' stato segnalato che gli interventi legislativi sulla nozione di trasferimento di ramo d'azienda, certamente tesi a rendere meno limitato l'ambito di applicabilità dell'art. 2112 c.c., hanno determinato anche un utilizzo della norma come strumento per effettuare consistenti razionalizzazioni di personale escludendo la necessità del consenso ex art. 1406 c.c. o delle procedure di riduzione di personale ex art. 4 e 24 legge 223/1991, determinando quella che Santoro Passarelli ha definito *un'eterogenesi dei fini*². Ci si chiede pertanto - anche alla luce della disciplina e degli orientamenti giurisprudenziali - se i due istituti che si presentano differenziati, siano *in toto* incompatibili oppure in che termini possano essere compresenti.

L'intento del presente contributo è di fornire una panoramica riguardo a come operi il divieto di licenziamento in costanza di trasferimento d'azienda e provare a rispondere a tale interrogativo.

La ricognizione giurisprudenziale e dottrina effettuata offre spunti di riflessione su ciò che sia possibile o non sia possibile fare in forma individuale e collettiva nelle circostanze in cui si

¹ Vedi DE LUCA TAMAJO R., *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in DE LUCA TAMAJO R. (a cura di), *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, *ESI*, Napoli, 2002

² SANTORO PASSARELLI G., *La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale*

debba procedere a ridefinizioni della struttura organizzativa e dell'organico in relazione ad un trasferimento d'azienda o di un ramo di questa. In particolare sono state considerate le prospettive dell'azienda cedente e di quella cessionaria, in quanto le modalità di compatibilità si presentano differenziate rispetto ai diritti che i diversi attori possono vantare.

Conseguenze del licenziamento illegittimo, evoluzione della disciplina in materia di ramo d'azienda

Nella prospettiva d'analisi sopra illustrata, è opportuno richiamare in premessa le conseguenze in ordine ad un licenziamento illegittimo in occasione di trasferimento d'azienda e le evoluzioni normative e giurisprudenziali più recenti in materia di trasferimento di ramo d'azienda.

Con riguardo al primo argomento, il rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda ceduta si trasferisce, ai sensi dell'art.2112 c.c., in capo al cessionario e ciò non avviene soltanto nel caso in cui tale rapporto si sia legittimamente risolto in tempo anteriore al trasferimento medesimo. In caso di licenziamento illegittimo è pacifico in giurisprudenza che il rapporto prosegue *ope legis* con l'acquirente, con a carico di questo le eventuali conseguenze derivanti dall'illegittimo licenziamento intimato dal cedente, ossia il ripristino del rapporto di lavoro e l'obbligo di corrispondere le relative retribuzioni³. In particolare, il licenziamento fondato unicamente sul fatto del trasferimento, affetto da nullità per contrasto al quarto comma art. 2112 Cod. Civ., determina la prosecuzione del rapporto ed eventualmente condanna del datore, o dei datori succedutisi, a risarcire al prestatore il danno, derivato dall'allontanamento dal posto di lavoro, secondo le norme codicistiche sull'illecito contrattuale (art. 1218 cod. civ. e ss.) e non secondo la disciplina speciale posta dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori ovvero dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966 come nel caso di licenziamento illegittimo⁴.

In caso di licenziamento del lavoratore in occasione del trasferimento d'azienda e di immediata riassunzione, il datore di lavoro deve quindi provare di non avere alcun intento fraudolento, o l'effettivo, esplicito ed anteriore consenso del lavoratore alla risoluzione immediata, altrimenti il rapporto di lavoro si considera come mai interrotto.

Con riferimento al secondo aspetto citato, il D.Lgs. 18/2001 (che recepisce la direttiva 98/50/Ce) ha esteso la disciplina dell'art. 2112 c.c. al trasferimento del ramo d'azienda fornendone al contempo una definizione, stabilendo che l'oggetto del trasferimento di azienda debba essere "*un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*" e che la disciplina si applica anche al trasferimento di parte dell'azienda, purché si tratti di una "*articolazione autonoma di un'attività economica organizzata*", anch'essa "*preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*" rappresentando in tal modo il condensato legislativo di criteri oggettivi di identificazione già presenti nell'ordinamento e limitando in sostanza l'autonomia delle parti nell'individuazione del ramo di azienda. La finalità del legislatore del 2001 era di porre limiti all'uso dell'istituto del trasferimento di ramo d'azienda, attraverso il quale molte imprese *avevano fatto passare delle vere e proprie riduzioni di personale, liberandosi di interi settori collaterali di servizi e di tutti gli addetti ai medesimi*. Tale orientamento non è tuttavia univoco, parte della giurisprudenza ha

³ Corte di Cassazione 10 dicembre 1986, n. 7338

⁴ Corte di Cassazione 6 marzo 1998, n. 2521; Corte di Cassazione 12 aprile 2010, n. 8641

⁵ Cit. CIUCCIOVINO S., *La nozione di "azienda trasferita" alla luce dei recenti sviluppi della giurisprudenza interna e della disciplina comunitaria*, in *Arg.dir.lav.*, 1998, p.912

ritenuto infatti di sostenere tali operazioni⁶ escludendo che fosse necessaria presso la cedente una propria autonoma organizzazione imprenditoriale delle attività oggetto della cessione, potendo essere successivamente organizzate come tali dal cessionario. A questo orientamento si oppone peraltro altra giurisprudenza che aveva escluso potesse sussistere un legittimo trasferimento di ramo d'azienda in caso di cessione di meri servizi accessori e complementari⁷.

Le modifiche all'art. 2112 c.c. introdotte dall'art.32 d.lgs. 276/2003⁸ (che recepisce la direttiva 2001/23/Ce) riguardo alla nozione di ramo d'azienda, facendo venir meno il requisito della preesistenza del ramo al momento della cessione con il fine di agevolare i trasferimenti, hanno in sostanza assecondato l'utilizzo delle cessioni di ramo come sostituto funzionale dei licenziamenti collettivi, contribuendo ad attenuare la distinzione tra processi di outsourcing e procedure di riduzione di personale, determinando nuovo slancio nell'utilizzo dell'istituto a fini di ridimensionamento e dismissione di settori di attività senza passare per la lunga ed onerosa procedura di licenziamento collettivo.

In seguito alle modificazioni introdotte dall'art. 32 D.Lgs. 276/2003 emerge una frattura tra il tenore letterale della norma interna e la sua applicazione giurisprudenziale, alimentando un cospicuo contenzioso nel quale la giurisprudenza di merito e di legittimità hanno ridimensionato la novella dell'art.32 e si son fatte carico di ripristinare le distanze tra i due istituti, al fine di ristabilire la coerenza col dettato del diritto comunitario, anche in opposizione alla volontà del legislatore nazionale (in tale filone il caso Ansaldo ed il caso Alcatel⁹).

Licenziamento da parte del cedente

Si registrano con frequenza decisioni della giurisprudenza per le quali, escluso che il trasferimento possa costituire di per sé un motivo legittimo di risoluzione del rapporto, soltanto l'acquirente potrebbe stabilire se ricorrano o meno le condizioni per la prosecuzione del rapporto di lavoro. Tale convincimento non è univoco e, anzi, la giurisprudenza ha più volte riconosciuto ampio potere di recesso all'imprenditore cedente, in questo senso, se è vero che il trasferimento d'azienda di per sé non possa essere causa di risoluzione del rapporto, il dipendente può tuttavia essere licenziato per giustificato motivo in concomitanza del trasferimento d'azienda¹⁰. L'articolo 2112 quarto comma del codice civile come modificato dalla legge n.428/1990 dispone infatti che il trasferimento non possa essere di per sé ragione

⁶ Vedi Tribunale Milano 29 settembre 1999

⁷ Corte di Cassazione 25 ottobre 2002, n. 15105, successiva al D.Lgs. 18/2001, ma riguardante fattispecie anteriore

⁸ L'art.32 d.lgs. 276/2003 riscrive parzialmente il quinto comma dell'art.2112 c.c. (in grassetto le modifiche): *"Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità, a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base dei quali il trasferimento è attuato, ivi compreso l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento"*

⁹ Corte di Cassazione 6 aprile 2006, n. 8017

¹⁰ Corte di Cassazione 11 giugno 2008, n. 15495

giustificativa del licenziamento, ma l'alienante conservi il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale¹¹. In caso di cessione di azienda, la disciplina limitativa del potere di recesso dell'imprenditore, dettata dalla legge n. 604/1966, si sovrappone pertanto a quella di cui all'art. 2112 cod. civ., nel senso che il cedente potrà recedere ove ricorra una giusta causa o un giustificato motivo, essendogli quindi riconosciuta la facoltà di recesso se non collegato con la fattispecie del trasferimento. Per dimostrare tale assenza di legame è necessario che sia intimato con modalità congrue. In particolare, i giudici hanno sanzionato il decorso del preavviso durante il trasferimento d'azienda come un indice di aggiramento delle disposizioni di cui all'art. 2112 c.c.¹². In questo senso, si ritiene opportuno che il periodo di preavviso decorra completamente prima del trasferimento d'azienda o di parte dell'azienda. E' poi stato esaminato dalla giurisprudenza, per quanto risalente, il rifiuto del cessionario di ricevere tutti i lavoratori del cedente. A tale riguardo è stato considerato rilevante ai fini della identificazione del perimetro di legittimità, riguardo alla risoluzione del rapporto di lavoro in costanza di trasferimento d'azienda, la distinzione tra l'ipotesi di una cessione totale dell'azienda e quella di cessione che interessi soltanto uno o più rami di essa. Nella prima ipotesi sussiste infatti, anche in relazione al principio costituzionale della libertà di iniziativa economica, un giustificato motivo di licenziamento ogni qual volta l'imprenditore cedente possa dimostrare che il cessionario abbia rifiutato la continuazione del rapporto nei confronti di uno o più dipendenti dell'azienda. Nella seconda ipotesi diversamente, non è sufficiente a detti fini la dimostrazione di tale rifiuto, essendo necessario che il cedente provi anche l'impossibilità di impiegare utilmente il dipendente presso la residua struttura aziendale, di cui continua ad avere la titolarità¹³.

La cessione d'azienda può dunque configurarsi, seppure indirettamente, come giustificato motivo di licenziamento?

Si registrano pronunce, ancorché isolate, secondo cui la cessione di azienda può concorrere a costituire giustificato motivo di licenziamento del lavoratore da parte dell'imprenditore cedente qualora quest'ultimo possa dimostrare la sussistenza di un ulteriore elemento consistente nella necessità di provvedere, al fine di attuare la cessione, ad un ridimensionamento dell'aspetto organizzativo dell'azienda, afferente al personale occupato, per avere il cessionario accettato l'operazione solo a condizione di una preventiva e drastica riduzione dei dipendenti dell'azienda medesima, non potendosi in tal caso sindacare la volontà del cessionario di organizzare l'attività produttiva della propria impresa secondo modelli ritenuti più opportuni¹⁴.

Secondo alcuni sarebbe in particolare la sentenza n.3991/1984 della Suprema Corte che avrebbe ampliato di fatto il concetto di giustificato motivo oggettivo in modo tale da mettere in crisi il convincimento in base al quale il trasferimento di per sé non costituirebbe giustificato motivo di licenziamento¹⁵.

¹¹ *Idem*

¹² *Corte di Cassazione 16 maggio 1998, n. 4944; Corte di Cassazione 19 gennaio 1988, n. 369; Corte di Cassazione 10 dicembre 1986, n. 7338*

¹³ *Corte di Cassazione 9 luglio 1984, n. 3991*

¹⁴ *Corte di Cassazione 9 settembre 1991, n. 9462*

¹⁵ *ZOLI C., Cessione di azienda e licenziamento dei lavoratori, in Giust. Civ. 1984, I, 3289; MAGNO P., Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato, Padova, 1976; MAGRINI S., La sostituzione soggettiva del rapporto di lavoro, Milano, 1980*

Si può sostenere dunque, in base a tale orientamento, che per la giurisprudenza di legittimità la cessione d'azienda può rappresentare un giustificato motivo di licenziamento nella misura in cui il cedente dimostri la necessità di procedere ad un ridimensionamento del personale occupato dall'azienda in quanto condizione oggettiva posta dal cessionario per l'acquisizione della stessa.

Risoluzione del rapporto di lavoro da parte del cedente ed immediata riassunzione presso il cessionario

Un caso particolare è quello della pratica di procedere alla risoluzione del rapporto di lavoro da parte del cedente con, successivamente e in tempi più o meno brevi, la riassunzione del lavoratore da parte del cessionario, talvolta messa in atto al fine scansare le onerose garanzie sia procedurali sia di continuazione del rapporto di lavoro alle medesime condizioni economico/normative presso la società subentrante dettate dall'art.2112c.c.. L'interpretazione giurisprudenziale è univoca riguardo a questa ipotesi, presumendone il carattere fittizio o fraudolento. Le singole fattispecie vengono pertanto valutate in modo rigoroso richiedendo al datore di lavoro di dimostrare l'assenza di relazione tra licenziamento e trasferimento, nonché la mancanza di qualsiasi intento fraudolento, oppure deve provare l'effettivo esplicito ed anteriore consenso del lavoratore alla risoluzione immediata¹⁶, indicando peraltro in modo univoco, la sussistenza di una disdetta intimata con un anticipo tale da esaurire il termine di preavviso e risolvere il rapporto in data anteriore al trasferimento d'azienda. La Corte di Cassazione chiarisce che il licenziamento del lavoratore da parte dell'alienante, seguito dalla sua immediata riassunzione ad opera dell'acquirente, senza alcuna interruzione dell'attività lavorativa, deve presumersi in violazione del diritto del lavoratore medesimo all'infrazionabilità dell'indennità di anzianità che può essere superata - con conseguente efficacia del licenziamento e della riassunzione nonostante il trasferimento di azienda e l'ininterrotta continuità dell'attività lavorativa - in presenza di una causa lecita di cessazione del rapporto di lavoro; ne consegue che, non è possibile per il giudice ritenere la sussistenza di un unico rapporto di lavoro iniziato con l'alienante e proseguito con l'acquirente, ai sensi dell'art. 2112 cod. civ., se prima non abbia valutato la contrarietà a norme imperative o il carattere fraudolento e, quindi, l'invalidità del recesso oppure se questo trovi un'autonoma giustificazione in finalità lecite¹⁷.

Licenziamento da parte del cessionario

Dopo aver considerato i profili relativi alle condizioni per procedere, in fase di trasferimento d'azienda, a risoluzioni del rapporto di lavoro da parte del cedente resta da osservare quali sono le possibilità per il cessionario. Posto che il nuovo imprenditore possa esercitare il diritto di libertà di iniziativa imprenditoriale ex. Art.41 Cost. e lo *ius variandi* osservando i limiti di cui all'art.2103 cc, saranno possibili licenziamenti collettivi o recessi singoli purché avvengano nel rispetto della disciplina e delle procedure applicabili. In questa direzione si registra come l'attenzione della giurisprudenza di merito si sia pertanto orientata ad un controllo delle fattispecie ed in particolare ad un accertamento rigoroso della nozione di ramo, volto ad arginare fenomeni elusivi della disciplina sui licenziamenti collettivi¹⁸.

¹⁶ Corte di Cassazione 16 maggio 1998, n. 4944

¹⁷ Corte di Cassazione 16 maggio 2006, n. 11424; Corte di Cassazione 23 ottobre 1995, n. 11004

¹⁸ Tribunale Padova 25 maggio 2002, Tribunale Treviso 4 novembre 2003 n.364, Tribunale Roma 3 novembre 2005, Tribunale Trieste 9 marzo 2007

A nulla rileva che l'operazione di trasferimento non abbia i presupposti per garantire la continuazione dell'attività della cessionaria. A questo riguardo si richiama la vicenda della cessione di una filiale commerciale di Standa SpA in favore di una società che al momento del trasferimento non svolgeva attività d'impresa. I giudici di merito avevano deciso per illegittimità del trasferimento, ma la Suprema Corte ribaltò il giudizio in base al principio che l'imprenditore gode del diritto costituzionalmente garantito dall'art. 41 Cost. di trasferire o dismettere l'azienda, diritto che non soggiace ad alcun limite, neppure implicito, che sia sanzionato con l'invalidità o inefficacia dell'atto e che non confligge con altri diritti di rango costituzionale, considerato che i principi generali di tutela della persona e del lavoro non si traducono nel diritto al mantenimento di un determinato posto di lavoro, dovendosi piuttosto riconoscere garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario. La validità della cessione non è dunque condizionata alla prognosi favorevole alla continuazione dell'attività produttiva e, di conseguenza, all'onere del cedente di verificare le capacità e le potenzialità imprenditoriali del cessionario. E' legittima pertanto una cessione che si realizzi anche in condizioni e con modalità tali da rendere probabile la non conservazione dell'azienda. L'ordinamento giuridico non contempla una norma che sancisca - come per il contratto in frode alla legge - l'invalidità del contratto in frode ai terzi, ai quali l'ordinamento appresta, a tutela dei loro diritti, altri rimedi, anche risarcitori, in determinate ipotesi. L'ordinamento giuridico non contempla altresì un principio generale che imponga di ritenere illecito, perché contrario all'ordine pubblico, l'intento comune delle parti di un contratto (di per sé lecito), di prevalere con questo mezzo su diritti di natura privata di origine negoziale.¹⁹

Quindi la risoluzione del rapporto di lavoro da parte del cessionario è soggetta a controlli della giurisprudenza riguardo alla sussistenza del ramo d'azienda, riconducendo la fattispecie specifica alla nozione di cessione di azienda oppure qualificando la vicenda traslativa come cessione dei relativi contratti che richiede per il suo perfezionamento il consenso del lavoratore ceduto²⁰.

Gabriele Rota
Confindustria Bergamo
10.05.2012

¹⁹ Corte di Cassazione 2 maggio 2006, n. 10108

²⁰ Corte di Cassazione 14 dicembre 2002, n. 17919

Risposte a quesito

Quesito rivolto a Massimo Brisciani – Brisciani & Partners Srl Via G.B. Pergolesi, 24 – Milano

Si chiede quali siano, nell'ipotesi di trasferimento d'azienda ex art.2112 c.c. (compreso il caso di fusione) i corretti e dovuti adempimenti, quale sia l'esatta successione gestionale, nonché concorso di titolarità/responsabilità, tra azienda cedente e cessionaria in materia di obblighi di versamento di:

- *trattamento di fine rapporto;*
- *fondi di previdenza complementare;*
- *fondi di assistenza sanitaria.*

Risposta:

Normativa di riferimento

Le norme che disciplinano gli effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro e le procedure da osservare sono rispettivamente l'art. 2112 c.c e l'art 47 L.428/1990. La medesima disciplina si applica anche al trasferimento di ramo d'azienda.

L'art.2112 c.c., intitolato “*Mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda*”, dispone che in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.

Cedente e cessionario sono obbligati in solido per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro mediante rinuncia in sede protetta.

Nozione di continuità del rapporto

L'effetto principale del trasferimento d'azienda è quello di garantire al lavoratore ceduto la continuità del proprio rapporto, ivi compresa la sua posizione previdenziale.

Il lavoratore conserva infatti tutti i diritti già maturati presso il cedente al momento del trasferimento dell'azienda (anzianità di servizio; eventuali aumenti periodici; diritti connessi alla qualifica e alle mansioni svolte; etc.).

Il rapporto dei dipendenti addetti all'azienda trasferita prosegue immutato con il cessionario in tutti i suoi aspetti, venendo considerato unitariamente e senza alcuna interruzione dovuta alla modificazione della parte datoriale (Cass. 8 settembre 1999 n. 9545), cosicché il lavoratore può automaticamente far valere verso il cessionario i diritti già maturati in precedenza ed esercitabili nei confronti del cedente.

I rapporti di lavoro preesistenti al trasferimento proseguono con il cessionario senza necessità del consenso da parte dei singoli lavoratori (Trib. Milano 30 marzo 2002; Cass. 30 luglio 2004 n. 14670).

Le problematiche di seguito esaminate riguardano i casi di operazioni societarie senza estinzione del soggetto preesistente.

*Profili di responsabilità cedente/cessionario**Crediti per retribuzioni*

I crediti vantati dal lavoratore nei confronti del cedente al momento del trasferimento sono garantiti dal vincolo di solidarietà che lega il cessionario al cedente. Ciò significa che al primo debitore (il cedente) si aggiunge un secondo debitore (il cessionario) e il lavoratore può agire indifferentemente, per i crediti maturati anteriormente al trasferimento, tanto nei confronti dell'uno che dell'altro.

Il lavoratore può liberare il cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro, stipulando con lui un accordo transattivo. Il cessionario rimane comunque responsabile nei confronti del lavoratore a prescindere dal fatto che lo stesso abbia avuto conoscenza diretta dei crediti maturati dal lavoratore nei confronti del cedente. Potrebbe essere opportuno per il cessionario richiedere la stipulazione tra i lavoratori ed il cedente di idonee rinunce o transazioni che definiscano ogni eventuale ragione di credito connessa ai precedenti rapporti di lavoro, così da escludere l'insorgenza di rivendicazioni di crediti diversi da quelli risultanti formalmente al momento della cessione. Il cessionario non è responsabile dei crediti maturati nel corso di rapporti di lavoro cessati ed esauriti anteriormente al trasferimento stesso.

Sul piano operativo, ferma restando la responsabilità solidale, le parti si possono accordare affinché il cessionario si sostituisca al cedente nel pagamento della retribuzione per la mensilità o frazione di propria competenza. Ad esempio se il trasferimento ha effetto il 1° ottobre 2012 le parti possono accordarsi in modo che la mensilità di retribuzione di settembre, dovuta al lavoratore entro il 10 ottobre, sia pagata dal cessionario per conto del cedente, con deduzione dell'importo dal prezzo di cessione.

Crediti previdenziali

La responsabilità solidale del cessionario non si estende ai debiti contratti dal cedente nei confronti degli istituti previdenziali per omesso versamento di contributi obbligatori dei lavoratori dipendenti, esistenti al momento del trasferimento. La solidarietà del cessionario rimane infatti limitata ai soli crediti di lavoro del dipendente e non riguarda i crediti di terzi, quali sono gli istituti previdenziali. Nemmeno il lavoratore può vantare crediti nei confronti di cedente e cessionario per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, restando estraneo al rapporto contributivo che intercorre tra l'ente previdenziale e il datore di lavoro.

Sul piano operativo il datore di lavoro è tenuto ad assolvere la contribuzione sulle retribuzioni maturate, cioè dovute anche se non corrisposte, per ciascun periodo di paga. Pertanto quand'anche per accordo tra le parti il cessionario si sostituisse al cedente nel pagamento della retribuzione, il cedente non sarebbe comunque esonerato dall'obbligo di versamento dei contributi per la mensilità o frazione di propria competenza.

Tuttavia per accordo tra le parti può intervenire il cessionario anche per l'assolvimento della contribuzione relativa all'ultimo periodo di competenza del cedente. In tal caso il regolare pagamento della contribuzione da parte del cessionario può configurarsi come adempimento del terzo che vale a liberare il debitore.

Trattamento di fine rapporto

La responsabilità solidale si estende al trattamento di fine rapporto maturato dal lavoratore fino alla data del trasferimento, mentre per la quota maturata successivamente l'unico obbligato è il cessionario (Cass. 22 settembre 2011 n. 19291).

Sul piano operativo occorre tenere presenti le diverse modalità di accantonamento del TFR in relazione alla dimensione occupazionale dell'azienda. Le aziende che occupano un numero di dipendenti pari o superiori a 50 a decorrere dal 2007 hanno l'obbligo di versare mensilmente nell'apposito Fondo Tesoreria costituito presso l'INPS il TFR maturato.

In deroga alla regola generale sopra enunciata l'INPS ha precisato che in caso di operazioni societarie se il passaggio di personale avviene:

- da un datore di lavoro non obbligato al versamento del TFR ad altro che è soggetto all'obbligo, il nuovo datore sarà tenuto al versamento delle quote mensili di TFR anche per tale personale a partire dal periodo di paga in corso alla data dell'acquisizione del dipendente;

- da un datore di lavoro obbligato al versamento del TFR ad altro non soggetto all'obbligo, il nuovo datore di lavoro sarà tenuto ad effettuare il versamento del contributo limitatamente a tale personale.

In questa seconda ipotesi la rivalutazione delle quote di TFR deve essere effettuata dal datore di lavoro subentrante e deve riguardare anche quanto versato al Fondo dell'azienda cedente. [...]

Fondi di previdenza complementare

A seguito di trasferimento d'azienda e con riferimento alla contribuzione alla previdenza complementare il cedente deve dar comunicazione al cessionario delle scelte di destinazione del TFR dei dipendenti trasferiti. Inoltre il cedente deve dar comunicazione ai fondi di previdenza integrativa dell'avvenuto trasferimento d'azienda e dell'assunzione dell'obbligo di versamento del TFR da parte del cessionario per l'intero mese in cui è avvenuto il trasferimento.

Il trasferimento d'azienda può presentare due aspetti problematici sulla contribuzione ai fondi di previdenza complementare:

- la sussistenza o meno in capo al datore di lavoro cessionario dell'obbligo di contribuire alla previdenza complementare se non applica alcun CCNL, ovvero se applica un CCNL privo di fondo negoziale chiuso;

- la possibilità o meno per il lavoratore, eventualmente con il consenso del datore di lavoro cessionario, di rimanere iscritto al fondo di previdenza complementare cui contribuiva presso il cedente.

Per trovare soluzione alle due problematiche occorre in primo luogo stabilire la natura della contribuzione aziendale alla previdenza complementare: retributiva, ed eventualmente ricadente nella nozione di retribuzione sufficiente dell'art. 36 C. e non riducibile, oppure previdenziale.

I Fondi pensione sono finalizzati a garantire un trattamento è complementare a quello del sistema obbligatorio pubblico, che è finanziato dal c.d. contributo complessivo (quello del lavoratore e del datore di lavoro) e dal trattamento di fine rapporto.

Il Ministero del Lavoro nella risposta ad interpello n. 11/2008 ha condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale i trattamenti pensionistici integrativi aziendali hanno natura giuridica di retribuzione differita ma, in relazione alla loro funzione previdenziale, sono ascrivibili alla categoria delle erogazioni solo in senso lato in relazione di corrispettività con la prestazione lavorativa" (Cass. 1° febbraio 1997 n. 974). Secondo il Ministero i versamenti datoriali ai fondi di previdenza complementare, ove previsti dal contratto collettivo o individuale applicato al lavoratore, hanno natura retributiva, dal momento che dette somme costituiscono una forma di integrazione della retribuzione, continuativa e non occasionale collegata allo svolgimento del rapporto di lavoro. A sostegno di una natura retributiva di tali quote sta anche il fatto che i contratti collettivi possono determinare la misura minima lasciando intendere che il datore di lavoro possa prevedere una percentuale maggiore a proprio carico.

Da un punto di vista strutturale, invece, è innegabile che le quote in argomento costituiscono somme contributive in quanto oggetto del rapporto debitorio intercorrente tra il datore e il Fondo erogatore delle prestazioni. La peculiare caratteristica di tali quote consiste nel fatto che hanno struttura contributiva ma natura retributiva, benché non rientrino nell'art. 36 Cost.: esse realizza una funzione strettamente previdenziale, che rientra più propriamente nell'art. 38, comma 2, C.

La natura retributiva delle quote fa sì che il datore di lavoro cessionario non possa sottrarsi all'obbligo di contribuzione alla previdenza complementare del fondo chiuso previsto dal CCNL applicato nella sua azienda. Se il cessionario non applica alcun CCNL oppure il CCNL applicato non ha istituito un fondo negoziale di riferimento, è da escludere la permanenza di un obbligo di contribuzione ad altra forma di previdenza complementare aperta eventualmente scelta dal lavoratore.

Una questione rilevante è la possibilità per i lavoratori trasferiti di mantenere l'iscrizione al fondo chiuso di previdenza complementare se cambia il CCNL di riferimento. In particolare è dubbio se tra i diritti del lavoratore trasferito, dei quali l'art. 2112 garantisce la conservazione, rientri anche l'iscrizione e la contribuzione ad un determinato fondo di previdenza complementare. In proposito occorre considerare che i fondi chiusi negoziali sono istituiti dalla contrattazione collettiva, cui sono inscindibilmente legati tanto per i criteri di partecipazione quanto per le regole di contribuzione. Inoltre, la legge garantisce il diritto del lavoratore a costituire ed alimentare una posizione previdenziale complementare in vista di una pensione integrativa del trattamento del sistema pubblico, ma non prevede un diritto del lavoratore alla "continuità previdenziale" presso il medesimo fondo pensione.

Pertanto, nel caso prospettato in base al principio di sostituzione automatica dei contratti collettivi di pari livello il lavoratore trasferito deve abbandonare il fondo chiuso di provenienza e aderire al fondo chiuso collegato al nuovo contratto collettivo oppure ad un fondo aperto o ad un P.I.P., salvo quando il regolamento del fondo di provenienza ammetta la permanenza dei lavoratori anche dopo il trasferimento d'azienda.

Se il datore di lavoro cessionario non applica alcun CCNL, l'effetto di sostituzione della disciplina collettiva non si produce e il lavoratore può rimanere iscritto al fondo di provenienza. Lo stesso principio opera quando cedente e cessionario applicano contratti collettivi di diverso livello, perché non si produce l'effetto sostituzione.

Sul punto è intervenuta anche la COVIP, trattando l'ipotesi di riscatto della posizione individuale ex art. 14, c.5, DLgs 252/2005. A parere della commissione di vigilanza, in caso di operazioni societarie straordinarie in cui i lavoratori - per effetto del trasferimento senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'azienda cessionaria - si trovano ad aver perso i requisiti di partecipazione per proseguire la contribuzione alle forme pensionistiche collettive scelte in precedenza, il diritto al riscatto della posizione individuale non opera se è presente uno specifico accordo collettivo in cui il nuovo datore di lavoro garantisce la continuità dei flussi contributivi, accompagnato da un'identica disponibilità da parte dei fondi pensione destinatari.

L'orientamento della COVIP (documento approvato dalla Commissione il 17 settembre 2009) trae origine da una risposta ad uno specifico quesito riguardante un'operazione di trasferimento di ramo d'azienda, assistita dalla pattuizione, formalizzata in apposito accordo collettivo, dell'impegno del nuovo datore di lavoro di continuare la contribuzione alle forme pensionistiche collettive di iscrizione dei lavoratori, anche se il datore non rientra nel novero di aziende di riferimento delle stesse. Secondo la COVIP in tal caso non realizza una "perdita dei

requisiti di partecipazione” e non possono attuarsi le clausole statutarie che, a fronte di detta perdita, consentono il trasferimento e il riscatto.

Fondi di assistenza sanitaria

Con riguardo ai fondi assistenza sanitaria integrativa eventualmente previsti dal solo CCNL del cedente o diversi per cedente e cessionario non paiono sussistere presupposti analoghi a quelli descritti per la previdenza complementare. La relativa contribuzione, che è disciplinata solo dalla contrattazione collettiva, può essere quindi interrotta per effetto del passaggio ad una diversa piattaforma contrattuale, fatto salvo il caso in cui il fondo ammetta la partecipazione multi-categoriale e il datore di lavoro decida di aderirvi. [...]

Massimo Brisciani
Brisciani & Partners Srl, Milano
31.03.2012

Quesito rivolto a Confindustria Bergamo - Area lavoro e previdenza

In caso di trasferimento d'azienda e con riferimento ai crediti del lavoratore di natura retributiva (diretta, indiretta, differita), qual è la posizione del cessionario?

Risposta:

Come è noto, in tema di conservazione dei diritti a seguito di trasferimento d'azienda, innovative sono state le modifiche all'art. 2112 Cod. Civ. introdotte dall'art. 47 della legge 428/1990 (nota come legge comunitaria per il 1990 di attuazione della Direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 77/187 del 14 febbraio 1977). La precedente versione di tale articolo affermava la responsabilità del cessionario dell'azienda, in solido con il cedente, anche per i crediti risultanti da elementi presuntivi, conosciuti o conoscibili. Ai sensi del previgente art. 2112 Cod. Civ.¹, si affermava la responsabilità del cessionario dell'azienda, in solido con il cedente con riguardo anche ai crediti dei dipendenti i cui rapporti fossero cessati prima di tale data, sempreché, anche sulla base di elementi presuntivi, risultasse che il cessionario al momento del trasferimento fosse stato a conoscenza del mancato adempimento dell'obbligazione retributiva o che questi risultassero dai libri contabili dell'azienda trasferita². Si era creata una diffusa problematica operativa, in ragione della non necessaria conoscenza o conoscibilità dell'esistenza dei crediti da parte del cessionario, il quale si sarebbe potuto trovare

¹ *Articolo 2112 Cod. Civ. testo previgente: “[...]L'acquirente è obbligato in solido con l'alienante per tutti i crediti che il prestatore di lavoro aveva al tempo del trasferimento in dipendenza del lavoro prestato, compresi quelli che trovano causa nella disdetta data dall'alienante, sempreché l'acquirente ne abbia avuto conoscenza all'atto del trasferimento, o i crediti risultino dai libri dell'azienda trasferita o dal libretto di lavoro [...]”*

² *Vedi Corte di Cassazione 7 gennaio 1995, n. 209 e 27 novembre 1992, n. 12665*

a rispondere di obbligazioni non conosciute relative a rapporti risolti prima della cessione e quindi risalenti nel tempo, nel termine prescrizione di cinque o dieci anni anteriore alla data del trasferimento³. La nuova formulazione introdotta dal terzo comma dell'art. 47 della legge 428/1990, eliminando la condizione della conoscenza o conoscibilità del credito del dipendente da parte del cessionario al tempo del trasferimento, ha comportato invece⁴:

- a) da un lato la continuazione ai sensi dell'art. 2112 Cod. Civ., del rapporto di lavoro (così come esplicitamente previsto dall'art. 3 punto 1, della citata direttiva CEE)⁵;
- b) dall'altro l'applicabilità dell'art. 2560 Cod. Civ. che contempla in generale la responsabilità del cessionario per i debiti dell'azienda ceduta - tra i quali rientrano anche i crediti di lavoro maturati prima della cessione dell'azienda e riguardanti rapporti, con precedenti datori di lavoro, risolti anteriormente alla cessione stessa - ove risultino dai libri contabili obbligatori⁶.

In questo senso, sono pertanto tutelati dal novellato art. 2112 Cod. Civ. i crediti maturati in data antecedente al trasferimento dei soli dipendenti, il cui rapporto di lavoro sia proseguito con il cessionario. Rimangono pertanto esclusi dalla tutela del comma 2 dell'art. 2112 Cod. Civ. i crediti relativi a rapporti di lavoro cessati in data antecedente al trasferimento dell'azienda.

In questi ultimo caso è necessario far riferimento alla disposizione dell'art. 2560 Cod. Civ. secondo il quale il cessionario risponde solidalmente per i debiti dell'azienda ceduta solo se questi risultano dai libri contabili, tra i quali rientrano anche i crediti dei lavoratori a prescindere dall'eventuale risoluzione del rapporto ante trasferimento.

Tra i crediti che il lavoratore può avere al momento del trasferimento si possono considerare:

- la retribuzione diretta che remunera direttamente la prestazione lavorativa erogata nell'unità di tempo;
- la retribuzione indiretta che non trova corrispondenza immediata in una controprestazione lavorativa come ad esempio la retribuzione feriale di cui all'art. 10, D.Lgs. n. 66/2003;
- gli istituti di retribuzione differita, il cui legame con la prestazione effettivamente svolta è tenue, in quanto di regola maturano anche in sua assenza e vengono erogati comunque con periodicità superiore al mese (si pensi alle mensilità aggiuntive o al TFR, che addirittura viene corrisposto in un'unica soluzione al termine del rapporto di lavoro).

³ Vedi Corte di Cassazione 19 dicembre 1997, n. 12899

⁴ Vedi AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A., *Diritto del lavoro*, Vol. 1, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pagg. 1134 e ss

⁵ Vedi Corte di Cassazione 19 dicembre 1997, n. 12899: "Il secondo comma dell'art. 2112, letto alla luce della Direttiva 77/187/CEE del Consiglio, del 14 febbraio 1977, chiaramente esclude, pertanto l'ipotesi del trasferimento, a carico del cessionario, di obblighi (o diritti) derivanti da rapporti di lavoro che, pur se già intercorsi con l'imprenditore cedente, non siano più esistenti (perché cessati, ed anche legittimamente, per una delle varie cause di risoluzione, come il recesso unilaterale di una delle parti od il consenso di entrambe) nel momento in cui il cessionario subentra nella titolarità dell'azienda"

⁶ Vedi Tribunale di Milano 25 ottobre 2001 in *Massimario di Giurisprudenza*, Ipsa, Vol. 3, pag 158

E' da ritenersi, pacifica, nella prassi e nella giurisprudenza⁷, la ripartizione *pro quota*, nonché la responsabilità solidale tra cedente e cessionario, dei crediti riguardanti la retribuzione diretta ed indiretta quali ad esempio le ferie non godute in quanto trattasi di posizioni soggettive già perfezionate al momento della cessione.

Un approfondimento particolare va fatto, invece, sulla responsabilità solidale di cedente e cessionario per il pagamento del trattamento di fine rapporto, anche alla luce della novità del principio di diritto enunciata dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 19291 del 22 settembre 2011.

Un orientamento maggioritario della giurisprudenza sia di merito⁸ sia di legittimità⁹ sostiene che il TFR non possa essere ricompreso tra i crediti tutelati dall'art. 2112 Cod. Civ. e che pertanto unico debitore del trattamento di fine rapporto debba considerarsi il cessionario, anche per il periodo passato alle dipendenze del cedente. La motivazione risiede nel fatto che solamente al momento della risoluzione del rapporto di lavoro matura (ed è esattamente determinabile nel suo importo) il diritto del lavoratore al trattamento di fine rapporto, del quale la cessazione del rapporto è fatto costitutivo.¹⁰

Dopo la riforma introdotta dalla legge 297/1982 che modificò i criteri di calcolo del trattamento di fine rapporto, questo iniziò ad assumere natura di retribuzione accantonata oppure differita. A dispetto della tesi maggioritaria, che considera la cessazione del rapporto di lavoro come unico momento di costituzione di tale diritto di credito, si affermò un indirizzo minoritario sulla natura del TFR quale diritto già maturo, accantonato mensilmente, esigibile nei limiti dell'anticipazione richiedibile prima della cessazione, che porta a riconoscere la solidale responsabilità di cedente e cessionario anche per il trattamento di fine rapporto.¹¹

La recente sentenza n. 19291 del 22 settembre 2011 della Corte di Cassazione ha aderito all'orientamento "minoritario", portando a sostegno della sua decisione i seguenti elementi:

- ammissibilità dell'azione di accertamento dell'ammontare del trattamento di fine rapporto;
- carattere retributivo del TFR che implica un rapporto di corrispettività tra prestazione lavorativa e controprestazione dovuta dal datore di lavoro.

Conclude quindi la Suprema Corte enunciando il principio di diritto secondo il quale, nel caso di trasferimento di azienda e prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario ex articolo 2112 c.c., il datore di lavoro cedente è obbligato, al momento della risoluzione del rapporto di lavoro, successivo al trasferimento stesso, al pagamento delle quote di TFR maturate sino alla data del trasferimento d'azienda e per tale credito del lavoratore sussiste il vincolo di solidarietà tra cedente e cessionario previsto dall'art. 2112 Cod. Civ.; unico obbligato per il periodo successivo al trasferimento d'azienda e per la relativa quota di TFR è il cessionario che abbia utilizzato le prestazioni del lavoratore.

⁷ Vedi Corte di Cassazione 5 giugno 1998 n. 5581

⁸ Vedi Pretura di Torino 15 dicembre 1993 in *Massimario di Giurisprudenza, Ipsa, Vol. 3, pag 79*

⁹ Vedi Corte di Cassazione del 9 agosto 2004 n. 15371, del 14 dicembre 1998 n. 12548

¹⁰ Vedi massima della sentenza della Corte di Cassazione del 27 agosto 1991 n. 9189 in *Massimario di Giurisprudenza, Ipsa, Vol. 3, pag 65*

¹¹ Vedi Pretura di Cassino 4 febbraio 1988 in *Massimario di Giurisprudenza, Ipsa, Vol. 3, pag 49*

In conclusione, cedente e cessionario, al di fuori del vincolo di solidarietà di cui al comma 2 dell'art. 2112 Cod. Civ., stando al principio espresso, rispondono pro quota per i rispettivi periodi di utilizzo della prestazione lavorativa quanto alla quota di TFR maturata dal prestatore.¹²

Oltre agli istituti sopra enunciati ci si è chiesti se ci sia o meno responsabilità solidale per crediti contributivi Inps nonché assicurativi Inail.

Va rilevato che l'art. 2112 Cod. Civ., così come formulato, non sembra essere applicabile ai debiti previdenziali contratti dal cedente nei confronti degli enti previdenziali, in quanto la norma si riferisce esclusivamente ai crediti propri che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Gli enti previdenziali (Inps) sono considerati soggetti terzi verso i cui crediti non opera l'automatica estensione di responsabilità al cessionario¹³, ma restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 Cod. Civ..

Per quanto riguarda invece i crediti derivanti da assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, viene stabilito dall'art. 15 del D.P.R. del 30 giugno 1965, n. 1124 che vi è responsabilità solidale tra cedente e cessionario per i premi Inail e i relativi costi accessori dell'anno in corso e dei due precedenti, a prescindere dal fatto che tali crediti risultino dai libri obbligatori, derogando in tal modo all'art. 2560 Cod. Civ.

In particolare, il comma 1 dell'art. 2560 Cod. Civ. stabilisce quale regola generale che il cedente non sia *"liberato dai debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi abbiano consentito"*. Quindi il cedente con la sola alienazione dell'azienda non si libera automaticamente dalle obbligazioni assunte. Il subentro del cessionario dell'azienda mediante l'accollo dei debiti sorti antecedentemente alla cessione dell'azienda (art. 1273 Cod. Civ.) richiede il preventivo consenso del creditore, che in tal modo si vedrà tutelato attraverso il rifiuto, qualora ritenga che, con il cambiamento del debitore, diminuiscano le garanzie di solvibilità.

Il comma 2 del medesimo articolo stabilisce che la responsabilità *ex lege* del cessionario per le passività inerenti il complesso aziendale acquisito opera solo per i debiti che risultano dai libri contabili obbligatori tenuti dal cedente, con ciò assicurando al cessionario in adeguato mezzo conoscitivo del passivo aziendale.

Il cessionario è conseguentemente tenuto al pagamento dei debiti pregressi solo alle seguenti condizioni:

- inerenti l'azienda;
- sorti antecedentemente all'acquisto dell'azienda;
- evidenziati nelle scritture contabili.

La dottrina¹⁴ e giurisprudenza¹⁵ sono univoca nel ritenere l'iscrizione del debito nei libri contabili obbligatori, previsto dall'art. 2560 Cod. Civ., elemento costitutivo della responsabilità del cessionario. In tal senso la Cassazione si è espressa anche con la sentenza del 20 giugno 2000 n.

¹² Vedi commento alla sentenza di PEDRONI-CAMILLI in Guida al Lavoro n. 42, Il Sole 24 Ore, 2011, pag. 23

¹³ Vedi Corte di Cassazione 16 giugno 2001, n. 8179

¹⁴ Vedi LIEBMAN, Trasferimenti d'azienda, continuità del rapporto di lavoro e trattamento applicabile ai lavoratori, DRI, 1992, pagg. 31 e ss.

¹⁵ Vedi sentenza della Corte di Cassazione del 15 maggio 2001 n. 6667 e del 3 marzo 1994 n. 2108

8363 nella quale, in tema di cessione d'azienda, ha confermato che a norma dell'art. 2560 Cod. Civ. l'acquirente risponde solo dei debiti inerenti all'azienda che risultino dai libri contabili obbligatori. Più specificamente l'iscrizione nei libri contabili si configura per la Suprema Corte, come elemento fondante la responsabilità solidale del cessionario in relazione ai suddetti debiti, senza che possa essere surrogata da altre forme di conoscenza della situazione debitoria dell'azienda eventualmente a disposizione del cessionario, atteso che il citato art. 2560 è norma di carattere eccezionale e perciò non suscettibile di interpretazione analogica.¹⁶ L'inesistenza dei libri contabili, dovuta a qualsiasi ragione, compresa la loro non obbligatorietà per lo specifico tipo d'impresa, rende impossibile l'elemento costitutivo della responsabilità del cessionario per i debiti relativi all'azienda e conseguentemente preclude il sorgere di tale responsabilità (vedi anche Cass. 3 aprile 2002 n. 4726).

E' invece necessaria una valutazione più articolata in merito alla ripartizione di responsabilità tra cedente e cessionario per quei premi legati ad indicatori parametrati agli incrementi di produttività aziendale (criterio della qualità e quantità di prodotto) o di redditività, solitamente definiti dalla contrattazione collettiva "premi di risultato" o "di produzione" o "di partecipazione".

Tali premi costituiscono elemento integrativo della retribuzione di base ed hanno la caratteristica di non avere solitamente una maturazione mensile, in quanto non prevista né da norme di legge né di CCNL né dagli accordi aziendali istitutivi.

Si consideri che l'impostazione dei premi variabili è molto varia. E' possibile, tuttavia, operare una distinzione generale in due macrocategorie:

- premio variabile di tipo "quantitativo", commisurato ad una grandezza oggettiva, quale il fatturato annuo ovvero le quantità prodotte. In tale situazione, alla data di chiusura del periodo amministrativo sono già venute ad esistenza le grandezze di riferimento per il computo dell'incentivo: fatturato annuo o quantità prodotte sono infatti entità che, pur potendo essere materialmente conosciute dall'impresa nei giorni successivi alla fine dell'esercizio, si sono per loro stessa natura generate entro il termine del periodo cui fanno riferimento;
- premio variabile di tipo "qualitativo", che deriva da una valutazione basata su elementi soggettivi, quali il livello di soddisfazione della clientela oppure la qualità del lavoro svolto. La soggettività insita nella valutazione da parte dell'impresa cedente comporta un margine di discrezionalità che rende obiettivamente non ancora certa la quantificazione delle somme antecedentemente alla chiusura del periodo amministrativo di riferimento.¹⁷

Come si può notare, in entrambe le tipologie, è previsto un periodo di riferimento da prendere a base per il calcolo e valorizzazione del premio. Tale periodo di riferimento solitamente coincide con la chiusura del periodo amministrativo che sarà l'unico momento in cui tale credito diventerà esigibile, non essendo previsti dalla legge o dalla contrattazione collettiva né una maturazione mensile, né altri momenti di erogazione come l'intervenuta cessazione del rapporto di lavoro prima del predetto periodo. Essendo premi legati ad obiettivi, la cui erogazione diviene necessariamente variabile, potendo aumentare o diminuire sino

¹⁶ Vedi *DE ROSA L., RUSSO A. in FRIZZERA B. (a cura di) Operazioni straordinarie, Il sole 24 Ore, 2006, pagg. 273 e ss.*

¹⁷ Vedi *IL SOLE 24 ORE, Banca dati Commercialista-Soluzioni24Fisco, Quesito agli esperti fiscali, Il Sole 24 Ore, 5 maggio 2010*

all'annullamento, esperito il periodo di osservazione previsto dalla contrattazione collettiva, i relativi costi non sono esposti tra le voci di bilancio, anche se rientrano nel vero e proprio costo del lavoro, rilevato secondo il principio della competenza, che consiste nel tener conto che nel periodo considerato per la redazione del conto economico si presentano anche costi o ricavi che avranno correlati ricavo o costo in un altro periodo.

Più dettagliatamente tra i costi per il personale dipendente:

- nella voce B9a del conto economico vanno rilevati i salari e gli stipendi al lordo di ritenute e oneri sociali a carico del dipendente. Si tratta quindi di tutti gli elementi, fissi e variabili, che compongono la retribuzione lorda figurante in busta paga (comprese le varie indennità e le quote maturate e non corrisposte relative a mensilità aggiuntive e ferie non godute).
- la voce B9b comprende gli oneri a carico dell'impresa che devono essere corrisposti ai vari enti previdenziali e assicurativi.
- la voce B9c rappresenta l'accantonamento, di competenza dell'esercizio, per il trattamento di fine rapporto maturato a favore dei dipendenti.
- nella voce B9d devono essere inclusi gli accantonamenti ad eventuali fondi di previdenza integrativi diversi dal TFR e previsti dai contratti collettivi di lavoro, da accordi aziendali o da norme aziendali interne.
- infine, nella voce B9e devono essere iscritti tutti gli altri costi relativi al personale dipendente che non sono stati iscritti nelle precedenti voci come ad esempio: indennità di prepensionamento, incentivi all'esodo, quote associative versate a favore dei dipendenti, borse di studio dei dipendenti e dei loro familiari.

Nella fattispecie, appellandoci all'applicabilità dell'art. 2560 Cod. Civ., che contempla in generale la responsabilità del cessionario per i debiti dell'azienda ceduta, tra i quali rientrano i crediti di lavoro maturati da personale cessato ante trasferimento, solo se risultanti dai libri contabili, si può affermare che, i costi dei premi variabili come sopra formulati, non essendo riportati in nessuna specifica voce di bilancio, non determinano responsabilità del cessionario per trasferimento *intra* anno, in applicazione dei principi di giurisprudenza sopra richiamati, se non previo accordo tra le parti.

Frequentemente i PDR prevedono il criterio dell'erogazione degli importi maturati a favore del solo personale in forza alla data di corresponsione. A tal proposito rileva una sentenza del Tribunale di Firenze del 28 luglio 1999¹⁸ con la quale il giudice asseriva che in caso di trasferimento d'azienda, qualora il diritto a percepire i premi di anzianità di servizio e di fedeltà all'azienda fosse subordinato alla circostanza che il lavoratore rimanesse - per tutto il tempo previsto da ciascuno dei due premi, alle dipendenze di una società del gruppo del cedente - non sussisterebbe l'obbligo del cessionario non facente parte di tale gruppo, di corrispondere i sopracitati premi.

Di particolare rilievo appare anche una recente sentenza del Tribunale di Genova del 18 gennaio 2011 n. 58 la quale afferma che, ove la contrattazione integrativa richieda, tra le condizioni di maturazione del diritto al premio aziendale e/o al premio di filiale, la permanenza

¹⁸ Vedi Tribunale di Firenze 28 luglio 1999 in *Massimario di Giurisprudenza, Ipsoa, Vol. 3, pag 141*

in servizio del lavoratore al momento della liquidazione del premio stesso, a tale requisito occorre far riferimento per l'erogazione dell'elemento retributivo.¹⁹

Data la difficoltà e l'incertezza nella determinazione *ante tempus* del risultato come sopra evidenziato nella definizione delle due macro categorie, in assenza di intese differenti tra cedente e cessionario, si possono prospettare due casi:

- trasferimento con effetti al 01.01.n+1, il costo del personale dipendente andrà rilevato nel bilancio del cedente comprendendo le voci su esposte ed i premi;
- trasferimento con effetto *infra* annuale, il costo del personale dipendente verrà rilevato pro-quota, dal 01.01.n alla data del trasferimento nel bilancio del cedente, dalla data del trasferimento al 31.12.n nel bilancio del cessionario comprendendo le voci su esposte ma non i premi di obiettivo in quanto non si hanno i mezzi per valutarlo e soprattutto non è terminato il periodo di osservazione. Questa valutazione andrà fatta dal cessionario (se previsto contrattualmente) per il periodo da esso osservato.

Conclusivamente, prescindendo da tali ultime valutazioni concernenti la permanenza in servizio del dipendente percettore all'atto dell'erogazione, si può ragionevolmente ritenere che per quanto attiene i premi variabili, sebbene in caso di trasferimento d'azienda il contratto di lavoro continui con il cessionario e quest'ultimo sia obbligato, in solido con il cedente, per tutti i crediti che il dipendente aveva al momento della cessione, tali costi non sono iscritti nei libri contabili obbligatori (esclusione di responsabilità del cessionario) ed al momento della cessione il dipendente non può quindi vantare alcun credito riguardanti posizioni soggettive non ancora perfezionate al momento della cessione né nei confronti del cedente né nei confronti del cessionario.²⁰

Roxana Radulescu
 Confindustria Bergamo
 7.03.2012

Altre risposte a quesito

Quesito rivolto a Gabriele Bonati – MG Consulting Srl Via A. Lombardo, 7 Lodi

*In riferimento alle aziende che applicano il CCNL metalmeccanici industria del 15 ottobre 2009 e che intendono passare dalla turnazione 5*8 (40 ore settimanali da lunedì a venerdì) alla turnazione 6*6 (36 ore settimanali da lunedì a sabato) oppure alla turnazione a ciclo continuo (5+1 o 3+2 o altra formulazione corrispondente alle esigenze aziendali), avremmo necessità di chiarire:*

¹⁹ Vedi Tribunale di Genova 18 gennaio 2011, in Guida al Lavoro n. 21, Il Sole 24 Ore, 2011, pag. 44

²⁰ Vedi Tribunale di Genova 12 gennaio 2011, in Guida al Lavoro n. 21, Il Sole 24 Ore, 2011, pag. 46

1) quale divisore debba essere utilizzato per il calcolo delle quote orarie;
 2) quali criteri di computo debbano essere applicati per le decurtazioni da operare, dai totali di ore/giorni spettanti contrattualmente ai singoli lavoratori, in occasione del godimento dei seguenti istituti retributivi indiretti:

- ferie,
- par,
- permessi per diritto allo studio,
- permessi per formazione professionale,
- permessi non retribuiti,
- periodi di prova e di preavviso.

Il chiarimento di cui sopra andrebbe riferito, a seconda dei casi, alla fruizione di una o più ore e/o alla fruizione di una o più settimane e/o alla fruizione di uno o più mesi. Avremmo inoltre necessità di comprendere:

3) come operare, in relazione a ferie e par, per il monte ore/giorni maturato antecedentemente l'applicazione della nuova turnazione.

Risposta:

PREMESSE

1. Il D. Lgs. 66/2003 detta, come condizioni di carattere generale, le seguenti disposizioni:
 - È orario di lavoro qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività e delle sue funzioni, mentre è considerato periodo di riposo, qualsiasi periodo che non rientra nell'orario di lavoro (art. 1);
 - È normale orario di lavoro (tempo pieno) quello fissato in 40 ore settimanali ovvero quello di durata minore fissato dalla contrattazione collettiva (di qualsiasi livello, visto il mancato rinvio alla contrattazione nazionale), ovvero l'orario normale può essere riferito alla durata media della prestazione lavorativa (c.d. orario multiperiodale) (art. 3);
 - La durata media dell'orario di lavoro non può superare le 48 ore settimanali (periodo temporale: 4 mesi, ovvero 6 o 12 mesi, secondo previsione contrattuale - di qualsiasi livello), in ogni caso i contratti collettivi (di qualsiasi livello) possono fissare direttamente detta durata massima entro il citato limite di 48 ore (art. 4); per il calcolo della media non devono essere presi in considerazione periodi di ferie e malattia (e periodi equiparati: infortunio e maternità - Min. Lav. Circ. 8/2005);
 - Il lavoro straordinario (quello prestato oltre l'orario normale di lavoro) può essere richiesto fino a un massimo di 250 ore annuali (ovvero il limite massimo può essere fissato dalla contrattazione collettiva - qualsiasi livello) (art. 5);
 - Deve essere garantito al lavoratore un riposo giornaliero di 11 ore consecutive (art. 7) e un riposo settimanale di almeno 24 ore consecutive (di regola in coincidenza con la domenica), da cumulare con il riposo giornaliero, ma non necessariamente

consecutivo allo stesso (Min. Lav. Nota 11-10-2007, prot. 13039). Nell'ipotesi in cui l'azienda adotti un modello di lavoro a turni, finalizzato ad assicurare la continuità della produzione risulta possibile fissare il riposo settimanale in un giorno diverso dalla domenica (Min. Lav., Nota 27-6-2011, prot. 10815). Il riposo settimanale può essere calcolato come media di un periodo non superiore a 14 giorni;

2. Il contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici industria stabilisce quanto segue (art. 5):
- La durata settimanale dal lavoro ordinario è fissato in 40 ore, computabile anche come durata media di un periodo non superiore a 12 mesi;
 - Per gli impianti che richiedono di lavorare a ciclo continuo (lavoro ininterrotto di 7 giorni la settimana), la durata normale dell'orario di lavoro deve risultare da una media plurisetimanale con un massimo di 48 ore settimanali;
 - La possibilità di ripartire l'orario di lavoro su 5 o 6 giorni la settimana; in quest'ultimo caso il lavoro deve cessare, in linea di massima, alle ore 13,00 di sabato (fatta eccezione per gli orari plurisetimanali);
 - La ripartizione giornaliera dell'orario settimanale contrattuale viene stabilita dalla Direzione aziendale anche in modo non uniforme, previo esame con le rappresentanze sindacali unitarie;
 - La possibilità per il datore di lavoro di far lavorare su più turni giornalieri non può essere oggetto di rifiuto da parte dei lavoratori. I lavoratori inseriti in turni avvicendati devono beneficiare di una pausa di mezz'ora (retribuita);
 - Nel caso di stagionalità e di picchi produttivi non fronteggiabili con il ricorso ai normali assetti produttivi, potrà essere adottato l'orario plurisetimanale; mantenendo la media di 40 ore settimanali risulta possibile, utilizzando massimo 64 ore annue, adottare un orario settimanale massimo di 48 ore e minimo di 32 ore (o formule compensative equivalenti). I lavoratori interessati percepiranno la retribuzione relativa al normale orario settimanale sia nei periodi di superamento che in quelli di minore prestazione;
 - Ai lavoratori sono riconosciuti (in ragione di anno di servizio) 104 ore di permesso retribuito, di cui, per i turnisti con intervallo retribuito per il pasto, 20 ore da monetizzare unitamente alla tredicesima mensilità. La riduzione di orario non si applica, fino a concorrenza, ai prestatori che osservano orari di lavoro articolati, con modalità non specificatamente previste dal contratto o con orari settimanali o plurisetimanali di lavoro effettivo, inferiori alle 40 ore (per esempio nel turno di 6 ore per 6 giorni la settimana). Previo esame congiunto con la rappresentanza sindacale, 56 ore (valore massimo), possono essere utilizzate collettivamente. In ogni caso, sempre previo esame congiunto con le rappresentanze sindacali, possono essere stabilite diverse modalità di fruizione dei permessi retribuiti;
 - E' ammesso il recupero a regime normale delle ore di lavoro perdute a causa di forza maggiore o per le interruzioni di lavoro concordate con le organizzazioni sindacali, purché il recupero sia contenuto nel limite di un'ora al giorno e si effettui entro 30 giorni immediatamente successivi a quello in cui è avvenuta l'interruzione;

- È considerato lavoro straordinario quello eseguito dopo l'orario giornaliero fissato dalla direzione aziendale, anche in modo non uniforme (previo esame con la RSU). In ogni caso deve essere contenuto nel limite di 2 ore giornaliere, 8 settimanali e 200 ore annue (250, aziende fino a 200 dipendenti) (art. 7);
 - I coefficienti per la ripartizione della retribuzione mensile sono:
 - coefficiente orario 173;
 - coefficiente giornaliero 26;
3. L'accordo interconfederale del 28-6-2003 stabilisce quanto segue:
- La contrattazione collettiva aziendale può operare nell'ambito delle materie delegate, in tutto o in parte, dal CCNL o dalla legge;
 - I contratti aziendali possono definire intese modificative in materia di prestazione lavorativa, di orari e organizzazione lavorativa;
4. L'art. 8, D.L. 138/2011 (L. 148/2011) stabilisce quanto segue (nel rispetto delle condizioni ivi previste e delle relative finalità):
- I contratti collettivi territoriali e aziendali possono regolamentare intese in materia di orario di lavoro;
 - Dette intese operano anche in deroga alle disposizioni di legge e di CCNL (nel rispetto della Costituzione e dei vincoli Comunitari).

ANALISI DELLA PROBLEMATICCA

Per le aziende che adottano, per esigenze produttive/organizzative, una regolazione del normale orario di lavoro settimanale (diverso quindi da 40 ore distribuite in 5 giorni, da lunedì a venerdì) utilizzando particolari turnazioni (per lo sviluppo dei turni si veda il file allegato), come per esempio:

- 6 ore per 6 giorni la settimana (di norma lunedì-sabato);
- 5 giorni di lavoro più 1 giorno di riposo (turnazione a ciclo continuo);
- 3 giorni di lavoro più 2 giorni di riposo (turnazione a ciclo continuo);

occorre verificare i riflessi che i turni stessi possono determinare sugli altri istituti contrattuali.

In particolare, l'utilizzo delle citate particolari turnazioni comporta la necessità di chiarire e/o regolamentare:

- Quale divisore utilizzare per rapportare la retribuzione a ora e a giorno;
- Quali riflessi si potrebbero avere nella gestione dei permessi, delle ferie e dei periodi di prova e di preavviso.

I presupposti di base da cui partire sono:

- Il lavoratore assunto a tempo pieno ha il diritto di ricevere la retribuzione mensile anche se i turni di lavoro possono determinare una richiesta di prestazione inferiore a quella teorica del mese (compensata da riposi compensativi, ferie, permessi, banca ore, altre indennità a sostegno del reddito, ovvero, in mancanza, da retribuzione virtuale);
- L'art. 1 della legge 389/1989 obbliga il datore di lavoro (fatto salvo non siano previsti salari convenzionali) a versare una contribuzione non inferiore a quella calcolata sulla retribuzione teorica prevista contrattualmente (c.d. minimale contrattuale), in ogni caso non inferiore al minimale legale;

- Il CCNL metalmeccanici industria prevede di riconoscere ai lavoratori inseriti in orari plurisettimanali la retribuzione relativa al normale orario settimanale sia nei periodi di superamento che in quelli di minor prestazione;
- La contrattazione collettiva aziendale (o territoriale), nel rispetto di quanto stabilito dal CCNL e/o dalla legge in materia, può intervenire fissando specifiche regolamentazioni anche in materia di orario di lavoro.

In base a quanto sopra precisato, si possono fare le seguenti considerazioni (ferme restando tutte le disposizioni che regolamentano maggiorazioni retributive):

1. Coefficiente per il calcolo della quota oraria e giornaliera

Per quanto riguarda la ripartizione dell'orario di lavoro nell'ambito di un orario multiperiodale o plurisettimanale (deve garantire la media delle 40 ore settimanali) - v. turno 6) dell'allegato -, conseguentemente, le maggiori prestazioni lavorative andranno a compensare periodi di minori prestazioni lavorative. In tale ipotesi, anche per il fatto che la retribuzione da corrispondere al lavoratore rimane in ogni caso quella corrispondente al normale orario di lavoro (40 ore settimanali), la quota di retribuzione oraria (per retribuire per esempio gli straordinari) e la quota di retribuzione giornaliera (per esempio per retribuire la festività cadente di domenica) devono essere calcolate applicando i consueti coefficienti (173 e 26) sulla normale retribuzione mensile.

Per quanto riguarda la ripartizione della prestazione lavorativa riportata nei turni 2), 4) e 5) dell'allegato, si ritiene si possano fare le seguenti precisazioni:

- a) Il mancato raggiungimento delle 40 ore settimanali (per il turno 5, solo per alcune settimane) determina in ogni caso (non essendo un contratto part-time) l'obbligo di riconoscere l'intera retribuzione ordinaria;
- b) Qualora le ore non lavorate vengano compensate (come previsto contrattualmente) con l'utilizzo di permessi retribuiti (riduzione di orario) e/o utilizzo della banca ore, la quota oraria e quella giornaliera devono essere calcolate con gli ordinari coefficienti (173 e 26). Se non possono essere utilizzate ore contrattuali (permessi e banca ore), fermo restando la corresponsione dell'intera retribuzione normale mensile, si potrebbero utilizzare due procedure:
 - b.1) nell'eventuale esame con il sindacato per la particolare turnistica da adottare in azienda (ovvero in un eventuale accordo territoriale), si potrebbe comunicare/concordare che qualora i permessi e la banca ore non risultassero sufficienti a coprire le ore mancanti al raggiungimento del normale orario di lavoro (40 ore settimanali), il monte ore dei permessi (riduzione di orario) deve essere incrementato dal numero necessario per soddisfare il predetto requisito (potrebbe essere l'indennizzo di tipo economico per l'eventuale disagio derivante dall'applicazione del particolare turno). In tale ipotesi le quote orarie e giornaliere verrebbero calcolate utilizzando i coefficienti ordinari (173 e 26); in pratica, per esempio, anche nel turno 6x6, la giornata retribuita non sarà di 6 ore ma di 6,66 ore e l'eventuale ora supplementare o straordinaria è calcolata maggiorando la quota oraria che scaturisce utilizzando, sulla normale retribuzione, il coefficiente 173.

- b.2) qualora le eventuali ore mancanti per il raggiungimento del normale orario di lavoro non venissero colmate con l'incremento dei permessi ma semplicemente con l'erogazione della differenza di retribuzione, le quote orarie e giornaliere potrebbero essere rideterminate utilizzando un coefficiente diverso, calcolato prendendo come divisore il normale orario di lavoro più il monte ore dei permessi. Soluzione a mio avviso, poco pratica e probabilmente non coerente con la legislazione in materia di orario di lavoro (si evidenzerebbe un part time "anomalo", vale a dire riduzione di orario a retribuzione piena);
- c) Per quanto riguarda il particolare turno 5 + 1 (turno 3 dell'allegato) si pongono problemi diversi. Detto turno comporta (cambiando il riposo settimanale) una prestazione lavorativa (considerando la settimana lunedì - domenica) di 48 ore settimanali. Conseguentemente risulterebbe soddisfatto il normale orario di lavoro settimanale (40 ore) con l'aggiunta di una prestazione lavorativa straordinaria (8 ore settimanali). Nulla cambia, rispetto all'ordinaria prestazione contrattuale, per quanto riguarda la determinazione delle quote orarie e giornaliere, mentre si creerebbero problemi sul numero degli straordinari e sulla loro frequenza a meno che il turno in questione riguardi solo una parte dell'anno. In ogni caso necessita di un'intesa con il sindacato.
2. Ferie e permessi
 I diritti maturano ordinariamente, fatta eccezione per le modalità del relativo godimento. Infatti, nei turni che prevedono un orario settimanale inferiore a 40 ore, i permessi/riduzione orario non vengono goduti per esigenze del dipendente ma vengono interamente utilizzati per coprire le mancate prestazioni lavorative derivati dai citati turni .
3. Periodi di prova
 Per quanto riguarda la durata del periodo di prova, l'adozione di particolari turni non determina criticità (la durata, nel CCNL, è espressa in mesi e giorni di calendario). Nascono alcuni problemi riguardo alla retribuzione che in ogni caso (essendo contratti a tempo pieno) deve essere garantita. Potrebbe accadere che i permessi maturati e/o eventuale banca ore non risultino sufficienti a coprire i periodi di riduzione di orario.
4. Preavviso
 Non si pongono particolari problemi: se il preavviso è lavorato, valgono le condizioni dei punti precedenti in materia di gestione della prestazione lavorativa, se il preavviso è pagato la retribuzione da corrispondere (indennità sostitutiva del preavviso) deve essere calcolata tenendo in ogni caso presente detta normale retribuzione.
5. Ulteriore considerazione
 A completamento della relazione si potrebbe ipotizzare di adottare attraverso il contratto di prossimità (aziendale o territoriale) la soluzione di concordare con il sindacato (rappresentativo/maggioritario) modifiche (per il periodo necessario) alla durata del normale orario settimanale (per esempio, anziché 40 ore, fissarlo a 36 ovvero a 32) e di conseguenza riproporzionare anche i coefficienti per la determinazione delle quote orarie e giornaliere (lasciando inalterata la retribuzione normale mensile ovvero ipotizzando di rideterminare anche la relativa retribuzione di riferimento, in ogni caso da maggiorare, con una voce retributiva a parte, di un importo

pari alla differenza tra la retribuzione equivalente alle 40 ore e quella equivalente al nuovo orario concordato).

CONCLUSIONI

In conclusione, una distribuzione dell'orario di lavoro diverso da quello ordinariamente prevista (che può determinare prestazioni effettive inferiori a 40 ore settimanali o superiori) può comunque essere gestita normalmente (con riferimento a tutti gli istituti ad esso collegati), attraverso accorgimenti contrattuali aziendali (o territoriali) e, in alcuni casi, regolamentari, al fine di non complicare l'effettiva operatività e di semplificarne gli adempimenti amministrativi.

Gli accorgimenti consistono non nel trovare riproporzionamenti all'effettiva prestazione lavorativa (anche se, teoricamente, possibile, ma complicata) ma di introdurre meccanismi che vadano a compensare (come evidenziato nei punti precedenti) i periodi di mancata prestazione lavorativa (anche aggiuntivi, ovvero nuovi, rispetto al CCNL, purchè temporanei ed esclusivamente finalizzati alla turnazione necessaria, quindi revocabili).

Detti meccanismi consentono di gestire quote orarie, giornaliere, maggiorazioni, mensilità aggiuntive, indennità economiche per le assenze, ecc., in modo uniforme (come se fossimo in orario normale) senza particolari complicazioni, e sono quelli che più si avvicinano alla logica del CCNL e a quella legislativa.

Gabriele Bonati
MG Consulting Srl, Lodi
7.10.2011

Parte IV[^] - Appendice*Confindustria Bergamo e Ordine degli Avvocati di Bergamo*
Concorso di elaborazione dottrinale su tematiche lavoristiche - Prima edizione

Al fine di promuovere nelle imprese modelli organizzativi e gestionali adeguati alle esigenze riscontrate, sempre più mutevoli e complesse, che traggano anche dall'approfondimento tecnico-giuridico opportuni spunti per l'adozione di adeguate regolamentazioni o cautele operative, il Coordinamento Giuridico di Confindustria Bergamo e l'Ordine degli Avvocati di Bergamo hanno ritenuto opportuno attivare un concorso annuale, rivolto ai praticanti degli studi legali.

La finalità dell'iniziativa è la raccolta e selezione di pareri elaborati dai partecipanti, anche in riferimento a casi trattati in esecuzione della pratica professionale, concernenti tematiche lavoristiche e/o rapporti d'impresa aventi implicazioni sui rapporti di lavoro (trasferimenti d'azienda, appalti, procedure concorsuali etc.) e condotti sia sulla normativa legale e contrattuale, sia sugli orientamenti di giurisprudenza. I migliori contributi saranno pubblicati in rivista, per contribuire così alla diffusione di considerazioni ed approfondimenti che favoriscano la migliore conoscenza delle opportunità e dei vincoli presenti nella normativa vigente e negli orientamenti di giurisprudenza prevalenti. I testi potranno essere consegnati o trasmessi entro il 30/9/2012, da ogni praticante interessato iscritto all'Ordine degli Avvocati di Bergamo, alla segreteria dell'Area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo, al seguente recapito

Via Camozzi, 70 - 24121 Bergamo
oppure
n.cortinovis@confindustriabergamo.it

I temi affrontati nei pareri possono essere liberamente determinati dai partecipanti, purché correlati alla gestione dei rapporti di lavoro, eventualmente anche nelle implicazioni contributive e fiscali.

La selezione verrà svolta dal Coordinamento Giuridico di Confindustria Bergamo e dall'Ordine degli Avvocati di Bergamo in base ai seguenti criteri:

- grado di approfondimento delle analisi condotte;
- grado di innovazione delle soluzioni operative eventualmente identificate;
- corrispondenza delle formulazioni agli orientamenti di giurisprudenza prevalenti, di legittimità e/o di merito, con particolare attenzione ai pronunciamenti del Tribunale di Bergamo - Corte di Appello di Brescia.

L'estensore del migliore elaborato, ufficializzato entro gennaio 2013, sarà valorizzato anche con una premialità e con l'accesso alle iniziative formative di Confindustria Bergamo, in base agli interessi espressi.

Per informazioni di carattere organizzativo è possibile contattare la segreteria dell'Area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo al seguente recapito telefonico: 035.275.233

Periodico iscritto al Tribunale di Bergamo con Decreto n. 24/11 del 7/12/2011
Redazione: Coordinamento Giuridico dell'area Lavoro e Previdenza di Confindustria Bergamo
Coordinamento della redazione: Federico Parea
Coordinatore scientifico: Maurizio Del Conte
Editore: Confindustria Bergamo, via Camozzi 70, 24121 Bergamo
Stampa: Tecnostampa srl, via Nazionale 101, 24068 Seriate (BG)
Direttore responsabile: Stefano Malandrini