



**Consistenti del Lavoro**  
Consiglio Provinciale  
dell'Ordine di Milano

Via Aurispa, 7 20122 Milano.

Tel: 02/58308188 - Fax: 02/58310605

e-mail: comm.centrostudi@consistentidellavoro.mi.it

# Sintesi

*Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*

## SOMMARIO

- |  |   |
|--|---|
| <b>2</b> Efficacia del Contratto Collettivo                | <b>5</b> La liquidazione del danno non patrimoniale                               |
| <b>2</b> Immutabilità dei criteri di scelta nella mobilità | <b>6</b> Cessazione per superamento periodo dai comporta: termini di impugnazione |
| <b>3</b> Trasferimento d'azienda                           | <b>6</b> Attenzione ai cd tirocini atipici  |
| <b>4</b> Gli usi aziendali nel trasferimento d'azienda     |   |
| <b>4</b> Diritto agli ANF per i figli naturali             |   |

## IL PUNTO

**L**a Circolare del Centro Studi e Ricerche dell'Ordine Provinciale dei Consistenti del lavoro di Milano si rinnova. Partiamo con il numero di Marzo 2011 e manterremo una cadenza mensile. L'obiettivo prefissato è quello di rendere al lettore una sintesi delle Sentenze prevalentemente di Cassazione e degli articoli di dottrina su argomenti importanti, in un linguaggio più scorrevole e meno criptico, decodificando le fonti citate, facendo in modo che possa costituire una guida rapida sull'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale in materia di lavoro.

## “RAMO D'AZIENDA:

*Nozione, articolazione funzionalmente autonoma, preesistenza, imputazione del lavoratore.* ”

### COMMISSIONE STUDI E RICERCHE DELL'ORDINE CONSULENTI DEL LAVORO DELLA PROVINCIA DI MILANO

#### Presidente dell'Ordine

Giovanni Zingales

#### Coordinatore scientifico del CSR

Potito di Nunzio

#### Sezione Studi e Ricerche

Gilberto Asnaghi, Riccardo Bellocchio,

Stefano Guglielmi, Greta Leoni, Morena

Domenica Massani, Roberto Montelatici, Sabrina

Pagani, Silvana Pagella, Fabio Pappalardo, Lalla

Pollacchini Pagani, Pozzi Laura, Paola Rizzo

#### Sezione Semplificazione normativa

Andrea Asnaghi, Gianluca Belloni, Luca Bonati,

Marco Cassini, Stella Crimi, Mariagrazia di Nunzio,

Donatella Gerosa, Alessandro Graziano, Luca Insabato,

Paolo Lavagna, Giuseppe Mastalli, Paolo Reja

**Sezione Scuola e Università:** Gabriele Corra, Anna De Lillo, Elena Piscitello, Alessandro Proia

#### Sezione Formazione e aggiornamento

**professionale:** Alessandro Cornaggia, Isabella Di

Molfetta, Luca Paone, Roberto Picci, Enrico Vannicola



## QUESTIONE TRATTATA

“**CRITERI DI SCELTA ESPlicitATI** nella comunicazione di apertura della procedura di mobilità o di cassa integrazione guadagni straordinaria ai sensi dell'art. 4 comma 3 Legge n. 223 del 1991: possibilità di loro modifica”

### SENTENZA

Cassazione  
Civile Sez. Lav.  
22 marzo 2010  
n. 6841

**Il commento di G. Girardi,  
ne Il Lavoro nella  
Giurisprudenza,  
9/2010**

### TESI-DECISIONE

**L**a decisione della Corte di Cassazione conferma l'orientamento giurisprudenziale prevalente che considera immutabili i criteri di scelta esplicitati nella comunicazione di avvio della procedura di mobilità o di apertura della cassa integrazione guadagni straordinaria.

Tale assunto si fonda su due questioni:

**1.** *ex lege*: l'art. 4, comma 3 della legge 223/91 elenca tassativamente e minuziosamente le informazioni che la comunicazione deve contenere. L'assenza di alcuni elementi previsti dalla legge inficia la validità

della comunicazione e della intera procedura.

**2.** di tutela dei lavoratori coinvolti: la puntuale esplicitazione di tutte le informazioni richieste dalla norma permette alle parti sindacali, in fase di consultazione, e ai lavoratori destinatari dei provvedimenti di scelta, di avere corretta e immutabile informazione circa le scelte aziendali.

Le informazioni richieste dall'art. 4 mirano proprio a garantire trasparenza nella scelta.

La modifica dei criteri nel corso della procedura inficia la validità dei licenziamenti.

## QUESTIONE TRATTATA

“**EFFICACIA DEL CONTRATTO COLLETTIVO** nei confronti dei lavoratori iscritti a una sigla sindacale non firmataria”

### AUTORE

**Falasca Giampiero**  
**Il contratto collettivo:  
Quale efficacia se  
una sigla non firma.**  
**In Guida al Lavoro  
n. 5/2009**

### TESI-DECISIONE

**L'**autore fa il punto sulla questione emarginata a seguito della mancata adesione della FIOM al rinnovo del contratto collettivo dei metalmeccanici, che vanta un "illustre" precedente, del 2009, laddove la CGIL non firmò l'accordo sul modello contrattuale.

Le criticità in ordine ad un contratto collettivo a firma "non congiunta" da parte dei Sindacati Confederali originano dalla mancata attuazione dell'art. 39 Cost., dal quale ne è conseguito che gli accordi stipulati dai sindacati non registrati (a mente delle procedure di cui all'art. 39 cit.) sono contratti soggetti alle regole del diritto comune, sprovvisti di efficacia erga omnes. Infatti, in virtù del riconoscimento costituzionale della piena libertà delle organizzazioni sindacali, è del tutto legittimo un accordo sottoscritto non da tutte le sigle

sindacali, cd "accordo separato".

Ciò premesso, il datore di lavoro che applica un contratto collettivo, lo deve applicare nei confronti di tutti i lavoratori, come pacificamente ammesso in giurisprudenza.

Quanto precede vale anche se il contratto è stipulato solo da alcune organizzazioni sindacali e laddove alcuni lavoratori siano in disaccordo rispetto alle soluzioni adottate. Infondata appare la tesi di segno contraria costruita sull'assunto del principio di ultrattività: si applica il contratto precedente ai lavoratori aderenti alla sigla sindacale che non ha firmato il nuovo contratto. La tesi va respinta in quanto il menzionato principio si atteggia solo come proroga temporanea della vigenza del contratto scaduto che verrà poi sostituito dal nuovo accordo.



## QUESTIONE TRATTATA

### “ TRASFERIMENTO D'AZIENDA

di cui all'art. 2112 c.c.: la nozione di ramo d'azienda; la individuazione dei requisiti costitutivi dell'articolazione funzionalmente autonoma; il connotato della preesistenza della entità economica rispetto al momento del trasferimento; il criterio di imputazione dei lavoratori al ramo ceduto. ”

#### AUTORE

**M.L. Vallauri**  
La nozione di ramo d'azienda nella giurisprudenza nazionale più recente, ne Il lavoro nella giurisprudenza, 10, 2010

#### TESI-DECISIONE

**L'** autrice analizza le criticità relative alle questioni emarginate alla luce sia della giurisprudenza nazionale più recente che della dottrina italiana, che di seguito si riassumono:

**1.** La nozione di cui all'art. 2112 c.c. che definisce il ramo di azienda come *“articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento”*, è autonoma e a carattere inderogabile per cui non si può mutuare altra definizione pur presente nel diritto commerciale. La *ratio* dell'art. 2112 intende assicurare la garanzia dei diritti dei lavoratori interessati dalla vicenda circolatoria.

**2.** L'articolazione funzionalmente autonoma e' tale, ai fini e per gli effetti di cui all'art. 2112 c.c., nella misura in cui risulti caratterizzata dal requisito dell'organizzazione dei mezzi destinati all'esercizio dell'attività produttiva economicamente rilevante sul mercato dei beni e dei servizi. L'autonomia può riferirsi al solo aspetto funzionale, ovvero alla capacità di produrre un bene o un servizio.

Non è necessario anche il requisito della autonomia sotto il profilo gestionale.

Irrilevante, inoltre, è quanto segue:

-L'oggetto dell'attività del ramo trasferito (i.e. attività principale accessoria del ciclo produttivo)

-La composizione del ramo di azienda ceduto: è pacifico che il ramo ceduto possa essere composto solo o in prevalenza da lavoratori, sempre che essi non costituiscano un mero aggregato di manodopera variamente utilizzabile.

**3.** I Giudici, in un'ottica garantista ed evitando al contempo il ricorso al giudizio alla Corte di giustizia europea, hanno reintrodotti i caratteri della preesistenza e del mantenimento della identità del ramo di azienda nel trasferimento: si può, infatti, identificare solo ciò che già esiste, diversamente, si realizza un'opera di “creazione”.

Le Corti non si pronunciano in ordine all'intervallo minimo che deve intercorrere tra il trasferimento e il momento il cui il ramo da cedere si può considerare esistente. L'Autore propone di rifarsi al termine del 25mo giorno prima del programmato trasferimento entro il quale deve effettuarsi la comunicazione sindacale. Prima di quel giorno, l'articolazione dovrebbe configurarsi come funzionalmente autonoma.

**4.** Al fine di evitare il ricorso al trasferimento di azienda in chiave elusiva della normativa sui licenziamenti, si afferma il limite generale del carattere fraudolento della cessione, difficile comunque da provare in giudizio. Così come viene invocato il principio di buona fede e correttezza.

Ciò premesso, pertanto,

-il lavoratore si considera addetto al ramo solo se si dimostri che egli svolgeva le relative mansioni in modo almeno “prevalente” rispetto ad altri compiti eventualmente assolti;

-nel caso del lavoratore addetto trasversalmente e in modo omogeneo in tutti i settori dell'impresa, il datore di lavoro cedente può scegliere, nell'ambito del proprio potere direttivo ed organizzativo, di imputarlo all'uno o all'altro settore, ma sempre nei limiti indicati.

## QUESTIONE TRATTATA

“ 1. **GLI USI AZIENDALI NEL TRASFERIMENTO D'AZIENDA:** individuazione della disciplina collettiva applicabile ai rapporti di lavoro ceduti in caso di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c. ed in particolare il destino dei diritti acquisiti dai lavoratori tramite usi aziendali. ”

### SENTENZA

Cassazione  
Civile Sez. Lav.  
11 marzo 2010  
n. 5882

**Il commento di E. Bavasso,  
ne Il Lavoro nella  
Giurisprudenza,  
8/2010**

### TESI-DECISIONE

**L**orientamento della Corte di Cassazione è consolidato nel ritenere che la disciplina collettiva vigente presso il cessionario sostituisce automaticamente quella in essere presso il cedente prima del trasferimento, anche qualora tale disciplina sia modificativa in *peius* per i lavoratori ceduti. Con il limite, tuttavia, della identità di livello contrattuale e nel rispetto dei diritti quesiti dei lavoratori (entrati, cioè a far parte del patrimonio giuridico dei medesimi). La sentenza in esame si annota per avere aderito a detto orientamento, ma motivando la propria posizione in base a differenti argomentazioni rispetto al passato. Il nuovo orientamento inserisce, infatti, le norme dei contratti collettivi fra le fonti eteronome di regolamento, con particolare riguardo al tema della successione dei contratti collettivi sui rapporti di lavoro.

Esse non si incorporano, dunque, nel contratto individuale, ma operano come fonte esterna, in concorrenza con la fonte individuale. Ne consegue che, in caso di successione di contratti, vengono sostituite da altro contratto collettivo applicato, anche se di contenuto peggiorativo (nel limite sempre dei diritti quesiti).

La sentenza ha preso in esame anche la sorte degli usi aziendali in vigore presso il cedente in favore dei lavoratori ceduti. Il problema è quello di verificare se tali usi continuano a vincolare anche il cessionario.

**La Cassazione**, confermando l'orientamento dominante in tema di usi aziendali (cfr. Cass. 6 novembre 1996, n. 9690 e Cass. SU 13 dicembre 2007 n. 26107), inserisce tali usi (costituito di per sé, dalla reiterazione costante e generalizzata di un comportamento favorevole del datore di lavoro nei confronti dei propri lavoratori), tra le cd. *fonti sociali* (tali sono quelle fonti che realizzano, pur senza esser espressione di "funzione pubblica", interessi che mettono capo ad una collettività impersonale di lavoratori all'interno dell'azienda). Gli usi vengono assimilati ai contratti collettivi, per le finalità e gli interessi tutelati, e sono qualificati come "fonte di un obbligo unilaterale di carattere collettivo del datore di lavoro" che, al pari di un contratto collettivo aziendale, opera come fonte *eteronoma* del contratto individuale di lavoro. Conseguentemente, in caso di trasferimento d'azienda, qualora vi sia un conflitto tra usi e contratto collettivo (fonti collettive entrambe), la prevalenza della fonte cronologicamente sopravvenuta comporta la possibilità, per l'uso aziendale, di derogare al contratto collettivo, anche in senso peggiorativo. E ancora: il contratto collettivo applicato presso il cessionario prevale sugli usi aziendali, ove di segno contrario; altrettanto, qualora il cessionario non applichi alcun uso aziendale ovvero applichi usi aziendali di contenuto diverso.

## QUESTIONE TRATTATA

“ **CONVIVENZA MORE UXORIO** e diritto all'Anf per i figli naturali legalmente riconosciuti e conviventi, ma non inseriti nella famiglia legittima ”

### SENTENZA

Cassazione  
Civile Sez. Lav.  
18 giugno 2010  
n. 14783  
in D&PL, 35/2010

### TESI-DECISIONE

**L**a vicenda processuale riguarda il rigetto da parte dell'INPS della richiesta di riconoscimento dell'ANF (assegno per il nucleo familiare) poiché i tre figli dell'istante non risultano immessi nel nucleo familiare sorto con il matrimonio, in quanto il richiedente è ancora legalmente separato dal coniuge.

**La Corte di Cassazione** è di diverso avviso: la legislazione in vigore non richiede necessariamente che i figli naturali riconosciuti siano inseriti nella famiglia legittima,

bensi è sufficiente, nel rispetto delle condizioni individuate dalla legge, la prova di averli a proprio carico, provvedendo al loro mantenimento. A quanto consta, è la prima volta che la Corte di Cassazione si esprime nei suddetti termini, mentre era stato già chiarita in passato (tesi accolta pacificamente dall'Inps) la sussistenza del diritto agli assegni familiari per i figli legalmente riconosciuti e nati dalla convivenza more uxorio.



## QUESTIONE TRATTATA

### “ LA LIQUIDAZIONE DEL DANNO NON PATRIMONIALE ”

#### SENTENZA

Sezioni Unite della Corte di Cassazione  
Sentenze gemelle 11 novembre 2008  
nn. 26972, 26973, 26974 e 26975.

**Il commento di R. Rivero,  
ne Il Lavoro nella Giurisprudenza,  
11/2010**

#### TESI-DECISIONE

**D**opo la pubblicazione delle quattro sentenze della Corte di Cassazione alcuni Autori hanno messo in dubbio l'esistenza di un danno non patrimoniale, ulteriore rispetto all'indennizzo Inail, risarcibile in favore del lavoratore; in tal senso tutto il danno non patrimoniale - anche quello morale ed esistenziale - sarebbe assorbito nel danno biologico.

Il danno morale così come altri pregiudizi esistenti sarebbero privi di autonoma configurazione, e si negherebbe così qualsivoglia risarcimento ulteriore al lavoratore. Se così fosse, afferma l'Autore, le sentenze della Cassazione del 2008, non sarebbero solo intervenute sulla nozione di danno non patrimoniale, ma avrebbero riscritto l'intero sistema dei rapporti tra indennizzo previdenziale e risarcimento del danno al lavoratore, allargando l'esonero del datore verso confini impensabili al momento della scrittura del sistema assicurativo che invece postula l'esistenza di un danno differenziale.

L'Autore sostiene, invece, che il nuovo corso del danno non patrimoniale - inteso come categoria generale ed unitaria (che non ammette sotto distinzioni o sottocategorie) - inaugurato dalle Sez. Unite, non può incidere sul diritto del lavoratore, già indennizzato dall'Inail, ad ottenere dal datore di lavoro il risarcimento integrale del danno non patrimoniale (differenziale e complementare), a seguito di infortunio o malattia professionale.

Le Sezioni Unite ammettono difatti il risarcimento del danno morale (che è la sofferenza soggettiva cagionata da reato in sé considerata) all'interno della personalizzazione del danno biologico.

Più precisamente se prima delle Sezioni Unite si procedeva alla attribuzione di un risarcimento per la voce danno biologico (secondo un importo ricavato dalle tabelle) e di un risarcimento per la voce danno morale (pur sempre ricavato dalle tabelle), ora il giudice deve "procedere ad adeguata personalizzazione della liquidazione del danno biologico, valutando nella loro effettiva consistenza le sofferenze fisiche e psichiche patite dal soggetto leso, onde pervenire al ristoro del danno nella sua interezza". Si è passati dunque da una liquidazione tabellare del danno biologico puramente automatica ad una "personalizzazione".

Più in generale, il risarcimento del danno non patrimoniale può essere ottenuto, oltre che nei casi espressamente previsti dalla legge e nel caso di reato, se è stata accertata la lesione di un diritto inviolabile della persona, costituzionalmente protetto. Deve ovvero sussistere "un'ingiustizia costituzionalmente qualificata".

La Cassazione non definisce tale ultima nozione, lasciando aperta la possibilità ad interpretazioni estensive (in questo senso la tipicità del danno non patrimoniale che si rapporta alla Costituzione è aperta in quanto affidata alla interpretazione del giudice).

Pertanto la lesione dei diritti inviolabili della persona determina l'obbligo di risarcire il danno, indipendentemente dalla fonte di responsabilità contrattuale o extracontrattuale.

Infatti, anche dall'inadempimento di una obbligazione contrattuale può derivare un danno non patrimoniale, risarcibile secondo le norme dettate in materia di responsabilità contrattuale (tradizionalmente si considerava tale danno non risarcibile per mancanza, nella disciplina contrattuale, di una norma analoga all'art. 2059 c.c.).

In particolare la Corte afferma che in ambito contrattuale "l'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona".

Inoltre, nell'ambito del contratto di lavoro, è la stessa legge ad includere nel rapporto di lavoro l'obbligo di protezione del lavoratore e la realizzazione di interessi non patrimoniali presidiati da diritti inviolabili della persona.

In particolare già con l'art.2087 c.c. erano stati inseriti nell'ambito del rapporto di lavoro interessi non suscettibili di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) e conseguentemente nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale. Tali diritti sono stati poi elevati al rango di diritti inviolabili ad opera della Costituzione, rafforzandone la tutela.

## QUESTIONE TRATTATA

### “**TERMINI DI IMPUGNAZIONE DELLA RISOLUZIONE DEL RAPPORTO di lavoro nell'ipotesi di superamento del periodo di comporta.**”

#### SENTENZA

Cassazione  
Civile Sez. Lav.  
28 gennaio 2010  
n. 1861

**Il commento di D. Iarussi,  
ne Il Lavoro nella  
Giurisprudenza, 5/2010**

#### TESI-DECISIONE

**N**ell'ipotesi di recesso per superamento del periodo di comporta, non potendosi ritenere una fattispecie di licenziamento, non si prevede la applicabilità della disciplina prevista dalla L.n. 604 del 1966, disciplinante la materia dei licenziamenti individuali, bensì delle disposizioni previste dal 2110 c.c., secondo comma, il quale dispone che nei casi d'infortunio, di malattia, di gravidanza o di puerperio l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto a tempo determinato concedendo il preavviso (o l'indennità sostitutiva del preavviso). Anche in questo caso si conferma il principio secondo il quale la norma speciale prevale su quella generale. La decadenza ex art. 6 L.n. 604 (termine di 60 giorni dalla data del licenziamento), quindi, non si applica all'ipotesi di recesso dovuto a superamento del periodo di comporta. Si ritiene applicabile invece il termine quinquennale di prescrizione, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, per quanto concerne l'azione giudiziale di annullamento del licenziamento illegittimo, successiva all'impugnazione stragiudiziale.

La decisione conferma un indirizzo maggioritario della giurisprudenza di legittimità.

Quanto sopra vale non solo nel caso di recesso per superamento del periodo di comporta a seguito di malattia, ma anche di infortunio.

L'Autore, inoltre, ripercorrendo la giurisprudenza copiosa in materia, anche talvolta in conflitto con se' stessa, ricorda come, nel caso in esame (recesso per superamento del comporta)

-il datore di lavoro non sia tenuto a motivare il recesso attraverso la prova che la situazione organizzativa aziendale non consente la prosecuzione del rapporto di lavoro

-sia del tutto assente una disciplina vincolistica in quanto alla forma, applicandosi non già art. 2 della legge n. 604/66, bensì l'art. 2118 c.c.

-non operi il criterio della tempestività del recesso, difettando nel caso di specie gli estremi dell'urgenza che si impongono nell'ipotesi di giusta causa.

## QUESTIONE TRATTATA

### “**I TIROCINI CD. ATIPICI: caratteristiche (devianze rispetto alla disciplina tipica di cui alla legge n. 196/97) e conseguenze sul piano applicativo**”

#### AUTORE

**B. Maiani,  
Elementi di atipicità  
nei tirocini formativi  
e di orientamento,  
in D&PL, 38/2010**

#### TESI-DECISIONE

**L'**Autore esordisce ricordando come già in passato, prima del "Pacchetto Treu" del 1997 si riconoscessero esperienze formative e di orientamento che si discostavano, per uno o più elementi, dal modello generale fissato dal legislatore nazionale. Laddove, infatti, siano rispettate sia le finalità principali dell'istituto che i requisiti formali e sostanziali fondamentali previsti dalla legge, nulla osta alla legittimazione di un'esperienza di tirocinio definibile come atipica, ciò anche in linea con il principio di autonomia contrattuale sancito all'articolo 1322 c.c. L'atipicità delle forme di tirocinio, secondo il Legislatore, risiederebbe in due aspetti dell'istituto:

-nel soggetto destinatario del tirocinio (categorie a rischio di esclusione sociale, nel caso di specie portato all'attenzione del Ministero del lavoro che si esprime, poi, con un interpello)

-negli enti promotori diversi da quelle menzionati espressamente dalla legge.

Ciò premesso, l'Autore passa in rassegna gli elementi che caratterizzano l'istituto per vagliarne i tratti di tipicità e di atipicità. Ma ciò che preme qui evidenziare è come solo il tirocinio tipico,

a norma dunque di quanto previsto legislativamente, sia un rapporto in ordine al quale opera la presunzione di "non subordinazione". Quindi, solo uno stage che sia attivato nel rispetto del modello tipizzato dal legislatore del 1997 può godere di tale presunzione, alla quale si accompagna la gratuità dello stesso (presunzione che, come sostiene l'Autore, potrà comunque venire meno nel comprovato caso di scostamento dal modello legale). Ciò, senza necessità di ulteriori indagini in merito al tipo di attività svolta durante l'esperienza di tirocinio o alle modalità di realizzazione dello stesso. Pertanto, un tirocinio formativo atipico, cioè avente soggetto destinatario ed ente promotore differenti da quelli identificati dalla legge in argomento, può ben essere realizzato senza però godere dei benefici che la legge assegna al tirocinio tipico. Il rischio in cui incorre un soggetto ospitante attivando un tirocinio atipico è quello di una possibile qualificazione dello stesso quale rapporto di lavoro subordinato. Mancando la presunzione legale, sarà il soggetto ospitante a dover dare prova dell'esistenza di un rapporto unicamente formativo e di orientamento e non di lavoro.