

6-2008

M A S S I M A R I O

di Giurisprudenza del Lavoro

Direttore scientifico

Antonio Vallebona

Comitato di direzione

Riccardo Chieppa

Tullio Delogu

Giuseppe De Luca

Raffaele De Luca Tamajo

Fabrizio Fabbri

Giorgio Mannacio

Franco Modugno

Vittorio Novelli

Mattia Persiani

Pietro Rescigno

Pasquale Sandulli

Renato Scognamiglio

Vincenzo Stanchi

Salvatore Trifirò

Cass. 27 febbraio 2008, n. 5106

sulle attività incompatibili con l'assenza per malattia

Trib. Pisa 14 marzo 2008, n. 47

sull'infortunio del lavoratore disabile e sui limiti alla responsabilità
ex art. 2087 c.c.

Cons. Stato 17 gennaio 2008, n. 95

sull'interesse a ricorrere contro la riserva del posto a favore dei disabili
nel processo amministrativo

Cass. 7 marzo 2008, n. 6211

sull'indennizzabilità dell'infortunio in itinere occorso con l'utilizzo
del mezzo privato

Cass. pen. 19 dicembre 2007, n. 47096

sul potere di controllo del datore di lavoro sull'e-mail aziendale
del dipendente

scritti in tema di

licenziamento: la fiducia passe-partout e le giuste chiavi; tutela
dei lavoratori in caso di successione nell'appalto; autonomia
collettiva e altre fonti istitutive della previdenza complementare;
lavoro autonomo: confini e problemi



Il Sole

24 ORE

Estinzione del rapporto con l'appaltatore uscente per l'assunzione da parte del subentrante: licenziamento o risoluzione consensuale?

1. - Con la sentenza in commento la Cassazione ha, innanzitutto, ribadito che la tutela di fonte collettiva dei lavoratori in caso di successione nell'appalto di adibizione non esclude la tutela legale contro il licenziamento, ma si aggiunge ad essa. Sicché la stipula di un contratto di lavoro con l'appaltatore subentrante a tanto obbligato per contratto collettivo non incide di per sé sul diritto del prestatore di impugnare il licenziamento intimatogli dall'appaltatore uscente (1).

Tuttavia la Cassazione ha confermato la sentenza di appello che aveva accertato una acquiescenza al licenziamento, poiché non era fondata sulla sola circostanza della stipulazione di un nuovo contratto di lavoro, ma su una pluralità di risultanze probatorie attestanti la volontà di non impugnare il licenziamento intimato dall'appaltatore uscente.

In particolare, era emerso, infatti, che i lavoratori, assistiti dal rappresentante sindacale, avevano sollecitato all'appaltatore uscente la documentazione necessaria per stipulare il contratto di lavoro con il subentrante ed erano stati informati che, a tal fine, era anche indispensabile l'estinzione del rapporto di lavoro precedente.

2. - La successione nell'appalto va distinta dal trasferimento d'azienda, per la mancanza della cessione da un

imprenditore ad un altro di un complesso di beni organizzati (2).

Da ciò deriva l'inapplicabilità, nel caso di successione nell'appalto, della disciplina legale dettata a tutela dei lavoratori dall'art. 2112 c.c., come ora è espressamente riconosciuto dall'art. 29, co. 3, d.lgs. n. 276 del 2003.

Tuttavia vige in materia una tutela di fonte collettiva, ad esempio nei settori della pulizia, igiene ambientale, smaltimento rifiuti, gestione mense, vigilanza. La tutela consiste nell'obbligo dell'imprenditore subentrante di assumere i lavoratori addetti all'appalto, senza alcun periodo di prova ed alle stesse condizioni intercorrenti con l'appaltatore uscente.

Il rapporto di lavoro che si instaura tra il nuovo appaltatore ed i lavoratori in organico sull'appalto è un nuovo rapporto, distinto da quello in essere con il precedente imprenditore.

Entrambi gli appaltatori, se vincolati dal contratto collettivo, sono obbligati a porre in essere delle procedure di informazione e consultazione sindacale in tempo utile a consentire il regolare transito dei lavoratori da un imprenditore al successivo.

In caso di mancata assunzione da parte del nuovo appaltatore a tanto obbligato, il lavoratore può avvalersi della tutela di cui all'art. 2932 c.c. con la costituzione *ope iudicis* del contratto.

3. - Il punto nevralgico è rappresen-

tato dalla cessazione dei rapporti di lavoro tra l'appaltatore uscente ed i lavoratori in organico sull'appalto.

Una prima indicazione porta ad escludere che i recessi causati dalla successione nell'appalto possano configurare un licenziamento collettivo, anche laddove ricorrano le caratteristiche tipizzanti questo istituto.

Questa ricostruzione, già esclusa dalla circolare del Ministero del Lavoro 28 maggio 2001, è stata ora definitivamente accantonata dall'art. 7, co. 4 *bis*, del d.l. n. 248 del 2007 convertito con legge n. 31 del 2008, secondo cui « [...] l'acquisizione del personale già impiegato nel medesimo appalto, a seguito di subentro di nuovo appaltatore, non comporta l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223, e successive modificazioni, in materia di licenziamenti collettivi, nei confronti dei lavoratori riassunti dall'azienda subentrante [...] ».

Ma, a ben vedere, non soddisfa neppure la ricostruzione in chiave di licenziamento individuale.

Invero, da un attento esame delle fonti, si può affermare che il passaggio diretto dei lavoratori dall'imprenditore uscente a quello subentrante è una fattispecie complessa a formazione progressiva, posta in essere dalle tre parti interessate con la necessaria assistenza delle organizzazioni sindacali. Questa

(1) *Ex plurimis* Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166; Cass. 6 novembre 2002, n. 15593; Cass. 30 marzo 1998, n. 3337, dove è statuito che dalla stipula di un nuovo contratto di lavoro non si può desumere la rinuncia del lavoratore all'impugnazione del licenziamento, né tantomeno l'acquiescenza allo stesso.

(2) Cfr. VALLEBONA, *Successione nell'appalto e tutela dei posti di lavoro*, in «Riv. it. dir. lav.» 1999, I, 217.

fattispecie comprende, quale passaggio imprescindibile e normativamente tipizzato, una necessaria risoluzione consensuale del rapporto preesistente.

Come correttamente sostenuto nella ricordata circolare ministeriale del 2001, secondo cui «le imprese nuove aggiudicatrici provvedono ad assumere in tutto o in parte il personale [...] mediante il ricorso all'istituto del passaggio diretto ed immediato

come negozio implicante la risoluzione del precedente rapporto di lavoro e la contestuale instaurazione di un nuovo rapporto con l'impresa subentrante, per effetto dell'incontro delle volontà dei tre soggetti interessati».

Solo questa impostazione consente di raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla tutela collettiva, evitando il rischio di speculazioni da parte di lavoratori in mala fede, che da un lato

si avvalgono della tutela collettiva conservando l'occupazione presso l'appaltatore subentrante e dall'altro contraddittoriamente pretendono di attaccare l'estinzione del rapporto con l'appaltatore uscente invece necessario proprio per il licenziamento della utilizzata tutela collettiva.

Federico Maresca

Dottorando di ricerca

l'Università di Roma «Tor Vergata»

NOTA

L'ambiguo confine tra la successione di appalti e il trasferimento d'azienda

1. - La pronuncia che qui si commenta si inserisce nel serrato dibattito giurisprudenziale e dottrinale sull'applicabilità o no alla successione di appalti dell'art. 2112 c.c., in particolare allorché l'assunzione del personale da parte del nuovo appaltatore sia imposta da una norma di legge, di contratto collettivo, come nel caso *de quo*, o da una clausola del contratto di appalto, tenendo conto che l'art. 29, co. 3, del d.lgs. n. 276/2003 pare escludere tale soluzione.

Con la sentenza in esame, il Tribunale di Roma si è pronunciato sul ricorso promosso da una lavoratrice volto ad accertare l'illegittimità della cessazione del rapporto di lavoro alle dipendenze di una cooperativa che aveva perso l'appalto in cui era impiegata la ricorrente.

Più precisamente, nella gestione in appalto della foresteria di un impianto sportivo, alla cennata cooperativa era subentrata un'associazione temporanea di imprese (a.t.i.). Una parte dell'attività oggetto dell'appalto veniva quindi assegnata ad un'impresa che, in applicazione del medesimo contratto collettivo già

applicato dalla prima appaltatrice, provvedeva alla riassunzione dei lavoratori precedentemente occupati da questa. La ricorrente — adibita a mansioni di cameriera presso la prima appaltatrice (e non di cuoca come erroneamente affermato nella motivazione della sentenza) —, rimasta assente per malattia durante il periodo a cavallo del cambio appalto, veniva anch'essa assunta dall'impresa subentrata, ma, dopo aver lavorato alle dipendenze di questa soltanto per un giorno, a causa dell'asserito mutamento delle condizioni retributive e normative precedentemente applicate, rivendicava il diritto a proseguire il proprio rapporto di lavoro con la prima società e deduceva l'illegittimità del supposto licenziamento operato da questa, stante anche l'assenza di una comunicazione scritta.

La resistente eccepiva la sussistenza di un'ipotesi di trasferimento d'azienda, con conseguente applicazione dell'art. 2112 c.c. e, dunque, l'automatico passaggio della ricorrente alle dipendenze della seconda appaltatrice, di fatto avvenuto, essendo irrilevante la circostanza che la lavo-

ratrice si fosse dimessa dopo un solo giorno.

Il giudice del lavoro, accogliendo il ricorso della lavoratrice, ordinava alla società cooperativa di reintegrare la stessa nel posto di lavoro e di corrisponderle le retribuzioni dal giorno del recesso a quello dell'effettiva reintegra ai sensi dell'art. 18 l. n. 300/1970.

La sentenza, relativamente alla statuizione del giudice sulla non riconducibilità del cambio appalto alla fattispecie del trasferimento d'azienda, appare meritevole di una riflessione.

2. - Il fenomeno della successione di appalti è preso in considerazione dall'art. 29, co. 3, del d.lgs. n. 276/2003, che esplicitamente esclude la configurabilità di un trasferimento d'azienda, o di ramo d'azienda, nell'ipotesi in cui l'acquisizione del personale impiegato nell'appalto avvenga «in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro, o di clausola del contratto d'appalto».

Nel caso di specie, il c.c.n.l. applicato è quello per i dipendenti di azien-