
IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI

nelle Corti e nei Tribunali di Puglia e Basilicata



Approfondimenti

Raccolta sentenze di merito dei
Tribunali regionali di Puglia e
Basilicata

Focus su novità legislativa e giurisprudenziali

atti dei convegni

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Direttori pubblicazione

Avv. Nicola CAROPPO

Avv. Giuseppe DE LUCIA

Direttore responsabile

Avv. Cristiano PENNO

Comitato Scientifico

Prof. Avv. AMENDOLITO Francesco - Presidente comitato scientifico

Avv. DE PALMA Beatrice

Avv. LARIZZA Mariarosaria

Avv. D'ADDARIO Vito

Avv. DE MICHELE Enzo

Avv. CONGEDO Carlo

Avv. MIANO Gianluca

Avv. ROSSI Mario

Avv. COLONNA Vito Fabio

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Questo numero della nostra rivista è dedicato a Michele Imperio, stroncato dal Covid alla fine di aprile.

Michele era un collega giusto e generoso e nella sua quotidiana frequentazione della Sezione Lavoro era diventato un vero punto di riferimento per i colleghi, giovani e non.

AGI Puglia e Basilicata perde un vero amico, dall'allegria contagiosa, mai fuori luogo o fuori misura.

Ciao Michele, ti salutiamo come ti sarebbe piaciuto, con un sorriso sulle labbra.

S O M M A R I O

Sommario.....pag.3

PARTE PRIMA

Sull'accesso al fondo di garanzia per i crediti di lavoro di modesta entità
di Nicola Caroppo Avvocato in Bari - Presidente AGI Puglia e Basilicata.....pag. 5

La decadenza nella cessione d'azienda in frode alla legge
Parte prima - evoluzione storica della decadenza nell'esercizio dell'azione nel diritto del lavoro
di Giuseppe De Lucia avvocato in Baripag. 11

Parte seconda – il caso concreto; l'analisi
di Cristiano Penno avvocati in Baripag. 20

PARTE SECONDA

Società a controllo pubblico e diritto all'inquadramento superiore
di Francesca Chietera avvocato in Matera.....pag. 36

Sul concetto di "dipendenza" ai fini della competenza per territorio
di Gino Pietroforte avvocato in Bari.....pag. 43

PARTE TERZA

Sulla ammissibilità e fondatezza di un ricorso d'urgenza in caso di errore nella domanda per le
graduatorie provinciali delle supplenze
di Marco Dibitonto avvocato in Foggia.....pag. 47

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Sull'impugnazione del Verbale unico di accertamento dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro.
di Francesco Di Bono avvocato I.T.L. Baripag. 55

PARTE QUARTA

I convegni
"NORMATIVA ANTIMAFIA, IMPRESE E LAVORO".....pag. 61

PARTE PRIMA

Sull'accesso al fondo di garanzia per i crediti di lavoro di modesta entità

A cura di Nicola Caroppo avvocato giuslavorista in Bari - Presidente AGI Puglia e Basilicata

Corte di Appello di Bari
sezione lavoro
sentenza n. 1634/2020 – Relatore: Gentile
-massima-

Qualora il lavoratore, già dipendente di un datore di lavoro insolvente, sia titolare di un credito esiguo che non consente l'assoggettabilità a fallimento del datore di lavoro, considerato che l'art. 15, comma 9, del r.d. n. 267/1942 stabilisce che non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati è inferiore a € 30.000,00, deve ritenersi che il datore di lavoro in esame vada considerato non assoggettabile a fallimento, con conseguente diritto del lavoratore a richiedere l'intervento del Fondo di garanzia sulla base della infruttuosa procedura esecutiva.

L'indagine in ordine alla fallibilità o meno del datore di lavoro può essere effettuata dal Giudice Ordinario non essendo indispensabile che sia il Tribunale fallimentare, rigettando la richiesta del lavoratore, a verificare la non fallibilità del datore di lavoro inadempiente.

La ricognizione di tale caratteristica può avvenire, successivamente e in modo incidentale, nella controversia tra il lavoratore – il quale abbia tentato direttamente l'esecuzione individuale – e l'INPS; anche perché il criterio dell'insufficienza delle garanzie patrimoniali, dettato dall'art. 2, 5° co. l. 297/82, non è subordinato, ma ha una pari collocazione, beninteso, nell'ambito in cui è applicabile.

In tema di fallibilità, tanto in astratto quanto in concreto, dell'ex datore di lavoro del

dipendente che, cessato il rapporto, sia rimasto titolare di un credito esiguo per tfr e ultime

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

mensilità non percepite e richieda l'intervento del Fondo di garanzia sulla base della infruttuosa procedura esecutiva, La Corte d'Appello di Bari – Sezione Lavoro, con recentissime sentenze (vedi nn. 1634/2020 - 277/2021 - 375/2021 del altre) , prendendo le mosse dalla sentenza n. 1887/2020 della Sezione Lavoro della Cassazione, ha definito il contrasto giurisprudenziale insorto tra i Tribunali del Distretto con riferimento alla legittimità dell'accertamento, compiuto in via incidentale dal Giudice del Lavoro, della fallibilità o meno del datore di lavoro , ogni qual volta ciò sia finalizzato alla condanna dell'INPS alla prestazione previdenziale a carico del Fondo di Garanzia, senza necessità che la predetta verifica sia demandata al Tribunale Fallimentare

Come noto, ai sensi del novellato art. 1, comma 2, l. fall., **non sono soggetti alle disposizioni della legge fallimentare** gli imprenditori che esercitano un' attività commerciale i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti:

- a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila;
- b) aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila;
- c) avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila.

Ne consegue che i parametri di riferimento dell'art. 1 L. Fall. utili per delineare la fallibilità in astratto, prima ancora che in concreto, dell'imprenditore abbiano tutti carattere contabile e siano desumibili, in linea generale, dall'esame delle scritture obbligatorie per gli imprenditori commerciali collettivi e dall'inventario annuale, che si chiude con il bilancio per gli imprenditori individuali, pertinenti al triennio antecedente il deposito della domanda di fallimento.

In siffatto contesto si inserisce la sentenza n. 1887/2020 con cui la Corte di Cassazione ha affermato la legittimità dell'accertamento compiuto, in via incidentale, dal Giudice del Lavoro con riguardo alla fallibilità dell'ex datore di lavoro - sia per condizioni soggettive sia per ragioni oggettive - ogni qual volta ciò sia finalizzato alla condanna dell'INPS alla prestazione previdenziale a carico del Fondo di Garanzia senza necessità che la predetta verifica sia demandata al Tribunale Fallimentare.

In senso conforme si è, dunque, pronunciata la Corte d'Appello di Bari – Sezione Lavoro, con sentenza n. 1634/2020, affermando quanto segue *“l'esperimento della via fallimentare non è necessariamente propedeutico all'esecuzione individuale: in altre parole, non è indispensabile che sia il Tribunale fallimentare, rigettando la richiesta del lavoratore, a verificare la non fallibilità del datore di lavoro inadempiente. La ricognizione di tale caratteristica può avvenire, successivamente e in modo incidentale, nella controversia tra il lavoratore – il quale abbia tentato direttamente l'esecuzione individuale – e l'INPS; anche perché il criterio dell'insufficienza delle garanzie patrimoniali,*

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

dettato dall'art. 2, 5° co. l. 297/82, non è subordinato, ma ha una pari collocazione, beninteso, nell'ambito in cui è applicabile."

In buona sostanza, si è escluso che la verifica, da parte del tribunale fallimentare, della non assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore, ex art. 15, u.c. L. Fall., costituisca un presupposto necessario, unitamente alla insufficienza delle garanzie patrimoniali a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata, per l'accertamento del diritto all'accesso alle prestazioni del Fondo per il pagamento del TFR e dei crediti di lavoro di cui alla L. n. 297 del 1982, art. 2.

Tanto, in ragione del principio generale desumibile dalla previsione di cui all'art. 34 c.p.c., secondo cui il giudice adito procede, in via incidentale, a tutti gli accertamenti preliminari rispetto alla risoluzione della controversia pendente innanzi a sè, salvo che, "per legge o per esplicita domanda di una delle parti", sia necessario "decidere con efficacia di giudicato una questione pregiudiziale che appartiene alla competenza per materia o per valore alla competenza di un giudice superiore", nel qual caso "rimette tutta la causa a quest'ultimo, assegnando alle parti un termine perentorio per la riassunzione della causa davanti a lui".

Tuttavia, rispetto alla domanda giudiziale concernente la prestazione previdenziale cui è tenuto il Fondo di garanzia, la verifica della non assoggettabilità del datore di lavoro alle procedure concorsuali costituisce una tipica questione pregiudiziale in senso logico, che nessuna norma di legge impone debba essere definita con efficacia di giudicato, dal momento che, svolgendosi la controversia previdenziale tra il lavoratore assicurato e

l'ente previdenziale chiamato al pagamento, essendo il datore di lavoro terzo estraneo a tale vicenda, l'accertamento che in essa dovesse essere compiuto circa la sua non assoggettabilità a fallimento non potrebbe mai far stato nei suoi confronti, in considerazione dei limiti soggettivi del giudicato stesso.

Al riguardo, per vero, la Corte di Cassazione ha consolidato il principio di diritto secondo cui le prestazioni erogate dal Fondo di garanzia gestito dall'INPS hanno natura previdenziale e non retributiva (così, tra le più recenti, Cass. n. 25016 del 2017): si tratta infatti di obbligazioni affatto autonome rispetto a quelle gravanti sul datore di lavoro e inserite nell'ambito di un rapporto assicurativo contributivo-previdenziale, ancorchè nella loro misura coincidenti, per ciò che specialmente riguarda il TFR, con le obbligazioni di cui è debitore il datore di lavoro; di talchè il loro sorgere è connesso ad un fatto costitutivo differente rispetto a quello che ne media la genesi nell'ambito del rapporto di lavoro.

La Corte d'Appello di Bari ha, pertanto, concluso che l'accertamento circa la non ricorrenza in concreto delle condizioni per l'assoggettabilità a fallimento del datore di lavoro del lavoratore richiedente l'intervento del Fondo di garanzia, possa essere svolto, in via incidentale, dal giudice adito, senza necessità che la predetta verifica sia demandata al Tribunale fallimentare.

Invero, in una prospettiva deflattiva dei ricorsi, ed ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di fallimento, il Legislatore ha previsto, all'art. 15, ultimo comma, l. fall., che l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati debba essere non inferiore ad euro trentamila.

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Tanto giacchè la presenza di mancati pagamenti per un ammontare non inferiore alla soglia numerica individuata dal Legislatore non è ritenuta una circostanza di allarme sociale ed economico tale da giustificare l'attivazione di un procedimento giurisdizionale di notevole complessità e costo quale quello fallimentare.

Tali conclusioni, peraltro, sono state valorizzate dalla Corte d'Appello di Bari, precisando che la non assoggettabilità a fallimento può essere desunta dall'esiguità del credito azionato, non potendosi richiedere al lavoratore di effettuare una ricerca di eventuali altri creditori per raggiungere l'importo – soglia dei trentamila euro, né, d'altra parte, potendosi richiedere allo stesso che impegni risorse economiche per presentare un'istanza di fallimento pur sapendo che la stessa verrà rigettata per esiguità del credito azionato.

A questo proposito, opportunamente la Corte d'Appello di Bari ha rilevato che *“in tema di intervento del Fondo di garanzia gestito dall'INPS, la verifica da parte del tribunale fallimentare della non fallibilità dell'imprenditore, ex art. 15, ultimo comma, de. R.d. n. 267 del 1942, costituisce*

presupposto, unitamente alla insufficienza delle garanzie patrimoniali a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per l'accesso alle prestazioni del Fondo per il pagamento del TFR e dei crediti di lavoro di cui all'art. 2 del d.lgs. n. 80 del 1992” (Cass. ord. n. 21734 del 6.9.2018) ponendo in rilievo una circostanza di non poco conto a riguardo, ossia che ***“il rigetto della richiesta di fallimento può comportare la responsabilità del creditore istante a titolo di spese del procedimento e di responsabilità aggravata (art. 22, 2° comma, r.d. 267/42).***

Pertanto, qualora il lavoratore già dipendente di un datore di lavoro insolvente sia titolare di un credito esiguo, considerato che l'art. 15, comma 9, del r.d. n. 267/1942 stabilisce che non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati è inferiore a € 30.000,00, deve di ritenersi che il datore di lavoro nell'ipotesi in esame vada considerato non assoggettabile a fallimento, con conseguente diritto del ricorrente a chiedere l'intervento del Fondo di garanzia sulla base della infruttuosa procedura esecutiva.

LA SENTENZA:

CORTE DI APPELLO DI BARI

Sezione lavoro

Sentenza n. 1634/2020 pubbl. il 03/12/2020 RG n. 98/2018

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza definitiva del 12.12.2017, il Tribunale del lavoro di Trani: 1) condannava l'INPS, quale gestore del fondo di garanzia, a pagare a --- ---, dipendente della s.r.l. --- sino al 31.12.2014, € 1.269,76 a titolo di TFR ed €

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

916,44 a titolo di ultima mensilità di retribuzione, oltre agli accessori di legge; b) poneva le spese processuali a carico dell'ente previdenziale. L'INPS proponeva appello, con ricorso depositato il 18.1.2018, dolendosi dell'erroneità della sentenza di primo grado per i motivi che di seguito si riepilogano e si valutano e chiedendo che, in riforma della pronuncia impugnata, la domanda attorea fosse disattesa. Il --- resisteva e concludeva per il rigetto del gravame. Si acquisivano i documenti prodotti dalle parti e il fascicolo del giudizio di primo grado. In data odierna – previa trattazione della controversia tempestivamente disposta per iscritto, ai sensi dell'art. 221, 4° co., d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da Covid-19), convertito, con modificazioni, in l. 17 luglio 2020, n. 77 – si svolgeva la camera di consiglio fra i Magistrati del Collegio composto in base alla tabella della Corte, dopodichè si procedeva alla pubblicazione del dispositivo in forma cartacea mediante deposito in Cancelleria. MOTIVI DELLA DECISIONE Il Tribunale del lavoro di Trani ha accolto la domanda attorea ritenendo che, potendosi valutare in via incidentale la non fallibilità dell'ex datore di lavoro sia per condizioni soggettive sia per ragioni oggettive, nella specie, da un lato, risultava tale circostanza, dall'altro, il lavoratore aveva offerto prova adeguata di un serio tentativo di esecuzione forzata individuale. L'appello dell'INPS si articola in più doglianze: 1) competenza esclusiva del Tribunale fallimentare per la verifica delle condizioni di legge concernenti la fallibilità del datore di lavoro; 2) necessità di adire il Tribunale fallimentare anche nel caso di esiguità del credito azionato rispetto alla soglia di €30.000 fissata dalla legge per l'avvio del procedimento concorsuale; 3) inidoneità dell'istanza amministrativa siccome sfornita della documentazione necessaria a vagliare la richiesta; 4) inadeguatezza della prova dell'insufficiente garanzia patrimoniale del debitore; 5) pignoramento mancato e non infruttuoso; 6) attività ancora in corso della società ex datrice.

In ordine all'eccezione non conformità a legge dei motivi dell'appello, l'atto di gravame soddisfa la regola processuale novellata nel 2012, quanto meno, alla stregua del criterio elaborato da Cass. 5.2.2015, n. 2143, secondo cui <> (massima). Cass., Sez. Un., 16.11.2017, n. 27199, ha confermato che <> (massima). Cass. 27.10.2009, n. 22647: <> (massima). Cass. 29.5.2012, n. 8529: <> (massima). Il recente ripensamento della Corte regolatrice consente di aggiungere ulteriori spunti argomentativi ai profili già esaminati dianzi in disaccordo con il criterio adottato da Cass, 1887/20: A) <>; B) la tesi secondo cui l'eventuale superamento della soglia debitoria complessiva di €30.000 potrebbe essere accertata soltanto in sede fallimentare nel concorso degli altri creditori, in realtà, vale soltanto a porre <>; C) nei gradi del processo successivi al primo, conta pure il tipo di doglianza che l'INPS abbia prospettato, se parte impugnante, essendo necessaria la contestazione circa <> del datore di lavoro, mentre non basta la mera censura <> abbia <> previdenziale del grado precedente <>. ----- Facendo applicazione di questi principi nella presente controversia, con valutazione riferita ai fatti documentati e idonea a corrispondere anche alle doglianze dell'INPS dianzi riepilogate sub 4), 5) e 6), si apprezza la sufficienza, ai fini dell'attivazione della tutela previdenziale apprestata dal fondo INPS di garanzia, delle seguenti circostanze: I) concessione al --- del decreto ingiuntivo n. 81 del 12.2.2016 da parte del Tribunale del lavoro di Trani per il pagamento di €1.269,76, oltre agli accessori e alle spese, a titolo di TFR; II) mancata notifica del corrispondente precetto alla s.r.l. ---, non essendo stata rinvenuta <> bensì soltanto <> (informa la relata); III) notifica del precetto alla s.r.l. --- il; IV) diffida accertativa ex art. 12 d.lgs 124/04 emessa dalla DTL di Bari a carico della società ex datrice con riferimento sia al TFR di €1.269,76 sia all'ultima mensilità di dicembre 2014 dell'importo di €916,44; V) verbale del pignoramento tentato infruttuosamente dal ---, il 30.3.2016, in ---, recante la dichiarazione del rappresentante legale della s.r.l. --- <>; VI) certificazione dell'Agenzia delle Entrate attestante l'impossibilità di beni immobili in capo alla società debitrice. Non sfugge che la certificazione CCIA versata dall'INPS indica la sede legale della s.r.l. ---, e la dicitura <>, ma trattasi di estratto in data 31.5.2017, cioè di epoca successiva rispetto all'introduzione di questa controversia dinanzi al Tribunale del lavoro di Trani mediante ricorso depositato il 10.10.2016, mentre è ancora precedente l'attività esecutiva intrapresa e curata dal ---, seriamente, sia presso la sede legale della società risultante dal decreto ingiuntivo (non opposto, per quanto consta) e dai fogli paga (in ---), sia presso l'abitazione della ----. In ordine alla latitudine del dovere di diligenza esigibile dal lavoratore/creditore precedente, è <> (da ultimo, Cass. 7.7.2020, n. 14020). In coerenza con il citato criterio decisionale che deve presiedere alla statuizione da rendere in appello, si evidenzia, infine, che l'INPS, parte soccombente in primo grado, era onerato di fornire elementi di giudizio idonei a sovvertire la pronuncia la cui riforma è stata chiesta mediante il gravame. Di tal genere potevano essere la produzione della sentenza dichiarativa del fallimento della s.r.l. --- oppure riscontri contabili attestanti la fallibilità della stessa prima dell'introduzione di questa controversia previdenziale a iniziativa del lavoratore, oppure documenti probanti l'esistenza di beni fruttuosamente aggredibili; ma ciò non è avvenuto. ----- Quanto alla doglianza dell'INPS dianzi riepilogata sub 3), non è dubitabile che, fissato dalla normativa primaria il criterio di selezione degli aventi diritto alle prestazioni previdenziali e assistenziali, la cernita sia condotta in concreto dagli enti gestori mediante un'attività complessa, della quale efficienza e uniformità sono garantite dalla normativa secondaria prodotta dagli stessi enti che devono applicarla. Tuttavia, non deve avvenire che

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

le disposizioni destinate a consentire l'attuazione della legge scantonino da tale finalità e producano l'effetto di condizionare negativamente la fruizione dei diritti mediante addizioni senz'altro impeditive o che risultino di ostacolo e, in tal caso, siano prive di un'adeguata giustificazione funzionale. E' compito del giudice presidiare questo snodo, rilevarne gli attriti e liberare dagli ingombri la corsia che deve condurre alla decisione sulla domanda di riconoscimento del diritto. Occupandosi del fondo di garanzia, Cass. 19.4.2010, n. 9231, ha ritenuto che il potere di organizzazione e regolamentazione attribuito dalla legge all'INPS, in riferimento alla determinazione della documentazione da allegare alla domanda del lavoratore, deve essere esercitato secondo criteri di ragionevolezza, così da non vanificare l'esercizio dei diritti riconosciuti al lavoratore. Ciò detto in generale, non ha pregio la doglianza dell'INPS secondo cui l'istanza amministrativa presentata dal --- sarebbe inidonea siccome sfornita della documentazione necessaria a vagliare la richiesta. Infatti, risulta che il lavoratore ha prodotto all'ente gestore (cfr. lettera raccomandata A/R del 31 maggio - 4 giugno 2016), a corredo della richiesta ante causam, tutti i documenti sopra menzionati ai numeri da I) a VI, nonché copia dell'istanza on line, copia del modello TFR/CL, copia del modello TFR 3, copia del documento di identità, il codice fiscale, il permesso di soggiorno, il CUD 2015 e il foglio paga di novembre 2014; laddove la successiva missiva INPS 26.8.2016 sollecitava la produzione soltanto del titolo esecutivo e del verbale di pignoramento negativo (sebbene in originale). ----- Poiché altre questioni non sono state devolute, la conclusione è il rigetto dell'appello dell'INPS. Confermata la sentenza del Tribunale del lavoro di Trani, le spese di gravame seguono la soccombenza dell'ente previdenziale, che qui viene ribadita, nell'importo e con le modalità di pagamento specificati nel dispositivo. L'appellante, avendo pagato il contributo unificato di €64,50, dovrà versare una ulteriore somma di pari importo ai sensi dell'art. 13, 1° co. quater, t.u. 115/02.

P. Q. M.

La Corte di Appello di Bari, Sezione lavoro, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dall'INPS, con ricorso depositato il 18.1.2018 avverso la sentenza resa dal Tribunale del lavoro di Trani in data 12.12.2017 nei confronti di --- ---, così provvede: rigetta l'appello; conferma l'impugnata sentenza; condanna l'INPS a pagare all'Avv. -----, dichiaratosi anticipatario, le spese di questo giudizio di gravame liquidate in €1.200,00, oltre agli accessori di legge; dichiara che l'INPS è tenuto a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'appello.

Così deciso in Bari, il 5 novembre 2020 Il Presidente estensore Dott. Sebastiano L. Gentile

La decadenza nella cessione d'azienda in frode alla legge

A cura di Giuseppe De Lucia e Cristiano Penno avvocati giuslavoristi in Bari

TRIBUNALE DI BARI
Sezione lavoro
Sentenza parziale n. 78/2021 - GL: Tedesco

Altro problema riguarda la possibilità o meno di riferire la decadenza alle azioni in cui sia stato specificamente domandato l'accertamento della nullità del trasferimento di azienda (o di un ramo di essa) per frode alla legge.

...

Sul piano dogmatico, può osservarsi che, anche nei casi in cui è pacifica l'operatività della decadenza, ossia laddove manchino i requisiti richiesti dall'art. 2112 c.c., viene in rilievo una ipotesi di nullità, per difetto degli elementi essenziali del trasferimento di azienda, come descritti dal legislatore, e, conseguentemente, per mancanza del consenso del contraente ceduto (ossia il lavoratore), ai sensi dell'art. 1460 c.c..

E' quanto – peraltro – può desumersi dalle pronunce rese in sede di legittimità, ove si legge che:

- un legittimo trasferimento d'azienda comporta la continuità di un rapporto di lavoro che resta unico ed immutato, nei suoi elementi oggettivi, “esclusivamente nella misura in cui ricorrano i presupposti di cui all'art. 2112 cod. civ., che, in deroga all'art. 1406 cod. civ., consente la sostituzione del contraente senza consenso del ceduto” (Cass. civ., Sez. lav., 11/11/2019, n. 29091);
- il trasferimento del rapporto si determina solo quando si perfeziona una fattispecie traslativa conforme al modello legale, in caso contrario, “ove si verifichi una invalidità della cessione (per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 2112 cod. civ.), quel rapporto di lavoro non si trasferisce e resta nella titolarità dell'originario cedente” (Cass. civ., Sez. lav., 07/08/2019, n. 21158).

Se allora la decadenza già trova spazio, in modo pacifico, nei casi di nullità della cessione del lavoratore per difetto dei presupposti fondamentali del trasferimento d'azienda e, quindi, per mancanza della volontà del ceduto (cfr. art. 1418 comma 1° c.c.: nullità strutturale, per carenza dei requisiti essenziali ex art. 1325 c.c.), non v'è ragione per la quale essa sia esclusa rispetto alla ulteriore ipotesi di nullità per frode alla legge.

In altri termini, se il legislatore ha già ammesso che, nei confronti dei lavoratori, possano

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

stabilizzarsi, in virtù della maturata decadenza, gli effetti di un trasferimento d'azienda privo dei suoi imprescindibili requisiti, altrettanto deve dirsi per il caso in cui il mutamento soggettivo della titolarità del complesso dei beni d'impresa, pur astrattamente conforme al modello legale, sia stato attuato per finalità elusive di altre norme di legge.

In ambedue i frangenti, lo si ribadisce, l'interesse dei dipendenti, presidiato dalla sanzione di nullità, viene contemperato da altro interesse pubblico alla stabilità dei traffici economici ed alla certezza del diritto.

...

E' vero che, trattandosi di una limitazione temporale per l'esercizio dell'azione giudiziaria, si impone una interpretazione particolarmente rigorosa della decadenza (Cass. civ., Sez. lav., 25/05/2017, n.13179).

Tale rigorosità deve, però, “confrontarsi necessariamente con i limiti previsti dalla nostra Costituzione (artt. 2, 111 e 117), dal diritto eurounitario (art. 47 della Carta di Nizza, in considerazione della natura della controversia che riguarda il tema della successione in un ramo di azienda) e dal diritto convenzionale (artt. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), nel senso che occorre pur sempre tenere conto dei possibili profili di illegittimità con riguardo ad un ambito applicativo di tipo estensivo” della norma in questione (si veda, di nuovo, Cass. civ., Sez. lav., 09/03/2020, n. 6649).

PARTE PRIMA:

EVOLUZIONE STORICA DELLA DECADENZA NELL'ESERCIZIO DELLA AZIONE NEL DIRITTO DEL LAVORO

di Giuseppe De Lucia avvocato giuslavorista in Bari

Le tradizionali ipotesi di decadenza legale

Va necessariamente premesso che secondo il tradizionale orientamento temi come quelli della decadenza e della prescrizione attengono maggiormente alla posizione del lavoratore, soggetto normalmente svantaggiato e di norma creditore, cioè ricorrente; si tratta infatti di istituti che potrebbero limitare in maniera anche definitiva (fino cioè ad impedirla) una già notevole difficoltà nell'esercizio dei propri diritti.

In questa materia, quindi, assistiamo ad un difficile equilibrio di contrapposti interessi, poiché il legislatore non può perdere di vista l'esigenza di assicurare effettività a interessi di rilevanza costituzionale.

Soprattutto questa ultima affermazione sembra aver guidato il legislatore per moltissimo tempo; la scelta operata, che ha resistito a lungo, è stata infatti quella di introdurre e mantenere termini di decadenza alle sole discipline delle rinunzie e transazioni (art. 2113 c.c.) e del licenziamento (art. 6 l. 604/66). Una ulteriore ipotesi riguarderebbe la facoltà di dimissioni in tronco prevista dal quarto comma dell'art. 2112 c.c. - da esercitarsi nel termine di tre mesi in caso di “sostanziale modifica delle condizioni di lavoro“ a seguito di trasferimento di azienda – anche se trattasi di facoltà che il lavoratore ben raramente ha interesse a

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

esercitare.

Le ipotesi di decadenza convenzionale

Su questo quadro di “diffidenza” da parte del legislatore, che ha relegato l'istituto della decadenza in una posizione tutto sommato defilata nel mondo del diritto e del processo del lavoro, si sono innestate le ipotesi di decadenza previste da alcuni contratti collettivi nazionali di lavoro, suscitando ulteriori perplessità, soprattutto in considerazione del potenziale conflitto con l'art. 2968 c.c., secondo il quale le parti non possono modificare la disciplina legale della decadenza né possono rinunciare alla decadenza medesima se questa è stabilita dalla legge in materia sottratta alla disponibilità delle parti.

Su tale ultima precisazione ha fatto leva la dottrina per escludere tale conflitto, affermando che l'art. 2968 c.c. non pare precludere la possibilità delle parti collettive di introdurre termini di decadenza per l'esercizio dei diritti patrimoniali del prestatore di lavoro; tali diritti, infatti, devono essere ricondotti alla categoria della inderogabilità ma non a quella della indisponibilità (all'ovvia condizione che siano già entrati nella sfera giuridica del lavoratore, al quale è infatti precluso rinunciare a diritti eventuali e futuri).

Queste clausole di decadenza sono state quindi ricondotte alla fattispecie di cui all'articolo 2965 c.c., che prevede la nullità del patto con cui si stabiliscono termini di decadenza che rendono eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto.

La giurisprudenza ha così avuto un facile *assist* nel consolidare il proprio tradizionale metodo di scrutinio sottoponendo tali clausole ad un doppio vaglio di legittimità nei confronti di norme inderogabili di legge.

Applicando tale metodo, infatti, la giurisprudenza verifica innanzitutto se il termine decadenziale introdotto dalle parti sia rispettoso del requisito di congruità di cui all'art. 2965 c.c., ovvero, non sia tale da rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto, avuto riguardo, ad esempio, alla brevità del termine, oppure alla particolare situazione del soggetto obbligato a svolgere l'attività prevista per evitare la decadenza.

Si è precisato in proposito che tale valutazione di congruità debba tenere in debito conto soprattutto la connaturale condizione di inferiorità del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, alla luce della quale si è determinata la giurisprudenza della Corte costituzionale e della Cassazione, che hanno fissato il principio della non decorrenza della prescrizione per i crediti retributivi durante tutto il corso del rapporto di lavoro, quando questo non è dotato di stabilità. L'esempio classico che si usa utilizzare a questo punto del discorso concerne la clausola del contratto collettivo che imponga al lavoratore di impugnare rinunzie o transazioni in un termine inferiore rispetto a quello previsto dall'art. 2113 c.c.; in tale ipotesi, tale clausola è stata dichiarata nulla, per contrasto con l'art. 2113 c.c., ed è stata sostituita di diritto, ai sensi del comma 2 dell'art. 1419 c.c., dalla norma imperativa violata, e cioè dallo stesso art. 2113 c.c.

Il secondo elemento tradizionalmente valutato per sottoporre al vaglio di legittimità tali clausole è stata la individuazione del *dies a quo* del termine

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

decadenziale: potrebbe infatti essere ritenuta contraria al principio di congruità di cui all'art. 2965 c.c. una clausola di decadenza contrattuale che preveda la decorrenza del termine decadenziale nel corso del rapporto di lavoro, nell'ambito di un rapporto contrattuale sprovvisto di stabilità reale, sulla base dei principi espressi, con riferimento al differente istituto della prescrizione, dalla Corte Costituzionale.

A questa conclusione la giurisprudenza è infatti giunta equiparando la decadenza dell'esercizio di un diritto ad una rinuncia di fatto ex art. 2113 c.c., con un ragionamento del tutto analogo a quello seguito dalla Corte Costituzionale in materia di prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore in costanza di rapporto di lavoro. Si impone pertanto una distinzione tra rapporti di lavoro sorretti da stabilità reale e rapporti di lavoro ai quali si applica la tutela meramente obbligatoria e quindi risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo; nel primo caso, stante l'assenza del *metus* del prestatore di lavoro di subire la risoluzione del rapporto, la clausola contrattuale di decadenza è stata considerata legittima anche se prevede che il termine decadenziale decorre in costanza di rapporto; nel secondo caso, viceversa, la clausola contrattuale è da considerarsi legittima solo a condizione che preveda la decorrenza della decadenza dalla data di cessazione del rapporto di lavoro, stante la innegabile sussistenza del *metus*.

Va da sé che tale dibattito è stato, negli ultimi anni, oggetto di drastica riconsiderazione, considerato dapprima il mix di tutela reale e obbligatoria contenuto nel nuovo testo dell'art. 18 SL (come cioè riformulato dalla legge Fornero nel 2012), ed in seguito – per i nuovi assunti – a seguito del cd. contratto “a tutele crescenti” introdotto dal Jobs Act nel 2015, per il quale si prevede una tutela contro i licenziamenti illegittimi ulteriormente depotenziata.

L'art. 32 della legge 183\2010

L'intervento normativo in questione è stato considerato una vera e propria svolta normativa, dal momento che esso ha:

- modificato la disciplina dettata per l'impugnazione dei soli licenziamenti dall'art. 6, l. n.604/1966, imponendo un doppio termine, rispettivamente per la proposizione dell'impugnazione stragiudiziale e l'avvio dell'azione giudiziale;
- esteso tale nuovo regime ad un ampio ventaglio di fattispecie, che coinvolgono fondamentali diritti del lavoratore: diritti che, qualora la decadenza si realizzi, per decorrenza anche di uno solo di tali termini, vengono irrimediabilmente pregiudicati.

Va necessariamente premesso che la travagliata genesi della legge 183\2010 (che ha avuto sette letture in Parlamento, un rinvio alle Camere da parte del Capo dello Stato, più di due lunghi anni di gestazione che hanno appesantito il testo normativo, portandolo da nove a cinquanta articoli) ha comportato notevoli reazioni trasversali alla legge; il primo ad intervenire fu Pietro Ichino, con un suo duro intervento intitolato “Come non si dovrebbero scrivere le leggi”; era anche generalmente condivisa l'impressione che il chiaro intento deflattivo delle nuove misure avesse comportato una maggiore difficoltà nell'esercizio dei

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 ***(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)***

diritti, sino quasi – addirittura - a scoraggiare il processo.

In effetti nell'immediatezza della approvazione della legge (e quindi prima degli ulteriori interventi normativi di cui si dirà), la *ratio* della norma era individuata nella sua potenzialità sia deflattiva del contenzioso, sia acceleratoria, essendo la norma chiaramente volta a limitare il fenomeno delle cd. vertenze quiescenti, quelle cioè grazie alle quali ai lavoratori era consentito procrastinare, anche di anni e secondo i propri personali interessi, l'iniziativa giudiziaria. Proprio questa ultima considerazione, col tempo, ha finito per porre definitivamente l'attenzione su quella che è stata considerata la vera caratteristica intrinseca della norma, che non risponderebbe propriamente ad un interesse pubblico (quale quello riferibile alle norme volte a decongestionare i Tribunali), ma, piuttosto, all'interesse del sistema delle imprese ad una rapida soluzione di determinate e particolarmente delicate tipologie di contenzioso: un interesse, quindi, "di parte" (per questo, in sede processuale, la decadenza rimane oggetto di eccezione in senso stretto), ma comunque riferibile all'art. 41 Cost..

Così, una delle esigenze più volte segnalate dalla dottrina era quella di evitare il cd. meccanismo di "condanna incrementale" cui poteva andare incontro il datore di lavoro cui, magari a distanza di anni, veniva notificato un ricorso giudiziale; il risarcimento del danno era di fatto parametrato al decorso del tempo intercorrente tra la data della messa in mora del datore di lavoro sino alla sentenza. A tale effetto perverso la giurisprudenza aveva cercato di porre rimedio, argomentando anche ex art. 1227 c.c., con il meccanismo – tuttavia mortificato dalle note difficoltà probatorie – della detrazione dell'*aliunde perceptum vel percipiendum*. Era comunque pressoché unanime la convinzione della opportunità di introdurre dei termini per l'impugnazione.

Va comunque riferito – una volta accettata l'idea di imporre un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione - un generale orientamento condivisivo della scelta operata dal legislatore in ordine alla congruità del termine assegnato al lavoratore per l'esercizio giudiziale dei propri diritti, sempre superiore a sei mesi; termine che si sposa al principio di tempestività nella proposizione della azione giudiziaria: in fondo, un eccessivo ritardo nella promozione della vertenza può considerarsi significativo del difetto di un effettivo stato di bisogno del lavoratore.

Anche la Corte costituzionale, chiamata ad occuparsi di un profilo particolare (era stata censurata soltanto la disparità di trattamento che l'art. 32 ha posto, nella disciplina transitoria, tra i contratti a termine e le altre fattispecie previste), e pur assumendo, per questo, che oggetto del giudizio erano "*in via esclusiva le modalità con le quali il legislatore ha disciplinato la previsione del termine di decadenza (...) e non anche la stessa previsione di detto termine o la congruità del medesimo*", ha comunque riconosciuto che "*la ratio di tale disciplina si rinviene in una pluralità di esigenze*" meritevoli di tutela (Corte cost., 4.6.2014 n. 155).

La norma, dunque, ha introdotto termini di decadenza in tema di licenziamenti, recessi, contratti a termine, trasferimento del dipendente, nonché "*in ogni altro caso in cui [...] si chieda la costituzione o l'accertamento di un*

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto” (dunque, in caso di somministrazione, appalto e distacco illegittimi o comunque ogni volta che si lamenti la mera apparenza della titolarità di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto) e, infine, nella ipotesi di trasferimento di azienda; occorre qui soffermarsi, per necessaria brevità in questa sede, esclusivamente su tale ultimo aspetto, maggiormente attinente alla decisione in commento.

L'intervento normativo si è svolto nella seguente maniera: l'art. 32, co. 4, lett. c), l. n.183/2010, impone l'applicazione del novellato art. 6, l. n. 604/1966, anche all'ipotesi di “*cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 del codice civile*”.

L'imprecisione della terminologia usata dal legislatore è evidente: l'art. 2112 c.c., infatti, non prevede una cessione del contratto (art. 1406 c.c.), ma una ben diversa fattispecie di trasferimento *ex lege* della titolarità del rapporto, sul lato del datore di lavoro.

Si discute se la disciplina operi non solo quando il lavoratore contesti la legittimità di tale trasferimento, invocando la permanenza del proprio rapporto in capo al cedente, ma anche nell'ipotesi inversa, nella quale l'interessato vanti il diritto, negatogli, a proseguire il rapporto presso il cessionario: in entrambi i casi, invero, si discute dell'imputazione del rapporto in capo all'uno o all'altro datore di lavoro, e quindi assume eguale rilievo la finalità, perseguita dal legislatore, di far emergere celermente un contenzioso suscettibile di incidere sulla consistenza occupazionale del plesso aziendale. La giurisprudenza sembrerebbe orientata per la soluzione negativa, svincolando dal rispetto del termine di decadenza l'azione di quei lavoratori che cerchino di essere assunti dal cessionario: il Supremo Collegio (Corte di Cassazione, sezione lavoro, 10 aprile 2019, n. 10044) afferma infatti che l'art. 32 comma 4 L. n. 183/2010 prevede l'applicabilità anche alla cessione del contratto di lavoro, avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c., delle disposizioni in materia di impugnazione del licenziamento di cui all'art.6 L. n. 604\66, allorquando venga impugnata la suddetta cessione, ma non nel caso in cui la si persegua. Per la giurisprudenza di merito, si veda Corte di Appello di Roma, 24 aprile 2018, secondo cui, in concreto, possono determinarsi due diverse situazioni, speculari fra loro e, in particolare:

- quella in cui il lavoratore dipendente dell'azienda cedente lamenti il mancato passaggio presso l'azienda subentrante;
- e l'ipotesi inversa, in cui il lavoratore contesti la legittimità del trasferimento d'azienda ai sensi dell'art. 2112 c.c. e il proprio conseguente passaggio alle dipendenze dell'azienda cessionaria.

In conformità con tali decisioni, va specificato che sussistono una pluralità di ragioni per escludere l'applicazione del termine di decadenza alla prima ipotesi, in quanto:

- l'art. 32, L. n. 183/2010 menziona esclusivamente la cessione del contratto di lavoro intervenuta ex art. 2112 c.c. e non già la cessione d'azienda, fattispecie, quest'ultima, che non contempla una comunicazione dell'avvenuto trasferimento e, dunque, non consente di individuare un *dies a quo* dal quale far decorrere, con certezza, il termine

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

decadenziale previsto dalla norma. Ragionando altrimenti, verrebbero vanificate ab origine le istanze di tutela del lavoratore in ipotesi di trasferimento d'azienda, giacché sarebbe oltremodo iniquo richiedergli il rispetto del termine decadenziale di sessanta giorni per l'impugnativa di un atto del quale lo stesso non ha (e non potrebbe avere) alcuna giuridica contezza.

- l'art. 32, L. n. 182/2010 è norma di stretta interpretazione poiché, avendo introdotto un duplice termine decadenziale, si traduce – come sopra ricordato - in una limitazione del diritto di azione del lavoratore che, in quanto tale, deve sottoporsi ad un'interpretazione rigorosa, non essendo ammissibile l'applicazione analogica o, comunque, l'estensione della stessa a fattispecie non espressamente contemplate.

Parimenti, va rammentato che la giurisprudenza di legittimità aveva già (Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, 25 maggio 2017, n. 13179) escluso che il più volte citato termine decadenziale trovi applicazione nell'ipotesi in cui il lavoratore nel domandare la costituzione, *ex novo*, del proprio rapporto lavorativo con il nuovo appaltatore, giacché, in tal caso, “non rivendica un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal “titolare del rapporto”, come recita la norma oggetto di esame, perché il lavoratore non pone in discussione la legittimità o la validità del precedente rapporto né la validità della sua cessazione o della sua modificazione”; questa decisione peraltro si innestava in un conforme orientamento di merito, tra cui si segnala Trib. Lav. Roma, 24 maggio 2016.

Una diversa soluzione, quindi, colliderebbe con la natura imperativa ed eccezionale del citato art. 32, che in quanto tale non può essere oggetto di interpretazioni estensive e/o analogiche, rendendo particolarmente ardua l'individuazione del *dies a quo* dal quale computare la decadenza.

Norma retroattiva ?

Altra questione aperta sino a poco fa era quella della applicabilità della normativa del 2010 alle operazioni di cessione avvenute precedentemente alla modifica legislativa e della sua entrata in vigore (24 novembre 2010).

Nell'escludere tale retroattività, la Corte di Cassazione di recente (Corte di Cassazione 9 marzo 2020 n. 6649), ha chiarito – peraltro in linea con quanto sin qui esposto - che la finalità della legge è quella di contrastare pratiche di rallentamento dei tempi del contenzioso giudiziario che finirebbero per provocare una moltiplicazione degli effetti economici in caso di eventuale sentenza favorevole e di stabilizzare le posizioni giuridiche delle parti in situazioni in cui si ha l'esigenza di conoscere, con precisione ed entro termini ragionevoli, se e quanti lavoratori possono far parte dell'organico aziendale.

Tuttavia, trattandosi di una limitazione temporale per l'esercizio dell'azione giudiziaria definita dalla stessa Corte “di non poco conto”, tanto da ribadire che la norma oggetto di esame abbia carattere di eccezionalità, si impone un'interpretazione particolarmente rigorosa, soprattutto con riguardo alla fattispecie di chiusura prevista dall'art. 32, 4° comma, lett. d), e cioè “ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

10 settembre 2003, n. 276, si chiede la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”.

Tale rigosità deve confrontarsi necessariamente con i limiti previsti dalla nostra Costituzione (art. 2, 111 e 117), dal diritto eurounitario (art. 47 della carta di Nizza, in considerazione della natura della controversia che riguarda il tema della successione in un ramo di azienda) e dal diritto convenzionale (art. 6 della convenzione europea dei diritti dell'uomo), nel senso che occorre pur sempre tenere conto dei possibili profili di illegittimità con riguardo ad un ambito applicativo di tipo estensivo o analogico della norma in questione.

Sempre sotto il profilo esegetico della legge, la Corte ribadisce che l'interpretazione letterale è il primo criterio interpretativo e, solo quando questo non sia chiaro ed univoco, il significato e la connessa portata precettiva possono essere integrati con l'esame complessivo del testo e della *mens legis*; nel caso in esame il dato da cui partire è rappresentato dal fatto che la giurisprudenza di legittimità ha più volte esaminato, sia pure in materie diverse, il problema attinente alla determinazione dell'incidenza di una legge sopravvenuta che introduce *ex novo* un termine di decadenza in una situazione ancora pendente

A parere di chi scrive, la previsione di un termine di decadenza da parte del legislatore certamente non può avere effetto retroattivo e, cioè, non può fare considerare maturato, in tutto o in parte, un termine facendolo decorrere prima dell'entrata in vigore della legge che l'abbia istituito.

Si è infatti affermato in giurisprudenza, conformemente, che ove una modifica normativa introduca un termine di decadenza prima non previsto, la nuova disciplina si applichi anche alle situazioni soggettive in essere, ma la decorrenza del termine viene fissata con riferimento alla entrata in vigore della modifica legislativa. Il tutto in un'ottica di bilanciamento di due contrapposte esigenze, ovverosia, da un lato, quella di garantire l'efficacia del fine sollecitatorio perseguito dal legislatore con l'introduzione del termine decadenziale e, dall'altro, quella di tutelare l'interesse del privato, onerato della decadenza, a non vedersi addebitare un comportamento inerte allo stesso non imputabile (cfr. *ex multis* Cass. n. 13355 del 2014).

La stessa Corte costituzionale ha peraltro affermato che l'intervento normativo successivo può incidere non solo su situazione di mero affidamento, ma anche su diritti soggettivi (Corte cost. 18 ottobre 2010, n. 302; e 24 luglio 2009, n. 236).

Tuttavia l'applicazione di detti principî, secondo la giurisprudenza sopra richiamata, richiede due condizioni:

- (a) la prima, è rappresentata dal fatto che in precedenza non era prevista, per la fattispecie in esame, alcun termine di decadenza;
- (b) la seconda, è costituita dal fatto che non sia disciplinata la fase transitoria tra i due regimi normativi.

La questione si sposta, pertanto, nell'accertare se possa considerarsi presente, nella disposizione in commento, un passaggio letterale o logico-sistematico che possa chiarire se vi sia stata una *voluntas legis* circa l'individuazione della decorrenza dell'ambito operativo della norma, tale da

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

manifestarsi appunto quale espressione di diritto intertemporale.

Deve pertanto porsi l'attenzione sulla locuzione utilizzata dal legislatore: “*con termine decorrente dalla data del trasferimento*”. Dalla lettura di tale testo si evince che il legislatore non si è limitato a specificare solo la tipologia della fattispecie contrattuale ora sottoposta a decadenza, ma individuando esattamente il termine da cui fare decorrere la stessa, ha di fatto limitato il campo di applicazione temporale della norma unicamente alle cessioni di contratti di lavoro in cui la data del trasferimento, ex art. 2112 c.c., sia successiva alla data di entrata in vigore della l. n. 183 del 2010.

Invero, esclusa - come detto in precedenza - la natura retroattiva della legge che ha introdotto un termine di decadenza prima non previsto e ha statuito in modo specifico un momento particolare per l'individuazione della decorrenza da cui computare la decadenza, la specifica indicazione del momento della «*data del trasferimento*» deve essere inteso, pertanto, come il *dies a quo* del termine di decadenza, e non come fatto generatore della decadenza medesima (che è invece il tempo) e, quindi, riveste - per usare le parole della Corte - “*una bivalenza esegetica che lo contraddistingue sia come elemento cronologico (da cui appunto far decorrere il termine) che quale espressione di diritto intertemporale diretta a disciplinare l'applicabilità del nuovo regime rispetto ad ipotesi in precedenza non soggette a decadenza.*”

Tale conclusione trova poi conforto, sotto il profilo logico-sistematico, nell'assenza, nel 4° comma dell'art. 32, di un'analogia disposizione a quella prevista per i contratti a termine, ove invece è stata disciplinata chiaramente l'ipotesi anche per quelli già scaduti.

Alla stregua di quanto esposto, si ritiene che alle cessioni di contratti di lavoro, ai sensi dell'art. 2112 c.c., il cui trasferimento sia avvenuto prima della entrata in vigore della l. n. 183 del 2010, non si applichi il termine di decadenza di cui all'art. 32, 4° comma, lett. c).

Norma ultrattiva ?

Le conseguenze della intervenuta decadenza sono peraltro irrimediabili e ripercuotono i propri effetti anche oltre la validità dell'atto di trasferimento.

Lo sostiene, peraltro fondatamente, il Giudice del Lavoro del Tribunale di Catanzaro in una ancor più recente sentenza (3 febbraio 2021), trovatosi a giudicare del licenziamento di un lavoratore che era stato trasferito ad altra sede di lavoro a seguito di una cessione di azienda; egli, non presentatosi sul nuovo posto di lavoro, era stato licenziato per giusta causa, ed aveva impugnato il licenziamento, senza prima aver impugnato la - precedente - cessione di azienda.

Il giudicante pertanto si chiede se la avvenuta cessione di azienda ed il conseguente trasferimento che ne è derivato, possano essere considerate, sia pure incidentalmente e pur a fronte della decadenza ormai maturata, al fine di vagliare la legittimità del licenziamento irrogato al ricorrente e ritualmente impugnato.

Va da sé che quando alla base di un provvedimento espulsivo vi sia la contestazione dell'assenza del lavoratore dal luogo di lavoro e quando il lavoratore qualifichi detta assenza come legittimo rifiuto (ai sensi dell'art. 1460

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

c.c.), di esecuzione della prestazione a fronte del disposto trasferimento, è sulla legittimità di quest'ultimo che deve essere condotto l'esame della domanda. Il presupposto della legittimità o della illegittimità del trasferimento, infatti, è la validità o invalidità della vicenda circolatoria che ne è alla base.

Ebbene, laddove non sia stata impugnata la cessione, tale esame incidentale è impedito dal maturare della decadenza. Il regime introdotto dal Collegato lavoro, infatti, è articolato in successivi e connessi termini di decadenza, la cui inosservanza preclude con effetto sostanziale l'esercizio dei diritti connessi.

A conforto di questa tesi può essere utilmente citata un'acuta osservazione dottrinale: l'inefficacia dell'impugnazione comporta effetti di natura sostanziale, consistenti nella decadenza del lavoratore dall'azionabilità in giudizio dei diritti rivendicabili in ragione della illegittimità delle fattispecie recate dall'art. 32, commi 1-4, l. n. 183/2010. Il decorso dei termini decadenziali, dunque, preclude l'azionabilità dei diritti del lavoratore, tanto in via di azione, quanto in via di eccezione.

Va anche sottolineato come "l'ordinamento preveda per la risoluzione del rapporto di lavoro una disciplina speciale, diversa da quella ordinaria, all'interno della quale è stato inserito un termine breve di decadenza (sessanta giorni) per l'impugnazione del licenziamento da parte del lavoratore (L. n. 604 del 1966, art. 6, v. anche L. n. 223 del 1991, art. 5, comma 3) all'evidente fine di dare certezza ai rapporti giuridici e garanzia della certezza della situazione di fatto determinata dal recesso datoriale, ritenendo tale certezza valore preminente. Ne consegue che al lavoratore che non abbia impugnato nel termine di decadenza suddetto il licenziamento è precluso il diritto di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del recesso e di conseguire il risarcimento del danno, nella misura prevista dalle leggi speciali (L. n. 604 del 1966, art. 8 e L. n. 300 del 1970, art. 18).

Pertanto, se tale onere non viene assolto, il giudice non può conoscere della illegittimità del licenziamento neppure per ricollegare, di per sé, al recesso conseguenze risarcitorie di diritto comune. La decadenza, infatti, impedisce al lavoratore di richiedere il risarcimento del danno secondo le norme codicistiche ordinarie, nella misura in cui non consente di far accertare in sede giudiziale la illegittimità del licenziamento (così Corte di Cassazione, sez. lav., 19 maggio 2016, n.10343).

Per quel che attiene, quindi, all'ipotesi dell'impugnazione del trasferimento, è stato affermato che il termine per l'impugnazione del trasferimento disposto ai sensi dell'art. 2103 c.c. decorre dalla data di ricezione della lettera di trasferimento anche nel caso in cui, per effetto della mancata ottemperanza, segua un distinto atto di licenziamento autonomamente impugnabile. Ne consegue che, qualora il ricorrente non abbia provveduto ad impugnare giudizialmente il trasferimento in questione nei termini previsti, la successiva impugnazione del licenziamento, pur collegato di fatto al precedente trasferimento, non rimette in termini ai fini dell'impugnazione del trasferimento, in ossequio all'esigenza di celerità del processo e dell'accertamento dei rapporti in

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

materia di lavoro, sottesa alla disciplina dettata dalla L. n. 183 del 2010

Il maturare della decadenza, dunque, preclude ogni esame, anche in via incidentale, in ordine alla validità tanto dei negozi giuridici intervenuti nel tempo e inerenti l'azienda cui era addetto il lavoratore, quanto del suo trasferimento presso nuova sede.

PARTE SECONDA

IL CASO CONCRETO - L'ANALISI

di Cristiano Penno avvocato giuslavorista in Bari

TRIBUNALE DI BARI
Sezione lavoro
Sentenza parziale n. 78/2021 - GL: Tedesco

In merito alla possibilità o meno di riferire la decadenza alle azioni in cui sia stato specificamente domandato l'accertamento della nullità del trasferimento di azienda (o di un ramo di essa) per frode alla legge deve essere fornita risposta affermativa

La cessione d'azienda (o di un suo ramo), il contratto fraudolento, l'aspettativa del lavoratore alla declaratoria di fraudolenza quale presupposto della tutela di un diritto ritenuto leso, la decadenza quale argine impeditivo di ogni sindacato sulla invocata fraudolenza, l'interesse datoriale alla certezza ed alla stabilità dell'iniziativa imprenditoriali, la certezza del diritto, l'affermazione della forma sulla sostanza; questi sono gli elementi attraverso i quali la sentenza in commento si è dovuta districare, all'interno di un contesto, quale quello della cessione d'azienda, che ha subito, molto spesso, il verificarsi della così detta eterogenesi dei fini.

La soluzione espressa in sentenza è dovuta passare attraverso alcuni paradigmi generali e varie premesse di contesto, sul presupposto,

ben riconosciuto, se non proprio confessato nelle motivazioni, che le tesi respinte *“non sono apparse affatto pretestuose, anche nella parte relativa alle peculiarità della frode alla legge.”*

Nella fattispecie sottoposta al vaglio del Magistrato i ricorrenti avevano impugnato il contratto di cessione di azienda a distanza di diversi anni (quindi ben oltre il termine di decadenza di 60 gg previsto per legge), fondando la legittimità dell'iniziativa processuale sul presupposto che l'atto di cessione fosse da ascrivere alla categoria della frode alla legge, con conseguente nullità del negozio, secondo le prescrizioni codicistiche degli art. 1418 c.c. e 1343 c.c.

Il presupposto a fondamento della fraudolenza del contratto era stata rinvenuta dai ricorrenti

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

nel fatto che detto atto di cessione di ramo di azienda era in realtà nullo in quanto volto a bypassare la normativa sui licenziamenti collettivi, consentendo al cessionario di svincolarsi di un numero rilevante di unità lavorative senza passare attraverso i criteri selettivi della 223/1991.

In altre parole la tecnica utilizzata dal cessionario era consistita (secondo le prospettazioni dei ricorrenti) nel utilizzare un negozio giuridico in sé lecito (cioè la cessione del ramo di azienda) per realizzare mediamente una finalità vietata da una norma imperativa; deducevano, cioè, la consapevole divergenza tra la causa tipica del contratto prescelto e la determinazione delle parti, sostanzialmente indirizzata ad evitare di ricadere nell'applicazione di una norma imperativa.

La tesi contrapposta a detto principio, invece era poggiata sul presupposto per cui la parte ricorrente sarebbe decaduta dall'impugnativa del trasferimento, non occorsa nei termini di legge, con ogni conseguente impossibilità di volgere alcun sindacato in merito alla fraudolenza del negozio giuridico sotteso.

A valle delle prospettate ragioni di fraudolenza del negozio giuridico, delle invocate conseguenti nullità dello stesso e delle contrapposte tesi di intervenuta decadenza quale principio ostativo ad ogni indagine sul punto, si pone la sentenza in commento, che, attraverso un copioso processo motivazionale conclude affermando che al quesito afferente “la possibilità o meno di riferire la decadenza alle azioni in cui sia stato specificamente domandato l'accertamento della nullità del trasferimento di azienda (o di un ramo di essa) per frode alla legge ...deve essere fornita risposta affermativa”.

Ne consegue che se è pur vero che il contratto nullo è sicuramente improduttivo di effetti è altrettanto vero che, allorché il

legislatore abbia previsto un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione giudiziaria, detto termine decadenziale continua a conservare una propria autonomia processuale, anche sul contratto nullo in quanto in frode alla legge. L'indagine processuale cioè deve avvenire secondo i paradigmi procedurali che il nostro ordinamento ha definito, sicché la eventuale fraudolenza dell'atto di cessione non osta alla disciplina delle decadenze.

Una valutazione di segno opposto, effettivamente potrebbe apportare elementi di equivocità e di difficoltà su un tema già caratterizzato da una elevata fluidità dei parametri di giudizio. Infatti, diversamente argomentando ed in ipotesi di accoglimento della interpretazione opposta si potrebbe aprire la stura alla possibilità di una impugnativa da parte dei lavoratori della cessione del ramo d'azienda (e conseguentemente del proprio contratto di lavoro) *sine fine*, proprio sul presupposto che l'atto nullo è improduttivo di effetti per cui impugnabile senza limitazioni temporali alcune. Una interpretazione orientata verso detta soluzione potrebbe contribuire ad accrescere le dispute sulla causa di legittimità della cessione di rami d'azienda.

Ed ecco quindi snocciolato uno degli argomenti a supporto della necessità di dare applicazione agli effetti della decadenza; in sentenza si legge infatti *“accanto all'interesse pubblico presidiato dalle norme imperative (la cui violazione, appunto, implica la nullità dell'atto o di una sua clausola), v'è un interesse di pari rango a preservare il più possibile la stabilità e la certezza dell'iniziativa imprenditoriale (tutelato mediante la decadenza).”*

Deve premettersi che il principio appena espresso, seppure costituisca un solido argomento, non è stato l'unico che ha guidato

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

le motivazioni a supporto dell'accoglimento dell'eccezione di decadenza dall'azione.

Si è parlato innanzi di copioso processo argomentativo non a caso; molteplici sono gli ulteriori assunti spesi in sentenza a supporto del convincimento espresso.

Tra di essi il Magistrato rileva che è pacifica l'operatività della decadenza, anche laddove venga in rilievo una ipotesi di nullità, per difetto degli elementi essenziali del trasferimento di azienda.

Si legge in sentenza: *“Se allora la decadenza già trova spazio, in modo pacifico, nei casi di nullità della cessione del lavoratore per difetto dei presupposti fondamentali del trasferimento d'azienda e, quindi, per mancanza della volontà del ceduto (cfr. art. 1418 comma 1° c.c.: nullità strutturale, per carenza dei requisiti essenziali ex art. 1325 c.c.), non v'è ragione per la quale essa sia esclusa rispetto alla ulteriore ipotesi di nullità per frode alla legge”*

Del resto nel nostro ordinamento le disposizioni di legge impongono l'onere di doppia impugnativa per tutte le azioni avverso la cessione del contratto ex art. 2112 c.c., senza alcuna distinzione circa il profilo patologico fatto valere, sicché, conseguentemente detto onere permane anche nelle ipotesi di negozio fraudolento.

La circostanza che venga eccepita la fraudolenza del negozio giuridico, non comporta che lo stesso debba inserirsi all'interno di una categoria di diritti dotati di uno speciale statuto, che li sottrarrebbe a qualunque limitazione.

L'indagine cioè sulla fraudolenza del negozio e quindi l'analisi degli indici rilevatori del carattere elusivo della condotta datoriale potrebbe trovare spazio nel dibattito giudiziale, solo a condizione che il lavoratore abbia rispettato il termine decadenziale di impugnativa

Proseguendo in tale logica argomentativa in sentenza si legge ancora:

“In altri termini, se il legislatore ha già ammesso che, nei confronti dei lavoratori, possano stabilizzarsi, in virtù della maturata decadenza, gli effetti di un trasferimento d'azienda privo dei suoi imprescindibili requisiti, altrettanto deve dirsi per il caso in cui il mutamento soggettivo della titolarità del complesso dei beni d'impresa, pur astrattamente conforme al modello legale, sia stato attuato per finalità elusive di altre norme di legge. In ambedue i frangenti, lo si ribadisce, l'interesse dei dipendenti, presidiato dalla sanzione di nullità, viene temperato da altro interesse pubblico alla stabilità dei traffici economici ed alla certezza del diritto.”

Certo resta il fatto sostanziale che la sussistenza di detto sbarramento processuale finisce per “ammantare” ogni indagine sulla fraudolenza del negozio, che attraverso un strumento lecito (cioè il trasferimento del ramo d'azienda) finisce per realizzare effetti secondari quali quello di bypassare la normativa sui licenziamenti collettivi.

Dall'occhio del lavoratore questo rischia di divenire un male inaccettabile, poiché esso dipendente si trova schiacciato da un lato dalla stringente consapevolezza che il trasferimento d'azienda ha comportato un detrimento delle garanzie lavorative, dall'altro dal freno psicologico all'incardinazione dell'azione, rappresentato dal timore di subire azioni ritorsive, trattandosi di rapporto di lavoro ancora in essere. In vero, però, la sentenza affronta anche detto aspetto, rilevando che: *“mette conto considerare che l'azione diretta ad ottenere l'invalidazione giudiziale del trasferimento d'azienda ha, quale naturale (ed unico) legittimato passivo, il datore di lavoro cedente, presso il quale si domanda di retrocedere.”*

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

Se ne ricava che i pericoli di conseguenze ritorsive sono pressoché assenti, poiché l'iniziativa processuale si indirizza nei confronti di un soggetto con cui non sussiste (più) alcun rapporto, perlomeno fino ad un eventuale accoglimento del ricorso in sede giurisdizionale”

In tale logica argomentativa però non si può prescindere da una ulteriore analisi di natura esegetica e cioè che l'obiettivo che si voleva perseguire con la normativa in materia di trasferimento d'azienda era quello di garantire la conservazione dei diritti dei lavoratori in caso di cambiamento del datore di lavoro, e quindi di assecondare un trapasso imprenditoriale senza alcun pregiudizio per i dipendenti/lavoratori stessi. Appare chiaro che allargare il tema della legittimità anche a tale aspetto finirebbe per estendere il campo di indagine in modo pressoché sconfinato, consentendo di potervi far rientrare qualunque aspetto nel concetto di “trapasso senza pregiudizio”. Infatti potrebbe sicuramente farsi rientrare in detto tema di indagine la prognosi sulla capacità di continuazione dell'attività produttiva del cessionario, cioè una verifica sul cessionario delle capacità e potenzialità imprenditoriali, ma questo argomento è già stato dibattuto e risolto dalla Suprema Corte che ha ribadito che non sussiste alcun divieto di trasferimento in favore di un soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali e in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro. In altre parole, non esiste un divieto di cessione nel caso in cui sia prospettata la mancanza di solidità economica dell'azienda cessionaria che, ad esempio, fallisce di lì a poco.

In conclusione va osservato che appare indubbio che la normativa stia subendo quella che in premessa è stata definita come “eterogenesi dei fini”, poiché nata con la

finalità originaria di assicurare a garanzia del trapasso del rapporto di lavoro insieme all'azienda, vede oggi spesso prevalere, fraudolentemente l'interesse opposto aziendale volto ad agevolare processi di esternalizzazione di singoli segmenti anche al solo fine di sottrarsi alla normativa sui licenziamenti collettivi, ma è altresì indubbio che i principi della decadenza costituiscono l'argine temporale entro il quale richiedere un sindacato di legittimità dell'operazione di cessione.

Rispetto a quanto oggetto della sentenza in commento, quindi, l'egida della decadenza ha rappresentato lo sbarramento che ha impedito ogni valutazione sulla fraudolenza o meno della operazione di cessione che ha visto coinvolti i dipendenti interessati dal ricorso in parola.

Detto approccio interpretativo porta dietro l'effetto che va a calare il silenzio anche sulla questione sostanziale della fraudolenza del negozio, ma, di contro, si ritiene che non sia meritevole di minore tutela la necessità della salvaguardia della stabilità e della certezza delle iniziative imprenditoriali, all'interno di una sempre più diffusa convinzione che l'obiettivo da salvaguardare sia il dinamismo del mercato del lavoro, e la competitività delle imprese, concetti ai quali la Suprema Corte già da qualche anno ci abituato nell'interpretare il concetto di licenziamento per ragioni economiche.

Non può concludersi detta analisi senza però non considerare che la tesi respinta, ovvero quella vuole affermare la fraudolenza del negozio sulla decadenza, non è stata ritenuta in alcun modo peregrina dal Magistrato. Infatti la delibazione sulle spese ha prodotto la compensazione esattamente sul presupposto che “*le controdeduzioni difensive elaborate dalla difesa dei ricorrenti per il superamento della decadenza dell'impugnativa della cessione di azienda,*

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

pur non condivise dal giudicante..., non sono apparse affatto pretestuose, anche nella parte relativa alle peculiarità della frode alla legge.”

Si potrebbe quindi concludere sostenendo che la discrezionalità tributata dall'ordinamento giuridico al datore di lavoro nell'esercizio del potere imprenditoriale (art. 41 cost.) deve quindi esplicarsi in coerenza con la causa del negozio di cessione e, considerato che lo scopo tipico di questo è la conservazione delle medesime garanzie lavorative, un eventuale

utilizzo non conforme a detto presupposto e che si traduca in una contraddizione tra la finalità tipica dell'atto e la finalità propria che il datore di lavoro ha in concreto voluto perseguire non può che determinare la declaratoria di nullità dell'atto di cessione ai sensi degli artt. 1343 e 1418 cc., il tutto però a condizione di una tempestiva iniziativa, rispettosa del doppio termine decadenziale imposto dalla normativa specifica.

LA SENTENZA:

TRIBUNALE DI BARI

Sezione lavoro

Sentenza non definitiva n. 78/2021 – G.L.: dr. Tedesco

Con un unico atto introduttivo, depositato il 9.6.2020, i ricorrenti indicati in epigrafe ripercorrevano le vicende che avevano interessato XXX s.r.l. a partire dall'anno 2017, esponendo – tra l'altro – che, nel febbraio 2018, era stato concluso un accordo sindacale per licenziamento collettivo, dal quale erano stati però esclusi i servizi Network e Service Desk.

A proposito di quest'ultimo (Service desk), in particolare, allegavano che le relative attività erano state trasferite alla QQQ s.r.l., con decorrenza dal 1°3.2018, precisando che – a partire dal quel momento – essi lavoratori avevano continuato ad essere assoggettati alla etero-direzione, al controllo ed alle direttive di XXX (in regime di sostanziale mono committenza con essa).

Ponevano in rilievo che, trascorsi i 18 mesi (per i quali la cessionaria si era contrattualmente impegnata a non avviare licenziamenti collettivi), la nuova parte datoriale aveva intrapreso procedura ex lege 223/1991.

Inoltre, nelle more, AAA s.r.l. aveva alienato le proprie partecipazioni sociali di QQQ s.r.l. all'amministratore unico sig. Tizio e si era deciso di fare ricorso alla Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria per 12 mesi (sospesa, per effetto dell'art. 20 D.L. 18/2020, dalla CIGO Covid - 19).

Tanto chiarito sul piano fattuale, i lavoratori ceduti sostenevano la nullità della operazione di trasferimento del ramo d'azienda, per frode alla legge.

Eccepevano la non preesistenza di un'articolazione aziendale funzionalmente autonoma, come anche dimostrato:

- dalla circostanza che non erano state coinvolte le unità lavorative insistenti su Roma (ma solo

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

quelle attive a +++);

dal rilievo che il segmento escluso aveva continuato pienamente ad interagire con quello ceduto; dagli ingiustificati mutamenti della struttura organizzativa registratisi a ridosso del febbraio 2018; dall'esclusione di soggetti che erano da sempre inseriti nel Service Desk e, parallelamente, dall'inclusione di soggetti che precedentemente vi erano estranei.

Evidenziavano, dunque, di essere stati coinvolti in una fattispecie traslativa da ricondurre nella disciplina della cessione del contratto, con conseguente necessità del proprio consenso ai fini del perfezionamento dell'operazione.

Nella medesima prospettiva, i ricorrenti aggiungevano che QQQ s.r.l. era stata costituita ad hoc a ridosso del trasferimento, era incapiente e, quindi, fungeva da strumento per alleggerire i costi di gestione del personale, nell'ambito dei rapporti tra XXX e AAA.

Secondo la medesima angolazione, gli istanti richiamavano una serie di ulteriori indici sintomatici di frode, sia sul piano soggettivo (cfr. contenuto degli accordi raggiunti, comportamenti successivi alla conclusione della cessione), che su quello oggettivo.

Rimarcavano, pertanto, che la reale finalità dell'operazione condotta dalla convenuta fosse quella di pervenire ad un licenziamento collettivo, senza l'osservanza dei limiti di legge (con elusione, tra l'altro, delle previsioni concernenti i criteri di scelta), senza i costi annessi e senza pregiudizio alcuno per le partecipazioni azionarie collocate sui mercati regolamentati (soggette a rigide valutazioni anche per ciò che concerne le modalità di gestione dei rapporti di lavoro).

A prescindere dalla dedotta nullità della cessione del ramo d'azienda, i lavoratori chiedevano fosse – comunque – accertata un'illecita interposizione di manodopera, e che il rapporto di lavoro fosse “iussu iudicis costituito” in capo alla convenuta.

Formulavano, quindi, le seguenti conclusioni:

“in via principale ... dichiarare la nullità della cessione del Service Desk di +++ dalla società XXX alla società QQ in quanto attuata in frode alla legge”,

per l'effetto, “dichiarare il diritto alla retrocessione del rapporto di lavoro ... con decorrenza 1 marzo 2018”,

“conseguentemente ... dichiarare il diritto ad ottenere il risarcimento del danno patrimoniale subito per l'illegittima e scorretta condotta della società convenuta, parametrato alle retribuzioni dal 01/3/2018 sino all'effettiva retrocessione”;

“in via subordinata, accertare che XXX ha posto in essere una intermediazione illecita e fraudolenta”,

“conseguentemente costituire in capo ad XXX un rapporto di lavoro”,

“condannare, pertanto, XXX a corrispondere agli odierni ricorrenti quanto avrebbero avuto diritto di percepire detraendo quanto già percepito da QQQ”.

Instauratosi il contraddittorio, XXX s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, si costituiva in giudizio eccependo, in via pregiudiziale, l'inammissibilità del ricorso per intervenuta decadenza.

Richiamava, a tal fine, l'art. 6 L. 604/1966 e l'art. 32, comma 4 lett. c) L. 183/2010, sottolineando che tutti gli 89 ricorrenti avevano omissis di impugnare in via stragiudiziale il contratto di cessione del ramo SD, entro il 30.4.2018, ossia nei 60 gg. successivi alla data del trasferimento.

Precisava che i lavoratori erano stati, sin da subito, in condizione di sollevare le proprie doglianze, atteso che queste ultime vertevano su fatti da essi conosciuti già al momento del trasferimento (“se non addirittura in momenti precedenti”).

Deduceva, in ogni caso, circa l'irrilevanza delle circostanze sopravvenute: così, la determinazione

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

di avvio della procedura di licenziamento collettivo da parte di QQQ si scontrava con l'assenza, in capo ad essa resistente, dell'obbligo di valutare le capacità imprenditoriali della cessionaria e le sue intenzioni di proseguire o meno l'attività produttiva.

Prendeva posizione sulla applicabilità della decadenza anche a fronte della deduzione di una frode alla legge, argomentando circa la necessità di impedire, sul piano processuale, facili condotte elusive (con arbitrario svuotamento della previsione normativa), rimarcando la necessità di preservare le esigenze di certezza del diritto ed, altresì, osservando che l'operatività dei termini giammai avrebbe potuto essere subordinata all'accertamento giudiziale della nullità del trasferimento d'azienda ex art. 1344 c.c..

In relazione all'inammissibilità del ricorso, formulava richiesta di risarcimento danni ai sensi dell'art. 96 c.p.c., chiedendo che la valutazione equitativa del giudice non fosse inferiore ad € 80.000,00.

Nel merito, ripercorsi i fatti di causa, allegava che: i dipendenti addetti al Service Desk presso la sede di Roma si occupavano di assistenza tecnica direttamente alle postazioni dei clienti in loco; gli Individual Contributors rientravano a tutti gli effetti nel ramo SD con funzioni di pianificazione e di gestione organizzativa; tutti gli altri dipendenti menzionati nel ricorso avevano specifici compiti dai quali si doveva evincere il pieno inserimento nell'autonomo ramo d'azienda oggetto di cessione; alcun processo di formazione del personale propedeutico all'esternalizzazione del servizio era stato posto in essere, trattandosi di piuttosto di rimediare alla situazione di stasi generata dallo sciopero dei ricorrenti; analogamente, le attività riconducibili al Piano di Recovery erano state necessitate dall'inattività (dei lavoratori) della cessionaria; vi era stata discontinuità rispetto alla pregressa gestione aziendale, come dimostrato dalla disattivazione dei badge e degli account e-mail di dominio XXX; i database erano rimasti accessibili nei limiti del servizio appaltato; la titolarità dei beni strumentali era stata trasferita all'atto della cessione; l'utilizzazione di software e tools era conforme alle pattuizioni raggiunte tra le società.

In punto di diritto, la convenuta negava di aver perseguito finalità espulsive e comunque si soffermava circa l'insussistenza dei presupposti per poter configurare la frode alla legge paventata dagli attori.

Sul punto, rivendicava la correttezza del proprio operato alla luce della garanzia di libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), con insindacabilità giudiziale del merito delle decisioni intraprese.

Nel paragrafo della memoria difensiva intitolato "Della genuinità e della legittimità del trasferimento da XXX Italia a QQQ", venivano – poi – riportati gli elementi indicativi della preesistenza, dell'organizzazione e dell'autonomia funzionale del ramo ceduto.

La resistente valorizzava, ancora, gli accordi sussistenti con la cessionaria ed aventi ad oggetto la fornitura del servizio, come giustificativi delle forme di interferenza asserite dalla controparte, nell'ambito di attività a bassa intensità organizzativa, senza alcuna possibilità di ravvisare una etero- direzione dei ricorrenti e, quindi, la denunciata interposizione fittizia di manodopera.

All'esito dell'udienza del 16.9.2020 veniva concesso termine per il deposito di note finalizzate ad approfondire la questione della eccepita decadenza.

All'odierna la causa veniva decisa con la pubblica lettura del dispositivo e delle motivazioni della presente sentenza non definitiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

1. Circa l'eccezione di decadenza, essa va affrontata mediante separato esame dei vari profili che sono stati oggetto di discussione tra le parti.

1.a. Un primo aspetto riguarda l'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 32 L. 183/2010. Sul punto, la difesa dei ricorrenti ha infatti valorizzato la formulazione della disposizione normativa, nella parte in cui si riferisce alla "cessione del contratto di lavoro", ricavandone l'estraneità del caso di specie, poiché vertente su una cessione di azienda.

Lo stesso argomento letterale, però, porta a concludere in senso differente, atteso che la decadenza è testualmente prevista non già per la cessione del contratto di lavoro tout court ma piuttosto per quella "avvenuta ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile".

E' quindi chiaro che la disciplina in esame trovi spazio proprio nelle ipotesi – coincidenti con quella oggetto di odierno scrutinio - di transito dei lavoratori presso un nuovo datore di lavoro, in conseguenza del trasferimento dell'azienda o di un ramo di essa.

Il che vale anche nel presente contenzioso, poiché le domande proposte e le ragioni a supposto delle tesi attoree, pena una carenza dell'interesse ad agire, sono destinate alla caducazione degli effetti della cessione dei contratti di lavoro e, dunque, i profili impugnatori sono logicamente e consequenzialmente legati l'uno all'altro.

1.b. Altro problema riguarda la possibilità o meno di riferire la decadenza alle azioni in cui sia stato specificamente domandato l'accertamento della nullità del trasferimento di azienda (o di un ramo di essa) per frode alla legge.

A questo quesito deve essere fornita risposta affermativa, anche conformemente a quanto argomentato dalla difesa della società resistente.

In primo luogo, deve evidenziarsi che le disposizioni di legge impongono l'onere di doppia impugnativa per tutte le azioni avverso la cessione del contratto ex art. 2112 c.c., senza alcuna distinzione circa il profilo patologico fatto valere.

Ad ogni modo, più in generale, non è configurabile un'ontologica incompatibilità tra decadenza e nullità.

Tralasciando fattispecie estranee all'ordinamento civile (art. 31, comma 4 c.p.a., che prevede il termine di 180 gg. per far valere la nullità di un provvedimento amministrativo), lo stesso sistema lavoristico già conosce altra ipotesi in cui la nullità deve essere fatta valere in termini stringenti, a pena di inammissibilità, ed è quella della clausola appositiva di un termine al contratto di lavoro subordinato.

Il che si spiega alla luce del fatto che, accanto all'interesse pubblico presidiato dalle norme imperative (la cui violazione, appunto, implica la nullità dell'atto o di una sua clausola), v'è un interesse di pari rango a preservare il più possibile la stabilità e la certezza dell'iniziativa imprenditoriale (tutelato mediante la decadenza).

D'altronde, sul piano dogmatico, può osservarsi che, anche nei casi in cui è pacifica l'operatività della decadenza, ossia laddove manchino i requisiti richiesti dall'art. 2112 c.c., viene in rilievo una ipotesi di nullità, per difetto degli elementi essenziali del trasferimento di azienda, come descritti dal legislatore, e, conseguentemente, per mancanza del consenso del contraente ceduto (ossia il lavoratore), ai sensi dell'art. 1460 c.c..

E' quanto – peraltro – può desumersi dalle pronunce rese in sede di legittimità, ove si legge che: un legittimo trasferimento d'azienda comporta la continuità di un rapporto di lavoro che resta unico ed immutato, nei suoi elementi oggettivi, "esclusivamente nella misura in cui ricorrano i

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

presupposti di cui all'art. 2112 cod. civ., che, in deroga all'art. 1406 cod. civ., consente la sostituzione del contraente senza consenso del ceduto” (Cass. civ., Sez. lav., 11/11/2019, n. 29091); il trasferimento del rapporto si determina solo quando si perfeziona una fattispecie traslativa conforme al modello legale, in caso contrario, “ove si verifichi una invalidità della cessione (per mancanza dei requisiti richiesti dall'art. 2112 cod. civ.), quel rapporto di lavoro non si trasferisce e resta nella titolarità dell'originario cedente” (Cass. civ., Sez. lav., 07/08/2019, n. 21158).

Se allora la decadenza già trova spazio, in modo pacifico, nei casi di nullità della cessione del lavoratore per difetto dei presupposti fondamentali del trasferimento d'azienda e, quindi, per mancanza della volontà del ceduto (cfr. art. 1418 comma 1° c.c.: nullità strutturale, per carenza dei requisiti essenziali ex art. 1325 c.c.), non v'è ragione per la quale essa sia esclusa rispetto alla ulteriore ipotesi di nullità per frode alla legge.

In altri termini, se il legislatore ha già ammesso che, nei confronti dei lavoratori, possano stabilizzarsi, in virtù della maturata decadenza, gli effetti di un trasferimento d'azienda privo dei suoi imprescindibili requisiti, altrettanto deve dirsi per il caso in cui il mutamento soggettivo della titolarità del complesso dei beni d'impresa, pur astrattamente conforme al modello legale, sia stato attuato per finalità elusive di altre norme di legge.

In ambedue i frangenti, lo si ribadisce, l'interesse dei dipendenti, presidiato dalla sanzione di nullità, viene temperato da altro interesse pubblico alla stabilità dei traffici economici ed alla certezza del diritto.

Sul punto, la Corte di Cassazione ha individuato, quale finalità della decadenza, “quella di contrastare pratiche di rallentamento dei tempi del contenzioso giudiziario che finirebbero per provocare una moltiplicazione degli effetti economici in caso di eventuale sentenza favorevole e di stabilizzare le posizioni giuridiche delle parti in situazioni in cui si ha l'esigenza di conoscere, con precisione ed entro termini ragionevoli, se e quanti lavoratori possono far parte dell'organico aziendale” (Cass. civ., Sez. lav., 09/03/2020, n. 6649).

Il che resta fermo anche laddove la cessione di azienda (o di un ramo di essa) sia avvenuta in frode alla legge, non rinvenendosi in parte qua ragioni di peculiare differenziazione.

E' vero che, trattandosi di una limitazione temporale per l'esercizio dell'azione giudiziaria, si impone una interpretazione particolarmente rigorosa della decadenza (Cass. civ., Sez. lav., 25/05/2017, n.13179).

Tale rigidità deve, però, “confrontarsi necessariamente con i limiti previsti dalla nostra Costituzione (artt. 2, 111 e 117), dal diritto eurounitario (art. 47 della Carta di Nizza, in considerazione della natura della controversia che riguarda il tema della successione in un ramo di azienda) e dal diritto convenzionale (artt. 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo), nel senso che occorre pur sempre tenere conto dei possibili profili di illegittimità con riguardo ad un ambito applicativo di tipo estensivo” della norma in questione (si veda, di nuovo, Cass. civ., Sez. lav., 09/03/2020, n. 6649).

1.c. A proposito, poi, dell'eccezione di legittimità costituzionale della previsione dettata dall'art. 32, comma 4 lett. c) L. 183/2010, giova premettere che tutti i profili problematici, come sollevati nelle note autorizzate attoree, si correlano segnatamente al dies a quo del termine di decadenza.

1.d. Secondo una prima censura, a differenza di quanto accade per le impugnative di licenziamento e dei contratti a tempo determinato, nella fattispecie della cessione di azienda i

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

termini di legge iniziano a decorrere in costanza di rapporto (a partire cioè dalla data del trasferimento) e non una volta che esso si sia risolto.

Da ciò conseguirebbe il rischio che i lavoratori ceduti possano essere scoraggiati dal far valere le loro ragioni, per timore di ripercussioni negative.

1.d.1. Sul punto, va premesso che il nostro ordinamento, pur a seguito dei fondamentali interventi della Corte Costituzionale, non pone rimedio a qualsiasi timore che i prestatori di lavoro possano nutrire circa la possibilità di far valere i propri diritti, ma solo a quei casi in cui le conseguenze di eventuali condotte ritorsive possano rilevarsi particolarmente dannose, con perdita cioè dell'occupazione (il riferimento è evidentemente al regime riguardante la decorrenza dei termini di prescrizione dei crediti di lavoro, in caso di tutela solo obbligatoria per licenziamento illegittimo). Dunque, chiarito che l'intervento protettivo da parte dell'ordinamento si registra solo in casi maggiormente bisognevoli di tutela, rileva il Tribunale che in quest'ultimo alveo di maggiore gravità non può rientrare quello del dipendente ceduto da un'azienda all'altra, per effetto di un trasferimento d'azienda nullo.

In senso decisivo, infatti, mette conto considerare che l'azione diretta ad ottenere l'invalidazione giudiziale del trasferimento d'azienda ha, quale naturale (ed unico) legittimato passivo, il datore di lavoro cedente, presso il quale si domanda di retrocedere.

Se ne ricava che i pericoli di conseguenze ritorsive sono pressoché assenti, poiché l'iniziativa processuale si indirizza nei confronti di un soggetto con cui non sussiste (più) alcun rapporto, perlomeno fino ad un eventuale accoglimento del ricorso in sede giurisdizionale.

La decorrenza della decadenza per l'impugnativa della cessione automatica del contratto di lavoro, quindi, non comporta alcun onere diverso o maggiore di quanto non accada per le altre fattispecie indicate alla stregua di *tertium comparationis*.

Anzi, si tratta di una previsione (... alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile "con termine decorrente dalla data del trasferimento" ...) del tutto corrispondente rispetto alle altre menzionate dalla difesa attorea.

Anche in siffatto frangente, infatti, il termine di 60 gg. (per l'impugnativa stragiudiziale) prende pur sempre le mosse da una forma di cessazione del rapporto.

E' vero, infatti, che – dal punto di vista oggettivo – esso prosegue, con piena continuità, ai sensi dell'art. 2112 c.c.; è, però, altrettanto vero che – dal punto di vista soggettivo – la controparte datoriale non è più rappresentata dal cedente, bensì dal cessionario.

1.d.2. Beninteso, non s'intende pretermettere che la deterrenza per paura di rappresaglia possa anche sorgere in relazione ad eventuali determinazioni provenienti dal cessionario.

E' quanto, in effetti, pure si ricava dalla ricostruzione dei fatti operata dagli odierni istanti, avendo essi prospettato l'avvio di condotte ostili da parte di QQQ s.r.l., in concomitanza con i vari momenti del presente contenzioso (impugnativa stragiudiziale e notificazione del ricorso introduttivo ad XXX s.r.l.), con peggioramento delle condizioni giuridiche, inadempienze retributive e sanzioni disciplinari pretestuose.

Tuttavia, anche a voler seguire siffatta angolazione, sarebbe giuridicamente insostenibile prefigurare, quale *dies a quo* del termine dell'art. 32 comma 4 lett. c) cit., il momento di scioglimento del rapporto con la nuova impresa (in luogo del momento del trasferimento).

Infatti, la cedente, ormai terza ed estranea alla dialettica tra forza lavoro e cessionaria (a differenza di ciò che accade per la decadenza nelle fattispecie interpositorie di cui alla lett. d: cfr. par. 2 della

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

presente pronuncia), si troverebbe esposta, per ragioni a sé non imputabili (eventuali ritorzioni della impresa subentrante), a valutazioni arbitrarie di convenienza dei propri ex dipendenti, per un tempo – per giunta – imprevedibile.

Il che significherebbe, con tutta evidenza, vanificare la decadenza.

Peraltro, i lavoratori coinvolti nel trasferimento d'azienda, conservano tutte le facoltà di agire parallelamente anche nei riguardi della nuova parte datoriale, nelle more della delibazione sulle domande giudiziali avanzate verso la cedente.

Alla stregua di quanto finora osservato, dunque, ritiene il Tribunale che la denunciata irragionevolezza non superi la soglia di non manifesta infondatezza, come invece richiesto dall'art. 23 L. Cost. 87/1953.

1.e. E' opportuno osservare, tuttavia, che i prospettati dubbi di legittimità costituzionale non si esauriscono sul versante appena esaminato, poiché gli odierni ricorrenti argomentano in modo ben più approfondito, richiamando la necessità di consentire ai lavoratori una adeguata conoscenza delle proprie ragioni, da far valere in sede processuale.

La tematica, così posta, coinvolge evidentemente il diritto di azione protetto dall'art. 24 Cost., nel senso che l'imposizione legislativa di un termine per far valere le proprie pretese dovrebbe ammettersi solo a partire dal momento cui il soggetto onerato sia in condizione di avere adeguata contezza del substrato fattuale delle proprie rivendicazioni.

Inoltre, in questa stessa prospettiva, ad avviso dei ricorrenti sussistono anche motivi di discriminazione rispetto a quanto accade per la decadenza prevista nei casi di licenziamento, di recesso da rapporti ex art. 409 c.p.c., di trasferimento ex art. 2103 c.c. e di nullità della clausola appositiva del termine nell'ambito dei rapporti di lavoro subordinato a tempo determinato.

1.e.1. Sul tema, deve premettersi che, come ben noto alle parti, l'attuale disciplina del trasferimento di azienda, ai fini lavoristici, trae la propria origine dalla direttiva 2001/23, il cui scopo è quello di assicurare la continuità dei rapporti di lavoro esistenti nell'ambito di un'entità economica, a prescindere da un cambiamento del proprietario.

Secondo quanto osservato dalla Corte di Giustizia (i cui pronunciamenti sono efficacemente riassunti da Cass. civ., Sez. lav., 24/03/2017, n. 7686), il criterio fondamentale per verificare se via sia o meno un effettivo trasferimento, consiste nel fatto che l'entità in questione conservi la sua identità, il che si desume in particolare dal proseguimento effettivo della gestione o dalla sua ripresa.

I giudici europei hanno, inoltre, affermato che, per determinare se questa condizione sia soddisfatta, occorre prendere in considerazione il complesso delle circostanze di fatto che caratterizzano l'operazione di cui trattasi, fra le quali rientrano in particolare il tipo d'impresa o di stabilimento in questione, la cessione o meno degli elementi materiali, quali gli edifici ed i beni mobili, il valore degli elementi materiali al momento del trasferimento, la riassunzione o meno della maggior parte del personale da parte del nuovo imprenditore, il trasferimento o meno della clientela, nonché il grado di analogia delle attività esercitate prima e dopo la cessione e la durata di un'eventuale sospensione di tali attività.

Questi elementi, tuttavia, sono stati ritenuti dalla Corte di Giustizia soltanto aspetti parziali di una valutazione complessiva cui si deve procedere e non possono, perciò, essere apprezzati isolatamente.

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

Infatti, l'importanza da attribuire rispettivamente ai singoli criteri varia necessariamente in funzione dell'attività esercitata, o addirittura in funzione dei metodi di produzione o di gestione utilizzati nell'impresa, nello stabilimento o nella parte di stabilimento di cui trattasi (cfr., da ultimo, Corte Giustizia Unione Europea Sez. IV, 27/02/2020, n. 298/18).

In conformità ai principi affermati dalla Corte di Giustizia, la Cassazione, con specifico riferimento alla legislazione nazionale e con riguardo alle ipotesi del trasferimento del "ramo d'azienda", ha affermato che "costituisce elemento costitutivo della cessione di ramo d'azienda prevista dall'art. 2112 c.c., anche nel testo modificato dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 32, l'autonomia funzionale del ramo ceduto, ovvero la capacità di questo, già al momento dello scorporo dal complesso cedente, di provvedere ad uno scopo produttivo con i propri mezzi, funzionali ed organizzativi e quindi di svolgere autonomamente dal cedente e senza integrazioni di rilievo da parte del cessionario - il servizio o la funzione cui risultava finalizzato nell'ambito dell'impresa cedente al momento della cessione, indipendentemente dal coevo contratto di fornitura di servizi che venga contestualmente stipulato tra le parti" (Cass. civ. Sez. lav., 08/11/2018, n. 28593).

Secondo costante orientamento, in particolare, per "ramo d'azienda" deve intendersi ogni entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di una attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo, il cui accertamento presuppone la valutazione complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, dell'eventuale trasferimento della clientela, nonché del grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione (Cass. civ. Sez. lav., 17/03/2009, n. 6452; Cass. civ. Sez. lav., 28/04/2014, n. 9361; Cass. civ., Sez. lav., 07/12/2015, n. 24804).

1.e.2. Orbene, pur essendo innegabile che i menzionati parametri di valutazione giudiziale possano coinvolgere anche fatti successivi al trasferimento di ramo di azienda, devono escludersi i presupposti per la sollevazione di questione di legittimità costituzionale.

1.e.3. Occorre innanzitutto tenere conto che la disposizione scrutinata prevede un lasso temporale di gg. 60 che, come rimarcato dalla difesa della società resistente, non si connota per il fatto di essere particolarmente ristretto.

Si badi, tra l'altro, che esso prende avvio dal momento in cui si realizza il passaggio dei lavoratori. Quindi, non vi sono ragioni per le quali poter ritenere che, appunto nei due mesi successivi, i dipendenti non siano in grado di rendersi conto dell'effettiva prosecuzione o meno dell'attività aziendale e delle modalità con cui ciò eventualmente avvenga.

Non deve dimenticarsi che, secondo la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale, in subiecta materia il legislatore gode di margini di discrezionalità di scelta, con il solo limite della non arbitrarietà.

Orbene, non vi possono esservi dubbi di congruità del tempo riconosciuto per l'impedimento della decadenza, anche in ragione del diretto coinvolgimento dei dipendenti nell'organizzazione produttiva e, quindi, nella loro condizione di conoscibilità diretta dei fatti rilevanti.

1.e.4. Non si trascuri, inoltre, che, al primo onere di impugnazione (quella stragiudiziale), ne segue un secondo (per l'impugnazione giudiziale).

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

Nulla esclude che, pertanto, i lavoratori ceduti, laddove versino in uno stato di incertezza circa la concreta situazione in essere, ben possano inoltrare tempestivamente un'impugnazione stragiudiziale, riservando ai successivi approfondimenti la valutazione dell'opportunità di deposito del ricorso giurisdizionale.

In tale frangente, dunque, senza subire alcuna conseguenza negativa, gli interessati possono vantare di una dilatazione dei tempi entro cui acquisire piena contezza delle circostanze rilevanti, nella misura massima di ulteriori 180 gg..

1.e.5. Dunque, la fattispecie cui è riferita la lettera c) del comma 4 dell'art. 32 cit. non diverge in modo rilevante dalle altre ipotesi cui parimenti trova spazio la decadenza.

Anzi, se si guarda alla tutela del lavoratore a fronte di un trasferimento ex art. 2103 c.c., deve ricordarsi che, secondo *ius receptum*, il datore di lavoro, nel proprio atto di dislocazione della sede di lavoro, non è tenuto ad esplicitare, sin da subito, le ragioni organizzative poste a base della sua determinazione (Cass. civ., Sez. lav., 13/01/2017, n.807, fermi restando gli oneri assertivi ed asseverativi su di lui gravanti in sede giudiziale).

In quest'ultima occasione ci si trova, pertanto, dinnanzi ad un'ipotesi in cui il termine di decadenza corre ugualmente, nonostante il lavoratore possa ignorare del tutto le motivazioni dell'atto datoriale.

1.e.6. Ad ogni modo, sia nei casi di inesistenza dei presupposti di cui all'art. 2112 c.c., sia nei casi di possibile nullità del trasferimento di azienda per frode alla legge, gli elementi potenzialmente indicativi della fattispecie patologica sono plurimi e, soprattutto, v'è l'intersecazione tra fatti antecedenti, fatti contestuali e fatti successivi al passaggio dei lavoratori.

Ciò accade in astratto e si registra anche nel caso oggetto di scrutinio, con l'ulteriore difetto di rilevanza della questione di legittimità costituzionale.

A questo proposito, non s'intende trascurare le circostanze sopravvenute a seguito del passaggio degli odierni ricorrenti presso QQQ, come peraltro elencate nelle note autorizzate (l'avvio della procedura di licenziamento collettivo nel settembre 2019; l'alienazione delle partecipazioni azionarie nel gennaio 2019; il peggioramento delle condizioni retributive ed i ritardi nei pagamenti del dovuto).

Si tratta però di aspetti:

confermativi di quanto poteva essere già considerato ai fini della prospettazione della frode alla legge;

che, isolatamente considerati, non avrebbero potuto avere alcun valore dirimente, neanche ai fini della decorrenza della decadenza, pena l'insanabile contrasto con il principio di diritto, correttamente richiamato dalla difesa della convenuta, secondo cui "non è in frode alla legge, né concluso per motivo illecito - non potendo ritenersi tale il motivo, perseguito con un negozio traslativo, di addossare ad altri la titolarità di obblighi ed oneri conseguenti - il contratto di cessione dell'azienda a soggetto che, per le sue caratteristiche imprenditoriali ed in base alle circostanze del caso concreto, renda probabile la cessazione dell'attività produttiva e dei rapporti di lavoro" (Cass. civ., Sez. lav., 20/03/2013, n. 6969).

E' pur vero che la ricostruzione adoperata dagli lavoratori istanti si fonda su molteplici elementi e, di certo, non riguarda il solo profilo della capacità imprenditoriale della società cessionaria.

Il punto è che, tuttavia, in modo del tutto preponderante, gli allegati indici della dedotta frode (senza alcuna valutazione circa il merito della questione) si collocano temporalmente

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 *(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)*

in un lasso temporale anteriore o comunque coincidente con quello della decadenza.

In effetti, la volontà espulsiva senza i limiti ed i costi di cui alla L. 223/1991, oltre ad essere desumibile nello stesso contesto in cui è maturata la decisione di provvedere all'operazione societaria (XXX aveva infatti pacificamente in corso una procedura di licenziamento collettivo), poteva essere già affermata ed è stata effettivamente asserita in ragione: del concreto coinvolgimento di una sola parte del Service Desk, della neo costituzione della cessionaria, dell'inclusione di soggetti precedentemente estranei all'attività, della repentina modificazione di organico a ridosso del passaggio, delle clausole inserite in sede negoziale.

1.e.7. Peraltro, la Corte Costituzionale è già stata chiamata ad esprimersi su profili di dedotta irragionevolezza delle varie fattispecie prese in considerazione dall'art. 32 L. 183/2010.

Ebbene, nelle sentenze nn. 303/2011 e 155/2014 si legge: “il contratto di lavoro subordinato con una clausola viziata (quella, appunto, appositiva del termine) non può essere assimilato ad altre figure illecite come quella, obiettivamente più grave, dell'utilizzazione fraudolenta della collaborazione continuativa e coordinata. Diforme è, altresì, la situazione cui dà luogo la cessione illegittima del rapporto di lavoro, laddove, nelle more del giudizio volto ad accertarla, il rapporto corre con il cessionario e la garanzia retributiva rimane assicurata. Altro ancora, infine, è la somministrazione irregolare di manodopera, quando un imprenditore fornisce personale ad un altro al di fuori delle ipotesi consentite dalla legge”.

Dunque, pur volendo ammettere il depotenziamento delle possibilità di tutela nel caso di cui all'art. 2112 c.c., esso risulta sempre compensato dalle garanzie di continuità di trattamento (giuridico e retributivo) previste dalla norma.

Inoltre, dalla diversità di situazioni, come riscontrata dalla Corte Costituzionale, deve ricavarsi, ancora una volta, la sussistenza di adeguati margini per il legislatore circa la determinazione di regole di decadenza diverse o uguali.

Sicché, in assenza di ipotesi di irragionevolezza manifesta (poiché i lavoratori ceduti godono di un adeguato termine ed hanno una fonte di conoscenza privilegiata dei fatti successivi; sono pur sempre in grado di effettuare scelte processuali adeguate in ragione dei fatti anteriori e coevi alla cessione di azienda), finanche il mero sospetto di illegittimità costituzionale della norma censurata deve essere escluso.

1.e.8. Senza neppure dimenticare che, in tutti i casi presi in esame dall'art. 32 cit. (licenziamento, recesso da collaborazioni, contratto a termine, trasferimento, validità del trasferimento d'azienda), l'onere della prova della legittimità delle determinazioni adottate grava sempre sulla parte datoriale.

Sicché nessun particolare problema discende dal fatto che i termini di decadenza decorrano, senza alcuna differenziazione tra i casi scrutinati, dal momento in cui l'atto da contestare abbia prodotto i propri effetti, poiché comunque spetta al convenuto dimostrare la correttezza del proprio operato.

V'è – peraltro - l'ormai indiscutibile garanzia ulteriore della compensazione delle spese processuali, quando la soccombenza dei lavoratori dipenda da circostanze che essi abbiano potuto conoscere solo in occasione del processo (cfr. Corte Cost. 78/2018: gravi ed eccezionali ragioni, analoghe all'assoluta novità della questione trattata).

1.f. Alla luce di tutte le ragioni finora esposte, essendo pacifico che nessuno dei ricorrenti ha impugnato in via stragiudiziale la cessione del ramo di azienda nel termine di gg. 60 a decorrere

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

dal 1°/3.2018, le domande promosse in via principale devono dichiararsi inammissibili.

1.g. A conclusioni ben diverse, invece, deve pervenirsi circa le richieste giudiziali formulate in via subordinata.

In primo luogo, deve osservarsi che nessuna decadenza è stata espressamente eccepita, in parte qua, dalla società resistente ai sensi dell'art. 32 comma 4 lett. d) L. 183/2010.

Il che preclude in radice una possibile declaratoria di inammissibilità, trattandosi di questione vertente su diritti disponibili e, quindi, non rilevabile d'ufficio dal giudice (Cass. civ., Sez. lav., 04/05/2020, n. 8443).

Giova comunque osservare che la decadenza neppure sussiste laddove – appunto - riferita alla pretesa di costituzione giudiziale di un rapporto di lavoro subordinato, per effetto dell'accertamento dell'interposizione fittizia di manodopera.

In via di premessa, in ossequio all'insegnamento della Suprema Corte di Cassazione, va rilevato che "la fattispecie contemplata dal comma 4, lett. d) può ... riferirsi, oltre che alla somministrazione irregolare espressamente richiamata dalla norma, agli appalti illegittimi o ancora alla violazione delle norme sul distacco e comunque a tutte quelle altre tipologie in senso lato interpositorie che possono realizzarsi ad esempio nell'ambito di gruppi societari che nascondono un'unicità d'impresa, come anche in ipotesi di più imprese in cui viene rivendicata una contitolarità del rapporto di lavoro".

In questi casi "ciò che la norma fa rientrare nell'ambito limitativo del termine di decadenza per l'impugnazione è l'accertamento di un rapporto di lavoro alle dipendenze di un terzo, quale preteso effettivo o unico titolare del rapporto".

In altri termini, si tratta di una domanda che è finalizzata o alla stabilizzazione presso il datore di lavoro ritenuto effettivo, o al conseguimento di un risultato di contenuto economico o comunque risarcitorio, che presupponga l'accertamento del rapporto alle dipendenze di quest'ultimo (Cass. civ., Sez. lav., 25/05/2017, n. 13179).

Ciò posto, nel silenzio della legge, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* assume esclusivo rilievo il venir meno (di fatto) del rapporto tra utilizzatore e prestatore, a prescindere dalle ragioni che in concreto ne abbiano determinato la fine (cessazione del contratto d'appalto o di somministrazione, esaurimento del periodo di distacco, licenziamento da parte del datore formale, etc.).

D'altra parte, come pure già è stato osservato in sede di merito (Trib. Alessandria, Sez. lav., 28/09/2017, n. 378), questa scelta ermeneutica è stata fatta propria dal legislatore più recente con l'art. 39 del D.Lgs. 81/2015, ove è previsto che "nel caso in cui il lavoratore chieda la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore, ai sensi dell'art. 38 co. 2, trovano applicazione le disposizioni dell'art. 6 della l. 604 del 1966, e il termine di cui al primo comma del predetto articolo decorre dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore".

Orbene, poiché, al momento dell'impugnativa stragiudiziale, il contratto di fornitura tra le società XXX s.r.l. e QQQ s.r.l. era ancora in atto e tutti i lavoratori ricorrenti risultavano occupati nell'ambito dell'appalto (e vi risultano anche alla data della presente decisione), le domande articolate in via subordinata devono certamente reputarsi ammissibili e vanno trattate nel merito.

2. L'intervenuta delibazione sull'eccezione di decadenza consente, altresì, già in questa sede, una pronuncia sulla richiesta di risarcimento del ex art. 96 c.p.c..

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Ebbene, la domanda di XXX s.r.l. va senz'altro rigettata, per difetto dei presupposti prescritti dalla normativa processuale.

In primo luogo, non va trascurato che la questione pregiudiziale, come appena visto, non ha portata definitiva del giudizio.

In seconda battuta, le controdeduzioni difensive elaborate dalla difesa dei ricorrenti per il superamento della decadenza dell'impugnativa della cessione di azienda, pur non condivise dal giudicante (e manifestamente infondate ai fini dell'invocata rimessione della questione di legittimità costituzionale), non sono apparse affatto pretestuose, anche nella parte relativa alle peculiarità della frode alla legge.

Infine, poiché evidentemente riferita al 1° comma dell'art. 96 c.p.c., la pretesa di risarcimento è risultata del tutto sguarnita dell'allegazione specifica del pregiudizio lamentato (nonché, conseguentemente, della prova dello stesso), in palese distonia con i pronunciamenti resi su tale versante dalla Corte di Cassazione (Cass. civ. Sez. VI, 17/12/2020, n. 29017; Cass. civ., Sez. Un., 20/04/2018, n. 9912).

P.Q.M.

Il Tribunale di Bari, in funzione di Giudice del lavoro, non definitivamente pronunciando nel giudizio iscritto al n. +++ del ruolo generale lavoro dell'anno 2020, così provvede:

- 1) dichiara inammissibili, per intervenuta decadenza, le domande proposte in via principale dai ricorrenti;
- 2) rigetta la richiesta di risarcimento danni da lite temeraria;
- 3) provvede come da separata ordinanza per il prosieguo del giudizio.

Bari, 13.1.2021

Il giudice della Sezione lavoro

dott. Vincenzo Maria Tedesco

PARTE SECONDA

Società a controllo pubblico e diritto all'inquadramento superiore

nota a cura di Francesca Chietera, avvocato giuslavorista in Matera

TRIBUNALE DI BRINDISI

31 dicembre 2020, ordinanza 2585/2020 – est. dott. E. Foggetti

Il legislatore ha esteso espressamente alle società che gestiscono servizi pubblici la necessaria applicazione, nel reclutamento del personale e nel conferimento degli incarichi, dei medesimi criteri cui sono soggette le pubbliche amministrazioni.

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Tanto premesso, posto che la progressione verticale negli organici della P.A., intendendosi per tale quella che comporta il passaggio non già ad un livello superiore bensì ad un inquadramento superiore – quale quella invocata nel presente giudizio – è assoggettata alla regola della selezione mediante pubblico concorso, deve ritenersi che non possa riconoscersi alcun superiore inquadramento in assenza di procedura ad evidenza pubblica di copertura della relativa posizione.

-conforme-

TRIBUNALE DI BRINDISI

17 novembre 2020, ordinanza 2584/2020 – est. dott. G. Puzzovio

La cd. progressione verticale negli organici della P.A., intendendosi per tale quella che comporta il passaggio non già meramente ad un livello superiore, bensì ad un'area di inquadramento superiore, per consolidata giurisprudenza deve ritenersi assoggettata, alla stessa stregua delle nuove assunzioni ab externo, alla regola della selezione mediante pubblico concorso. Nel caso di specie, trattandosi di passaggio da un livello professionale ad altro superiore, nell'ambito di società in house interamente partecipata da ente pubblico, non può riconoscersi alcun superiore inquadramento in assenza di procedura ad evidenza pubblica di copertura della relativa posizione.

Né tantomeno appare possibile in sede d'urgenza accogliere parzialmente il ricorso riconoscendo solo lo svolgimento delle mansioni superiori da parte del ricorrente (risultando incontestato lo svolgimento di mansioni superiori) posto che un provvedimento cautelare con contenuto meramente dichiarativo sarebbe un provvedimento del tutto insuscettibile di esecuzione forzata, idoneo a produrre efficacia compulsoria indiretta.

Nelle ordinanze in commento il Tribunale di Brindisi, in diversa composizione monocratica, ha affrontato il tema dell'applicabilità, in favore dei dipendenti di società a controllo pubblico, delle disposizioni di cui all'art. 2103 c.c., dopo l'entrata in vigore della cd. riforma Madia (d. l.gvo 175/2016).

Le società partecipate, a partire dalla loro codificazione nell'art. 2449 del codice civile, hanno conosciuto una strada tortuosa e disarticolata, con interventi normativi di segno opposto, che probabilmente sono nati dalla contraddizione intrinseca che caratterizza questo modello organizzativo, che qualcuno ha definito privato nella forma, pubblico nella sostanza: in un primo momento, infatti, si pensava che l'intervento pubblico nell'economia potesse più agevolmente realizzarsi mediante lo strumento societario, ritenuto più snello ed efficiente; di qui il proliferare di figure societarie di vario tipo, che

svolgevano attività serventi della pubblica amministrazione da cui promanavano, che tuttavia con il passare del tempo hanno finito con l'identificarsi in strumenti di elusione delle discipline vincolistiche previste per le pubbliche amministrazioni con riferimento, ad esempio, ai patti di stabilità, alle procedure ad evidenza pubblica, alla normativa in tema di indebitamento delle pubbliche amministrazioni o di blocchi nelle assunzioni di personale.

Con il proliferare delle pratiche distorsive, viene progressivamente meno l'enfasi iniziale. Si inizia quindi ad intervenire d'imperio, con interventi normativi sparsi finalizzati a ricondurre la galassia delle società partecipate al rispetto di regole e principi di natura pubblicistica ed inderogabile: questo obiettivo il legislatore lo persegue con interventi di chiara ripubblicizzazione delle società pubbliche, soprattutto per quanto attiene la disciplina del rapporto di lavoro, nei quali si

inserirsi d'imperio norme di natura pubblicistica che vanno ad innestarsi su modelli regolativi di natura privatistica, creando una disciplina ibridata ed una conseguente quanto prevedibile tensione interpretativa: ma probabilmente la quadratura del cerchio è un obiettivo impossibile da realizzarsi, considerata la natura anfiba di queste società, che continuano ad avere una forma privata ed una sostanza pubblica, essendo partecipate da soggetti pubblici.

La legge delega in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione (124/2015) ha inteso ricondurre a sistema la disciplina delle società a controllo pubblico, ponendosi l'esplicito obiettivo di *“assicurare la chiarezza della disciplina e la semplificazione normativa e di assicurare la tutela e la promozione della concorrenza”*.

Il decreto legislativo 175 del 2016 interviene, per quanto attiene al rapporto individuale di lavoro e alla contrattazione collettiva, esclusivamente sulle società a controllo pubblico, che costituiscono una species della società partecipate.

Per società a controllo pubblico devono intendersi le società nelle quali una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo, da intendersi quale definito dall'art. 2359 del codice civile.

Vi sarà quindi un controllo dell'amministrazione pubblica quando si disponga della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria o quando si disponga di voti sufficienti ad esercitare un'influenza dominante nell'assemblea stessa, ovvero, aggiunge il decreto legislativo 175/2016, quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Con il decreto legislativo 175 del 2016 si afferma un principio importante, che finalmente sembra

sgombrare il campo da una serie di problematiche connesse con l'interpretazione della disciplina dei rapporti di lavoro dei dipendenti della a controllo pubblico: il legislatore effettua una scelta in chiave dichiaratamente privatistica, prevedendo che, salvo quanto previsto nel decreto, si applica ai dipendenti della società a controllo pubblico la disciplina in materia di lavoro privato. L'art. 19 comma 1 del decreto legislativo 175/2016 prevede infatti espressamente che *“Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi”*.

Tale affermazione dovrebbe costituire uno strumento ermeneutico di grande importanza, poiché in caso di dubbi interpretativi, l'armamentario giuridico cui fare riferimento è in via esclusiva quello dei dipendenti privati: le deroghe al principio di carattere generale sono solo quelle previste nel decreto e non possono subire ampliamenti di sorta.

La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della riforma Madia ha infatti affermato che *“Ai fini esegetici e sistematici, il comma 1 dell'art. 19 ha valenza determinante, perché pone il rapporto di regola/eccezione fra la disciplina generale del svolgimento (incontestato) di mansioni ascrivibili alla categoria superiore a quella di inquadramento.*

Applicando il principio di carattere generale contenuto nel citato art. 19 del d. l.gvo 175/2016, l'art. 2103 c.c. avrebbe dovuto nella fattispecie trovare integrale applicazione, non essendovi, nel decreto medesimo, disposizioni di contenuto contrario ovvero eccezioni di sorta rispetto all'applicazione delle disposizioni contenute nella norma codicistica.

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Entrambe le ordinanze rigettano viceversa le domande, ritenendo nella fattispecie insussistente sia il requisito del periculum in mora che, per quel che qui più rileva, il requisito del fumus boni iuris.

Con particolare riferimento a tale ultimo aspetto, entrambe le pronunce partono dal presupposto che, nelle società a controllo pubblico, quali quelle convenute in giudizio, il superiore inquadramento possa essere riconosciuto solo previo espletamento di un concorso pubblico (rectius, procedura selettiva rispettosa dei principi di trasparenza, pubblicità ed imparzialità di cui all'art. 35, comma 3, del d. l.gvo 30 marzo 2001 n. 165), in difetto del quale la domanda non sarebbe azionabile.

In particolare, si esclude nella fattispecie l'operatività del disposto di cui all'art. 2103 c.c. in quanto *“posto che la progressione verticale negli organici della P.A., intendendosi per tale quella che comporta il passaggio non già ad un livello superiore bensì ad un'area di inquadramento superiore è assoggettata alla regola della selezione mediante pubblico concorso, deve ritenersi che non possa riconoscersi alcun superiore inquadramento in assenza di procedura ad evidenza pubblica della relativa posizione”*.

L'affermazione contenuta in entrambe le pronunce, secondo cui la regola della “concorsualità” escluderebbe in radice l'applicazione, nella fattispecie, dell'art. 2103 c.c., appare criticabile, in quanto non in linea con il decreto legislativo 175/2016, che impone tale regola unicamente con riferimento alle modalità di reclutamento - e quindi di assunzione - del personale dipendente di società a controllo pubblico e non già per l'accesso alla qualifica superiore, con la conseguenza che, ove il rapporto di lavoro sia sorto all'esito di una regolare procedura selettiva, *“il lavoratore potrà essere inquadrato in un livello superiore senza alcuna ulteriore selezione”* (Maresca).

Diversamente opinando, l'opzione privatistica sposata dalla riforma Madia risulterebbe chiaramente frustrata, posto che i principi ivi contenuti - di integrale applicazione in favore del personale dipendente di società a controllo pubblico delle norme in materia di impiego privato, salve le eccezioni espressamente previste nel decreto legislativo 175/2016 - risulterebbero pacificamente azzerati, con la conseguenza - concettualmente erronea e comunque contraria alla voluntas legis - di ricondurre nell'alveo della disciplina di natura pubblicistica rapporti di lavoro che il legislatore ha chiaramente inteso allocare - fatte salve le dovute eccezioni in tema di costituzione del rapporto di lavoro - nell'alveo dell'impiego privato.

I principi espressi nelle ordinanze del tribunale brindisino paiono ricalcare - nella sostanza - le pronunce di legittimità intervenute con riferimento a temi radicalmente diversi, che riguardano la conversione di contratti a termine nulli ovvero la costituzione alle dipendenze di società a controllo pubblico, quali utilizzatrici, di dipendenti assunti mediante contratti di somministrazione irregolari.

In entrambe le ipotesi la Suprema Corte, facendo leva sul menzionato principio di “concorsualità”, ha escluso la portata innovativa del decreto legislativo 175/2016, escludendo la conversione di contratti a termine nulli ovvero la costituzione alle dipendenze di società a controllo pubblico di dipendenti irregolarmente somministrati. Secondo la Suprema Corte, infatti (ordinanza 30 settembre 2020 n. 20911) *“Per le società a partecipazione pubblica il previo esperimento delle procedure concorsuali e selettive condiziona la validità del contratto di lavoro”*, sicché *“la regola della concorsualità imposta dal legislatore, nazionale o regionale, impedisce la conversione in rapporto a tempo indeterminato del contratto a termine affetto da nullità”*.

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Evidente tuttavia che i principi esposti dai giudici di legittimità in tema di divieto di conversione dei contratti a termine nulli ovvero sorti a seguito di somministrazione irregolare riguardano la fase genetica del rapporto e non già quella, di cui si discute, di relativo svolgimento, con riferimento alla quale deve trovare integrale applicazione la

disciplina di cui all'art. 2103 c.c., in quanto disposizione non derogata dal decreto legislativo 175/2016, con conseguente diritto del dipendente che svolga mansioni superiori per il lasso di tempo previsto dalla legge all'inquadramento superiore, nonché al pagamento in suo favore delle correlate differenze stipendiali.

LE ORDINANZE:

Tribunale di Brindisi - Sezione Lavoro
R.G.L. n. 2584-2020 - G.L.: Gabriella Puzovio

Con ricorso ex art. 700 cpc parte ricorrente, in epigrafe indicata, adiva il Tribunale al fine di accertare e riconoscere, in via d'urgenza, che il ricorrente nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato con la società --- in liquidazione svolgeva in maniera effettiva, continuativa e prevalente, nel rispetto dei criteri del CCNL FISE ASSOAMBIENTE mansioni riconducibili al livello e categoria di inquadramento superiore 3/B, con conseguente riconoscimento del diritto del ricorrente ad essere inquadrato nel livello e categoria legale superiore (3/B). A sostegno della domanda, parte ricorrente deduceva di esser stato assunto in data 01/11/2017 con livello 1/A e di aver di fatto svolto sin dall'origine del rapporto mansioni riconducibili nel livello 3/B (per l'espletamento delle quali aveva ottenuto il corrispondente trattamento economico ma non il definitivo inquadramento nel superiore profilo professionale). Quanto al periculum in mora deduceva che era prossimo l' "eventuale quanto imminente passaggio ad nuovo datore, con conseguente danno/perdita patrimoniale" e che lo stato di liquidazione della resistente era incompatibile con i tempi di un giudizio ordinario.

Avverso tale pretesa resisteva parte avversa deducendo l'insussistenza del periculum in mora (anche in considerazione dell'inerzia del resistente che aveva atteso oltre due anni prima di agire in giudizio per il riconoscimento del diritto) e l'assenza del fumus boni iuris (posto che la resistente era una società partecipata soggetta alle regole e ai principi del pubblico impiego, art 35 dlgs 165 del 2001, anche ai fini del riconoscimento del superiore inquadramento).

Acquisiti gli atti e i documenti offerti dalle parti il Tribunale riservava la decisione.

Il ricorso è infondato e non può esser accolto per quanto appresso.

Nella specie è incontestato che la --- spa sia società a partecipazione azionaria di maggioranza pubblica (con socio unico rappresentato dal Comune di ---).

Tale fattispecie è regolata dagli artt. 18 D.L. n. 112 del 2008 e 3-bis c. 6 D.L. n. 138 del 2011 (confluiti ora nell'art. 19 D.Lgs. n. 175 del 2016), che prevedono che le società che gestiscono

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al D.Lgs. n. 165 del 2001, che prevede tra l'altro l'obbligatorietà del rispetto delle procedure di evidenza.

Per quanto qui interessa, le società cd. in house sono quindi obbligate, per ogni forma di reclutamento di personale, ad attuare le medesime forme di evidenza pubblica previste per l'assunzione di lavoratori di qualifica comparabile presso gli enti locali di riferimento, e quindi, in particolare, a selezionare il personale in base ad analoghi requisiti di attitudine e professionalità, ed all'esito di selezioni pubbliche ed imparziali, condotte secondo criteri oggettivi di valutazione (cfr Cass. 25080/18, 21574/18, 21448/18 e 3662/2019).

Tanto al fine di garantire la piena tutela dell'art. 97 cost.

Tanto osservato sull'obbligo di reclutamento del personale per pubblico concorso già in forza della generale previsione di cui al d.l. n. 112/2008, conv. in legge n. 133/2008, va osservato che la c.d. progressione verticale negli organici della P.A., intendendosi per tale quella che comporta il passaggio non già meramente ad un livello superiore, bensì ad un'area inquadramento superiore, per consolidata giurisprudenza deve ritenersi assoggettata, alla stessa stregua delle nuove assunzioni ab externo, alla regola della selezione mediante pubblico concorso.

Ogni qual volta, infatti, una procedura selettiva, seppure aperta a soggetti già appartenenti alla pubblica amministrazione, sia finalizzata alla progressione verticale comportante un passaggio del lavoratore da un'area ad altra, ci si trova di fronte a procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

Non rientrano, di contro, nell'accezione di progressione verticale le sole progressioni meramente economiche, orizzontali.

Orbene, nel caso di specie, trattandosi di passaggio dal livello professionale (a1) ad altro superiore (b3), nell'ambito di società in house interamente partecipata da ente pubblico, non può riconoscersi alcun superiore inquadramento in assenza di procedura ad evidenza pubblica di copertura della relativa posizione.

Ciò detto, alla luce dei principi innanzi esposti è evidente che non sussistano i presupposti per l'accoglimento della domanda di riconoscimento del diritto all'inquadramento superiore.

Nè tantomeno appare possibile in sede d'urgenza accogliere parzialmente il ricorso riconoscendo solo lo svolgimento delle mansioni superiori da parte del ricorrente (risultando incontestato lo svolgimento di mansioni superiori livello b3 CCNL FISE ASSOAMBIENTE da parte del ricorrente) posto che un provvedimento cautelare con contenuto meramente dichiarativo sarebbe un provvedimento del tutto insuscettibile di esecuzione forzata, idoneo a produrre efficacia compulsoria indiretta.

Il ricorso deve quindi esser rigettato.

Le spese di lite possono esser compensate in ragione del riconoscimento dell'espletamento di mansioni superiori da parte della convenuta.

Pqm

Rigetta il ricorso

Spese di lite compensate

Brindisi 17.11.2020

§§§

Tribunale di Brindisi - Sezione Lavoro
R.G.L. n. 2585-2020 - G.L.: Emanuela Foggetti

Con ricorso ex art. 700 c.p.c.. depositato il 21/9/2020, - premesso di essere stato assunto dalla--- con decorrenza 2017 con le mansioni di autista, con livello 3/A a tempo determinato full time - esponeva di aver svolto, sin dall'inizio del rapporto, in maniera effettiva, continuativa e prevalente. mansioni riconducibili al livello professionale 4. posizione parametrica B per l'espletamento delle quali aveva ottenuto il corrispondente trattamento economico ma non il definitivo inquadramento nel superiore profilo professionale. Chiedeva, pertanto, che, in via d'urgenza, il Tribunale accertasse e riconoscesse il diritto del ricorrente allo svolgimento delle mansioni riconducibili al livello di categoria di inquadramento superiore 4/B, nel rispetto dei criteri del CCNL FISE Assoambiente, rappresentando, sotto il profilo del periculum in mora, che lo stato di liquidazione della società convenuta costituisca prova della presenza del pericolo di un pregiudizio imminente ed irreparabile anche nel caso di eventuale passaggio ad un nuovo datore di lavoro.

Costituendosi in giudizio, l'azienda resistente contestava gli avversi assunti, evidenziando il difetto del requisito del periculum in mora così come quello del fumus boni iuris e concludeva per il rigetto del ricorso cautelare.

Tali risultando le richieste delle parti, il ricorso è infondato e va rigettato per insussistenza del periculum in mora e del fumus boni iuris.

I provvedimenti d'urgenza, disciplinati dall'art. 700 c.p.c., sono volti ad evitare, in via preventiva, il pericolo che, nel periodo occorrente per l'accertamento giudiziale di un diritto, che appaia fondato all'esito dell'istruzione sommaria effettuata (fumus boni iuris), questo possa subire un pregiudizio grave ed irreparabile (periculum in mora).

Entrambi questi elementi devono sussistere perché il Giudice possa accogliere l'istanza di parte ricorrente, il difetto di uno solo dovendo di necessità determinare il rigetto del ricorso d'urgenza.

In primo luogo, ritiene il giudicante che difetti nella specie il requisito del periculum in mora.

In merito a tale elemento del giudizio cautelare va detto, infatti, che il periculum in mora deve essere qualificato dagli ulteriori requisiti dell'imminenza e dell'irreparabilità, nel senso che deve essere indicata una situazione di danno insuscettibile di essere riparato adeguatamente a posteriori nelle forme della tutela risarcitoria o per equivalente monetario; perché possa ritenersi la sussistenza del suddetto, occorre l'allegazione di elementi di valutazione specifici riferiti alla situazione concreta sottoposta all'esame del giudice.

Nella specie il ricorrente ravvisa il periculum in mora nel generico stato di liquidazione della società convenuta che, a suo dire, minaccia il diritto durante il tempo occorrente a farlo valere in via ordinaria, anche ove si dovesse verificare un eventuale quanto imminente passaggio - non meglio circostanziato - ad un nuovo datore di lavoro, con conseguente danno/ perdita patrimoniale.

E tuttavia, in primis, deve essere stigmatizzato che parte ricorrente afferma, nel proprio ricorso introduttivo, di essere stato assunto in data 2017 e di aver svolto sin dall'inizio del rapporto di

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021 (nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

lavoro mansioni riconducibili al livello professionale 4 posizione parametrica B, come risulta dalle buste paga versate in atti. pur essendo stato assunto con le mansioni di autista, con livello 3/A; di talchè, è di tutta evidenza che l'evento prospettato come dannoso dal ricorrente si sarebbe già verificato nel 2017 e si sarebbe protratto sino alla data di proposizione del ricorso cautelare, avvenuta solamente nel settembre 2020, lasso temporale tutt'altro che trascurabile, durante il quale il ricorrente è rimasto inerte, circostanza questa che consente ragionevolmente di escludere, nel caso di specie, un pericolo imminente ed irreparabile.

Ed invero, a tale riguardo, il giudicante ritiene di aderire al granitico orientamento invalso nella giurisprudenza di merito, in virtù del quale, qualora sia decorso un apprezzabile lasso di tempo tra il verificarsi dell'evento prospettato come dannoso e la proposizione della domanda cautelare, va escluso il requisito del periculum in mora posto che il decorso del tempo deve essere letto quale sintomo di tolleranza non in armonia con l'assunta urgenza (cfr. trib. Torre Annunziata 3/6/2005; Trib. Torino 1814/2014 e Trib. Modena 30/11/2006).

Né si riesce agevolmente ad ipotizzare quale irreparabilità del danno possa profilarsi, nelle more della fissazione di un giudizio di merito, in una situazione quale quella del ricorrente che, per sua stessa ammissione, è percettore del trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori effettivamente e continuativamente svolte, come si desume dalle buste paga allegate in atti mentre, per converso, il solo riconoscimento del diritto all'inquadramento superiore ben potrebbe essere oggetto di un giudizio ordinario. Né degna di pregio giuridico è la circostanza che la convenuta si trovi in stato di liquidazione, attesa la natura della resistente società partecipata a maggioranza con denaro pubblico.

L'insussistenza del periculum in mora sarebbe sufficiente di per sé sola per il rigetto del ricorso, e, tuttavia non appare superfluo svolgere solo alcune brevi osservazioni in ordine al fumus boni iuris. Sul punto va detto che, come pacificamente ammesso da entrambe le parti, la convenuta è società partecipata a maggioranza con denaro pubblico derivante dal socio unico rappresentato dal Comune di ----- (cfr. art. 5, co.3° cpv. Statuto che così recita: "La quota di partecipazione è pubblica (dell'Ente o degli Enti territoriali) non potrà in ogni caso mai essere inferiore al 51% (cinquantuno per cento) del capitale sociale" (al legato n.3 memoria di costituzione).

A tale riguardo, deve osservarsi che alla fattispecie in esame si applica l'art. 19 d.lgs.n. 175/2016, recante "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica" che prevede, al comma I. che si applichino le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e dai contratti collettivi: mentre al comma secondo, impone alle società partecipate di stabilire criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'art. 35. co. 3 d. lgs. n. 165/2001", sanzionando con la nullità tutti i contratti di lavoro stipulati in violazione della suddetta procedura.

Ai fini che in questa sede rilevano, deve osservarsi, pertanto, che il legislatore ha esteso espressamente alle società che gestiscono servizi pubblici la necessaria applicazione, nel reclutamento del personale e nel conferimento degli incarichi, dei medesimi criteri cui sono soggette le pubbliche amministrazioni, tra cui la selezione del personale in base ai requisiti di attitudine e professionalità e all'esito di selezioni pubbliche ed imparziali, condotte secondo criteri oggettivi di valutazione (cfr. da ultimo, Cass. n. 3662/2019) in armonia con i principi espressi

dall'art. 97 Cost.

Tanto premesso, posto che la progressione verticale negli organici della P.A., intendendosi per tale quella che comporta il passaggio non già ad un livello superiore bensì ad un area inquadramento superiore - quale quella invocata nel presente giudizio (passaggio da livello professionale 3/A ad altro superiore 4/B) - è assoggettata alla regola della selezione mediante pubblico concorso, deve ritenersi che non possa riconoscersi alcun superiore inquadramento in assenza di procedura ad evidenza pubblica di copertura della relativa posizione.

Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso va rigettato.

Stante la peculiarità della decisione, appare equo compensare tra le parti le spese di giudizio.

p.q.m.

Rigetta il ricorso.

Spese compensate.

§§§

Sul concetto di “dipendenza” ai fini della competenza per territorio

nota a cura di Gino Pietroforte avvocato giuslavorista in Bari

TRIBUNALE DI BARI

11/04/2021 ordinanza su RG: 8314/2020 - G.L.: Dott.ssa Campanile

RITENUTO CHE l'azienda ha posto in condizioni il dipendente di operare sul territorio della Puglia e di mantenere i contatti con la sede aziendale dalla propria abitazione (vedasi programmazione della settimana lavorativa e report della attività svolta trasmessi alla datrice di lavoro dalla propria abitazione);

P.Q.M.

RIGETTA la eccezione di incompetenza territoriale di questo giudice sollevata dalla resistente

Il tema della competenza territoriale è di notevole attualità, poiché si deve confrontare con un mercato del lavoro sempre più fluido, in cui il concetto tradizionale di luogo di lavoro, inteso che area/luogo ben definito all'interno della quale svolgere quotidianamente le proprie mansioni, diventa sempre più evanescente.

Il concetto di fabbrica, inteso come luogo di lavoro, deve essere integrato con un nuovo

concetto di lavoro. Costituisce argomento quotidiano lo smart working, in cui spesso il dipendente è chiamato a svolgere la propria mansione a casa, a volte anche in altre città; non solo, ma ci sono figure, una su tutte sono gli informatori scientifici, che pur essendo dipendenti a tutti gli effetti, non hanno una sede aziendale presso la quale recarsi quotidianamente, poiché la mansione loro richiesta attiene allo sviluppo commerciale di

una zona o area geografica assegnata, anche di ampio respiro (cioè che coinvolge più province o addirittura più regioni).

Al ricorrere di fattispecie quali quella appena espressa può divenire difficile cercare di cucire il concetto processuale di competenza territoriale come luogo in cui si esplica la propria prestazione lavorativa.

Infatti a norma del comma 2 dell'art. 413 cpc *“Competente per territorio è il giudice nella cui circoscrizione è sorto il rapporto ovvero si trova l'azienda o una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto”*.

Facendo letterale applicazione del principio codicistico espresso ne deriverebbe che il lavoratore subordinato addetto alla crescita commerciale di una determinata area geografica, lontana dalla sede legale della società datrice di lavoro, non potendo disporre di “una dipendenza” della datrice di lavoro “presso la quale presta la sua opera” si troverebbe nella gravosa situazione di poter incardinare il ricorso solo presso il Tribunale ove insiste la sede legale della datrice di lavoro.

La sentenza in commento, fornisce una interpretazione, in vero del tutto aderente con la giurisprudenza di Cassazione formatasi sul punto, del concetto codicistico di cui al comma 2 dell'art. 413 cpc, cioè del concetto di “dipendenza alla quale è addetto il lavoratore” decisamente più aderente all'evoluzione intervenuta sul concetto di luogo di lavoro.

Ivi infatti il Magistrato, facendo buon uso dei concetti espressi dalla Suprema Corte ha

ritenuto che ai fini dell'individuazione del giudice del lavoro competente per territorio, costituisce dipendenza dell'azienda anche un modesto nucleo di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, al quale può essere addetto anche un solo dipendente dell'imprenditore, ravvisando la dipendenza aziendale nell'abitazione del dipendente, titolare del potere di concludere contratti, nella quale sono ubicate apparecchiature telematiche necessarie per mantenere i contratti aziendali e i cui costi erano sostenuti dal datore di lavoro, nonché tutta la documentazione relativa alle vendite ed alle pratiche amministrative dell'area.

Di contro, assecondando l'eccezione formulata dalla datrice di lavoro si sarebbe venuto a creare un evidente pregiudizio in capo al lavoratore, la cui posizione sarebbe stata aggravata dalla necessità di rivolgersi ad un foro insistente in altra città al fine di azionare giudizialmente la tutela del diritto asseritamente leso. L'affermazione di detto principio invece consente di continuare a consentire di poter gestire il contenzioso nel Tribunale della propria residenza al ricorrere delle circostanze innanzi espresse, il che non è sicuramente di poco conto, ove si consideri che spesso la sede legale potrebbe essere distante migliaia di chilometri, costituendo un elemento disincentivante per il lavoratore, già gravato, rispetto al passato da una serie di ulteriori elementi ostativi ad una diretta azione giudiziaria (quali le spese legate all'accesso alla giustizia, come il contributo unificato e le condanne in caso di soccombenza).

L'ORDINANZA:

Tribunale di Bari - Sezione Lav
R.G.L. n. 8314-2020 - G.L.: Giovanna Campanile

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

IL GIUDICE

PRONUNCIANDOSI in ordine alla riserva;

LETTI gli atti ed esaminata la documentazione prodotta dalle parti;

VALUTATA la eccezione di incompetenza territoriale;

RILEVATO che secondo Cassazione civile, sez. lav., 01/04/2000, n. 3974: “Ai fini dell'individuazione del giudice del lavoro competente per territorio, costituisce dipendenza dell'azienda anche un modesto nucleo di beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, al quale può essere addetto anche un solo dipendente dell'imprenditore (nella specie, la S.C. ha ravvisato la dipendenza aziendale nell'abitazione del capoarea, titolare del potere di concludere contratti, nella quale erano ubicate apparecchiature telematiche necessarie per mantenere i contratti aziendali e i cui costi erano sostenuti dal datore di lavoro, nonché tutta la documentazione relativa alle vendite ed alle pratiche amministrative dell'area);

RITENUTO che la ratio di questa decisione si attaglia esattamente al caso in esame in cui l'azienda ha posto in condizioni il Ricci di operare sul territorio della Puglia e di mantenere i contatti con la sede aziendale dalla propria abitazione (vedasi programmazione della settimana lavorativa e report della attività svolta trasmessi alla --- dalla propria abitazione);

P.Q.M.

RIGETTA la eccezione di incompetenza territoriale di questo giudice sollevata dalla resistente;

RINVIA per il prosieguo alla udienza del ---, ore 10:00.

Bari, 10 aprile 2021

Il Giudice

dott.ssa Giovanna Campanile

PARTE TERZA

Sulla ammissibilità e fondatezza di un ricorso d'urgenza in caso di errore nella domanda per le graduatorie provinciali delle supplenze

A cura di Marco Dibitonto avvocato giuslavorista in Foggia

PRIMO PIANO

TRIBUNALE DI FOGGIA

Sezione Lavoro

G.L. Dott.ssa Picciocchi - ordinanza n. 7638/2020 del 2/01/2021

fumus boni juris, “dal momento che la domanda appare semplicemente incompleta non avendo la ricorrente indicato tutti i servizi valutabili ma già conosciuti dalla Pubblica amministrazione e suscettibili di rettifica . Ne consegue che alla ricorrente in ragione del punteggio già posseduto e tenuto conto di quanto dichiarato con la domanda inoltrata devono essere assegnati come preteso 145 punti, secondo il calcolo indicato in ricorso ed incontestato, fermo restando che alcuna responsabilità è ascrivibile a parte resistente poiché l’erroneo computo del sistema informatico è dipeso solo ed esclusivamente dalla domanda incompleta inoltrata dalla ricorrente e suscettibile di correzione solo in sede di rettifica”.

periculum in mora: deve osservarsi che il concetto di irreparabilità del pregiudizio richiesto dall’art. 700 c.p.c. impone sempre al giudice l’accertamento, in concreto, del pericolo che la futura decisione di merito risulti inutiliter data, e ciò in presenza di una situazione di fatto che appaia idonea a minacciare le posizioni soggettive anche non patrimoniali del ricorrente, considerate nel loro profilo oggettivo. Nel caso di specie, è ravvisabile, ad avviso del giudicante, il *periculum in mora* in considerazione del fatto che in conseguenza della mancato riconoscimento dei servizi svolti dalla ricorrente presso gli Istituti scolastici non statali l’istante si è vista riconoscere un minore punteggio con conseguente collocazione in graduatoria in posizione peggiore e minori possibilità di ricevere le convocazioni per l’assegnazione di supplenze, situazione da tutelare immediatamente anche in ragione delle condizioni economiche del nucleo

IL PRINCIPIO

Accolto dal Giudice del Lavoro di Foggia un ricorso presentato in via d’urgenza (ex art. 700 cpc) da una docente che, a seguito di domanda presentata per l’inserimento nella Graduatoria Provinciale Supplenze (GPS), pur avendo un punteggio di 145, che le avrebbe dato diritto ad un contratto a termine, era risultata con soli 33 punti, punteggio insufficiente per poter avere un contratto e, quindi, per poter svolgere attività lavorativa.

La decisione risulta essere un **precedente nazionale** per il fatto che nessun docente che dimentica di inserire alcuni suoi servizi nella domanda per l’inserimento nelle GPS – nonostante la richiesta di rettifica amministrativa – ha mai potuto vedere rettificata la sua posizione in graduatoria per il fatto che l’Amministrazione Scolastica ha sempre sostenuto la immodificabilità delle graduatorie (GPS).

IL CASO

La docente, madre di 4 figli e con una condizione familiare abbastanza difficile dal punto di vista economico, aveva sempre insegnato negli anni precedenti e “precipitata” in graduatoria, non sperava più in alcuna assunzione per l’anno scolastico in corso (2020/2021).

Per il Ministero non era possibile rettificare la graduatorie in quanto definitiva.

La lavoratrice della scuola riteneva ingiusto questo comportamento

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021

(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

dell'Amministrazione Scolastica.

Il Giudice del Lavoro accertava la sussistenza dei requisiti per l'adozione del provvedimento di urgenza.

LA DECISIONE

Per il Tribunale sussisteva il *fumus boni juris*, “dal momento che la domanda appare semplicemente incompleta non avendo la ricorrente indicato tutti i servizi valutabili ma già conosciuti dalla Pubblica amministrazione e suscettibili di rettifica . Ne consegue che alla ricorrente in ragione del punteggio già posseduto e tenuto conto di quanto dichiarato con la domanda inoltrata devono essere assegnati come preteso 145 punti, secondo il calcolo indicato in ricorso ed incontestato, fermo restando che alcuna responsabilità è ascrivibile a parte resistente poiché l'erroneo computo del sistema informatico è dipeso solo ed esclusivamente dalla domanda incompleta inoltrata dalla ricorrente e suscettibile di correzione solo in sede di rettifica”.

IL PRECEDENTE DIFFORME

Di segno contrario alla decisione di Foggia il Tribunale di Tivoli che, con ordinanza del 7.1.2021, ha rigettato il ricorso d'urgenza presentato da un docente, il quale lamentava che – a causa di un errore del sistema informatico ministeriale al momento della compilazione della domanda – gli era stato riconosciuto un punteggio inferiore rispetto a quello atteso nella Graduatoria scolastica provinciale.

In sintesi, l'ordinanza del tribunale di Tivoli ha considerato – quale errore addebitabile al docente – la “selezione” (da un menù a tendina preimpostato) di un servizio reso, ma affiancato – non per sua colpa – da un codice errato, in ragione della mancata tempestiva attivazione del docente, che avrebbe causato una lesione del principio di certezza delle situazioni giuridiche, nonché la violazione dell'art. 97 della Costituzione.

Diversamente dall'impostazione assunta a Tivoli, il Giudice del lavoro di Foggia valorizza l'art. 8 dell'O.M. 60/2020, stabilendo che deve ammettersi la rettifica del punteggio attribuito alla ricorrente. La rettifica, su istanza dell'interessato, e previo confronto con i dati in possesso del MIUR discende dal generale **l'obbligo del c.d. soccorso istruttorio**.

Infatti, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), della L. n. 241/1990 e dell'art. 71, comma 3, del d.P.R. n. 445/2000, la PA ha l'obbligo di esperire il soccorso istruttorio volto alla rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete.

Tale obbligo di verifica e di controllo permane anche nei casi in cui la domanda di partecipazione sia presentata in modo informatizzato.

Quindi, il Tribunale di Foggia ha accolto il ricorso della docente, sostenendo che è compito della PA tutelare il cittadino (e non viceversa) in modo tale che il suo diritto possa essere esercitato.

Dal confronto appena effettuato, emerge – chiaramente – una posizione non univoca da parte della Giurisprudenza di merito che, probabilmente, farà

discutere ancora.

CONCLUSIONI

Per concludere, appare maggiormente condivisibile questa seconda decisione, che mira a dare effettiva tutela al diritto – al lavoro e alla professionalità – azionato in giudizio, invece che limitarsi a ritenere che tutto ciò che è automatizzato è, per ciò stesso, oggettivo, certo, insindacabile e, soprattutto, non bisognevole di un intervento “umano” dell’Amministrazione, la quale deve svolgere la “*necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all’algoritmo*” (Cons. Stato, sez. VI, n. 881 del 4 febbraio 2020).

L’ORDINANZA:

TRIBUNALE DI FOGGIA

Sezione Lavoro

R.G.N. 7638/2020 – G.L.: dott.ssa Aquilina Picciocchi

Con ricorso ex art. 700 c.p.c. depositato in data 6.10.2020 la ricorrente in epigrafe indicata ha esposto di essere già inserita nelle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente ed educativo con validità per gli anni scolastici 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020, graduatorie previste dal Decreto Ministeriale n. 374 , con i seguenti punteggi:

graduatoria AAAA (cioè dell’infanzia) – fascia 2: punteggio: 134

graduatoria EEEE (cioè primaria) – fascia 2: punteggio: 16,

avendo svolto tra l’altro servizi nelle scuole paritarie per gli anni scolastici indicati dettagliatamente in ricorso; di aver inoltrato il 27.07.2020 domanda amministrativa per l’inserimento nelle graduatorie della Provincia di Foggia per le supplenze per gli anni scolastici 2020/2021 e 2021/2022 nell’ambito della c.d. procedura di istituzione delle graduatorie provinciali e di istituto per le supplenze di cui all’ art. 4, commi 6-bis e 6-ter, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo; di aver ottenuto nelle graduatorie provinciali di Foggia per le supplenze pubblicate in data 01.09.2020, solo n. 33 punti a fronte degli spettanti n. 145 punti .

Tanto premesso lamentata la totale mancata valutazione dei servizi di lavoro svolti nelle scuole paritarie, servizi che erano stati già correttamente valutati nella graduatoria precedente con n. 134 punti e rivendicato un punteggio di 145 punti (n. 15 punti per il titolo, n. 18 punti già riconosciuti per i servizi nelle scuole pubbliche + n. 112 per i servizi nelle scuole paritarie non risultanti dalla graduatoria provinciale e di istituto per le supplenze 2020/2021 e 2021/2022 già riconosciuti nelle precedenti graduatorie) , nonché sotto il profilo del periculum in mora, lamentando il danno ravvisabile nella erronea collocazione in graduatoria c e desumibile anche dalla precaria situazione economica vissuta dal nucleo familiare, composto dal marito senza reddito e da quattro figli, con conseguente necessità di poter avere immediatamente la possibilità di concorrere per le supplenze collocandosi correttamente in graduatoria in una posizione utile ha così concluso:

- accertare e dichiarare che alla ricorrente devono essere accreditati n. 145 punti nelle GPS della

Provincia di Foggia fascia I scuola dell'infanzia e per l'effetto

- ordinare la rettifica del punteggio in 145 nella graduatoria predetta con ogni conseguenza in ordine alla stipula del contratto di lavoro a tempo determinato nella fascia I scuola dell'infanzia nella Provincia di Foggia;

- condannare il Ministero dell'Istruzione al risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 1218 c.c.

- condannare il Ministero dell'Istruzione al pagamento delle competenze legali, con distrazione.

Si è costituito il MIUR assumendo la legittimità del proprio operato, non avendo valutato i servizi svolti dalla ricorrente presso gli Istituti scolastici non statali poiché non inseriti dalla docente nella domanda amministrativa. Ha lamentato la negligenza in cui è incorsa la ricorrente e ha dedotto che la mancata indicazione nella domanda dei servizi svolti presso le scuole "paritarie" non ha consentito all'Amministrazione di procedere alla valutazione di quei titoli in ragione di quanto previsto dall' O.M. n. 60/2020 che all'art. 7 comma 7 indica : "Non è valutata la domanda presentata fuori termine e in modalità difforme da quella indicata all'articolo 3, comma 2, e al presente articolo, nonché la domanda dell'aspirante privo di uno dei requisiti generali di ammissione di cui all'articolo 6" ..

All'udienza del 26.11.2020 all'esito della discussione il giudice si è riservato di decidere.

E' pacifico e documentato che la ricorrente era già inserita nelle graduatorie di circolo e di istituto del personale docente ed educativo con validità per gli anni scolastici 2017/2018, 2018/2019 e 2019/2020, graduatorie previste dal Decreto Ministeriale n. 374/2019 , con i seguenti punteggi:

graduatoria AAAA (cioè dell'infanzia) – fascia 2: punteggio: 134

graduatoria EEEE (cioè primaria) – fascia 2: punteggio: 16 (doc. 1 pag. 2 produzione di parte ricorrente).

E' altrettanto pacifico che i 134 punti sono stati riconosciuti anche in ragione dei servizi svolti da Trivisonne Stefania presso gli Istituti scolastici non statali. Tale punteggio non è stato poi riconosciuto nelle graduatorie provinciali e di istituto per le supplenze anni scolastici 2020/2021 e 2021/2022 poiché come indicato da parte resistente e documentato dalla stessa domanda prodotta dalla ricorrente (cfr. doc 5) T.S. nella domanda amministrativa del 27.7.2020 inoltrata nell'ambito della procedura di ISTITUZIONE DELLE GRADUATORIE PROVINCIALI E DI ISTITUTO PER LE SUPPLENZE DI CUI ALL'ARTICOLO 4, COMMI 6-bis E 6-ter, DELLA LEGGE 3 maggio 1999, n. 124 E DI CONFERIMENTO DELLE RELATIVE SUPPLENZE PER IL PERSONALE DOCENTE ED EDUCATIVO riservata agli aspiranti che intendono partecipare alle procedure di istituzione delle graduatorie provinciali e di istituto di cui all'articolo 4, commi 6-bis e 6-ter, della legge 3 maggio 1999, n. 124 e di conferimento delle relative supplenze per il personale docente ed educativo, di cui al O.M. n. 60 del 10 luglio 2020, non ha indicato i servizi svolti presso gli Istituti scolastici non statali e ne ha chiesto il riconoscimento solo in sede di reclamo , dopo la pubblicazione delle graduatorie provinciale per le supplenze del 1.9.2020, e precisamente inoltrando domanda all'UPS di Foggia il 7.9.2020 (cfr. allegato 9 produzione di parte ricorrente) .

Punto nodale della controversia è allora verificare se in ragione delle regole che governano le graduatorie provinciali e di istituto per le supplenze ed in ragione di quanto previsto dall'Ordinanza Ministeriale nr. 60 del 10.7.2020 il punteggio già riconosciuto alla ricorrente nelle precedenti graduatorie debba essere ancora riconosciuto, benché nell'inoltrare la domanda l'istante non abbia indicato i servizi resi negli anni negli istituto scolastici non statali e già riconosciuti nella precedente graduatoria.

Per la formazione delle Graduatorie Provinciali per le Supplenze (GPS), istituite in base all'art. 2, comma 4ter, del d.l. 8 aprile 2020 n. 22, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 giugno 2020 n. 41 e regolate dall'ordinanza del Ministero dell'Istruzione n. 60 del 10/07/2020, destinate a soppiantare le vecchie Graduatorie Ad Esaurimento (GAE), l'art. 3, comma 3, prevede : "Ai fini

della costituzione delle GPS di prima e seconda fascia, i punteggi, le posizioni e le eventuali precedenze sono determinati, esclusivamente, sulla base delle dichiarazioni rese dagli aspiranti attraverso le procedure informatizzate di cui al comma 2. I titoli dichiarati dall'aspirante all'inserimento nelle GPS sono valutati se posseduti e conseguiti entro la data di presentazione della domanda di partecipazione".

Nella procedura in parola non viene ad attivarsi - analogamente a quanto avvenuto per le GAE - alcuna procedura selettiva, pertanto non si rinviene alcun procedimento di tipo selettivo ma esclusivamente la formazione di un elenco da cui discende il diritto degli istanti, in primo luogo, ad essere collocati nella giusta posizione determinata dalla sommatoria dei punteggi relativi ai titoli dichiarati e posseduti e, in secondo luogo, ad essere preferiti nella chiamata per la stipula di contratti a tempo determinato che l'istituzione scolastica necessitasse di sottoscrivere rispetto ai soggetti che risultino essere collocati in posizione successiva nella graduatoria d'istituto. Non rientra, pertanto, nella giurisdizione amministrativa la controversia in esame, dove l'assenza di un bando, di una procedura di valutazione e, soprattutto dell'atto di approvazione, colloca la fattispecie al di fuori della materia concorsuale e comporta che sia il giudice ordinario a valutare la pretesa che ha ad oggetto, in sostanza, la conformità a legge degli atti di gestione nella graduatoria utile per l'eventuale assunzione.

A seguito della procedura di inserimento, in modalità telematica, dell'istanza di partecipazione alla cd GPS, Graduatoria Provinciale per le supplenze è il sistema informatico ad attribuire i punteggi. Si legge infatti all'art. 8 comma IV OM 60/2020 "Il computo dei punteggi corrispondenti ai titoli dichiarati è proposto dal sistema informatico". Trattasi tuttavia solo di una proposta. E' compito poi degli uffici scolastici provinciali "procedere alla valutazione dei titoli dichiarati per le GPS di competenza, anche attraverso la delega a scuole polo su specifiche classi di concorso, al fine di evitare difformità nelle valutazioni" (comma 5) ed in caso di difformità tra i titoli dichiarati sotto forma di autocertificazione (v. art. 7, comma 10) ed i titoli "effettivamente posseduti", i dirigenti degli uffici scolastici provinciali procedono alla relativa rettifica del punteggio o all'esclusione dalla graduatoria (art. 8, comma 6).

Tale attività di valutazione e di eventuale rideterminazione dei punteggi pare doverosa non soltanto per escludere titoli di servizio dichiarati non conformi al vero, ma anche per assegnare il giusto punteggio in base ai dati in possesso del MIUR (cfr. in senso favorevole ordinanza Tribunale di Massa nr 2363/2020 del 04/11/2020 RG n. 738/2020 giudice dott.ssa Erminia Agostini). Nel caso di specie dai dati in possesso del Miur ed in ragione delle precedenti graduatorie emerge che alla ricorrente erano già stati riconosciuti 134 punti anche in ragione dei servizi svolti presso le scuole paritarie, servizi che andavano valutati, dato pacifico, anche per le Graduatorie Provinciali per le supplenze di cui all'Ordinanza Ministeriale 60/2020 quali titoli di servizio secondo le Tabelle allegate C/1.

Prevedendo l'art. 8, comma 6, dell'OM 60/2020 la rettifica in base ai titoli effettivamente posseduti e poiché è espressamente previsto come il punteggio sia soltanto proposto dal sistema informatico, doveva allora ammettersi, in sede di reclamo e benchè la carenza della domanda amministrativa, la rettifica del punteggio attribuito alla ricorrente.

Tale rettifica su istanza dell'interessato e previo confronto con i dati in possesso del MIUR discende dal generale l'obbligo del c.d. soccorso istruttorio. Infatti ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990 e dell'art. 71, comma 3, del d.P.R. n. 445/2000, la Pubblica Amministrazione deve concedere il soccorso istruttorio volto alla rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete. Ciò non pare porsi in contrasto con il principio di parità tra i partecipanti, perché nel caso in esame la ricorrente ha proposto la domanda, con modalità telematica, nei termini e possiede i requisiti richiesti. Con l'esercizio del predetto soccorso non si va pertanto a supplire a gravi deficienze della domanda a danno degli altri partecipanti, ma si consente solo di adeguare la

domanda agli elementi di fatto, incontestati e già a conoscenza della p.a. Il soccorso istruttorio è nella fattispecie sicuramente esperibile, estendendosi alla sola carenza documentale relativa al possesso dei titoli e non agli elementi essenziali della domanda presentata nei termini e da un soggetto legittimato, pertanto non vi è alcun pregiudizio del canone generale della parità di trattamento tra i concorrenti venendo in considerazione esclusivamente una regolarizzazione formale documentale.

Nel caso in esame viene solo in questione una mera "trasposizione" dei titoli già dichiarati dalla ricorrente con le precedenti graduatorie e già riconosciuti dal Ministero. La affermazione di parte resistente secondo cui i titoli di servizio (certamente posseduti dalla ricorrente) non sarebbero stati riconosciuti perché non indicati nella domanda di partecipazione e dunque non valutati dal sistema informatico è frutto di eccessivo formalismo, in ragione della immediata rilevabilità del possesso dei titoli di servizio di cui alle precedenti graduatorie e tenuto conto della immediata istanza di reclamo inoltrata dalla ricorrente, che ben avrebbe potuto essere oggetto di soccorso istruttorio.

In definitiva l'Amministrazione non ha svolto alcun controllo o verifica sulla documentazione presentata, come invece avrebbe dovuto, nemmeno a seguito della segnalazione fatta dalla ricorrente (cfr. doc. 9 ricorrente), né ha attivato il meccanismo di soccorso istruttorio previsto dall'art. 6 della L. n. 241/1990, chiedendo alla candidata di rettificare le dichiarazioni erranee o incomplete rese per consentirle di riconoscere correttamente il punteggio attribuibile in ragione di quanto già riconosciuto con le precedenti graduatorie.

L'Amministrazione in virtù della richiamata disciplina di settore ha un preciso obbligo di verificare la correttezza delle domande di inserimento nelle graduatorie anche rettificando i punti assegnati con il sistema informativo e deve attivarsi per mezzo del soccorso istruttorio ex art. 6 della L. n. 241/1990, ove siano riscontrati meri errori materiali, agevolmente desumibili dai documenti già in possesso e già conosciuti.

Un tale obbligo di verifica e di controllo permane anche nei casi in cui la domanda di partecipazione sia presentata in modo informatizzato, poiché tale modalità di partecipazione è volta a semplificare ed accelerare la procedura, ma non fa venire meno il dovere dell'Amministrazione di svolgere un'attività istruttoria corretta e completa (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 09.02.2017, n. 144; T.A.R. Veneto, Sez. I, 21.12.2016, n. 1418).

Peraltro, la ricorrente in sede di reclamo ha espressamente chiesto il riconoscimento del punteggio già in precedenza attribuitole, fornendo all'Amministrazione tutti gli elementi utili per poter procedere alle necessarie verifiche e rettifiche.

E' pur vero che il Ministero dell'Istruzione con i chiarimenti forniti il 4.9.2020 ha segnalato l'opportunità, secondo le normali regole che disciplinano ogni procedimento amministrativo, di procedere in autotutela alla rettifica dei punteggi palesemente erronei e all'accoglimento dei reclami manifestamente fondati, "fermo restando che ai fini dell'inserimento in graduatoria si deve tenere conto esclusivamente di quanto effettivamente dichiarato dall'aspirante nell'istanza di partecipazione e oggetto delle rigorose verifiche previste".(cfr. chiarimenti del Ministero dell'Istruzione del 4.9.2020), tuttavia occorre ribadire che, secondo la giurisprudenza amministrativa, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. b), della l. n. 241/1990 l'Amministrazione deve concedere il soccorso istruttorio volto alla rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete, salvo che le stesse costituiscano falsità, qualora il modulo per la partecipazione al concorso pubblico rappresenti l'unica forma possibile di presentazione della domanda (T.A.R. Veneto, n. 144/2017 cit.; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 13 gennaio 2016, n. 58).

Da quanto precede, e allo stato, si ritiene dunque sussistente il *fumus boni iuris*, dal momento che la domanda del 27.7.2020 appare semplicemente incompleta non avendo la ricorrente indicato tutti i servizi valutabili ma già conosciuti dalla Pubblica amministrazione e suscettibili di rettifica. Ne consegue che alla ricorrente in ragione del punteggio già posseduto e tenuto conto di quanto

dichiarato con la domanda inoltrata il 27.7.2020 devono essere assegnati come preteso 145 punti, secondo il calcolo indicato in ricorso ed incontestato, fermo restando che alcuna responsabilità è ascrivibile a parte resistente poiché l'erroneo computo del sistema informatico è dipeso solo ed esclusivamente dalla domanda incompleta inoltrata dalla ricorrente e suscettibile di correzione solo in sede di rettifica.

Per quanto riguarda, poi, il periculum in mora, deve osservarsi che il concetto di irreparabilità del pregiudizio richiesto dall'art. 700 c.p.c. impone sempre al giudice l'accertamento, in concreto, del pericolo che la futura decisione di merito risulti inutiliter data, e ciò in presenza di una situazione di fatto che appaia idonea a minacciare le posizioni soggettive anche non patrimoniali del ricorrente, considerate nel loro profilo oggettivo.

Nel caso di specie, è ravvisabile, ad avviso del giudicante, il periculum in mora in considerazione del fatto che in conseguenza della mancato riconoscimento dei servizi svolti dalla ricorrente presso gli Istituti scolastici non statali l'istante si è vista riconoscere un minore punteggio con conseguente collocazione in graduatoria in posizione peggiore e minori possibilità di ricevere le convocazioni per l'assegnazione di supplenze, situazione da tutelare immediatamente anche in ragione delle condizioni economiche del nucleo familiare formato dalla ricorrente, dal marito, privo di reddito (cf. doc 11 produzione di parte ricorrente), e da quattro figli, tutti minorenni (cfr. stato di famiglia). Alla luce di quanto precede, la domanda cautelare deve essere accolta e conseguentemente il provvedimento con cui è stato calcolato il punteggio da attribuirsi alla ricorrente va rielaborato assegnando alla stessa 145 punti.

In questi limiti la domanda può essere accolta con rigetto della domanda al risarcimento del danno ex art. 1218 cc.

Le spese di lite vengono compensate per la novità delle questioni trattate e tenuto conto della incompletezza della domanda amministrativa inoltrata dalla ricorrente.

P.Q.M.

Il Giudice, in parziale accoglimento della richiesta di provvedimento cautelare, accerta e dichiara che alla ricorrente devono essere accreditati n. 145 punti nelle GPS della Provincia di Foggia fascia I scuola dell'infanzia e per l'effetto ordina la rettifica della graduatoria con il riconoscimento del punteggio indicato;

rigetta per il resto il ricorso;

compensa le spese di lite.

Si comunichi.

Foggia 2.1.2021

Il Giudice

Aquilina Picciocchi

Sull'impugnazione del Verbale unico di accertamento dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro.

A cura di Francesco Di Bono avvocato giuslavorista in Bari *

PRIMO PIANO

TRIBUNALE di BARI, Sezione Lavoro G.L. Dott. De Giorgi - Sentenza n. 1674 del 16/6/2020

In tema di sanzioni amministrative, il Verbale Unico di accertamento notificato dall'Ispettorato Territoriale del Lavoro non può essere direttamente impugnato davanti al giudice ordinario da parte dell'interessato, ai sensi della Legge 24/11/1981, n. 689, art. 22, trattandosi di un atto a carattere procedimentale inidoneo a produrre alcun effetto sulla sua situazione soggettiva, la quale viene invece incisa soltanto a seguito e per effetto dell'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo, costituito dall'Ordinanza di Ingiunzione, unico atto contro cui è possibile proporre opposizione. In ragione di quanto sopra, il ricorso è inammissibile.

INAMMISSIBILITÀ
DELLA
IMPUGNAZIONE

Secondo l'impianto della Legge n. 689/1981, la fase accertativa del procedimento sanzionatorio del lavoro – o, se si preferisce, la fase ispettiva – si conclude con l'atto di contestazione/notificazione delle violazioni riscontrate dal personale ispettivo, secondo la procedura stabilita dall'art. 14 della legge citata. L'articolo menzionato stabilisce: «La violazione, quando è possibile, deve essere contestata immediatamente tanto al trasgressore quanto alla persona che sia obbligata in solido al pagamento della somma dovuta per la violazione stessa (1° comma). Se non è avvenuta la contestazione immediata per tutte o per alcune delle persone indicate nel comma precedente, gli estremi della violazione debbono essere notificati agli interessati residenti nel territorio della Repubblica entro il termine di novanta giorni e a quelli residenti all'estero entro il termine di trecentosessanta giorni dall'accertamento (2° comma)». Come il reato, anche l'illecito amministrativo è caratterizzato da un elemento oggettivo, e da un elemento soggettivo, secondo la tradizionale "bipartizione" della dottrina penalistica. Ne discende che l'ispettore deve, in primo luogo, verificare la commissione di un fatto conforme alla fattispecie illecita prevista dalla legge. Dovrà, quindi, procedere all'identificazione dell'autore dell'illecito, sia perché, sul piano giuridico, ciò è richiesto dal principio generale della responsabilità personale per l'illecito amministrativo (artt. 2 e 3, l. n. 689/1981), sia perché, sul piano fattuale, il datore di lavoro è spesso un soggetto collettivo, per lo più una società, composta naturalmente da una pluralità di persone fisiche, tra le quali è necessario operare una selezione dell'effettivo responsabile.

Il verbale unico di accertamento non può essere impugnato davanti al giudice ordinario da parte dell'interessato, ai sensi della Legge n. 689/1981, art. 22, trattandosi di un atto a carattere procedimentale inidoneo a produrre alcun effetto sulla di lui situazione soggettiva, la quale viene invece incisa soltanto a seguito e per effetto della dell'emanazione del procedimento amministrativo, costituito dall'ordinanza di ingiunzione, unico atto contro cui è possibile proporre opposizione. Ne consegue che, fino all'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo, costituito dall'ordinanza di ingiunzione dell' I.T.L. (atto esecutivo ed ingiuntivo del pagamento di sanzioni), non è ravvisabile, in capo al trasgressore/destinatario del provvedimento, un interesse giuridicamente rilevante (in termini di concretezza ed attualità) all'impugnazione. Pertanto, nel procedimento delineato dalla Legge 689/81, la contestazione del verbale di accertamento non è idonea a costituire titolo per la determinazione e la riscossione della sanzione, la quale deve essere in ogni caso determinata dal successivo provvedimento sanzionatorio. La Suprema Corte ha costantemente ribadito che il giudizio di opposizione disciplinato dagli artt. 22 e 23 l. 689/81 va instaurato contro il provvedimento che applica la sanzione amministrativa e che, pertanto, non è ammissibile il ricorso giurisdizionale proposto, prima che sia emanata l'ordinanza di ingiunzione prevista dall'art. 18 della medesima legge 689/81, avverso il processo verbale di accertamento e contestazione della violazione amministrativa (Cfr. Cass., 19 maggio 2000, n. 6485; 11 novembre 2003, n. 16918; 2 settembre 2004, n. 17674; 4 luglio 2006, n. 15224). In tal senso anche la giurisprudenza di merito del Tribunale di Bari:

oltre alla sentenza in commento, dello stesso tenore la sentenza n. 6663/2010, in persona della dott.ssa Napoliello, che ha qualificato l'atto di contestazione dell'illecito amministrativo quale "*atto prodromico rispetto all'ordinanza ingiuntiva che si configura quale provvedimento conclusivo del procedimento sanzionatorio*" nonché la sentenza n. 57/2012 emessa dal Tribunale di Bari – Sezione distaccata di Monopoli, in persona del Giudice dott. Michele De Palma, attraverso la quale si ribadisce che è "*attribuita efficacia esecutiva soltanto all'ordinanza di ingiunzione nei cui confronti la legge ammette ricorso all'autorità giudiziaria*".

L'ORDINANZA DI INGIUNZIONE EMESSA DALL' I.T.L.

Terminata l'ispezione in materia di lavoro e contestati o notificati gli illeciti amministrativi riscontrati e sanzionati (art. 14, legge n. 689/1981), gli accertatori, appurato che il pagamento in misura ridotta delle sanzioni comminate non è stato effettuato nel previsto termine di 60 giorni (art. 16) ovvero constatato l'invio da parte del trasgressore o di chi lo rappresenta di appositi scritti difensivi (art. 18), inviano gli atti relativi unitamente al rapporto al Capo dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro (art. 17). Il Capo dell'I.T.L., avvalendosi dell'ufficio definito "Processo Legale", provvede al controllo e all'esame degli scritti difensivi prodotti ovvero degli atti e degli elementi di prova trasmessi unitamente al rapporto. Laddove non sia stata richiesta un'audizione personale dal trasgressore, si procede all'emissione del provvedimento amministrativo che conclude il procedimento sanzionatorio, vale a dire l'ordinanza di ingiunzione. Nel caso, invece, in cui si debba procedere alla convocazione del trasgressore ai fini della richiesta audizione, l'ordinanza verrà emessa dopo l'ulteriore fase sub-procedimentale di confronto stragiudiziale ai sensi dell'art. 18 legge n. 689/1981. L'ordinanza è lo strumento con il quale il Capo dell'I.T.L., mediante un'attenta valutazione di legittimità formale e di fondatezza sostanziale degli accertamenti compiuti, eseguita con l'ausilio tecnico-giuridico dei funzionari, di solito avvocati abilitati all'esercizio della professione legale, determina la somma definitivamente dovuta e ingiunge il pagamento all'autore delle violazioni contestate nonché all'eventuale obbligato in solido.

Il termine che l'art. 28 legge n. 689/1981 pare assegnare al Capo dell'I.T.L. per emettere l'ordinanza che conclude il procedimento sanzionatorio amministrativo è quello di cinque anni dal giorno della commissione dell'illecito contestato e sanzionato dagli Ispettori (In tal senso si è orientata la giurisprudenza di legittimità della Suprema Corte di Cassazione, che in più occasioni ha ribadito l'interpretazione della suddetta norma con diverse pronunce (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 18 febbraio 1989, n. 972; Cass. Civ., Sez. I, 9 giugno 1990, n. 5635; Cass. Civ., Sez. I, 12 novembre 1992, n. 12189; Cass. Civ., Sez. I, 1° luglio 1995, n. 7331; Cass. Civ., Sez. Lav., 9 marzo 1996, n. 1902).

IL RICORSO GIUDIZIARIO AVVERSO L'ORDINANZA DI

Il ricorso in opposizione avverso l'Ordinanza di Ingiunzione adottata dal Capo dell'Ispettorato Territoriale del Lavoro, a conclusione del procedimento sanzionatorio e ispettivo ai sensi dell'art. 18 della legge 24 novembre 1981, n. 689, trova il proprio riferimento normativo negli artt. 2, 5 e 6 del D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (in vigore dal 6 ottobre 2011) e nell'art. 22 della legge

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

INGIUNZIONE

n. 689/1981 (come modificato dall'art. 34 del D.Lgs. n. 150/2011). La giurisdizione riguardo al ricorso giudiziario in esame, che attiene alle opposizioni ai provvedimenti sanzionatori amministrativi spetta, in via esclusiva, al Giudice ordinario. In particolare, la competenza in materia di opposizione ad ordinanza-ingiunzione appartiene al Giudice unico di Tribunale, in composizione monocratica, che dirige e svolge il processo secondo il rito del lavoro. Il ricorso in opposizione va proposto «davanti al Giudice del luogo in cui è stata commessa la violazione» (art. 6, comma 2, D.Lgs. n. 150/2011). Con il decreto di fissazione dell'udienza di cui all'art. 415, c. 2, c.p.c., il giudice ordina all'autorità che ha emesso il provvedimento impugnato di depositare in cancelleria, dieci giorni prima dell'udienza fissata, copia del rapporto con gli atti relativi all'accertamento, nonché alla contestazione o notificazione della violazione. Il ricorso e il decreto sono notificati, a cura della cancelleria, all'opponente e all'autorità che ha emesso l'ordinanza. La sospensione dell'efficacia esecutiva del provvedimento opposto può essere concessa dal giudice con ordinanza non impugnabile nei soli casi in cui la stessa sia stata espressamente chiesta dall'opponente e solo quando ricorrano gravi e circostanziate ragioni, di cui il giudice deve dare esplicitamente conto nella motivazione del provvedimento. In primo grado le parti possono stare in giudizio personalmente; in particolare, l'amministrazione resistente può avvalersi dei propri funzionari appositamente delegati. Per quanto concerne l'esito della controversia, con la sentenza che accoglie l'opposizione il giudice può annullare in tutto o in parte l'ordinanza o modificarla anche limitatamente all'entità della sanzione dovuta, che è determinata in ogni caso in misura non inferiore al minimo edittale. Qualora, invece, il giudice dovesse rigettare il ricorso, l'ordinanza di ingiunzione viene confermata e, decorso inutilmente il termine fissato per il pagamento delle somme dovute, l'autorità che ha emesso il provvedimento predispone i ruoli per la riscossione coattiva, ai sensi dell'art. 27 L. 689/198. Successivamente all'iscrizione a ruolo, il Concessionario della riscossione territorialmente competente, notifica all'interessato la cartella esattoriale con la quale si chiede il pagamento di quanto dovuto, oltre agli interessi ed alle spese.

**Le considerazioni contenute nel presente contributo sono frutto esclusivo del pensiero dell'Autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'amministrazione di appartenenza.*

LA SENTENZA:

Tribunale di Bari
sezione lavoro

GL: Dott. Francesco Degiorgi - Sentenza n. 1674/2020

Con atto depositato il 4.11.2019 i ricorrenti di cui in epigrafe, proponevano opposizione avverso il verbale di accertamento notificato loro dall'ispettorato territoriale del lavoro il 5.4.2019 con il quale erano state comminate sanzioni amministrative per omessa registrazione sul lul delle ore di lavoro effettuate dai dipendenti.

Lamentavano, nel merito l'illegittimità dell'addebito e chiedevano, pertanto, l'annullamento del verbale opposto previa sua sospensione.

Si costituiva in giudizio l'INL che eccepiva l'inammissibilità del ricorso.

Il ricorso è deciso con le modalità di cui all'art. 83 comma 7 lett. h) D.L. n. 18 del 17/ 03/ 2020. E difatti, preso atto delle disposizioni emergenziali che consentono lo svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e che sono state già depositate dalle parti le "note conclusionali", si è proceduto alla redazione della sentenza.

Tanto premesso l'opposizione è inammissibile.

Deve infatti essere richiamato il consolidato principio secondo cui "in tema di sanzioni amministrative, il verbale di accertamento non può essere direttamente impugnato davanti al giudice ordinario da parte dell'interessato ai sensi della L. 24 novembre 1981, n. 689, art. 22, trattandosi di un atto a carattere procedimentale inidoneo a produrre alcun effetto sulla di lui situazione soggettiva, la quale viene invece incisa soltanto a seguito e per effetto dell'emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento amministrativo, costituito dall'ordinanza-ingiunzione, unico atto contro cui è possibile proporre opposizione. A tale principio è fatto eccezione solo per le contravvenzioni al codice della strada, relativamente alle quali il verbale di accertamento dell'infrazione, in forza di normativa speciale prevista al riguardo, possiede potenziale attitudine a divenire titolo esecutivo ed a porsi, pertanto, quale atto terminale del procedimento sanzionatorio in luogo dell'ordinanza-ingiunzione: per le altre violazioni soggette alla disciplina generale della L. n. 689 del 1981, il verbale di accertamento è privo di tale potenziale efficacia, e non è, quindi, direttamente impugnabile in sede giurisdizionale (.Cass. 18 luglio 2003 n. 11236; 12 ottobre 2004 n. 20167; 30 maggio 2007 n. 12696; 3 agosto 2007 n. 18320; 12 ottobre 2007 n. 21493; 28 dicembre 2009 n. 27373)...A questo orientamento hanno dato avallo sia le Sezioni Unite di questa Corte con sentenza 4 gennaio 2007 n. 16 sia la Corte Costituzionale con ordinanza 7 maggio 2002 n. 160.

Contrario precedente, dato da Cass. Sez. lav. 11 marzo 2005 n. 5366, non risulta persuasivo. Esso infatti afferma l'idoneità del verbale ispettivo al perfezionamento della fattispecie costitutiva del potere amministrativo di infliggere la sanzione e, correlativamente, del diritto, spettante al soggetto privato, di chiedere in giudizio il mero accertamento negativo. Ma il potere, come si è detto, nasce in concreto soltanto quando l'amministrazione, sentite eventualmente le contrarie ragioni dell'interessato, determina l'entità della sanzione e la infligge con l'ordinanza-ingiunzione (così Sez. Un. n. 16 del 2007 cit.): solo in questo momento sorge l'interesse del privato (art. 100 cod. proc. civ.) a rivolgersi all'autorità giudiziaria. Interesse indefettibile anche nella discussa categoria delle azioni di mero accertamento." (cfr. Cass. n.16319 / 10; 11281/ 10).

Quanto affermato dalla Corte nella sentenza riportata è condiviso dallo scrivente in quanto costituisce un principio costantemente affermato che il verbale di accertamento di una violazione amministrativa è impugnabile in sede giudiziale unicamente se concerne l'inosservanza di norme sulla circolazione stradale, giacché solo in tale caso è idoneo, a norma dell'art. 203 C.d.S., comma 3, ad acquisire valore ed efficacia di titolo esecutivo per la riscossione dell'importo della pena pecuniaria prefissata dalla legge, mentre, quando riguarda il mancato rispetto di norme relative ad altre materie, non incide ex se sulla situazione giuridica soggettiva del trasgressore ed è destinato esclusivamente a contestargli il fatto ed a segnalargli la facoltà di estinguere

l'obbligazione sanzionatoria mediante un pagamento in misura ridotta (cfr.: L. n. 689 del 1981, art. 16), in difetto del cui esercizio l'autorità competente valuterà la fondatezza dell'accertamento e con ordinanza motivata determinerà la sanzione e ne ingiungerà il pagamento (cfr.: Cass. civ., sez. un., sent. n.16/07). E difatti nel sistema generale della L. n. 689 del 1981, ove il verbale e l'atto di contestazione sono solo elementi prodromici rispetto alla successiva, ed eventuale, adozione dell'ordinanza ingiunzione, che soltanto costituisce titolo esecutivo.

La Corte anche di recente ha ribadito che: "...nè può dirsi che la normativa, così impostata solleciti in alcun modo dubbi di legittimità costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3) o dei diritti di difesa (art. 24) ed al giusto processo (art. 111 Cast.), in quanto semmai le garanzie per l'interessato ricevono una ancora maggior tutela, data dal fatto che in esito (o contestualmente) al verbale, deve procedersi alla contestazione delle infrazioni, la quale apre una fase di possibili difese e valutazioni in sede amministrativa, da cui potrebbe anche derivare la rinuncia della P.A. rispetto alla pretesa sanzionatoria; avverso l'ordinanza ingiunzione sono poi ammesse piene tutele cautelari (v. ora, D.Lgs. n. 150 del 2011, art. 5 e art. 7, comma 7, cit.) e di merito, nell'anziano e nel quantum, e quindi non vi è proprio alcuna compressione dei diritti del soggetto privato ..." (cfr. Cass. n.32886/18).

E' evidente che gli eventuali effetti cui si riferisce la ricorrente derivanti dalla notifica del verbale (diffide accertative e procedura iniziata dalla Prefettura) hanno rimedi specifici di opposizione previsti dall'ordinamento (ben elencati dalla parte ricorrente nelle proprie note); non può pertanto ritenersi che la sussistenza di atti emessi sulla scorta del verbale impugnato, rendano ammissibile l'odierna impugnazione atteso che, come detto, il verbale in sé non è lesivo in via immediata dei diritti della parte cui è notificato.

Sulla scorta delle considerazioni sopra esposte, allora, deve l'opposizione essere respinta.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo tenuto conto dell'assenza di istruttoria e della costituzione a mezzo funzionari del convenuto.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica, in persona del dott. Francesco De Giorgi, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto da ISTITUTO DI VIGILANZA PELICANUS SRL e Dambrosio Nicola nei confronti dell'ISPETTORATO TERRITORIALE DEL LAVORO DI BARI, così provvede

1. Dichiarare inammissibile il ricorso
2. Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che liquida in €1.000,00.

Bari, 16/06/2020.

il Giudice

dott. Francesco De Giorgi

Parte quarta

I convegni



“NORMATIVA ANTIMAFIA, IMPRESE E LAVORO”

Saluti

Prof. Avv. Antonio T. De Mauro - *Presidente COA Lecce*

Avv. Nicola Caroppo - *Presidente AGI Puglia-Basilicata*

Introduce e modera

Avv. Carlo Congedo - *Consigliere AGI Puglia-Basilicata*

IL LAVORO, IL DIRITTO, LA PRASSI - 1/2021
(nelle Corti e Tribunali di Puglia e Basilicata)

Interventi

Avv. Valeria Pellegrino - Componente Direttivo Unione Nazionale Avvocati Amministrativisti

Avv. Mario Rossi - Socio AGI Puglia-Basilicata

Avv. Michele Bonsegna - Avvocato penalista - Organo di Vigilanza ex D.lgs 231/2001

Conclusioni con risvolti deontologici

Avv. Maurizio Valentini - Vicepresidente COA Lecce

**Coordinatori: Avv. Paolo De Matteis - Vicepresidente AGI
Puglia-Basilicata Avv. Giuseppe Russo -
Consigliere AGI Puglia-Basilicata**

https://www.youtube.com/watch?v=hZ7AXfQWPFI&ab_channel=avvocatilecce