

Cambio appalto

Sull'applicabilità dell'art. 32 del collegato lavoro al caso di cambio di appalto

Cassazione Civile, Sez. lav., 25 maggio 2017, n. 13179 - Pres. Napoletano - Est. Curcio - D.L.V. c. Senesi S.P.A.

Lavoro subordinato (nozione, differenze dall'appalto e dal rapporto di lavoro autonomo, distinzioni) - Estinzione del rapporto - In genere cambio di impresa aggiudicatrice dell'appalto - Azione del lavoratore per il riconoscimento del diritto al passaggio alle dipendenze del nuovo appaltatore - Termine di decadenza "ex lege" n. 183 del 2010, art. 32, comma 4, lett. c) e d) - Inapplicabilità - Fondamento

(Cod. civ. art. 2112; L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32; L. 15 luglio 1966, n. 604 art. 6)

Nell'ipotesi di cambio di gestione dell'appalto con passaggio dei lavoratori all'impresa nuova aggiudicatrice, la conseguente azione per l'accertamento e la dichiarazione del diritto di assunzione del lavoratore presso l'azienda subentrante non è assoggettata al termine di decadenza di cui all'art. 32 della L. n. 183 del 2010, non rientrando nella fattispecie di cui alla lett. c), riferita ai soli casi di trasferimento d'azienda, né in quella di cui alla lett. d) del medesimo articolo; detta norma presuppone, infatti, non il semplice avvicendamento nella gestione, ma l'opposizione del lavoratore ad atti posti in essere dal datore di lavoro dei quali si invochi l'illegittimità o l'invalidità con azioni dirette a richiedere il ripristino del rapporto nei termini precedenti, anche in capo al soggetto che si sostituisce al precedente datore, o ancora, la domanda di accertamento del rapporto in capo al reale datore, fondata sulla natura fraudolenta del contratto formale.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	Non sono stati rinvenuti precedenti.
Difforme	Non sono stati rinvenuti precedenti.

La Corte (*omissis*).

Motivi della decisione

7) I ricorrenti hanno lamentato la violazione e/o falsa applicazione della L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 4 e della L. n. 604 del 1966, art. 6 in relazione all'art. 360 c.p. c., comma 1, n. 3 in particolare essi lamentano un'errata interpretazione da parte della Corte territoriale che, riconducendo la fattispecie del passaggio di appalto a quelle previste dalle lettere c) e soprattutto d) dell'art. 32 citato, ha accertato la decadenza di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 6 come modificato dalla citata L. n. 183 del 2010, art. 1 estesa anche alle ulteriori ipotesi di cui all'art. 32 citato, comma 4.

8) In particolare i ricorrenti lamentano che la Corte non abbia valutato che la disposizione in esame sarebbe applicabile soltanto in presenza di una risoluzione espressa del rapporto di lavoro o comunque di un atto che presupporrebbe una manifestazione formale di volontà datoriale che viene fatta oggetto di impugnativa. In assenza di tale

manifestazione non vi sarebbe, secondo parte ricorrente, alcun atto da impugnare al quale possa essere collegato il termine di decadenza.

9) Secondo parte ricorrente la Corte non avrebbe considerato che nell'impugnativa del contratto a termine o del contratto di cessione dei contratti di lavoro o nel caso di impugnativa del contratto di somministrazione illecita o fraudolenta vi sarebbe pur sempre e comunque un rimedio impugnatorio esperito dal lavoratore, che il legislatore intende contenere in termini certi e ben scadenziati, mentre nel caso in esame non vi sarebbe alcuna risoluzione impugnata, né un atto espresso proveniente dal datore di lavoro, ma un'azione mirata a far accertare la sussistenza di un rapporto di lavoro per l'operare automatico di una clausola contrattuale, l'art. 6 del ccnl del settore che disciplina i cambio di appalto. In ogni caso, secondo i ricorrenti, la fattispecie di cui all'art. 32, comma 4 citato, lett. d), avrebbe il chiaro intento di stabilire un termine per l'esperimento di iniziative giudiziarie volte a reprimere le ipotesi di interposizione illecita o fraudolenta di

manodopera, introducendo una fattispecie precisa e specifica non estensibile alle controversie in tema di “passaggio di cantiere”.

10) Infine i ricorrenti hanno censurato altresì la sentenza nella parte in cui ha ritenuto, sia pure in via degradata, che l'ipotesi in esame potesse comunque rientrare nella previsione di cui all'art. 32 citato, comma 4, lett. c) che prevede il termine decadenziale anche in caso di cessione di contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c., con termine decorrente dalla data del trasferimento. Tale riconducibilità sarebbe certamente errata a mente del D. Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, comma 3 che espressamente esclude che “l'acquisizione del personale impiegato nell'appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore... non costituisce trasferimento d'azienda o parte di azienda”. Prova è che l'assunzione ai sensi dell'art. 6 del ccnl del settore avviene ex novo, senza alcun fenomeno successorio o negozio di cessione.

Il ricorso è fondato.

11) Va preliminarmente osservato che è infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dalla società Senesi spa: i ricorrenti hanno formulato un solo motivo, ma argomentando idoneamente le cesure alla *ratio decidendi* della Corte territoriale, indicando quali fossero i vizi del percorso argomentativo che aveva portato la corte a ritenere che anche il cambio di appalto fosse soggetto al termine decadenziale di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 6 perché riconducibile alla fattispecie di cui all'art. 32 citato ed in particolare al comma 4, lett. d) (che recita: “in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dal D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, art. 27 si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”).

12) La formulazione delle disposizione legislativa di cui all'art. 32 citato ha subito nel tempo varie aggiunte e modifiche, non ultime quelle operate dal D.Lgs. n. 81 del 2015 in punto di conseguenze risarcitorie nei casi relativi a contratti con termine dichiarato nullo. Ciò rende indubbiamente non semplice per l'interprete districarsi nella corretta individuazione degli ambiti applicativi della norma.

13) Certamente la finalità perseguita dal legislatore, nell'estendere il termine di impugnativa di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 6 a fattispecie diverse dal licenziamento, è anche quella riconosciuta dalla Corte napoletana e diretta a contrastare pratiche di rallentamento dei tempi del contenzioso giudiziario che finirebbero per provocare una moltiplicazione degli effetti economici in caso di eventuale sentenza favorevole.

Tuttavia trattandosi di una limitazione temporale per l'esercizio dell'azione giudiziaria di non poco conto, tanto da dover ritenere che la norma oggetto di esame abbia carattere di eccezionalità (cfr Cass. n. 27055/2013 in tema di impugnativa di licenziamento) si impone un'interpretazione particolarmente rigorosa in particolare della fattispecie di chiusura prevista alla lettera d) prima ricordata.

14) Va infatti certamente esclusa l'opzione interpretativa della Corte territoriale, peraltro dalla stessa proposta in via degradata, di riconducibilità del cambio di appalto alla

fattispecie di cui all'art. 32, comma 4, lett. c) che si riferisce chiaramente ai casi di trasferimento d'azienda, nonostante l'impropria formula usata (“alla cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c., con termine decorrente dalla data del trasferimento”). Il richiamo espresso all'art. della norma che disciplina la cessione di azienda, con l'automatico passaggio, senza soluzione di continuità tra azienda cedente ed azienda cessionaria, esclude che possa farsi rientrare nella fattispecie quella, affatto diversa, della mera cessione del contratto del singolo lavoratore. Argomentare diversamente contrasterebbe del resto con quanto previsto dal D.Lgs. n. 276 del 2003, art. 29, comma 3 (quanto meno nella vecchia formulazione in vigore all'epoca dei fatti di causa, formulazione modificata con altra, meno generica, dalla L. n. 122 del 2016, art. 30), in cui espressamente si esclude che l'acquisizione, nell'impresa aggiudicatrice del nuovo appalto, di personale già impiegato in precedente appalto, possa costituire trasferimento d'azienda. Del resto la precisazione che la data del *dies a quo* da cui far decorrere i 60 giorni per l'impugnazione è quella “del trasferimento” chiarisce che si tratta non della data in cui viene ceduto un singolo contratto, ma di quella riferita all'atto di trasferimento dell'azienda o del ramo di essa.

15) Ma ad avviso di questa corte neanche può ritenersi che il cambio di appalto sia riconducibile all'ipotesi prevista dalla lettera d) prima indicata. Ed infatti in tutte le fattispecie previste dall'art. 32 citato, quindi anche in quelle contemplate dal comma 3 in aggiunta al contratto a termine (quali il recesso del committente nei rapporti di collaborazione, il trasferimento ai sensi dell'art. 2103 c.c. ed ancora il trasferimento di azienda) si è in presenza di atti posti in essere dal datore di lavoro ai quali il lavoratore si oppone invocandone l'illegittimità o l'invalidità, con azioni dirette a richiedere il ripristino del rapporto nei termini precedenti, anche in capo al soggetto che si sostituisce al precedente datore di lavoro nell'ambito del medesimo rapporto come nel caso di cessione di azienda, oppure con azione diretta a richiedere una continuità del rapporto, come nel caso del termine nullo, o ancora in tutte le ipotesi in cui il lavoratore opponga la natura irregolare o fraudolenta del contratto formale e rivendichi l'accertamento del rapporto in capo all'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa e dunque del reale datore di lavoro, come nel caso della somministrazione irregolare.

16) Nel caso del passaggio, con nuova assunzione, dei lavoratori dal precedente datore di lavoro, appaltatore di servizi, al diverso datore di lavoro nuovo appaltatore, il lavoratore 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, come ad esempio in ipotesi di un trasferimento.

17) La fattispecie contemplata dal comma 4, lett. d) può quindi 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.

18) Nel caso di cambio di appalto non si è in presenza di alcuna azione diretta a contrastare fenomeni interpositori o comunque di con titolarità del rapporto di lavoro, ma si tratta di un semplice avvicendamento nella gestione di un appalto di servizi che l'art. 6 del c.c. n. l. del settore disciplina in maniera articolata e compiuta prevedendo, in presenza di specifiche condizioni, l'obbligo dell'impresa subentrante di assumere ex novo il personale in forza presso l'impresa cessante.

20) (n.d.r.: così nel testo originale) Peraltro nell'ipotesi regolata dal comma 4 citato, lett. d) non è facilmente individuabile il *dies a quo* dal quale far valere il diritto di impugnare il contratto di lavoro intercorso con il formale (fittizio o interposto) datore di lavoro. Ed infatti non essendoci un provvedimento datoriale da impugnare, risulta anche difficile stabilire il momento dal quale far decorrere il termine di 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale. Tale imprecisione normativa è stata infatti corretta, quanto meno per la fattispecie della somministrazione, dal nuovo D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81) che

all'art. 39 ha previsto che "ove il lavoratore chieda la costituzione del rapporto di lavoro con l'utilizzatore ai sensi dell'art. 38, comma 2, trovano applicazione le disposizioni della L. n. 604 del 1966, art. 6 e il termine di cui al primo comma del predetto art. decorre dalla data in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore".

21) Una tale decorrenza infatti risulta coerente con la previsione normativa che si riferisce alle ipotesi di azioni dirette ad impugnare la risoluzione del rapporto di lavoro con l'effettivo datore di lavoro nei confronti del quale si rivendica l'esistenza di tale rapporto.

22) Appare pertanto priva di analoga coerenza l'individuazione che la corte territoriale ha dovuto necessariamente fare del *dies a quo* della decorrenza del termine di decadenza nel caso in esame, corrispondente alla data di licenziamento comunicata dal precedente datore di lavoro, appaltatore nei cui confronti i ricorrenti non hanno diritto alcuno da rivendicare.

23) deve pertanto escludersi che la fattispecie oggetto del presente giudizio rientri in quelle previste dalla norma di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, lett. d, comma 4 della con conseguente insussistenza dell'obbligo di impugnativa nel termine di 60 giorni imposto del licenziamento comunicato dal precedente datore di lavoro.

24) la sentenza impugnata va quindi cassata con rinvio, anche per la determinazione delle spese dei vari gradi di giudizio, alla corte d'appello che dovrà accertare la sussistenza o meno delle condizioni previste dall'art. 6 del Ccnl del settore e di ogni altra disposizione contrattuale applicabile alla fattispecie in esame, per dichiarare il diritto degli attuali ricorrenti di essere assunti della spa Senesi, con le conseguenti statuizioni di condanna.

(omissis).

IL COMMENTO

di Marco Menicucci (*)

L'Autore commenta in maniera critica la pronuncia della Cassazione che ha affermato la non applicabilità delle decadenze ex art. 32 del Collegato lavoro ai casi di cambio di appalto.

Nello scritto dapprima si prende in esame l'evoluzione della normativa in materia, chiedendosi se in questo settore le norme che stabiliscono decadenze abbiano davvero ancora natura eccezionale. Successivamente l'Autore propone un'esegesi opposta a quella accolta dal Supremo Collegio (e in sintonia invece con le conformi decisioni di merito), basata sia sull'interpretazione letterale, sia sulla necessità di rispettare la parità di trattamento tra lavoratori e quella tra datori di lavoro.

Infine, il contributo prende posizione sulla complessa tematica dell'individuazione del *dies a quo* del termine di decadenza nel cambio di appalto.

(*) N.d.R.: il presente contributo è stato sottoposto, in forma anonima, al vaglio del Comitato di Valutazione.

La Cassazione risponde in maniera negativa al quesito sull'applicabilità al cambio di appalto dei termini di decadenza di cui all'art. 32, L. n. 183/2010, ribaltando le conformi decisioni di merito. Il Tribunale (1) e la Corte di Appello di Napoli (2), investiti della richiesta di alcuni lavoratori di essere assunti dal nuovo appaltatore del servizio integrato dei rifiuti sulla base di quanto previsto dall'art. 6 del CCNL di settore (3), la avevano rigettata rilevando come si fosse verificata la decadenza di cui alla norma citata, attesa la proposizione del ricorso di primo grado nel novembre 2012 a fronte di una risoluzione dei rapporti (disposta dal precedente appaltatore) risalente a maggio 2011. Il Giudice di prime cure evidenziava che "ricorre anche in questo caso la ratio di speditezza e certezza delle situazioni giuridiche connesse al rapporto lavorativo cessato sottesa alla norma in questione che quindi milita per l'applicazione della stessa anche ai cc.dd. 'passaggi di cantiere'"; la Corte d'Appello confermava la decisione sulla base della seguente motivazione: "La *ratio* della decadenza di cui all'art. 32 legge n. 183/2010, così come quella dell'art. 6 legge 604/66, è quella di garantire una maggiore certezza circa gli effetti prodotti dai licenziamenti e dagli ulteriori atti richiamati dalla norma, al fine di contrastare pratiche di rallentamento dei tempi di proposizione della azione giudiziaria posta in essere all'evidente fine di moltiplicare, grazie allo scorrere del tempo, gli effetti economici dell'eventuale sentenza favorevole. L'ambito di applicazione della disciplina è ampio ed eterogeneo perché comprende sia le controversie sulla legittimità di provvedimenti unilaterali (recesso, trasferimento) sia quelle su clausole contrattuali (contratto a termine) sia quelle sulla imputazione dell'intero rapporto di lavoro. Ed il comma 4 lett. d) dell'art. 32 legge n. 183/2010, nel fare riferimento ad ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'art. 27 del dlgs n. 276/2001, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal

titolare del contratto rappresenta una norma di chiusura che racchiude le ipotesi più ampie ed eterogenee, tra cui senza dubbio anche quella oggetto del presente giudizio".

Come detto, la Cassazione propende invece per la soluzione opposta a quella accolta nei gradi di merito (4).

Appare utile esaminare le ragioni addotte dalla Corte seguendo il medesimo ordine espositivo di cui alla sentenza in commento.

Innanzitutto i giudici di legittimità sottolineano le particolari difficoltà di interpretazione dell'art. 32 Collegato Lavoro, anche a causa delle numerose modifiche che hanno interessato questa pur giovane norma, ivi incluse "quelle operate dal D.Lgs. n. 81 del 2015 in punto di conseguenze risarcitorie nei casi relativi a contratti con termine dichiarato nullo" (punto 12). Per completezza espositiva, si deve però rilevare che tale decreto sostanzialmente non è intervenuto su tale aspetto, prevedendo unicamente la modifica della lettera a) del terzo comma e l'abrogazione del quinto e del sesto, in quanto le relative discipline sono state riprodotte - sostanzialmente inalterate - proprio nel D.Lgs. n. 81/2015 e precisamente nell'art. 28.

Nel diritto del lavoro le norme sulla decadenza dall'impugnativa sono ancora da considerare eccezionali?

Al punto 13) la Corte ritiene necessaria un'interpretazione particolarmente rigorosa della norma in ragione del suo carattere eccezionale, atteso che essa pone un limite temporale all'azione giudiziaria. Non vi è dubbio che le norme eccezionali non possano trovare applicazione oltre i casi ed i tempi in esse considerati (art. 14 Preleggi), ed è affermazione costante quella secondo la quale le norme che stabiliscono decadenze rivestano il carattere di eccezionalità (5).

(1) Trib. Napoli (est. Ruggiero), 1 ottobre 2013, inedita a quanto consta.

(2) App. Napoli (Pres. Robustella, est. Cinque), 26 settembre 2015, inedita a quanto consta.

(3) Sul vecchio testo della norma contrattuale collettiva in parola si era sviluppato in passato un significativo contrasto giurisprudenziale: Cass., Sez. lav., 5 agosto 2010, n. 18277 riteneva che essa, limitandosi a strutturare le procedure intese a realizzare l'assorbimento del personale proveniente dall'impresa cessata, non fosse suscettibile di esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 cod. civ. attesa la mancata completa determinazione di tutti gli elementi essenziali del contratto; Cass., Sez. lav., 3 ottobre 2011, n. 20192, invece, sosteneva che non si fosse dinnanzi ad un mero obbligo a trattare, ma ad un compiuto obbligo di assunzione.

Tali questioni non sono più attuali in ragione della riscrittura della clausola del CCNL.

(4) Nello stesso senso C. A. Nicolini, voce *Decadenza*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/decadenza-dir-lav_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/decadenza-dir-lav_(Diritto-on-line)/). "Non sembra, invece, di poter condividere la tesi che include nella previsione anche le pretese derivanti dalla successione nell'assegnazione di appalti: in tali casi, invero, il lavoratore non contesta l'imputazione di un rapporto già eseguito in capo ad un soggetto diverso da colui che l'ha assunto, ma semplicemente chiede di passare alle dipendenze dell'appaltatore subentrante. Pertanto, se alla fattispecie si accompagna un trasferimento d'azienda, la decadenza si applica ai sensi del co. 3, lett. c), dello stesso art. 32; altrimenti tale applicabilità sembra da escludere."

(5) G. Panza, *Decadenza nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., V*, Torino, 1989, 133, evidenzia che le norme sulla decadenza

Ma appare forse il momento di fare una riflessione al riguardo. Con la riforma del 2010 l'istituto della decadenza dall'impugnativa ha subito degli ampliamenti notevolissimi, sia per quel che attiene la modalità di esercizio del diritto (con la previsione di un limite temporale anche per la proposizione dell'azione giudiziaria), sia in relazione all'ambito di applicazione. La decadenza non è più limitata al solo caso dell'impugnativa del licenziamento, ma è stata estesa ad ipotesi affatto eterogenee, in massima parte riconducibili a casi di cessazione del rapporto di lavoro, ma a volte anche riguardanti - si pensi al trasferimento - rapporti di lavoro che permangono in vita.

Nel periodo dal 1966 al 2010 l'unico onere per il lavoratore era costituito dall'impugnativa stragiudiziale nel termine di sessanta giorni, tutt'altro che arduo da assolvere, essendo sufficiente una semplice raccomandata che poi consentiva al lavoratore di riflettere ed agire con calma. E in quel periodo l'onere di impugnativa riguardava unicamente il licenziamento (e neppure tutte le ipotesi, come ricordato dalla stessa Cass. n. 27055/2013 richiamata nella pronuncia in commento). È sicuramente superfluo ripercorrere in questa sede le condivisibili ragioni che a distanza di oltre quarant'anni hanno convinto il legislatore a prevedere un termine anche per la proposizione dell'azione giudiziaria (6); quel che conta è che attualmente nella stragrande maggioranza dei casi in cui un lavoratore vuole agire per la tutela del proprio posto di lavoro egli è tenuto a rispettare un duplice termine di impugnativa (stragiudiziale e giudiziale), situazione ben diversa da quella che sussisteva nel sistema precedente.

Tra le ipotesi di tutela del posto di lavoro resta fuori dall'onere di rispettare le scadenze sostanzialmente il solo licenziamento orale (7); rientrano - come detto - in tale onere casi molto meno importanti, come ad esempio il trasferimento.

Il nuovo sistema introdotto dall'art. 32, L. n. 183/2010 potrebbe allora aver ribaltato il rapporto tra regola ed eccezione.

Se nel nostro ordinamento civile in generale la previsione di termini di decadenza, soprattutto per

l'azione in giudizio, continua a costituire un'eccezione, è forse il caso di chiedersi se ciò sia ancora vero nel peculiare settore dell'impugnativa del licenziamento (ricomprendendo estensivamente in tale espressione tutti i casi in cui il lavoratore cerca di tutelare il proprio lavoro).

La Corte richiama la già citata sentenza Cass. n. 27055/2013 a conferma dell'eccezionalità delle norme che stabiliscono decadenze dall'impugnativa di licenziamento, ma bisogna tenere presente che tale sentenza decideva su un licenziamento intimato nel 2003, quando la legislazione in punto di decadenza era - come appena sottolineato - completamente differente.

Affermare che nell'attuale sistema normativo dette norme non sono da considerare eccezionali potrebbe non essere affatto sbagliato; in tal caso potrebbe cambiare anche la risposta al quesito circa l'applicabilità dell'art. 32 Collegato Lavoro ai cambi di appalto, mutando il primo pilastro del ragionamento svolto nella sentenza in esame (8).

Ad ogni modo, è opinione dello scrivente che l'interpretazione preferibile della norma sia - in virtù di quanto si andrà ad esporre - nel senso opposto al *decisum* della Cassazione, e ciò indipendentemente dalla scelta di continuare o meno a ritenere di carattere eccezionale le norme che prevedono la decadenza.

Impossibilità di ricomprendere i cambi di appalto nella lett. c) del comma 4 dell'art. 32

Al punto 14) il Supremo Collegio contrasta l'argomentazione usata *ad abundantiam* dalla Corte di Appello di Napoli volta a far rientrare la fattispecie del cambio di appalto all'interno della previsione della lett. c) del comma 4 dell'art. 32. Si tratta di censure a parere di chi scrive assolutamente condivisibili; d'altronde lo stesso giudice di secondo grado non sembrava "puntare" troppo su tale ragionamento, avendolo utilizzato solo come rafforzativo della propria decisione (9).

"operano sul presupposto di singole fattispecie di decadenza altrove stabilite da singole disposizioni, legislative o contrattuali (artt. 2964 e 2965 c.c.), non suscettibili di interpretazione analogica (art. 14 disp. prel.)"; in generale, sull'istituto della decadenza nel diritto del lavoro si veda F. Santoni, *Decadenza, V Diritto del lavoro*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988.

(6) Corte cost. 4 giugno 2014, n. 155; M. Miscione, *Il Collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in questa *Rivista*, 2011, 11 ss.

(7) Cass., Sez. lav., 9 novembre 2015, n. 22825.

(8) Seppur in termini diversi, si veda E. Fiata, *Ancora in tema di decadenza ex art. 32 della legge n. 183/2010*, in *Giur. it.*, 2016,

1684, che in sede di commento a Cass., Sez. lav., 5 novembre 2015, n. 22627 - la quale ha affermato che anche il licenziamento dei dirigenti soggiace ai termini di cui all'art. 32, L. n. 183/2010 - evidenzia come "abbracciando un'interpretazione estensiva della disposizione in esame, essa sarebbe applicabile anche "fattispecie esterne" al sistema della L. n. 604/1966, nella misura in cui esse diano luogo alla reintegra, anche in considerazione della finalità dell'istituto, previsto per la tutela del principio di certezza giuridica."

(9) Scrive difatti la Corte partenopea: "Comunque, solo per completezza, la fattispecie in esame, a parere del Collegio

Desta piuttosto perplessità il fatto che la Corte regolatrice qualifichi la problematica al suo esame come “cessione del contratto del singolo lavoratore”. Il CCNL è chiaro nello stabilire che il rapporto di lavoro incontra una netta cesura: termina con il vecchio appaltatore ed inizia *ex novo* con il nuovo, mentre nel caso di cessione il rapporto rimane lo stesso (10). La stessa giurisprudenza di legittimità ha più volte chiarito che nei casi di passaggio di cantiere si è in presenza di nuovo rapporto di lavoro (11).

Che non si tratti di cessione di contratto sembra confermato dall'art. 7, D.Lgs. n. 23/2015, il quale stabilisce che ai fini della quantificazione delle indennità in caso di licenziamento illegittimo di lavoratore con contratto a tutele crescenti “l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata”, specificazione superflua se il rapporto di lavoro fosse rimasto il medesimo.

E d'altronde la stessa pronuncia in commento al punto 16 rimarca il dato che nel passaggio che ci occupa si tratti di nuova assunzione con venir meno del rapporto precedente.

L'applicabilità della decadenza anche al caso di cambio di appalto

I punti da 15) a 18) costituiscono il “cuore” della pronuncia: in essi il Collegio si sofferma sull'interpretazione del disposto della lett. d) del comma 4 dell'art. 32. La Cassazione evidenzia l'esistenza di un “nucleo comune” all'interno dell'art. 32, costituito dal fatto che in tutte le ipotesi previste - anche dal terzo comma - “si è in presenza di atti del datore di lavoro ai quali il lavoratore si oppone”, sottolineando altresì che nell'ipotesi del cambio di appalto il lavoratore non pone in discussione il precedente rapporto o la gestione dello stesso (12).

Il fatto che nelle altre ipotesi disciplinate dalla norma vi sia una contestazione di espressi atti datoriali non sembra dirimente agli occhi di chi scrive, e ciò per diverse ragioni.

Innanzitutto, la lett. d) del quarto comma è scritta con il tipico stile delle “norme di chiusura”, volte a disciplinare una pluralità indefinita di ipotesi che si aggiungono a quelle tipiche (e più frequenti) già regolate nei punti precedenti (13). Non varrebbe, quindi, cercare di ricondurre le ipotesi virtualmente previste dalla norma al minimo comun denominatore di quelle previste espressamente; l'intenzione del legislatore (art. 12 Preleggi) sembra diametralmente opposta, volta cioè ad includere casi che non sono già previsti nelle altre parti della norma (e che possono presentare anche accentuati caratteri di diversità). Ma anche l'argomentazione secondo la quale non si rientrerebbe nell'ambito applicativo della lettera in questione “in quanto il lavoratore non rivendica un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal “titolare del rapporto” ... perché ... non pone in discussione la legittimità o la validità del precedente rapporto né la validità della sua cessazione o della sua modificazione” non sembra del tutto aderente alla lettera della legge. Anzi, proprio nel non contestare la validità del precedente rapporto di lavoro il dipendente sta rivendicando l'esistenza di un rapporto di lavoro nei confronti di un soggetto altro rispetto al “titolare del contratto”. Il lavoratore agisce per il riconoscimento del suo diritto all'assunzione alle dipendenze di un soggetto che non è il titolare del contratto originario e ciò sulla base di una previsione contrattual-collettiva che tale diritto gli riconosce. Aspira quindi proprio alla “costituzione ... di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”, come richiesto dalla norma. Il contraente-parte datoriale era l'impresa uscente (vecchio appaltatore) ed il lavoratore vuole che nasca un rapporto di lavoro con un altro contraente-parte datoriale, cioè l'impresa subentrante (nuovo appaltatore). Il fatto che il dipendente non

potrebbe astrattamente rientrare anche nella ipotesi sub c) del 4 comma dell'art. 32 legge citata, che fa riferimento alla “cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c.”.

(10) Cass., Sez. lav., 10 aprile 2015, n. 7281, sent.; Cons. Stato, Sez. III, 28 novembre 2014, n. 5907; Cass., Sez. lav., 24 novembre 2014, n. 24949, sent.; Cass., Sez. lav., 28 aprile 2014, n. 9361, sent.; Cass., SS.UU., 12 dicembre 2006, n. 26420; Cass., Sez. lav., 5 novembre 2003, n. 16635; per completezza si rappresenta che la risalente Cass., Sez. lav., 10 giugno 1986, n. 3845 afferma che: “La cessione del contratto di lavoro con il consenso del lavoratore ... può attuarsi con il licenziamento del lavoratore ad opera dell'originario datore di lavoro e la contestuale assunzione da parte del nuovo datore di lavoro con la salvaguardia della posizione acquisita dal lavoratore medesimo.”.

(11) Tra le tante: Cass., Sez. lav., 3 dicembre 2013, n. 27058, sent.; Cass., Sez. lav., 24 febbraio 2006, n. 4166.

(12) Sempre per completezza si evidenzia che la Corte afferma che “il lavoratore non rivendica un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto diverso dal “titolare del rapporto”, come recita la norma oggetto di esame”; in realtà la norma in questione non usa mai questa espressione, riferendosi invece unicamente al “titolare del contratto” e non al “titolare del rapporto”.

(13) Interessante, in tal senso, è la lettura della recentissima Cass., Sez. lav., 11 ottobre 2017, n. 23861 sent., che si sofferma sulla natura di norma di chiusura del comma 2 dell'art. 32, L. n. 183/2010; sulla interpretazione della norma di chiusura in generale si veda Cass., Sez. I, 14 febbraio 2004, n. 2896.

stia ponendo in discussione il precedente rapporto o il precedente contratto non sembra un fatto rilevante secondo la norma in questione.

La Corte ritiene che la fattispecie del cambio di appalto non ricada nell'art. 32 in quanto l'azione del lavoratore non mira a "contrastare fenomeni interpositori o di contitolarità del rapporto". Ma l'art. 32 non sembra essersi vincolato a perseguire tale contrasto. La norma non dice che presupposto della sua applicazione sia l'esistenza di un'iniziativa del lavoratore nel senso ritenuto dalla Cassazione, che sembra far assurgere a presupposto di applicazione della norma in parola una finalità che essa non ha.

La finalità della legge può invece venire in rilievo per corroborare un'interpretazione diametralmente opposta a quella fatta propria dalla Suprema Corte. La norma persegue lo scopo di dare certezza alle imprese ed evitare comportamenti dilatori dei lavoratori (magari occupati in nero ed interessati quindi a lucrare sul trascorrere del tempo, o semplicemente poco rapidi nel tutelare i propri diritti) come se ne sono visti in passato. Tale scopo è sicuramente meritevole di essere perseguito nei rapporti diretti tra datore di lavoro e lavoratore (impugnativa di licenziamento) ed il legislatore ha inteso estenderlo ad una notevole varietà di casi (tra cui: recesso nei contratti a progetto, trasferimento, scadenza del termine, trasferimento di azienda, somministrazione irregolare), non apparendo quindi sensato escludere il cambio di appalto (14).

Vi sono anche altre considerazioni che possono militare in favore della soluzione opposta a quella accolta dai giudici di legittimità.

Si tenga innanzitutto presente che la tutela riconosciuta al lavoratore dai contratti collettivi che disciplinano il cambio di appalto è una tutela che va al di

là di quanto previsto dalla legge. Se le aziende saranno esposte a maggiori incertezze ciò non potrà che essere un disincentivo alla stipulazione di clausole che disciplinano il passaggio di cantiere. E ciò potrà riguardare, oltre ai contratti nazionali, anche gli accordi che spesso intervengono in sede "aziendale" a comporre i conflitti sociali originati dai cambi di appalto.

Si consideri poi che nella maggior parte degli altri casi previsti dalla norma (fa eccezione forse solo il caso del "mancato passaggio" ex art. 2112 c.c., che secondo alcuni sarebbe da ricomprendere nella lettera c) dell'art. 32 (15)) l'imprenditore ha almeno una conoscenza diretta del lavoratore e quindi può sicuramente tenere in considerazione eventuali contenziosi. Nel caso di cambio di appalto, invece, il subentrante potrebbe non sapere nulla riguardo l'organico dell'uscente, perché magari questi non ha adempiuto ai propri obblighi di comunicazione o lo ha fatto parzialmente, o magari perché occupava in nero qualche dipendente e quindi non lo ha dichiarato, o ancora perché subisca una reintegrazione giudiziale, con effetto a cascata sull'impresa subentrante.

L'interpretazione accolta dalla Cassazione espone quindi il nuovo appaltatore ad una incertezza notevolissima, non potendo questi prevedere neppure il numero dei dipendenti che in ipotesi potrebbero fargli causa a distanza di anni.

Inoltre, la mancanza di una norma limitativa del risarcimento del danno (16) espone il nuovo appaltatore ad una richiesta di pagamento di tutte le retribuzioni *medio tempore* maturate, senza neppure potersi giovare della celerità del c.d. Rito Fornero.

E si consideri anche che, non avendo conoscenza del lavoratore, il nuovo datore di lavoro avrebbe enormi difficoltà anche a formulare eccezione di *aliunde*

(14) V. Putrignano, *La decadenza dall'impugnazione dei contratti di somministrazione*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 3, II, 757, sostiene che "l'interpretazione delle disposizioni del c.d. Collegato lavoro deve essere di certo condotta secondo una interpretazione letterale, ma anche alla luce di un criterio teleologico: il senso della riforma, indirizzata alla certezza dei rapporti giuridici ed alla rapida definizione di quelli controversi, esprime una cura di interessi che afferiscono eminentemente al datore di lavoro. Appare dunque ragionevole, alla luce di una esegesi di carattere sistematico, che si tenga conto della finalità che il testo di legge persegue".

(15) Sul punto App. Napoli (Pres. Savino, est. Cileni), 4 novembre 2016; App. Napoli (Pres. Robustella, est. Pezzullo), 21 luglio 2016; App. Napoli (Pres. Migliucci, est. Beneduce), 5 luglio 2014; Tribunale di Napoli (est. Ciaramella), 7 aprile 2014; Trib. Napoli (est. Lombardi), 7 novembre 2013; Tribunale di Santa Maria Capua Vetere (est. Del Prete) 25 ottobre 2013, inedite a quanto consta, affermano l'applicabilità dei termini di decadenza in discorso anche al caso del lavoratore che chieda di transitare alle dipendenze del cessionario dell'azienda; superfluo dire che in questo

caso l'individuazione del *dies a quo* è operazione tutt'altro che agevole. Nello stesso senso anche C. A. Nicolini, voce *Decadenza*, in [http://www.treccani.it/enciclopedia/decadenza-dir-lav_\(Diritto-on-line\)](http://www.treccani.it/enciclopedia/decadenza-dir-lav_(Diritto-on-line)): "La disciplina sembra comunque operare 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."

(16) Norme di tal fatta presidiano oramai quasi tutti i tipi di contenzioso che hanno ad oggetto il posto di lavoro: si pensi per i licenziamenti all'attuale formulazione dell'art. 18, L. n. 300/1970, o agli artt. 28 e 39, D.Lgs. n. 81/2015 per i casi di impugnativa di contratti a termine o di somministrazione.

perceptum, per la quale neppure troverebbe applicazione il più favorevole regime previsto dal novellato art. 18 Stat. lav.

L'esercizio del proprio diritto nel termine di cui all'art. 32 non pone invece il lavoratore in una situazione di grande difficoltà, soprattutto in comparazione alle altre ipotesi in cui la norma prevede la decadenza (17).

Cessato l'appalto, possono darsi tre possibilità: 1. il lavoratore ha iniziato il nuovo rapporto con l'impresa subentrante; 2. il lavoratore continua a lavorare con il primo datore di lavoro, ovviamente su un posto di lavoro diverso, essendo cessato l'appalto; 3. egli non lavora più presso il vecchio appaltatore (che gli ha intimato formale licenziamento o comunque ne rifiuta le prestazioni) e non è stato assunto dal subentrante.

Tolto il primo caso - che non interessa in quanto non si fa questione del diritto al passaggio, essendo stato lo stesso riconosciuto - in entrambe le altre ipotesi il lavoratore è ben consapevole che c'è stato il cambio di appalto e può azionare il suo diritto nei confronti del subentrante, eventualmente agendo anche contro il vecchio appaltatore per impugnare il licenziamento (scritto o orale). Sicuramente chiedergli di farlo nel termine dell'art. 32 non sembra metterlo in particolare difficoltà.

Pensiamo poi al caso, non infrequente nelle aule di giustizia, del lavoratore che, pur avendo accettato il passaggio alle dipendenze del nuovo appaltatore, impugni comunque il licenziamento intimatogli dal precedente datore di lavoro (cosa ritenuta del tutto legittima in giurisprudenza sulla base della considerazione che la costituzione del nuovo rapporto e la impugnazione della cessazione del vecchio sono tutele cumulative e non alternative (18)).

In questo caso l'impugnativa del licenziamento deve comunque avvenire nel rispetto dei termini di decadenza introdotti dall'art. 32, cosa che tutela la certezza dei rapporti.

Nell'ipotesi opposta - vale a dire quella del lavoratore che, pur avendo diritto all'assunzione alle dipendenze del nuovo appaltatore, non venga fatto transitare per i più svariati motivi e continui a lavorare alle dipendenze del vecchio datore di lavoro - il lavoratore potrebbe attendere, sapendo di poter azionare la pretesa nei confronti del nuovo appaltatore rispettando il solo termine di prescrizione, il che non giova

alla certezza dei rapporti che il legislatore ha voluto tutelare con la norma in questione.

Insomma, il vecchio appaltatore gode della tutela data dalla decadenza ed il nuovo no, pur non sembrando le due situazioni così difformi da meritare un trattamento tanto diverso.

Dobbiamo allora chiederci anche se sia rispettata la parità di trattamento tra i lavoratori e quella tra i datori di lavoro.

Dal primo punto di vista, bisogna domandarsi se sia giusto che chi impugna un licenziamento sia soggetto ai rigidi termini di decadenza e chi rivendica l'assunzione alle dipendenze di un nuovo appaltatore no. E ovviamente tale comparazione riguarda tutte le altre ipotesi in cui è fuor di dubbio che si applichi la decadenza di cui all'art. 32 del Collegato Lavoro.

Dal punto di vista opposto, bisogna chiedersi se sia corretto porre due imprenditori in situazioni così differenti: chi ha intimato un licenziamento sa da quale momento potrà essere certo che non sarà più convenuto in giudizio dal lavoratore (o comunque sa che la causa inizierà entro una certa data); chi ha preso un appalto non ha identica certezza. Ovviamente, anche in questo caso si possono comparare tutte le altre ipotesi.

E non si dimentichi quanto sopra si diceva circa il fatto che siamo in presenza di una tutela contrattuale collettiva, che dovrebbe essere incentivata e non ostacolata, soprattutto nell'interesse del lavoratore. Né si dimentichi anche quanto si considerava circa il fatto che il subentrante può ignorare totalmente o parzialmente quale fosse l'organico del precedente appaltatore e quindi essere del tutto all'oscuro dei rischi cui va incontro, cosa che potrebbe avvalorare la necessità di non riservare a tale imprenditore un trattamento peggiore rispetto a chi ha licenziato un proprio dipendente o magari ha posto in essere una violazione della normativa in materia di somministrazione.

La sentenza della Corte cost. n. 303/2011, pur riguardando un differente aspetto della norma in commento - vale a dire la forfetizzazione del risarcimento - dà interessanti spunti anche ai fini che ci occupano.

Nell'ordinanza di rimessione, il Tribunale di Trani ipotizzava una disparità di trattamento tra i lavoratori assunti a termine e i soggetti ricadenti negli altri casi previsti dall'art. 32 (rapporti a progetto,

(17) Non si dimentica, comunque, che "La Cassazione è costante nel ritenere che le norme disponenti decadenze debbono essere interpretate in senso favorevole al soggetto

onerato", come evidenziato da F. Roselli, *Decadenza, I) Diritto civile*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma, 1988, 3.

(18) Tra le tante: Cass., Sez. lav., 4 giugno 2013, n. 14010, sent.; Cass. 29 maggio 2007, n. 12613; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4166.

somministrazione e cessione del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2112 c.c. (19)).

La Consulta rigetta tali dubbi di costituzionalità per la diversità delle situazioni: "Quanto alle ulteriori disparità di trattamento segnalate dal Tribunale di Trani, esse risentono dell'obiettiva eterogeneità delle situazioni. Ed infatti, 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." (20).

La Corte ritiene quindi elementi rilevanti sia la gravità della violazione sia il fatto che il lavoratore continui a percepire comunque la retribuzione.

Non sfugge ovviamente che tali considerazioni sono rese in relazione a problema affatto diverso da quello che ci occupa; nondimeno, la pronuncia citata può comunque essere utile faro per l'attività interpretativa in punto di decadenza.

Mutatis mutandis, non pare corretto che a beneficiare della norma decadenziale siano i soggetti che hanno intimato licenziamenti illegittimi, violato la normativa in materia di contratto a termine, fatto transitare dipendenti in violazione dell'art. 2112 c.c. e non invece il subentrante nell'appalto, che certamente non è più "colpevole" e che potrebbe essere addirittura del tutto "incolpevole" (si pensi ai casi già richiamati sopra di omessa comunicazione da parte dell'uscente o di lavoratori da quest'ultimo occupati in nero).

D'altronde, l'onere imposto al lavoratore nel caso di accoglimento dell'interpretazione contraria a quella data dal Supremo Collegio sarebbe - come detto - assolutamente sopportabile, come lo è in tutti i casi di

impugnativa di licenziamento. Lo si dice naturalmente senza ignorare la complessa tematica del *dies a quo* dell'impugnativa, su cui ci soffermerà tra un attimo.

E, soprattutto, quale contraltare di un onere sopportabilissimo per il lavoratore vi è un'incertezza probabilmente eccessiva per la controparte, difficilmente tollerabile in un sistema in cui ormai anche in caso di trasferimento - fattispecie molto meno delicata e con risvolti economici molto più marginali - in pochi mesi il datore di lavoro ha diritto di sapere se sta andando incontro ad un contenzioso o meno.

Il fatto che la clausola sul cambio di appalto sia un trattamento di assoluto favore per il dipendente non potrebbe essere elemento che fa propendere per una interpretazione meno sfavorevole al datore in punto di decadenza?

E se la gravità della violazione è un criterio per valutare come interpretare la norma, siamo certi che la mancata assunzione, la quale - come detto - può essere del tutto incolpevole, sia un comportamento più grave della somministrazione irregolare o della violazione della normativa sul distacco?

E se il fatto che il lavoratore percepisca comunque una retribuzione (seppure affermato dal giudice delle leggi con riferimento ad un problema di carattere strettamente economico) ha un qualche rilievo, non può averlo anche il fatto che - come detto - nell'ipotesi in esame il lavoratore potrebbe aver continuato il suo rapporto con il datore di lavoro uscente e comunque ha sempre il diritto di impugnare il licenziamento intimatogli?

Ecco allora che tutti i suddetti elementi rendono preferibile, secondo chi scrive, propendere per la soluzione opposta a quella accolta dalla sentenza in commento.

Il *dies a quo* del termine di cui all'art. 32 in caso di cambio di appalto

Aspetto assai problematico della ricostruzione in favore dell'operatività della decadenza è quello

(19) Tribunale di Trani, est. La Notte Chirone, 20 dicembre 2010, ord., in *Foro it.*, 2011, n. 6, I, 1744 con nota di Perrino: "Né può sfuggire che il trattamento riservato dall'art. 32 della L. 183/2010 ai lavoratori assunti a termine, nel caso in cui venga accertato il loro diritto alla conversione del rapporto (che, come già detto, nega sia il risarcimento del danno 'effettivo', che la ricostruzione previdenziale del rapporto, anche per il periodo successivo alla messa in mora del datore di lavoro, anche quando al dipendente non possa essere mosso alcun rilievo e magari il protrarsi dei tempi del processo sia addebitabile in gran parte al comportamento dilatorio ed ostruzionistico del datore), non è stato esteso dalla novella ad altre categorie di dipendenti, il cui

rapporto sia parimenti temporaneo e comunque precario, benché, sotto il profilo dei tempi e della procedura di impugnazione siano stati trattati dal legislatore in maniera identica. Si pensi, a tal proposito, ai rapporti irregolari cui fa cenno l'art. 32, 3° co., lett. a), ai rapporti con i co.co.co., 'anche nella modalità a progetto' di cui alla successiva lett. b) e a quelli di fornitura di lavoro temporaneo di cui alla L. 196/1997, nonché alle cessioni del contratto di cui alla lett. c. del 4° co. del cit. art. 32, per i quali, se il giudice accerta la violazione della norma, il lavoratore ha diritto alla ricostruzione del rapporto di lavoro, sia sotto il profilo retributivo che sotto quello retributivo, secondo le consuete regole generali."

(20) Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303.

costituito dall'individuazione del *dies a quo* del termine di impugnativa.

I giudici di legittimità rilevano innanzitutto che tale problematica investe diverse delle ipotesi riconducibili alla lettera d) "non essendoci un provvedimento del datore di lavoro da impugnare", evidenziando che almeno per la somministrazione il problema è stato risolto in via legislativa dall'art. 39, D.Lgs. n. 81/2015 e ritenendo tale soluzione "coerente con la previsione normativa che si riferisce alle ipotesi di azioni dirette ad impugnare la risoluzione del rapporto di lavoro con l'effettivo datore di lavoro nei confronti del quale si rivendica l'esistenza di tale rapporto."

La Suprema Corte aggiunge quindi una considerazione critica alla decisione cassata, in quanto quest'ultima ha fatto decorrere il termine dal licenziamento intimato dal datore di lavoro uscente; effettivamente ciò appare erroneo anche agli occhi di chi scrive.

In verità anche le argomentazioni della Cassazione non sembrano convincere del tutto: al punto 22) il Supremo Collegio afferma che non è coerente collegare la decadenza nei confronti di un soggetto (l'impresa subentrante) ad un atto - il licenziamento - compiuto da altro soggetto (l'impresa uscente); al punto 20) la Corte ritiene però coerente che la data di impugnativa in caso di somministrazione decorra dal momento in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore. Non dimentichiamo, però, che la cessazione delle prestazioni presso l'utilizzatore è comunque sempre riconducibile ad una volontà del somministratore, che si attua automaticamente in caso di somministrazione a termine (21) ed invece con un comportamento attivo in caso di rapporto a tempo indeterminato. A parere di chi scrive la non condivisibilità della soluzione accolta dalla Corte d'Appello (e prima ancora dal Tribunale) discende invece innanzitutto dal fatto che il provvedimento di risoluzione da parte dell'uscente potrebbe mancare del tutto, o perché

questi non si è curato di intimare il licenziamento, confidando nell'automatica operatività del passaggio al subentrante (ipotesi - di cui si è parlato sopra - tutt'altro che infrequente, come insegna la prassi e come si ricava facilmente analizzando la giurisprudenza in materia), o perché ha provveduto a ricollocare i dipendenti, ritenendo non sussistessero i presupposti per il passaggio.

In entrambi i casi, come detto, non viene certamente meno il diritto del dipendente di azionare la clausola del CCNL e chiedere l'assunzione alle dipendenze dell'impresa subentrante; né sarebbe corretto procrastinare *sine die* - per mancanza di licenziamento da parte dell'uscente - l'inizio del decorrere del termine. Ipotizziamo poi che il datore di lavoro uscente intimi il licenziamento con notevole preavviso rispetto alla cessazione dell'appalto. È evidente che non avrebbe senso (né, forse, giuridico interesse) l'impugnativa del lavoratore nei confronti del subentrante quando non vi è stato ancora subentro nell'appalto e quindi lo stesso lavoratore non sa se verrà assunto o meno dal nuovo appaltatore.

Adducere inconveniens non est solvere argumentum e quindi certamente la difficoltà della risposta non giustifica la scelta di altra interpretazione; tuttavia, si deve prendere atto del fatto che il problema circa la decorrenza del *dies a quo* è in effetti di non semplice risoluzione.

La soluzione più corretta sarebbe, nell'opinione di chi scrive, ancorare tale termine al momento in cui c'è l'avvicendamento tra le due imprese, con la cessazione del precedente contratto di appalto e l'inizio del nuovo: è in quel momento che sorgono il diritto del lavoratore all'assunzione ed il corrispondente obbligo dell'impresa subentrante di assumerlo; è in quel momento che il lavoratore ha interesse all'assunzione ed è in quello stesso momento che il nuovo appaltatore ha la disponibilità del posto in cui collocarlo (22) (23).

Il lavoratore ha certamente - come già detto - piena conoscenza dell'evento, che riguarda direttamente

(21) Con riguardo alla disciplina ante D.Lgs. n. 81/2015 si veda Cass. 11 febbraio 2016, n. 2734.

(22) In realtà non si può escludere che tale ipotesi sia stata accolta dalla sentenza cassata e che la decorrenza dal momento del licenziamento sia stata richiamata per mera coincidenza temporale con il momento del cambio di appalto. Leggiamo difatti nella pronuncia di appello che "La decorrenza, quindi, va fissata in tutti i casi, nella cessazione del rapporto o, addirittura, in caso di appalto, nella mera cessazione del contratto stesso. Nel caso in esame, pertanto, tranquillamente il *dies a quo* deve essere individuato, come ha sostenuto il primo giudice, nel maggio del 2001, allorquando vi è stata la risoluzione del rapporto".

(23) Propone una soluzione similare per casi analoghi P. Tosi, *Le impugnazioni con decadenza nel Collegato lavoro 2010*, in questa

Rivista, 2011, 17, sostenendo che nelle ipotesi di "interposizione/appalto e il distacco di cui sia assunta l'illiceità ... il termine decadenza non può che decorrere dalla cessazione (di fatto) della prestazione di lavoro a favore del committente o del distaccatario"; nello stesso senso L. Menghini, *Il nuovo regime delle decadenze nel Collegato lavoro 2010*, in questa *Rivista*, 2011, 44 e s. "Io sarei per un termine che decorre dalla cessazione del rapporto con il 'falsus datore di lavoro', altrimenti la norma, che è l'evidente frutto di un'altra furbata a danno del soggetto debole, renderebbe davvero impossibile ogni tutela su un aspetto molto rilevante quale quello dell'effettivo datore di lavoro."; V. Putignano, *La decadenza dall'impugnazione dei contratti di somministrazione*, cit., 758 "sembra ragionevole aderire alle conclusioni di quella giurisprudenza che, con soluzione pragmatica e maggiormente aderente alla intenzione

l'appalto su cui è impiegato, e quindi ha piena conoscenza della necessità di tutelare i suoi diritti.

Il criterio della decorrenza dal momento in cui si può far valere il diritto - seppure dettato dall'art. 2935 c.c. in tema di prescrizione - sembra allo scrivente l'unico in grado di consentire di rispondere al quesito in maniera oggettiva, chiara e tale da non pregiudicare nessuna delle parti (24).

Né potrebbe obiettarsi che non vi sarebbe un atto scritto cui collegare il decorso del termine di decadenza. Ciò avviene comunemente nella scadenza del contratto a termine (anche in caso di somministrazione, secondo quanto appena detto).

Se è vero che in detti casi il lavoratore ha già conoscenza del momento in cui cesserà il rapporto, è altrettanto vero che tale situazione, seppur indubbiamente non uguale, non è così diversa dall'ipotesi che ci occupa. Il lavoratore impiegato in un appalto ha normalmente conoscenza della durata dello stesso e, probabilmente, ha diritto che in caso di sua richiesta il datore di lavoro - secondo correttezza e buona fede - glielo renda noto. Quel che è certo, comunque, è che il lavoratore ha conoscenza della cessazione dell'appalto (anche se non avvenga per scadenza, ma magari per revoca o risoluzione), come detto più volte.

Ad avvalorare quanto sostenuto circa il fatto che non può essere la mancanza di un provvedimento del datore da impugnare a convincere dell'inapplicabilità della decadenza, soccorre il richiamo all'ipotesi della "cessione del contratto ai sensi dell'art. 2112 c.c.". In tale caso il *dies a quo* è espressamente fissato dalla legge nella data del trasferimento. Qui non solo manca un atto datoriale da impugnare, ma il lavoratore potrebbe essere del tutto all'oscuro di quando avviene la cessione ed addirittura della sua stessa esistenza, soprattutto se addetto ad un'azienda con meno di sedici dipendenti e quindi non soggetta agli obblighi di consultazione sindacale di cui all'art. 47 L. 428/1990.

Potrebbe poi ipotizzarsi l'applicazione in via analogica dell'art. 39, D.Lgs. n. 81/2015, norma che la stessa corte richiama nella sentenza che ci occupa. Se nel caso previsto da tale ultima disposizione si prevede che il *dies a quo* coincida con il momento in cui il lavoratore ha cessato di svolgere la propria attività presso l'utilizzatore, nella fattispecie di nostro interesse lo si potrebbe far coincidere con il momento in cui il dipendente ha ultimato la propria attività nell'interesse del vecchio appaltatore sullo specifico appalto. Anche se si tratta, come evidenziato dal Supremo Collegio, di comportamenti attinenti ad altro rapporto di lavoro, ciò non sembra incidere sul fatto che il lavoratore ha senz'altro conoscenza effettiva dell'avvenuta cessazione dell'appalto.

Conclusioni

È opinione di chi scrive che nel caso di cambio di appalto l'azione del lavoratore volta ad ottenere l'assunzione alle dipendenze dell'impresa subentrante sia soggetta alle decadenze di cui all'art. 32 del Collegato Lavoro, con termine iniziale decorrente dal momento del subentro del nuovo appaltatore. L'interpretazione contraria, accolta da questa prima pronuncia di legittimità sul tema, appare realizzare - secondo quanto sopra esposto - una divaricazione dagli scopi perseguiti dal legislatore, un disincentivo allo sviluppo di tutele contrattuali collettive (di livello nazionale ed "aziendale") in favore dei dipendenti, una disparità di trattamento tra lavoratori impugnanti, una disparità di trattamento tra datori destinatari delle impugnative; costituisce altresì un rischio notevolissimo per le imprese che subentrano in appalti, rischio che non sembra più giustificabile nell'attuale contesto normativo, tendente alla rapida instaurazione delle cause attinenti alla tutela del posto di lavoro.

del legislatore, individua il *dies a quo* nella cessazione, anche di fatto, della (ultima) adibizione del lavoratore presso il datore utilizzatore"; diversamente E. Cragnoli, *L'impugnazione di atti diversi dal licenziamento*, in *ADL*, 2011, I, 245: "All'ultimarsi della partecipazione all'esecuzione di un appalto o alla fine di un comando o al concludersi di situazioni di commistione fra prestatori di opere di diverse imprese del medesimo gruppo, è irrazionale pensare che, in carenza di un minimo elemento indicativo dell'importanza dell'evento, il dipendente debba essere avvertito del risalto giuridico di quanto accaduto e, pertanto, della necessità di provvedere all'immediata impugnazione, per evitare la drastica conseguenza dell'art. 32, quarto comma lettera d), sottintende che un prestatore di opere debba... frequentare un corso di perfezionamento in diritto del lavoro, poiché solo in tal contesto (forse) potrebbe avere le

informazioni necessarie a qualificare e comprendere l'importanza dei vari eventi cui si riferisce l'art. 32, quarto comma, lettera d). Di fronte a un licenziamento, chiunque ne avverte il significato ed è ragionevole immaginare una immediata reazione. Così non è nella grande parte delle ipotesi regolate dall'art. 32, quarto comma, lettera d), con la connessa irrazionalità della disposizione, per lesione del diritto di difesa, alla stregua dell'art. 24 Cost."

(24) F. Roselli, *Decadenza*, cit., 3: "Si ritiene che l'art. 2935 c.c., secondo cui la prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere, debba applicarsi per analogia all'istituto della decadenza"; contra G. Panza, *Decadenza nel diritto civile*, cit., 137, il quale esclude "contrariamente all'opinione prevalente, l'applicabilità alla decadenza della regola dell'art. 2935 c.c."