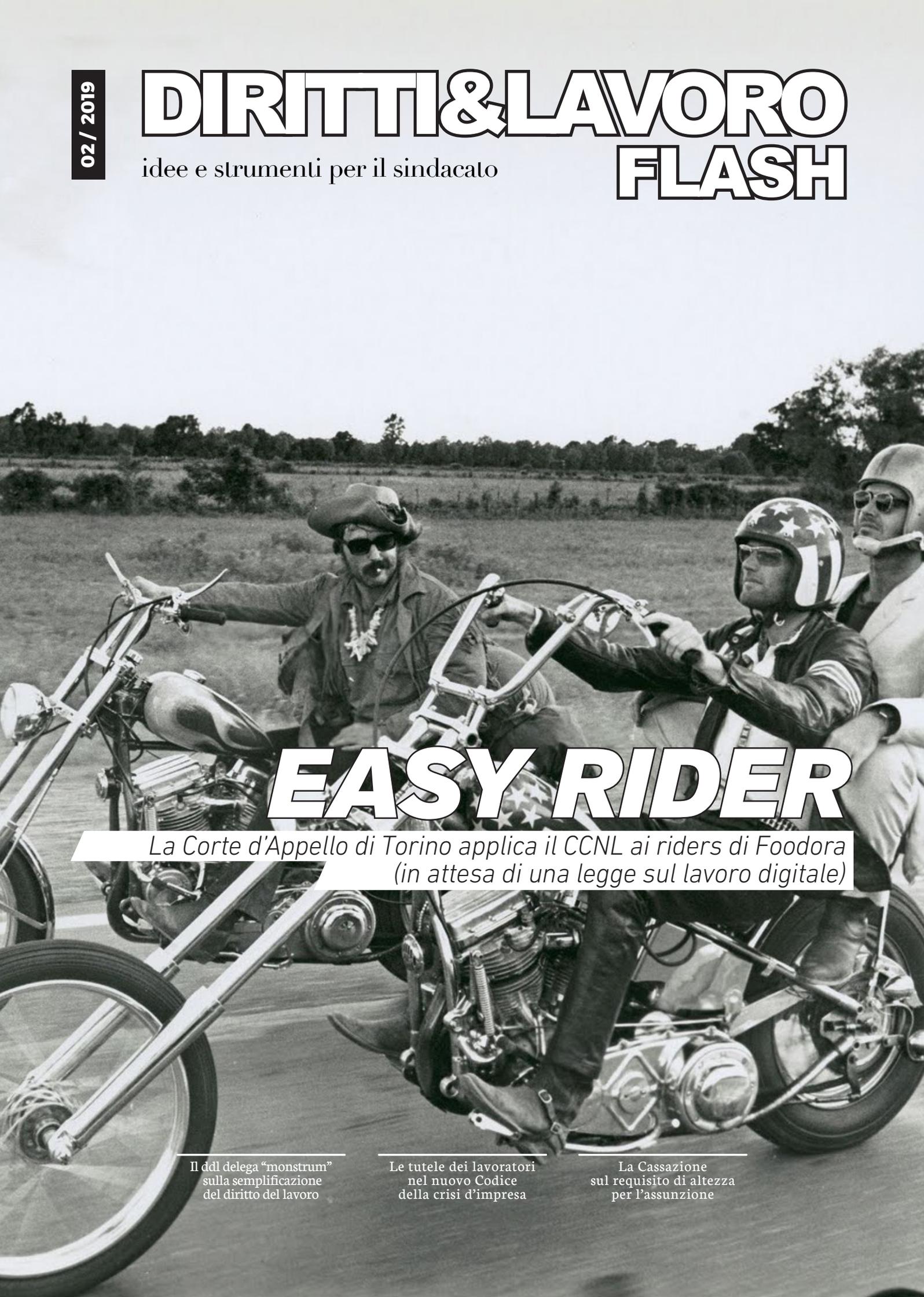


02 / 2019

# DIRITTI & LAVORO

## FLASH

idee e strumenti per il sindacato



## EASY RIDER

*La Corte d'Appello di Torino applica il CCNL ai riders di Foodora  
(in attesa di una legge sul lavoro digitale)*

---

Il ddl delega "monstrum"  
sulla semplificazione  
del diritto del lavoro

---

Le tutele dei lavoratori  
nel nuovo Codice  
della crisi d'impresa

---

La Cassazione  
sul requisito di altezza  
per l'assunzione

## 02 Febbraio - Marzo 2019

04 **Tra il serio e il faceto** *di Giovanni Orlandini*

06 **Le tutele dei lavoratori del nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (1)** *di Maria Luisa Vallauri*  
La liquidazione giudiziale

09 **Le tutele dei lavoratori del nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (2)** *di Samuele Renzi*  
Il concordato preventivo

12 **I riders ai confini della subordinazione: la Corte d'Appello di Torino indica una strada ma lascia aperti molti dubbi** *di Francesca Bassetti*

16 **Limite di statura per le assunzioni: dopo il TAR, un "NO" anche dalla Cassazione** *di Adele Pasquini*

# DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

# FLASH

A cura di

**Centro Studi**  
**"Diritti & Lavoro"**

Direttore Scientifico

**Prof. Giovanni Orlandini**

Comitato Scientifico

**Avv. Andrea Danilo Conte**  
**Avv. Fabio Rusconi**

In redazione

**Francesca Bassetti**  
**Giovanni Calvellini**  
**Livia Irtinni**  
**Adele Pasquini**  
**Andrea Ranfagni**  
**Marco Tufo**

Progetto grafico

**Dario D'Ovidio**

Contatti

**Centro Studi**  
**Diritti & Lavoro**  
Via Lorenzo il Magnifico, 14  
50129 - Firenze

web: [dirittilavoro.it](http://dirittilavoro.it)

email: [dirittilavoro@gmail.com](mailto:dirittilavoro@gmail.com)

Questo periodico è iscritto al  
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

#### **Crediti fotografici**

Per le immagini senza crediti  
l'editore ha ricercato con ogni  
mezzo i titolari dei diritti fotografici  
senza riuscire a reperirli.  
È ovviamente a completa  
disposizione per l'assolvimento di  
quanto occorre nei loro confronti.

# TRA IL SERIO E IL FACETO

di Giovanni Orlandini

**N**on è una fake news, come una prima lettura del comunicato stampa n. 48 del Governo grigio-verde avrebbe indotto a credere. Nel totale silenzio della stampa e disattenzione dell'opinione pubblica, il 28 febbraio scorso il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge delega "per la semplificazione e il riassetto in materia di lavoro" all'interno del quale, nel quadro di una serie di genericissimi (quanto vuoti) criteri direttivi ("semplificare", "coordinare", "adeguare", "armonizzare" il quadro normativo esistente), si dettano al governo ulteriori principi e criteri direttivi (definiti, con forse involontaria ironia, "specifici") tra i quali si legge testualmente: "eliminare i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti per l'adeguamento alla normativa europea, salvo che la loro perdurante necessità sia motivata dall'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) dei relativi decreti legislativi" (art.1, comma 3, lett. f).

E così, con un tratto di penna, nel chiuso delle stanze di Palazzo Chigi, si decide di autorizzare il governo a cancellare definitivamente quel poco che resta del diritto del lavoro italiano.

Preso alla lettera, la norma in questione è infatti un puro e semplice rinvio in bianco a intervenire per

decreto in qualsiasi ambito del diritto del lavoro seguendo la sola logica dell'azzeramento dei diritti, o al più del loro livellamento verso il basso, tenendo conto (appunto) dei soli standard minimi fissati dall'UE, che sono spesso inferiori a quelli previsti dalle normative vigenti nel nostro paese: si pensi solo alla durata minima del congedo di maternità fissata in 2 settimane o a quella massima dello straordinario, compatibile perfino con la scandalosa recente riforma del governo ungherese.

Cosa ancora più grave, il diritto dell'UE interessa solo una parte della legislazione del lavoro: per cui, negli ambiti non oggetto di armonizzazione europea, la norma darebbe in teoria mano libera al governo a ridurre le tutele dei lavoratori senza alcun limite, che non sia quello del tutto "asettico" dell'analisi d'impatto della regolamentazione. Per fare solo degli esempi, laddove venisse approvata una simile legge delega, domani si potrebbe liberalizzare il licenziamento o cancellare il diritto di sciopero con un semplice decreto.

Ovviamente una simile disposizione solleva di per sé insormontabili problemi di costituzionalità; o quanto meno, li solleverebbe qualsiasi decreto che la attuasse. D'altra parte, incostituzionale in sé è la clamorosa genericità dei criteri di delega, non consentita dall'art. 76 Cost.

Forse il redattore del ddl non era

consapevole dell'enormità di quanto scritto: resta il fatto che il significato letterale della norma in questione è quello segnalato. E non può giustificare una tale operazione il fatto che essa risponda alla richiesta della Commissione europea di migliorare la qualità della legislazione evitando il c.d. gold plating, cioè limitando la stessa a quanto strettamente necessario per recepire correttamente le fonti dell'UE. Richiesta, questa, espressa nell'ambito del programma REFIT (di controllo dell'adeguatezza e dell'efficacia della regolamentazione) e che è quanto mai discutibile (ed è infatti discussa nelle istituzioni europee), ma che non può comunque essere letta come un invito a livellare verso il basso i sistemi di protezione sociale e del lavoro nazionali, né tanto meno ad operare simili riforme di sistema per decreto; non fosse altro perché nelle stesse direttive europee di diritto del lavoro è presente sia la clausola di miglior favore sia la clausola di non regresso, ovvero la previsione che le fonti dell'UE non impediscono livelli di tutela più avanzati (essendo appunto tese solo a fissare standard minimi comuni tra gli Stati) e non possono essere attuate per ridurre i livelli di tutela esistenti.

Ci sarebbe da non prendere troppo sul serio la vicenda, anche considerando che il ddl in materia di lavoro si accompagna ad altri di analogo tenore con i quali il

governo intende riformare (o meglio, “semplificare”) più o meno l'intero ordinamento giuridico (dal codice civile, all'agricoltura, al turismo, all'istruzione e l'università, all'ordinamento militare..). Sembra dunque trattarsi dell'ennesimo (e più audace) balzo in avanti palinogenetico che caratterizza la strategia comunicativa di questo governo (più che la sua concreta azione riformatrice), in questo caso, come detto, prospettato con la involontaria complicità della Commissione europea. Tuttavia i tempi che viviamo non permettono di sottovalutare i segnali di un possibile ulteriore attacco ai diritti dei lavoratori, già martoriati da anni di politiche neo-liberiste. E se c'è un segnale che può essere tratto dal ddl in questione è che esso tradisce appunto l'adesione ad una visione iper-liberista, per la quale qualsiasi “regolamentazione” (che nel mercato del lavoro è sinonimo di diritti) è in linea di principio da eliminare, sostanziosamente l'interesse generale nel libero dispiegarsi della concorrenza e della libertà d'impresa. L'augurio è che, anche su questo tema, le contraddizioni interne alla compagine di governo - figlie delle sue plurime anime - rendano impraticabile l'attuazione di un simile disegno riformatore. ■

## FLASH

### INTERPELLO MINISTERO DEL LAVORO SU DURATA CONTRATTI DI SOLIDARIETÀ IN REGIME DI CAMBIO D'APPALTO

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con Interpello n. 1 del 2019, ha chiarito che, nell'ambito di una determinata unità produttiva sottoposta a contratto di solidarietà, l'azienda subentrante a seguito di cambio di appalto, fermo restando l'obbligo di richiedere la concessione del trattamento di integrazione salariale per la nuova unità produttiva, beneficia di un nuovo conteggio, senza tenere conto dei mesi di CIGO o CIGS già fruiti dall'impresa cedente. Come noto, l'art. 22, comma 3, del D.lgs. n. 148/2015 prevede che, per il contratto di solidarietà e relativamente a ciascuna unità produttiva, il trattamento straordinario di integrazione salariale può avere una durata massima di 24 mesi (ad eccezione del settore dell'edilizia ove il limite massimo è di 36), anche continuativi, in un quinquennio mobile. L'interpello qui in esame prende le mosse da un quesito congiunto proposto dalle Associazioni Agens, ANCP e dalle Organizzazioni sindacali nazionali di Filt-Cgil, Fit-Cisl, Ultrasporti, SLM Fast Confsal e UGL TAF, con il quale gli istanti hanno chiesto al Ministero del Lavoro di chiarire se, in occasione di cambio di un appalto, l'impresa subentrante possa accedere alla CIGS per il personale proveniente dall'azienda cedente, già in regime di solidarietà, facendo ripartire ex novo il conteggio del limite massimo di 24/36 mesi nel quinquennio mobile, in pratica senza computare i periodi precedenti di trattamento già usufruiti dall'azienda uscente. Nella sua risposta il Ministero ha, innanzitutto, chiarito che per “quinquennio mobile” si deve intendere un lasso temporale pari a cinque anni, calcolato a ritroso a decorrere dall'ultimo giorno di trattamento richiesto da ogni azienda per la singola unità produttiva e successivamente ha affermato che, “qualora intervenga una successione nell'appalto, nell'unità produttiva sottoposta a contratto di solidarietà, l'azienda subentrante per usufruire del beneficio è tenuta a richiedere la concessione del trattamento di integrazione salariale per la nuova unità produttiva. In tale evenienza si ritiene che il conteggio dei mesi di CIGO o CIGS fruiti sia riferito esclusivamente all'impresa subentrante, relativamente alle diverse unità produttive interessate”. In sostanza, il Dicastero ha ritenuto che, in caso di cambio appalto il periodo massimo a disposizione previsto dal decreto legislativo n. 148 del 2015 cominci a decorrere ex novo per l'azienda subentrante. Con l'occasione il Ministero ha infine fornito chiarimenti anche in merito ad un ulteriore aspetto della disciplina degli ammortizzatori sociali: come noto, ai sensi dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 148/2015 i lavoratori, per poter beneficiare del trattamento di integrazione salariale, devono possedere presso l'unità produttiva per la quale è richiesto il trattamento, un'anzianità di effettivo lavoro di almeno 90 giorni alla data di presentazione della relativa domanda di concessione. Ebbene, l'interpello in commento ha chiarito che tale requisito, sempre nel caso di cambio di appalto, si calcola tenendo conto dei periodi in cui i lavoratori siano stati in precedenza impiegati, a prescindere dal passaggio ad un nuovo datore di lavoro, nella medesima attività appaltata.

# Le tutele dei lavoratori del nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (1)

## La liquidazione giudiziale

di Maria Luisa Vallauri

### **Diritto del lavoro e diritto concorsuale: prove di dialogo**

Il processo di riforma delle procedure concorsuali prende avvio con la legge di delegazione 19 ottobre 2017, n. 155, che contiene un'indicazione in merito agli interventi da compiere sulla disciplina dei rapporti di lavoro nel contesto di una crisi d'impresa. Ivi, infatti, si prescrive che «La disciplina degli effetti della procedura sui rapporti di lavoro subordinato è coordinata con la legislazione vigente in materia di lavoro subordinato, per quanto concerne il licenziamento, le forme assicurative e di integrazione salariale, il trattamento di fine rapporto e le modalità di insinuazione al passivo» (art. 7 co. 7). La previsione, benché scarna, è rilevante perché mette in dialogo due discipline, il diritto concorsuale e il diritto del lavoro, che per lungo tempo hanno evitato di confrontarsi, lasciando la materia priva di riferimenti chiari e perciò densa di incertezze.

Come vedremo, la riforma, frutto del lavoro della Commissione ministeriale guidata dal Presidente Renato Rordorf e confluita nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, ha interpretato in modo ampio il menzionato principio, non limitandosi a compiere un'operazione di mero coordinamento della nuova disciplina con le regole del lavoro, bensì introducendo nuove previsioni e modificando in modo significativo alcune di quelle esistenti.

L'entrata in vigore del Codice della crisi è rimandata al diciottesimo mese successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (art. 389 co. 1) avvenuta il 14 febbraio 2019, con l'eccezione di alcune disposizioni espressamente indicate (co.2). Ne discende che per un lungo periodo

troverà ancora applicazione la Legge fallimentare del 1942, come successivamente modificata.

Molto semplificando, si può dire che la Riforma è percorsa dalla volontà di privilegiare le soluzioni in grado di consentire il superamento della crisi, assicurando la continuità aziendale e con essa la salvaguardia dei livelli occupazionali. Questa ratio si ricava dalla lett. g del primo comma dell'art. 2 che prescrive che sia creato un canale privilegiato per la trattazione delle «proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore (...), riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa», ed è perseguita con l'introduzione di un sistema di allerta finalizzato all'emersione precoce della crisi.

Dall'articolato definitivo del Codice, tuttavia, sono scomparsi due riferimenti importanti a questa ratio ispiratrice, che invece figuravano nella proposta elaborata dalla Commissione Rordorf: nell'art. 3 si chiariva che obiettivo delle procedure concorsuali doveva essere il pervenire al miglior soddisfacimento dei creditori salvaguardando i diritti del debitore e favorendo il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale; nell'art. 7 si assegnava alle autorità amministrative e giudiziarie, preposte alla gestione delle procedure, il dovere di trattare le stesse, tenuto conto della rilevanza degli interessi coinvolti e avuto riguardo al buon funzionamento del mercato e ai diritti dei lavoratori. Il venir meno di questi riferimenti determina

un affievolimento della prescrizione generale, che potrà ripercuotersi anche sull'interpretazione che sarà offerta della disciplina.

### **La sorte dei rapporti di lavoro: la sospensione e il sostegno al reddito**

Com'è noto, in linea con quanto avvenuto anche in altri paesi europei, scompare dal vocabolario della crisi la parola fallimento, e la corrispondente, rinnovata, procedura prende il nome di "liquidazione giudiziale".

Limitandoci ai profili d'interesse *ratione materiae*, la prima novità che s'incontra riguarda l'introduzione di una previsione che disciplina la sorte dei rapporti di lavoro pendenti al momento dell'apertura della procedura.

L'art. 189 Codice della crisi colma una lacuna presente nella Legge fallimentare, per rimediare alla quale dottrina e giurisprudenza maggioritaria avevano invocato l'applicabilità dell'art. 72 anche ai contratti di lavoro. Tale previsione stabilisce che i contratti non eseguiti in tutto o in parte al momento dell'apertura del fallimento restino sospesi fino a quando il curatore non decida di subentrarvi o di sciogliersi da essi. L'estensione di tale previsione ai contratti di lavoro determina alcune frizioni con il sistema lavoristico, da un lato perché introduce un'ipotesi di sospensione del rapporto di lavoro non contemplata dalla normativa lavoristica, dall'altro perché consente di sottrarre lo "scioglimento" del rapporto di lavoro dalle regole del licenziamento.

La riforma, come accennato, supera l'empasse, dando forma giuridica alla soluzione interpretativa testé ricordata. L'art. 189 prevede, infatti, che i rapporti di lavoro in atto alla data della sentenza dichiarativa dell'apertura della liquidazione giudiziale (con cessazione di attività) restino sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori e assumendosi i relativi obblighi, comunica ai lavoratori la volontà di subentrarvi o di recedere da essi. In ogni caso, dice la norma, l'apertura della liquidazione giudiziale non costituisce motivo di licenziamento (co. 2-4).

Quest'ultima disposizione, incipit dell'art. 189, assorbe quella contenuta nella versione originaria del secondo comma dell'art. 2119 c.c., che in questa parte viene così riscritto: «Gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono regolati dal codice della crisi e dell'insolvenza». Si tratta di una previsione di rilievo perché, al di là delle conseguenze che essa produce sul regime

del licenziamento e che vedremo fra poco, determina il rapporto intercorrente fra la disciplina lavoristica generale e le regole contenute nel Codice della crisi, che assumono la veste di norma speciale, applicabile nel contesto delle procedure concorsuali in deroga a quella generale.

Qualora all'apertura della procedura di liquidazione si accompagni l'esercizio dell'impresa da parte del curatore (art. 211) i rapporti di lavoro proseguono salva la volontà del curatore di sospenderli o di recedervi "ai sensi della disciplina lavoristica vigente", ma al contempo - con una contraddizione interna - in applicazione della disciplina derogatoria contenuta nel medesimo articolo (su cui v. *infra*). In questo caso, secondo quanto previsto dalla Circolare Ministero del lavoro 26 luglio 2016, n. 24, i lavoratori eventualmente sospesi beneficiano del trattamento di integrazione salariale straordinaria di cui all'art. 21, lett. b, d.lgs. n. 148/2015 (e l'esonero dal versamento del contributo addizionale per le suddette imprese decorre a far data dalla pubblicazione della sentenza che dispone l'esercizio provvisorio; Circolare ministeriale del 16 febbraio 2018, n. 4).

Il "Decreto urgenze" d.l. 28 settembre 2018, n. 109, infine, in deroga a quanto previsto nel d.lgs. n. 148/2015, ha ripristinato (*rectius* prolungato ulteriormente) per il triennio 2018-2020 la possibilità di ricorrere al trattamento d'integrazione salariale straordinario anche nei casi di cessazione dell'attività, quando "sussistano concrete prospettive di cessazione dell'attività con conseguente riassorbimento occupazionale, secondo le disposizioni del decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 25 marzo 2016, n. 95075".

### **Il licenziamento (individuale o collettivo), le dimissioni e la risoluzione di diritto del rapporto.**

Il recesso nel contesto di una procedura di liquidazione giudiziale è regolato in ogni suo aspetto dal Codice della crisi. Posto che, come già si è ricordato, l'apertura della procedura non costituisce motivo recesso, il terzo comma dell'art. 189 individua i motivi che legittimano il licenziamento: l'impossibilità di continuare l'attività o di trasferire l'azienda o un suo ramo; la sussistenza di manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro. In questi casi, dice la norma, il curatore procede "senza indugio" al recesso, ma al

lavoratore spetta l'indennità di mancato preavviso (co. 8), che è considerato, insieme al trattamento di fine rapporto, credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale ai fini dell'ammissione al passivo.

Qualora, invece, siano trascorsi quattro mesi dall'apertura della procedura (prorogabili su istanza del curatore, del direttore dell'TTL o di singoli lavoratori quando sussistano possibilità di ripresa o trasferimento a terzi dell'azienda) senza che il curatore abbia deliberato per il subentro o il recesso, i rapporti di lavoro s'intendono risolti di diritto; anche in questo caso la cessazione del rapporto decorre dall'apertura della procedura di liquidazione e al lavoratore spetta l'indennità di mancato preavviso. Pare di capire, poi, che ai lavoratori spetti un'indennità non soggetta a contribuzione previdenziale, compresa fra due e otto mensilità (ma non è chiaro chi ne determini in concreto l'ammontare e sulla base di quale criterio), qualora il curatore non assuma alcuna deliberazione entro il termine assegnato dal giudice in accoglimento dell'istanza di proroga.

Le eventuali dimissioni rassegnate dal lavoratore sono, invece, considerate sorrette da giusta causa, dando perciò diritto alla corresponsione della relativa indennità, ma solo se rassegnate dopo quattro mesi dall'apertura della procedura, dunque quando sia stata disposta una proroga del termine ordinario entro il quale il curatore deve decidere se subentrare o recedere dai contratti di lavoro.

La riforma introduce, infine, una disciplina speciale per gli eventuali licenziamenti collettivi che siano disposti nel contesto della liquidazione giudiziale. Si prevede, in particolare, una procedura molto più rapida, nel contesto della quale è ridimensionato il ruolo assegnato ai sindacati. L'eventuale esame congiunto che le parti sindacali possono chiedere entro i canonici sette giorni, infatti, deve esaurirsi in un lasso temporale di dieci giorni (anziché quarantacinque), prorogabile di altri dieci giorni dal giudice delegato che ravvisi "giusti motivi". Inoltre, qualora al termine di questa fase non sia stato raggiunto un accordo, non è prevista l'apertura della fase amministrativa. Piuttosto l'Ispettorato territoriale del lavoro può partecipare all'esame congiunto, che può esso stesso convocare nel caso in cui l'avvio della procedura di licenziamento collettivo non sia stato determinato dalla cessazione dell'attività.

La cessazione del rapporto di lavoro nelle forme appena descritte (licenziamento individuale o collettivo, dimissione, risoluzione di diritto) è considerata dal Codice

della crisi una perdita involontaria dell'occupazione che dà diritto al lavoratore a percepire al NASpI ai sensi dell'art. 3 d.lgs. n. 22/2015.

### **Le tutele in caso di trasferimento dell'azienda o di un suo ramo**

La riforma tocca anche l'art. 47 l. n. 428/1990 che dispone le conseguenze del trasferimento dell'azienda o del ramo dell'azienda nel contesto delle procedure concorsuali. Con riguardo alla liquidazione giudiziale (alla quale consegue la cessazione dell'attività, anche se successivamente ad un esercizio provvisorio), si segnala che l'onere della gestione dei rapporti di lavoro viene scaricata interamente sul cessionario, al quale sono trasferiti tutti i rapporti di lavoro. Gli accordi collettivi conclusi nell'ambito della procedura d'informazione e consultazione (che si prevede possa essere svolta anche solo da chi propone l'acquisto, anziché congiuntamente da cedente e cessionario), tuttavia, possono derogare a quanto disposto nei commi 1, 3 e 4 dell'art. 2112 c.c., che, dunque - a differenza dell'ancora vigente formulazione della previsione - non è automaticamente disapplicato (l'automatica disapplicazione rimane prevista, invece, per il caso di trasferimento nell'ambito di una procedura di amministrazione straordinaria, fatte salve le migliori condizioni previste nell'accordo collettivo). Tale deroga è legittima, solo se funzionale a garantire la salvaguardia almeno in parte i livelli occupazionali e la sua ampiezza è affidata all'accordo collettivo che abbia le caratteristiche previste dall'art. 51 d.lgs. 81/2015 (contratti stipulati dalle RSA delle OO. SS comparativamente più rappresentative o da RSU).

È invece automaticamente disapplicato il secondo comma dell'art. 2112 c.c.; è perciò sottratta alla disponibilità delle parti sociali la tenuta del regime di solidarietà che sorge tra cedente e cessionario per i crediti maturati al giorno del trasferimento. Inoltre, intervenendo su un aspetto a lungo controverso, la disposizione precisa che il t.f.r. maturato dal lavoratore presso il cedente è immediatamente esigibile nei suoi confronti. Al fine di agevolare i passaggi, infine, si prevede che il Fondo di garanzia intervenga anche a favore anche dei lavoratori passati alle dipendenze dell'acquirente, considerando la data del trasferimento equivalente a quella di una cessazione del rapporto di lavoro. ■

# Le tutele dei lavoratori del nuovo Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (2)

## Il concordato preventivo

di **Samuele Renzi**

### I caratteri del “nuovo” concordato preventivo

Il concordato preventivo, insieme agli accordi di ristrutturazione e ai piani di risanamento, fa parte degli strumenti alternativi alla liquidazione giudiziale (e, nel vigore della vecchia normativa, al fallimento), che mirano a una soddisfazione dei crediti o a una ristrutturazione dei debiti senza spossessamento dell'imprenditore. Il concordato e le procedure appena menzionate non privano l'imprenditore dei propri poteri di gestione dell'attività produttiva, ma anzi valorizzano la sua capacità di superare la crisi attraverso percorsi guidati e controllati da appositi organi: il tribunale fallimentare, il giudice delegato, l'attestatore, il commissario giudiziale e, nel caso di concordato liquidatorio, il liquidatore.

La procedura di concordato preventivo si mostra profondamente riformata dal Codice della crisi e dell'insolvenza, in piena consonanza con gli obiettivi della legge delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155) e degli studi che hanno preluso all'adozione del decreto legislativo, tutti imperniati nella promozione e nella ricerca di soluzioni alternative alla disgregazione mediante liquidazione dei complessi produttivi. In un primo momento, dai lavori della Commissione Rordorf, sembrava perfino prospettarsi l'abbandono della variante liquidatoria - nella convinzione che potesse rappresentare un duplicato della procedura di liquidazione giudiziale - a vantaggio della soluzione “con continuità”, che avrebbe dovuto rappresentare l'unica forma di concordato preventivo. Il testo pubblicato in G.U., come del resto già le bozze sottoposte all'esame delle commissioni parlamentari, evidenziano il permanere

della natura bifronte della procedura di concordato, sebbene il Riformatore imponga limiti gravosi per il ricorso all'opzione di concordato liquidatorio, rendendo così palese l'intendimento di funzionalizzare la procedura alla coltivazione di percorsi che combinino la migliore soddisfazione per i creditori con il risanamento e la prosecuzione dell'attività d'impresa.

L'art. 84 apre il Capo III del Codice, dedicato appunto al concordato, con una inedita specificazione delle finalità perseguite dalla procedura. Non pare trattarsi di una “norma manifesto”, giustapposta in quella sede solo per esplicitare i buoni voti del legislatore, dal momento che, se il co. 1 è effettivamente una dichiarazione d'intenti, seguono disposizioni che danno concretezza al proponimento di perseguire il soddisfacimento della massa mediante la continuità aziendale o, in via subordinata, la liquidazione del patrimonio del debitore. Il favor per l'opzione “con continuità” ben si evince dai successivi co. 2 e 3, che ne specificano i presupposti e le finalità, e la inquadrano quale forma ordinaria di concordato. Per converso, il co. 4 spinge la variante liquidatoria sul terreno della residualità - sia rispetto all'alternativa di cui sopra sia nei confronti della liquidazione giudiziale - dichiarandola ammissibile solo quando la proposta preveda l'apporto di finanze esterne capaci di garantire un soddisfacimento per i creditori chirografari superiore di almeno il 10 per cento rispetto a quello ottenibile in sede di liquidazione giudiziale e, comunque, non inferiore al 20 per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario.

## Il piano delle tutele lavoristiche nel concordato liquidatorio e con continuità aziendale

Lo spazio dedicato alle tutele per i rapporti di lavoro in caso di sottoposizione dell'impresa a concordato preventivo si compone di disposizioni mutuata dalla vecchia disciplina contenuta nella legge fallimentare e da un nucleo di norme dal carattere innovativo, dettate nel segno della promozione della continuità, intesa oggi come valore non unicamente finalizzato al migliore soddisfacimento delle pretese creditorie, sebbene esso continui a rappresentare la ratio principale delle procedure concorsuali.

Per il concordato liquidatorio, fermi gli anzidetti requisiti di ammissibilità della proposta, la norma che più si interessa dei contratti di lavoro è l'art. 97 in materia di rapporti pendenti, costruito sul calco del vecchio art. 169-bis l.f. Secondo la disciplina ivi contemplata, applicabile tra l'altro anche al concordato con continuità, i contratti pendenti ancora in essere all'apertura del concordato debbono proseguire, salva contraria determinazione. La norma, tuttavia, non si applica, come nel testo precedente, ai rapporti di lavoro. Essi, dunque, proseguono senza soluzione di continuità e se l'imprenditore volesse recedere dovrà farlo nel rispetto della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali e collettivi e fermo l'obbligo di corrispondere l'indennità di preavviso al lavoratore licenziando. Come già indicato supra con riferimento alla procedura di liquidazione giudiziale, l'art. 376 ha riformulato l'art. 2119, co. 2, c.c., il quale - nel vigore della normativa precedente - statuiva che il fallimento non potesse costituire giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro. La disposizione, era ritenuta applicabile per analogia anche al concordato. Il testo novellato dell'art. 2119, co. 2, c.c. dispone che gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro sono disciplinati dall'art. 189 del Codice della crisi e della insolvenza, dove si legge che l'apertura della ridetta procedura non costituisce motivo di licenziamento (v. supra). A maggior ragione, dunque, oggi non residuano argomenti per ritenere che il concordato possa costituire di per sé solo motivo di licenziamento, con ciò che ne deriva quanto alla disciplina limitativa del potere di recesso e all'istituto del preavviso.

Nel caso di concordato con continuità, per il quale - come si diceva - sono pienamente valide le considerazioni poc'anzi rese in tema di recesso, dal momento che la norma sui contratti pendenti si applica a entrambe le varianti della procedura, il Riformatore del 2019 ha dettato alcune

norme innovative, poste a (parziale) salvaguardia dei livelli occupazionali. Il co. 2 dell'art. 84 prescrive, infatti, che in caso di continuità indiretta (ossia attuata mediante cessione, usufrutto, affitto, conferimento dell'azienda in altra società o, comunque a qualsiasi altro titolo) il soggetto diverso dal debitore destinato a proseguire l'attività d'impresa assuma un preciso obbligo di mantenere in forza, per almeno un anno, quantomeno la metà della media dei lavoratori impiegati dal debitore nei due esercizi precedenti il deposito del ricorso per l'ammissione alla procedura. Tale media, come specificato nella Relazione illustrativa di accompagnamento, deve essere calcolata sul totale dei lavoratori impiegati dal debitore quando transiti l'intera azienda o, in caso di trasferimento di ramo, nell'ambito degli addetti alla specifica unità produttiva oggetto di continuità indiretta. La disposizione, per quanto evidenzia uno sforzo non trascurabile del legislatore concorsuale nell'aprire le procedure verso la salvaguardia di interessi ulteriori rispetto alla soddisfazione dei creditori, è già passibile di alcuni rilievi.

In primo luogo, la portata del vincolo ha subito un'attenuazione quantitativa in sede di vaglio parlamentare, posto che il testo redatto dalla Commissione Rordorf prevedeva l'obbligo di conservare almeno il 50 per cento degli occupati per un biennio. Inoltre, il testo della norma impone, sì, la salvaguardia dell'occupazione, tuttavia lascia libero il proponente (in accordo con il soggetto - sia consentita la semplificazione - cessionario) di scegliere se osservare il vincolo attraverso il mantenimento degli occupati o una loro riassunzione, ponendosi una secca alternativa tra le due opzioni. Ebbene, si possono immaginare casi in cui l'eventuale riassunzione di lavoratori licenziati risponda a una necessità effettiva, perché, ad esempio, la prospettiva di continuità si è palesata solo nelle more della procedura e al momento del ricorso per l'ammissione non era ipotizzabile alcuna proposta di continuità aziendale. All'opposto, però, si possono anche preventivare contesti in cui venga artatamente celato un eventuale cessionario, così da poter disporre i licenziamenti in libertà e, solo successivamente, trasmettere al compratore un'azienda gravata da minori oneri, dal momento che - com'è evidente - riassumere lavoratori già impiegati dal debitore significa sopportare un costo del lavoro minore, anche e soprattutto in prospettiva di un futuro recesso, una volta spirato il termine annuale di validità del vincolo ex art. 84, co. 2.

La disposizione appena descritta interferisce solo in margine con il meccanismo di cui all'art. 47 l. n. 428/90,

il quale interviene nel momento della cessione e si incarica di consentire (entro precisi limiti) la possibilità di modulazione delle tutele ex art. 2112 c.c. solo in quella sede, non essendo preordinato a obbligare il cessionario al mantenimento dei livelli occupazionali pro futuro. Per converso, la forza precettiva del co. 2 dell'art. 84 travalica l'atto del trasferimento e si impone nei confronti del cessionario per il periodo di un anno, con limitazione del suo potere di recesso, il quale torna a dilatarsi allo scadere del termine.

Un'altra norma che introduce uno strumento innovativo a beneficio dei lavoratori è l'art. 100, co. 1, ult. per. In caso di concordato con continuità, tale norma ammette la possibilità, previa autorizzazione del tribunale, di corrispondere ai dipendenti il pagamento della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione.

### **Il coordinamento della disciplina concordataria con la normativa sul trasferimento d'azienda in crisi**

Come già segnalato supra, tra le norme di chiusura, il Codice prevede, all'art. 368, alcune disposizioni di coordinamento con la disciplina di diritto del lavoro, con

un ampio spazio dedicato all'art. 47 l. n. 428/90.

Con riferimento al concordato preventivo, viene mantenuta la possibilità di deroga all'art. 2112 c.c., secondo i due diversi regimi individuati dai co. 4-bis e 5, rispettivamente applicabili alla variante "con continuità" e a quella liquidatoria, seppure con sensibili modifiche per ambedue le opzioni.

In primo luogo, mette conto segnalare che il nuovo co. 4-bis non reca più alcun riferimento a crisi d'impresa extraprocedurali, ossia non iscritte in un percorso - liquidatorio o risanativo - regolato dal Codice della crisi e dell'insolvenza, con la conseguenza che le deroghe all'art. 2112 c.c. saranno legittime solo se pattuite nell'ambito di un accordo sindacale che riguardi trasferimenti di aziende soggette a una delle procedure di cui alle lett. a-c dello stesso co. 4-bis, fra le quali figura appunto il concordato con continuità aziendale.

Il co. 5 si occupa di disciplinare le eventuali deroghe all'art. 2112 c.c. nell'ambito di trasferimenti d'azienda che occorrono in seno a procedure liquidative, dunque anche in caso di concordato preventivo con finalità liquidatorie. L'ampiezza della facoltà di deroga, nonché gli strumenti pattizi attraverso i quali potervi validamente far ricorso, non presentano scostamenti rispetto a quanto già rilevato supra per la liquidazione giudiziale, per cui si rinvia al relativo articolo di commento. ■

## **FLASH**

### **IL MINISTERO DELL'INTERNO SULLE SANZIONI PER L'IMPIEGO IRREGOLARE DEI LAVORATORI STRANIERI**

Il Ministero dell'Interno, di concerto con i Ministeri della Giustizia, dell'Economia e del Lavoro, ha pubblicato, sulla Gazzetta Ufficiale n. 39 del 15 febbraio 2019, il D.M. 22 dicembre 2018 n. 151 recante le disposizioni di attuazione della Direttiva 2009/52/CE recante il "Regolamento di attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impegnano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare". Come noto, un datore di lavoro che intende assumere un lavoratore straniero, ovvero proveniente da un paese non appartenente all'Unione Europea, deve, in primo luogo, verificare che questi sia in possesso di un valido permesso di soggiorno. La carenza di tale documento non impedisce, ma la condiziona alla richiesta, avanzata presso lo Sportello unico per l'immigrazione, del rilascio del nulla-osta al lavoro, che consentirà al cittadino straniero di ottenere il visto d'ingresso dall'Ambasciata o dal Consolato italiano nel suo Paese ed infine il permesso di soggiorno da parte della Questura. Laddove, tuttavia, le predette prescrizioni vengano violate ed il datore di lavoro assuma consapevolmente un lavoratore extracomunitario privo del permesso di soggiorno, ovvero con permesso scaduto, revocato o annullato, l'art. 22 T. U. sull'immigrazione ha stabilito che al datore si applichi la pena della reclusione da sei mesi a tre anni e della multa di € 5.000 per ciascun lavoratore irregolarmente occupato. Alla predetta sanzione penale si aggiunge poi la maxi sanzione amministrativa per il lavoro nero, nonché l'obbligo per il datore di lavoro di pagamento del costo del rimpatrio da versare allo Stato. Proprio in relazione a tale ultimo profilo, il Decreto qui in commento ha stabilito i criteri per la determinazione e l'aggiornamento del costo medio del rimpatrio cui commisurare la sanzione amministrativa accessoria ed il costo medio del rimpatrio stesso per l'anno 2018. Ai sensi dell'art. 1 del D. M. n. 151/2018, in particolare, il Ministero afferma che il costo medio del rimpatrio "è dato dalla media nel triennio che precede l'anno anteriore a quello cui il costo medio si riferisce dei valori risultanti dal rapporto tra il totale degli oneri sostenuti annualmente per il rimpatrio dei cittadini stranieri e il numero complessivo dei rimpatri eseguiti nel medesimo anno" e che "il costo medio del rimpatrio è aumentato nella misura del 30% in ragione all'incidenza degli oneri economici connessi ai servizi di accompagnamento e scorta, con arrotondamento dell'unità di euro, per eccesso o per difetto, a seconda che le cifre decimali del calcolo siano superiori o inferiori a 50". L'art. 3 stabilisce inoltre che per il 2018 il costo medio del rimpatrio per ogni lavoratore straniero che sia stato assunto illegalmente è pari a 1.398,00 €. Il provvedimento in esame precisa infine che l'importo sopra citato è soggetto ad aggiornamento entro il 30 gennaio di ogni anno con decreto del Capo della Polizia, su proposta del Direttore Centrale dell'Immigrazione e della Polizia delle Frontiere. Merita rilevare infine che secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, il divieto di assunzione di cittadini extracomunitari irregolari deve essere inteso estensivamente e dunque in riferimento non solo ai rapporti di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., ma anche alle altre tipologie di lavoro poiché la norma ha una portata capace di ricomprendere la prestazione di qualunque natura, anche atipica ed occasionale (Cass., 03/05/2006 n. 15264) o addirittura limitata ad una sola giornata (Cass., 14/03/2006 n. 8824).

# I *riders* ai confini della subordinazione: la Corte d'Appello di Torino indica una strada ma lascia aperti molti dubbi

di Francesca Bassetti

La Corte d'Appello di Torino, con la sentenza del 4 febbraio 2019, ha scritto una pagina importante nella vicenda dei c.d. *riders*, che vediamo consegnare cibo d'asporto correndo per le strade in bici o in motorino e che cominciano a domandare condizioni lavorative migliori rispetto a quelle fino ad oggi loro offerte.

La sentenza è una lettura interessante anche per chi non abbia familiarità con il linguaggio giuridico ma voglia capire meglio i punti che sono in discussione: essa infatti fornisce diversi dettagli circa la retribuzione (5,6 euro l'ora, da cui detrarre contributi previdenziali e fiscali, senza che vi si aggiungano elementi differiti

come tredicesima o TFR) e circa le condizioni di lavoro in cui questi fattorini possono incorrere (obbligo di consegna in 30 minuti per evitare la penale di 15 euro, pari dunque a diverse ore di retribuzione, applicabile ad ogni caso di ritardo per qualsiasi ragione; obbligo di geolocalizzazione durante tutto il turno).

La richiesta dei lavoratori era quella di accertare la natura subordinata dei rapporti intercorsi, formalizzati come collaborazioni coordinate e continuative, nei confronti di Foodora, convenuta in giudizio. Tale accertamento era necessario, sostanzialmente, a raggiungere due principali risultati: il primo, l'applicazione della retribuzione del contratto collettivo del terziario, ben

maggiore di quella percepita; il secondo, la ricostituzione del rapporto, terminato per la scadenza dei contratti di collaborazione.

Il Tribunale di Torino con la sentenza appellata (del 7.5.2018), come il Tribunale di Milano in un caso analogo (sentenza del 10.9.2018), aveva respinto la domanda dei *riders*, principalmente considerando incompatibile con la subordinazione la loro facoltà di decidere, candidandosi per i diversi *slot* proposti dalla Società attraverso la propria piattaforma digitale, i giorni e le fasce orarie in cui lavorare, senza obbligo di garantire un minimo di impegno settimanale o mensile, con possibilità di revocare la disponibilità già data o di non presentarsi in servizio, sempre senza incorrere in sanzioni disciplinari.

A dire il vero, anche la Corte d'Appello ha ritenuto che tali elementi escludano la natura subordinata del rapporto. Secondo la Corte, poiché l'obbligazione principale del lavoratore nel contratto subordinato è quella di rendere la prestazione, i *riders* non potevano ritenersi tali, in quanto la Società poteva ricevere la loro opera solo se, e nella misura in cui, questi si fossero liberamente candidati per gli *slot* da essa predisposti.

La Corte, tuttavia, ha ritenuto applicabile ai *riders* il trattamento dovuto ai lavoratori subordinati ai sensi dell'art. 2 d.lgs. 81/2015,

a norma del quale “*si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro*”.

Nel ragionamento della Corte, infatti, quando il *rider* decideva di prestare opera, le modalità di esecuzione del lavoro erano quelle indicate dalla norma: sussistevano sia il carattere personale (l'opera era resa dal lavoratore principalmente attraverso l'utilizzo delle proprie energie lavorative), sia la continuità (i rapporti erano durati qualche mese, con prestazioni settimanali da 7 a 12 ore), oltre all'etero-organizzazione, in quanto le modalità di tempo e luogo erano certamente organizzate da Foodora (in particolare considerando che il lavoratore doveva portarsi ad inizio del turno presso uno dei luoghi di partenza indicati dalla Società e, attivata la *app*, riceveva progressivamente l'indicazione dei ristoranti in cui ritirare il cibo e dei luoghi di consegna, corredati dai relativi orari).

Tale decisione non è banale né scontata e, al di là della importante vicenda dei *riders*, tocca un punto ancora non chiaro della disciplina del lavoro dopo il tentativo attuato dal legislatore del 2015 di rimodulare il confine tra collaborazione parasubordinata e subordinazione. Basti qui osservare che, con l'abrogazione

dell'obbligo di concordare un progetto che il collaboratore doveva realizzare, regola che nella disciplina previgente (ferma la non sottoposizione del collaboratore al potere direttivo e disciplinare) era il requisito fondamentale per la genuinità della collaborazione, quel confine si è certamente indebolito, semplicemente perché non vi è accordo tra gli interpreti sulla sua collocazione, a cui l'art. 2 sopra trascritto dovrebbe provvedere.

Il dubbio, in poche parole, è se la predetta norma abbia creato un nuovo genere di lavoro tra quelli esistenti, ed è proprio questa la tesi sostenuta dalla Corte d'Appello nella sentenza in commento, o se invece, come statuito dal Tribunale di Torino, in assenza di potere direttivo e disciplinare in capo al datore, nell'attuale disciplina, vi possa essere solo una collaborazione genuina, come quella che avrebbero appunto reso i *riders*. In altre parole, la Corte d'Appello, avendo escluso che i *riders* fossero prestatori subordinati in senso pieno, ritiene però che essi neppure fossero collaboratori genuini, poiché tale fattispecie non sarebbe configurabile ove il committente sia titolare di un potere di organizzazione come quello di Foodora, in materia di tempi e luoghi dell'adempimento. Oltre alla subordinazione, alla collaborazione genuina ed al lavoro autonomo, dunque, l'art. 2 d.lgs. 81/2015 individuerrebbe un quarto tipo di prestazione d'opera: quella non subordinata ma etero-

organizzata, cui la disciplina del lavoro subordinato sarebbe applicabile proprio in forza della nuova norma.

Per tale ragione, dunque, la Corte ha stabilito il diritto dei *riders* ricorrenti alla retribuzione prevista per mansioni analoghe dal contratto collettivo più rappresentativo del settore (oltre che il diritto all'applicazione di altre regole del lavoro subordinato, quali quelle in materia di orario, ferie o previdenza). Il contratto collettivo prescelto dalla Corte, condivisibilmente, è quello del trasporto, merci e logistica (in luogo del terziario invece richiesto dai lavoratori), sottoscritto dai sindacati del settore trasporti di CGIL, CISL e UIL, nonché dalle associazioni datoriali più rappresentative.

Anche se la sentenza non ne fa parola, perché non applicabile alla fattispecie concreta in quanto successivo, sembra qui opportuno sottolineare che le parti contraenti del predetto CCNL hanno offerto, con l'accordo del 18.7.2018, una prima disciplina contrattuale specifica per il lavoro subordinato nella *distribuzione di merci con mezzi quali cicli, ciclomotori e motocicli in ambito urbano, anche attraverso l'utilizzo di tecnologie innovative (piattaforme, palmari ecc.)*, indicando in particolare l'inquadramento dovuto ai lavoratori e la possibile disciplina dell'orario discontinuo, con uno sforzo regolativo apprezzabile.

Foodora è stata dunque condannata a pagare la differenza tra quanto corrisposto e quanto sarebbe spettato a termini del CCNL Merci e Logistica ad un lavoratore subordinato inquadrato al 5° livello, cui sono riconducibili i fattorini.

La Corte non ha invece accolto la domanda dei lavoratori tesa ad accertare il diritto a proseguire il rapporto, rigettando la domanda volta a sentir dichiarare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e pieno. Secondo la Corte, infatti, alle collaborazioni etero-organizzate come sopra delineate, non sarebbe applicabile la disciplina del licenziamento o, meglio, posto che nel caso di specie effettivamente non vi era stata manifestazione di volontà di recedere dal rapporto (terminato alla scadenza già prefissata), non sarebbe possibile convertire la collaborazione etero-organizzata in rapporto subordinato, come invece accadeva nella previgente disciplina per le collaborazioni prive di progetto.

Il tema è complesso e richiederebbe una disamina più approfondita, ma il punto critico è sostanzialmente questo: stabilendo che alle collaborazioni in cui tempi e luoghi sono organizzati dal committente si applichi la disciplina del lavoro subordinato, secondo la Corte d'Appello, il legislatore non avrebbe individuato una ipotesi di "illegittimità" che

comporterebbe la conversione in contratto subordinato ma, invece, solo una fattispecie talmente "limitrofa" al lavoro subordinato da meritare le stesse tutele, senza che però il negozio scelto dalle parti sia travolto dalla sentenza.

Così, il rapporto dei *riders* è stato dichiarato cessato alla scadenza, ma pur sempre meritevole del miglior trattamento sopra detto.

Le osservazioni che si possono fare sono molte.

In primo luogo, non è del tutto persuasiva la tesi che esclude la subordinazione. Il terreno è certamente nuovo e non è possibile formulare una conclusione con assoluta sicurezza, ma alcuni passaggi del ragionamento della Corte non sono del tutto convincenti.

La Corte, in sostanza, esclude la natura subordinata del rapporto ritenendo che il dovere di collaborare nell'impresa alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, obbligazione fondamentale del lavoratore ai sensi dell'art. 2094 cc, sussisterebbe solo ove il datore di lavoro abbia il potere di ordinare il compimento della prestazione: mancando tale prioritario requisito, perché come detto il *riders* poteva non candidarsi agli *slot* o revocare liberamente la disponibilità, non assumerebbe rilievo ai fini della qualificazione del lavoro come subordinato il fatto che le modalità della prestazione

eventualmente resa fossero effettivamente tutte stabilite dalla Società, senza apprezzabili margini di autonomia del lavoratore, peraltro con compenso definito su base oraria.

Tuttavia, non sono estranee all'ordinamento tipologie di lavoro subordinato in cui il lavoratore può rifiutare la chiamata, si pensi al lavoro intermettente (già *job on call* o lavoro a chiamata), almeno nel caso in cui non sia stato assunto lo specifico obbligo di mantenersi disponibile dietro pagamento di una indennità. Indennità che certamente i *riders* non hanno.

E allora, se in quel caso l'esigenza di flessibilità del datore di lavoro, non interessato ad utilizzare la prestazione in modo continuo o predeterminato, giustifica un bilanciamento contrattuale in cui anche il lavoratore non è obbligato a prestare l'opera in momenti etero-definiti, non si vede perché ciò non sia possibile nel caso di una Società come Foodora che gestisce una piattaforma potendo contare su una sovrabbondanza di candidati, senza avvertire pertanto l'esigenza di "costringerle" uno in particolare a prestare opera durante un determinato *slot*.

Dissonanze si potrebbero intravedere anche con la nuova disciplina del lavoro occasionale, non necessariamente subordinato ma convertito *ex lege* in lavoro subordinato a tempo indeterminato in tutti i casi in cui il prestatore renda in favore del medesimo committente un'opera che comporti compensi superiori

a 2.500 euro nell'anno (art. 54 bis DL 50/2017, convertito con legge 96/2017).

La partita sulla subordinazione, insomma, sembra ancora aperta.

Neppure convince del tutto, poi, la conclusione secondo la quale l'art. 2 d.lgs. 81/2015 non comporterebbe l'applicazione della disciplina del licenziamento, salvo che nel caso di specie un recesso non vi era effettivamente stato. Non si vede infatti perché la disciplina del licenziamento non sarebbe parte della disciplina del lavoro subordinato, la cui applicazione è estesa ai collaboratori etero-organizzati. E si può anche dubitare, più in radice, del fatto che tale quarta tipologia di lavoro effettivamente esista e che dunque il contratto non debba essere convertito per gli effetti di stabilità del rapporto in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, posto che il confine con la subordinazione, come sopra, è davvero molto labile. In altre parole, se il collaboratore non può decidere quando e dove lavorare, non deve ottenere un certo risultato o completare un tale progetto, è inserito nell'organizzazione del committente e svolge un'attività necessaria al raggiungimento dello scopo economico dell'impresa, non si vede davvero come si possa identificare una fattispecie sufficientemente dissimile da quella dell'art. 2094 cc.

Queste problematiche, che vanno oltre l'importante vicenda dei *riders*, si collocano ad uno degli snodi più significativi della riflessione attuale sul diritto del lavoro, poiché la crescente dematerializzazione dell'impresa certamente catalizza l'emergere di nuove modalità di lavoro che richiedono ancora grande sforzo interpretativo rispetto alle riflessioni consolidate.

Il Governo, infine, ha annunciato di voler intervenire con una legislazione *ad hoc* in materia di *riders* ed ha anticipato che la decisione della Corte d'Appello va nella direzione prescelta: maggiori tutele ma distinzione dal lavoro subordinato. In attesa di capire se, quando ed in che modo tale annuncio si tradurrà in fatti, vale la pena di ricordare che neppure il legislatore può escludere l'applicazione dell'apparato di tutela del lavoro dipendente a fattispecie che siano nei fatti subordinate e che ogni legislazione adottata per casi eclatanti ma singoli ha il difetto di potersi mal inserire in un sistema che, per rispondere adeguatamente al cambiamento, seppure alcuni correttivi possono essere utili, deve trovare una strada coerente con il proprio insieme. ■

# Limite di statura per le assunzioni: dopo il TAR, un “NO” anche dalla Cassazione

di Adele Pasquini

Con la sentenza n. 3196, pubblicata lo scorso 04 febbraio 2019, la Corte di Cassazione è stata chiamata a decidere su una questione sempre più protagonista delle aule di giustizia. Per gli Ermellini non ci sono dubbi: «il limite staturale di 160 cm prescritto nella procedura di assunzione di personale con qualifica di capo servizio treno, bandita dall'azienda nel 2006, costituisce una discriminazione indiretta, siccome non oggettivamente giustificato, né comprovato nella sua pertinenza e proporzionalità alle mansioni comportate dalla suddetta qualifica (Direttiva 2002/73/CE)».

Per i Giudici di merito (prima) e la Corte di Legittimità (poi), l'altezza minima - così come ogni altro requisito fisico previsto dal bando di concorso - è legittima solo se determinante per il corretto svolgimento delle mansioni che si andranno a svolgere una volta assunti.

In tutti gli altri casi, ossia quando il limite di altezza non è essenziale ai fini del compito che si andrà a eseguire, l'inserimento del predetto limite,

configura una vera e propria discriminazione, soprattutto nel caso, com'è quello di specie, in cui il bando di concorso prevede la stessa altezza minima per uomini e donne, non tenendo conto quindi che per natura queste ultime sono solite avere una statura più bassa. Insomma, un limite, quello oggetto della pronuncia in commento, che seppur relativo a un criterio apparentemente neutro, pone le lavoratrici in una posizione di potenziale svantaggio rispetto ai lavoratori dell'altro sesso (art. 25, d.lgs. n. 198/2006). Più nel dettaglio, nel caso di specie, tale svantaggio si è effettivamente concretizzato nell'esclusione della lavoratrice dalla procedura di assunzione; esclusione considerata, appunto, discriminatoria e pertanto illegittima.

In breve - conclude la Cassazione - diversamente dalla “discriminazione diretta”, che è sempre vietata, quella “indiretta” può sottrarsi alla «qualifica di discriminazione», a condizione che sia giustificata da una finalità legittima e i mezzi impiegati siano «appropriati e necessari». Spetterà

al giudice di merito valutare in concreto la funzionalità del requisito richiesto per disapplicare, eventualmente, la disposizione ritenuta *discriminatoria*. Ne consegue inevitabilmente - come del resto già affermato, seppur timidamente e rapidamente, dalla Suprema Corte con sentenza n. 23562/2007 - che qualora un'azienda richieda un'altezza minima tra i requisiti fisici necessari per prendere parte a una procedura di assunzione, è necessario che questa dimostri la «*rigorosa rispondenza del limite di statura alla funzionalità e alla sicurezza del servizio da svolgere*»; nel caso contrario il suddetto limite verrà disapplicato e di conseguenza potranno partecipare al concorso tutti i candidati che - indipendentemente dalla loro altezza - soddisferanno gli altri requisiti fisici richiesti.

La forza della pronuncia qui commentata, prende la scia di un percorso già ben definito dalla giustizia amministrativa. Sul punto, l'ultima importante sentenza del TAR del Lazio, la n. 3632/2017, ha infatti ritenuto illegittimo il limite di altezza (minimo di 1,58 m per le donne)

richiesto in un concorso per Vigili del Fuoco. La stringente motivazione del TAR ha stabilito che per la posizione dei Vigili del Fuoco - così come per le Forze Armate - non possono essere inseriti limiti di altezza tra le cause di esclusione dalla procedura di assunzione, nonostante statura, peso e agilità siano astrattamente determinanti per lo svolgimento dei compiti previsti.

Il Tribunale ha, infatti, ricordato che anche nel caso in cui le attività lavorative richiedono particolari capacità fisiche, la selezione non può essere limitata ad un «*mero dato numerico*» qual è l'altezza; sarà piuttosto opportuno e necessario, inserire prove pratiche per verificare - indipendentemente dalla statura - le reali capacità fisiche di un soggetto.

Conclusione, quest'ultima, cristallizzata dal D.P.R. 17 dicembre 2015 n. 207, che relativamente a Forze Armate e Polizia, esclude l'altezza dai requisiti necessari per la partecipazione ai concorsi. Non sarà dunque tale criterio l'elemento vincolante, quanto piuttosto, le qualità fisiche del soggetto qualora queste siano essenziali ai fini delle mansioni da ricoprire. ■