

Alcune considerazioni

Lavoro all'estero e risoluzione del rapporto

Andrea Stanchi e Roberto Restelli Avvocati in Milano, Stanchi Studio Legale

Il presente intervento non intende ripercorrere analiticamente il sistema normativo che disciplina il lavoro all'estero, né affrontare in modo approfondito come gli istituti del recesso regolati dalla legge italiana possano giocare un ruolo importante nella cessazione dell'assegnazione del dipendente all'estero. Lo scopo è di svolgere alcune considerazioni sullo stato attuale dei limiti normativi e delle fattispecie che vanno tenute in considerazione nel valutare la regolamentazione della risoluzione dei contratti di assegnazione estera.

I richiami alla disciplina italiana in tema di recesso dal rapporto di lavoro (licenziamento per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo o oggettivo, comporta, impossibilità sopravvenuta, licenziamenti collettivi) saranno pertanto limitati a quei riferimenti indispensabili per la trattazione dell'argomento.

Vanno distinti, ai fini della disciplina della cessazione del rapporto, i casi del trasferimento dal mero distacco-trasferta e dal vero e proprio contratto di lavoro «internazionale» stipulato e eseguito all'estero secondo la legge estera.

Distacco e trasferta

Nel caso di distacco (o comando) il datore di lavoro, nel legittimo esercizio dei suoi poteri direttivi o comunque con il consenso del lavoratore, pone quest'ultimo a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di attività lavorativa, con l'effetto di una mera modifica-

zione delle modalità di esecuzione dell'obbligazione fondamentale del lavoratore, da eseguirsi in favore di un soggetto diverso (seppure anche nell'interesse del datore medesimo). A seguito delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 276/2003 (1) (art. 30), si è infatti in presenza di un distacco quando

«un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa». In questo caso il datore di lavoro «rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore».

Se il distacco comporta un mutamento di mansioni, «*deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato*». Se comporta un trasferimento a una unità produttiva sita a più di 50 km da quella in cui il lavoratore è adibito, può avvenire (art. 30, comma 3, cit.) «*soltanto per comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*» (con previsione che ricalca la formula nota all'ordinamento per essere stata usata dal legislatore per il caso di trasferimento, art. 2103 c.c., e per l'assunzione a tempo determinato, D.Lgs. n. 381/2001).

Nel caso di distacco si ha quindi un accordo/disposizione unilaterale sulla variazione di una/alcune delle modalità di svolgimento della prestazione, senza estinzione dell'originario rapporto e senza insorgenza di un nuovo rapporto e neppure di coesistenza dei due rapporti.

In seguito alla novella legislativa del D.Lgs. n. 276/2003 citato, che - come abbiamo visto - ha posto alcuni requisiti positivi per l'identificazione della ricorrenza della fattispecie, l'interesse del distaccante è stato identificato, secondo l'interpretazione fornita dalla circolare ministeriale n. 3/2004 (2):

con «qualsiasi interesse produttivo del distaccante che non coincida con quello alla mera somministrazione di lavoro altrui. Inoltre la sussistenza di tale interesse deve protrarsi per tutto il periodo di durata del distacco».

In tale ottica, la formulazione della novella legislativa legittima le prassi di distacco all'interno dei gruppi di impresa, le quali corrispondono a una reale esigenza di imprenditorialità, volta a razionalizzare, equilibrando, le forme di sviluppo per tutte le aziende che fanno parte del gruppo. Questa ipotesi è stata, in assenza di disposizioni legislative, oggetto della nota del Ministero del lavoro dell'11 aprile 2001 (n. 5/26183), che ha individuato anche per tale fattispecie interesse del distaccante e temporaneità come requisiti essenziali per la legittimità del distacco».

Note:

(1) In *Dir. prat. lav.*, 2003, 40, inserto e 42, 2812. L'istituto del distacco, sino alla novella legislativa, era frutto della attività di interpretazione della giurisprudenza che ne identificava i requisiti di liceità, cioè di esclusione dalla fattispecie vietata dell'intermediazione di manodopera, nella temporaneità e nella sussistenza di un interesse del distaccante: cfr. per tutte Cass. 18595/2003, in *La Legge Cron*, Ipsa.

(2) In *Dir. prat. lav.*, 2004, 5, 347.

Approfondimenti

Non altera la natura del distacco anche l'assunzione di oneri da parte del distaccatario, come accade spesso nella pratica, per le normali esigenze di bilancio. Secondo la circolare ministeriale, infatti,

gli «oneri relativi al trattamento economico e normativo del lavoratore in distacco, restano a carico del distaccante, che ne rimane esclusivamente responsabile nei confronti del lavoratore, ma va detto che già in passato era consolidata la prassi di un loro rimborso da parte del distaccatario. Sul punto, si rammenta peraltro che la Cassazione a Sezioni Unite 13 aprile 1989, n. 1751, ha chiarito che il rimborso al distaccante della spesa del trattamento economico non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino. In ultima analisi, poiché il lavoratore distaccato esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccante ma anche nell'interesse del distaccatario, la possibilità di ammettere il rimborso rende più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni singola società. In questo senso l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante».

Il distacco, indipendentemente da previsioni contrattuali (collettive) o di legge, era già comunemente ammesso dalla giurisprudenza.

Pertanto (come precisava la nota del Ministero del lavoro 11 aprile 2001, prot. n. 5/26183/70/va, nel riassumere la posizione della giurisprudenza) «è da ritenere del tutto lecito il distacco dei lavoratori da una ad altra società, anche se collegate, allorché coesistono i seguenti presupposti sostanziali:

- a) l'assegnazione al diverso posto di lavoro deve essere temporanea;
- b) deve sussistere un interesse del datore di lavoro distaccante a che la prestazione lavorativa del proprio dipendente sia resa a favore di un terzo».

Il distacco realizza solo una modificazione delle modalità

di esecuzione della prestazione lavorativa (3), che deve essere temporaneamente adempiuta nei confronti di un soggetto diverso dal datore di lavoro, il quale ultimo rimane il titolare del rapporto e dei relativi poteri (salva la delega del potere direttivo al distaccatario) ed è il soggetto tenuto agli adempimenti primari e vicari del rapporto.

Non occorre una durata predefinita, ma solo che la durata coincida con quello dell'interesse del datore di lavoro (4).

Direttive Ce

Ai fini che qui rilevano, in tema di distacco verso un Paese della Comunità europea, occorre considerare che la direttiva 96/71/Ce del 16 dicembre 1996 detta una disciplina organica per il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

Detta direttiva si applica alle «imprese stabilite in uno Stato membro che, nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, distaccano lavoratori (...) nel territorio di uno Stato membro» (art. 1 par. 1), nella misura in cui dette imprese «adottino una delle misure transnazionali seguenti: ... b) distaccano un lavoratore nel territorio di uno Stato membro, in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al gruppo, purché durante il periodo di distacco esista un rapporto di lavoro tra il lavoratore e l'impresa che lo invia» (art. 1 par. 3).

Circa le condizioni di lavoro del lavoratore distaccato, l'art. 3 della direttiva 96/71 cit. prevede - «qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro» - l'obbligo per il prestatore di servizi di rispettare un nucleo di norme protettive, la cui fonte viene individuata nelle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative del Paese ospitante (e - per le sole attività del settore edile elencate nell'allegato alla direttiva - nei «contratti collettivi o arbitrati di

chiarati di applicazione generale» ai sensi del successivo paragrafo 8).

La direttiva elenca quali sono le tutele che devono essere garantite ai lavoratori in distacco (art. 3, par. 1): periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima delle ferie annuali retribuite; tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario (ma esclusi i regimi pensionistici integrativi di categoria); sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione. Le disposizioni sopra illustrate «non ostano all'applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori» (art. 1, par. 7, primo comma).

Nulla è previsto (né nella direttiva 96/71/Ce, né nel D.Lgs. 15 febbraio 2000, n. 72, di attuazione della detta direttiva ed applicabile ai lavoratori che vengano distaccati in Italia da altri Stati membri) circa il regime della cessazione del distacco.

Va poi ricordato che il D.Lgs. n. 152/1997, di attuazione della direttiva 91/533/Cee concernente gli obblighi del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al rapporto di lavoro, rinnova, in caso di prestazione di lavoro all'estero (lavoratore «invitato a svolgere la sua prestazione lavorativa all'estero per un periodo superiore a trenta giorni»), l'obbligo delle informazioni previste dall'art. 1 del decreto legislativo citato (tra cui vi sono, per quello che qui rileva, i termini del preavviso), ed inoltre obbliga alle seguenti ulteriori informazioni:

Note:

(3) Cfr. Cass. n. 5406/1990, n. 2893/1991, n. 5907/1993, n. 8567/1999, n. 7743/2000.

(4) Es. Cass. n. 6657/1995.

- a) durata del lavoro da effettuare all'estero;
- b) valuta in cui sarà corrisposta la retribuzione;
- c) eventuali vantaggi in denaro o in natura collegati allo svolgimento della prestazione lavorativa all'estero;
- d) eventuali condizioni del rimpatrio.

Le informazioni relative alle lettere b) e c) possono essere date con rinvio alle norme del contratto collettivo applicato al lavoratore, che le preveda.

Durata dell'assegnazione e previsioni contrattuali

Di regola i contratti collettivi non hanno specifiche disposizioni relative alle prestazioni all'estero e al richiamo in Italia. Si discute anzi se il contratto collettivo regoli tali prestazioni: l'orientamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione, un tempo orientato all'inapplicabilità sulla base del ritenuto principio di territorialità delle pattuizioni medesime (5), sembra ora nel senso dell'accertamento, da effettuarsi di volta in volta, della volontà delle parti sociali (6). Di per sé l'assegnazione (trasferta o distacco che dir si voglia) del lavoratore all'estero non sottrae al datore di lavoro la facoltà discrezionale di richiamare il lavoratore nella sede di lavoro originaria ovvero in quella di un'altra unità produttiva dell'azienda in Italia, essendo connaturale all'istituto il potere di richiamo (7). Il fatto è che il distacco del dipendente presso una società estera non attribuisce a quest'ultimo, proprio per l'essenza stessa dell'istituto del distacco (che influisce sulla mera modalità della prestazione e non sui suoi contenuti), la posizione economico-giuridica connessa al distacco, ma piuttosto gli permette di conservare il diritto a non veder compromesse le sue aspettative di promozione o di carriera durante la permanenza estera. Spesso la condizione di rientro

per atto discrezionale della società viene anche espressamente esplicitata nella lettera-contratto di assegnazione.

L'eventuale apposizione di un termine alla durata dell'assegnazione del lavoratore all'estero, «ove non sia pattuita nell'esclusivo interesse dello stesso, non preclude al datore di lavoro l'esercizio del potere di disporre ugualmente l'anticipato richiamo in Italia del lavoratore medesimo, ove ricorrano esigenze aziendali sopravvenute, in pendenza del termine suddetto, che non consentano la prosecuzione del distacco» (8).

L'accordo individuale integrativo del contratto di lavoro, diretto a disciplinare il distacco, di norma provvede a regolare, in mancanza di esplicite disposizioni del contratto collettivo, l'ambito di richiamo della disciplina collettiva, tenendo anche conto delle possibili regolamentazioni applicabili.

Tra le varie possibili clausole, le più frequenti possono contemplare:

- un diritto del lavoratore al rientro in Italia (regolamentandone l'esercizio);
- un impegno minimo di permanenza all'estero a carico del prestatore di lavoro;
- una indennità di fine assegnazione o l'indennità di rientro, e relative condizioni (es. decorso di un certo periodo minimo all'estero).

Una sorta di indennità di rientro è prevista, ad esempio, nel Ccnl Dirigenti industria (art. 14, comma VI: «Per i casi di licenziamento non per giusta causa o di morte entro cinque anni dalla data di trasferimento, l'azienda dovrà rimborsare le spese relative al rientro del dirigente e/o della sua famiglia alla sede originaria»), e nel Ccnl Dirigenti commercio (art. 18, comma VII: «nel caso di successiva risoluzione del rapporto per licenziamento non determinato da giusta causa, il dirigente trasferito avrà diritto al rimborso delle spese relative al rientro nel luogo di provenienza per sé e per la

propria famiglia, purché il rientro sia effettuato entro sei mesi dalla risoluzione del rapporto, salvo i casi di forza maggiore. In caso di decesso del dirigente analoga procedura verrà seguita per i familiari»).

Il datore di lavoro che intenda richiamare in Italia un proprio lavoratore dovrà, ovviamente, osservare quanto eventualmente pattuito al momento del distacco.

È appena il caso di osservare che il distacco presuppone il consenso del soggetto distaccatario, effettivo fruitore della prestazione. Il venir meno del consenso determina quindi la cessazione del distacco stesso (e l'impossibilità di un eventuale ripristino della situazione, nel caso di azione del lavoratore per l'adempimento).

Trasferimento

Nel caso di trasferimento, il lavoratore all'estero continua a far capo al proprio datore di lavoro, che mantiene a tutti gli effetti la titolarità del rapporto.

Il trasferimento all'estero presuppone però un mutamento dell'originaria sede di lavoro caratterizzato dalla stabilità dello spostamento. Il datore di lavoro non avrebbe in questo caso un potere discrezionale di richiamo del lavoratore nella sede originaria (9), e il ritrasferimento nella sede di provenienza dovrebbe essere congruamente motivato.

Note:

(5) Cass. nn. 4505/1993, 9936/1990, 2611/1989, 5058/1988, 1240/1983, contrastato solo dalle decisioni nn. 2029/1988 e 5827/1987 che asserivano l'ultraterritorialità delle regolamentazioni collettive.

(6) Cass. n. 8668/1996, n. 6652/1994, n. 5021/1988.

(7) Cass. n. 3232/1985, Cass. n. 5749/1985, Cass. n. 4859/1986; v. anche Cass. n. 5157/1988, per un caso di licenziamento di un lavoratore che non aveva ottemperato al richiamo in Italia, pretendendo di continuare a svolgere all'estero la sua prestazione lavorativa.

(8) Cass. n. 7016/1987.

(9) Cass. n. 3232/1985.

In conclusione, nel caso del distacco/trasferta/trasferimento di un lavoratore all'estero v'è il mantenimento del vincolo con la «società madre», che si concretizza in forme che assicurano, in maggiore o minor misura, il mantenimento in vita del rapporto - con le relative reciproche obbligazioni (obbligo di fedeltà, previsioni di rientro, obblighi di preavviso in caso di recesso) - e di norma con corresponsione di qualche trattamento collegato con la condizione di lavoro all'estero.

Contratto di lavoro internazionale

Nozione di ordine pubblico internazionale

Nel caso di contratto di lavoro che presenta elementi di estraneità rispetto all'ordinamento italiano, la gestione della fine del contratto dipende sostanzialmente dalla disciplina applicabile al rapporto.

L'art. 57 della legge 31 maggio 1995, n. 218 (nuova disciplina del diritto internazionale privato italiano) rimanda - per l'individuazione della disciplina regolatrice del rapporto - alla Convenzione di Roma del 1980 resa esecutiva in Italia con legge 18 dicembre 1984, n. 975.

Detta Convenzione si fonda sul principio generale della «libertà di scelta» della volontà delle parti (art. 3) per il quale «il contratto è regolato dalla legge scelta dalle parti», scelta che «dev'essere espressa, o risultare in modo ragionevolmente certo dalle disposizioni del contratto o dalle circostanze».

Quando non sia stata effettuata dalle parti alcuna scelta, i contratti di lavoro sono regolati «dalla legge del Paese in cui il lavoratore, in esecuzione del contratto, compie abitualmente il suo lavoro, anche se è inviato temporaneamente in un altro Paese» (art. 6, comma 2, lett. a), ovvero, «qualora questi non compia abitualmente il suo lavoro in uno stesso

Paese», «dalla legge del Paese dove si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore» (art. 6, comma 2, lett. b).

C'è un limite generale che è quello delle norme imperative che regolerebbero il contratto in caso di mancanza di scelta (cioè la *lex loci labori o della sede di assunzione*, sopra viste). Ulteriore limite è quello delle norme imperative o di c.d. applicazione necessaria, in vigore nel Paese in cui il giudice sia chiamato ad occuparsi del caso e che regolino il caso concreto, indipendentemente dalla legge che regola il contratto (art. 7, par. 2). Quest'ultima è una categoria che non necessariamente coincide con quella delle norme imperative in vigore nel Paese considerato, e che sono state definite «super imperative» (10).

Disciplina italiana

Nel caso in cui le parti abbiano inteso richiamarsi alla disciplina italiana, questa sarà applicabile anche al recesso dal rapporto di lavoro, compatibilmente con le situazioni e le condizioni del lavoro all'estero.

Il recesso individuale è disciplinato - per quanto riguarda la disciplina legale - dagli artt. 2118 e 2119 c.c. e dalla legge n. 604/1966.

Il licenziamento individuale non è ammesso se non per giusta causa o per giustificato motivo (*soggettivo*: se determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro, oppure *oggettivo*: se determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa). La giusta causa è definita dalla legge (art. 2119 c.c.) come una causa che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. Deve trattarsi di una mancanza del prestatore di lavoro, in violazione degli obblighi di legge o contrattuali, di gravità tale da fare venire irreversibilmente meno il pre-

supposto fiduciario del rapporto. Secondo la giurisprudenza la valutazione della gravità dei comportamenti addebitati al lavoratore deve avvenire in base alla natura ed alla qualità del singolo rapporto di collaborazione, della posizione delle parti, dell'oggetto delle mansioni e del grado di affidamento che queste richiedono e il fatto concreto va valutato nella sua portata oggettiva (gravità del fatto) e soggettiva (intento doloso o gravemente colposo), attribuendo rilievo determinante, ai fini in esame, alla potenzialità del fatto medesimo a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento.

Vanno anche applicate tutte le regole di legge e contrattuali circa il procedimento disciplinare (dalla affissione del codice disciplinare nella sede di lavoro alla necessità di previa contestazione dell'addebito) e circa l'obbligo di comunicazione scritta e di motivazione del recesso.

Vanno osservati, per la disdetta, i termini di preavviso (salvo il licenziamento per giusta causa).

Non è in ipotesi da escludere un licenziamento in periodo di prova, se pattuito un tale patto (ciascuna delle parti, nel corso del periodo di prova, ha facoltà di recesso in qualunque momento, art. 2096 c. 3, c.c.), né un licenziamento per superamento del periodo di comporto o per impossibilità sopravvenuta (si pensi, ad esempio, al caso di ritiro del passaporto da parte delle autorità del Paese dove il lavoratore è inviato a svolgere la sua attività).

È dubbio che sia compatibile, con il lavoro all'estero, la disciplina del licenziamento col-

Nota:

(10) Cfr. Magnani, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 391 e seg. Tali sarebbero le norme che per volontà del legislatore oppure perché volte a salvaguardare l'organizzazione politica, sociale ed economica dell'ordinamento del foro, impediscono il normale funzionamento delle c.d. norme di conflitto (quelle che regolano la legge applicabile).

lettivo (e non si sono rinvenuti casi in giurisprudenza). In base alla legge n. 223/1991 il licenziamento collettivo si qualifica per l'elemento quantitativo del numero dei dipendenti di cui si prevede il licenziamento e per la comprensione di essi nella procedura di messa in mobilità che deve precedere la riduzione del personale, procedura che presuppone il coinvolgimento di rappresentanze sindacali e istituzioni pubbliche italiane.

Disciplina straniera

Nel caso in cui le parti abbiano inteso regolare il rapporto di lavoro secondo una disciplina straniera, a questa dovrà farsi riferimento anche per la regolamentazione del recesso dal rapporto.

Questo generale principio ha tuttavia un limite, fissato dalla stessa Convenzione di Roma citata: l'applicazione di una norma della legge straniera designata non è applicabile «se tale applicazione sia manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico» (11) del Paese i cui organi giudiziari dovrebbero applicare detta legge (art. 16 e 14 della legge n. 218/1995).

Nel quadro di quest'ultima disposizione, si è posta in giurisprudenza la questione se il sistema di tutele approntate dal nostro ordinamento per il caso di cessazione del rapporto di lavoro possa integrare o meno un limite di ordine pubblico (con conseguente disapplicazione della disciplina straniera e applicazione della norma italiana).

Una nota e recente decisione della Corte di Cassazione, nell'affrontare il caso di un dipendente di una banca italiana presso la sede di New York che aveva impugnato il licenziamento, ha sancito il seguente principio: «è manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico italiano una legge che, in linea generale, non preveda tutela contro il licenziamento ingiustificato» (12).

La tesi espressa nella sentenza

sopra richiamata desta forti perplessità. Basti pensare che la legge che ha disciplinato il licenziamento è stata introdotta in Italia nel 1966 e che la c.d. tutela reale (art. 18 legge n. 300/1970) non è, per giurisprudenza costante e per comune opinione, né regola generale di disciplina dei rapporti di lavoro in Italia, né elemento essenziale nel nostro ordinamento (13).

Va d'altra parte segnalato che altra recente sentenza (Trib. Napoli 29 aprile 2003, cfr. riquadro a pag. 151) (14), con ampia motivazione e con attento *excursus* storico-giurisprudenziale sulla nozione di ordine pubblico internazionale, è giunta a una diversa conclusione.

Sulla scorta delle predette osservazioni, nel caso in esame (si trattava di un cittadino italiano residente negli Stati Uniti che lavorava alle dipendenze di una filiale di New York del Banco di Napoli, al quale era stato comunicato, insieme ad altri dipendenti cittadini italiani, il licenziamento per la chiusura della filiale stessa), il Tribunale di Napoli ha stabilito che *nella nozione di ordine pubblico internazionale non rientra la disciplina dei licenziamenti collettivi* (si tratta, a quanto consta, della prima pronuncia in Italia che analizza lo specifico profilo), sulla base delle seguenti osservazioni:

- nell'ambito della concezione tradizionale del limite d'ordine pubblico legata all'esclusivo confronto coi principi emergenti dal diritto interno, «una disciplina dei licenziamenti collettivi la quale trovi all'interno dello stesso ordinamento per la quale è stata pensata così vaste aree di non applicazione - per i noti limiti dimensionali e numerico-temporali previsti dall'art. 24, comma 1, della legge n. 223/1991, oltre che per le esclusioni soggettive di cui al comma 4 dello stesso articolo - non può certo elevarsi a principio di ordine pubblico internazionale perché privo del requisito dell'almeno tendenziale operatività genera-

le e sarebbe, intimamente contraddittorio riconoscere come diritto inviolabile del lavoratore all'estero quello che non è tale in Italia per il dipendente di una piccola azienda o di un'impresa edile»;

- nell'ambito della concezione dell'ordine pubblico che si determina facendo riferimento non ai principi fondamentali del foro, ma solo a quelli che questo ha in comune con la generalità degli altri ordinamenti statali, «non sembra sostenibile che la procedimentalizzazione dell'esercizio del potere di recesso del datore di lavoro in ipotesi di riduzione del personale per ridimensionamento aziendale costituisca fondamento di natura etica e sociale comune di tutti i popoli civili ovvero che la gestione contrattata degli esuberanti rappresenti un principio immanente della coscienza giuridica delle società occidentali. Ciò è smentito dal rilievo evidente che in molta parte di tali comunità, anche tra quelle a sviluppo più avanzato, non è previsto un controllo preventivo, sindacale e pubblico, sui licenziamenti collettivi, ma anche dal fatto che, all'interno del nostro stesso ordinamento, tale controllo non è ritenuto necessario per un così gran numero di soggetti protagonisti del tessuto economico italiano»;

- infine, in una prospettiva di economia di mercato a dimensione globale, «l'auspicabile estensione delle tutele per i diritti delle parti più deboli ben difficilmente può compiersi mediante l'esportazione coatti-

Note:

(11) Sulla nozione di ordine pubblico rilevante ai fini della Convenzione di Roma, cfr. rec. Timellini, *L'incidenza del principio di ordine pubblico sull'individuazione della disciplina dei rapporti di lavoro all'estero*, in *Il Diritto del lavoro*, 2003, I, 223 e seg.

(12) Cass. 11 novembre 2002 n. 15822, edita, tra l'altro, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 357, con nota critica di Ogriseg, e in *Giur. it.*, 2003, I, 17, n. *Del Vecchio*.

(13) Cfr., da ultimo, Corte Cost. n. 46/2000, sull'ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 18, S.L.

(14) In *Not. giur. lav.*, 2003, 286.

vamente imposta di garanzie di diritto interno ove le stesse non siano espressione di principi universalmente condivisi. Infatti ciò realizzerebbe solo una maggiore difficoltà per i lavoratori protetti dall'ombrello di garanzie del Paese di origine a trovare occasioni di lavoro all'estero, considerato che gli imprenditori di ogni parte del mondo ragionevolmente sarebbero indotti a non avvalersi della collaborazione di costoro, magari al solo fine di evitare disparità di trattamento tra il personale dipendente della medesima azienda. Così l'aspirazione alla massimizzazione delle garanzie si tradurrebbe nei fatti, per una sorta di eterogeneità dei fini non ignota a molteplici fenomeni causati dal diritto che incide su dinamiche economiche, in una eliminazione alla radice del problema perché quel rapporto di lavoro, che pure si intenderebbe garantire, non sorgerebbe affatto».

Tfr

Con riferimento agli istituti che possono venire in rilievo al momento della cessazione del rapporto, si osserva che non rientra tra gli istituti giuridici posti o garantiti dalla Costituzione (al di fuori, al più, del giudizio di congruità della retribuzione complessiva *ex art. 36 Cost.*) il Tfr.

Già con riferimento all'indennità di anzianità la giurisprudenza ne aveva escluso l'appartenenza alle norme di ordine pubblico *ex art. 31 delle preleggi (15)* e la conclusione vale a *fortiori* rispetto al Tfr (16).

Dirigenti

Quanto ai rapporti di dirigenza, il potere di recesso è stato riconosciuto direttamente dalla Corte Costituzionale un *proprium* del rapporto, di natura pregnantemente fiduciaria (17) e il licenziamento dei dirigenti - alla stregua della legge - è regolato soltanto dagli artt. 2118 e 2119 c.c. (sal-

ve tra le parti migliori pattuizioni).

Del tutto estranea alla normativa legale è poi l'indennità supplementare per i dirigenti. Si tratta di un istituto di fonte ed efficacia strettamente negoziali, valevole tra le parti assoggettate ai contratti collettivi di diritto comune che lo prevedano.

Sospensione pattizia del rapporto

Va segnalato, rispetto al singolo contratto di lavoro che presenta elementi di estraneità all'ordinamento italiano, il diverso caso della sospensione pattizia del rapporto di lavoro in Italia e correlativa instaurazione di altro rapporto da parte del lavoratore con soggetti terzi, autonomi utilizzatori della prestazione.

In questo caso non v'è nessun collegamento e nessuna interferenza da parte del titolare del rapporto sospeso quanto alla stipulazione, esecuzione, determinazione delle condizioni economiche e normative del rapporto via via instaurato dal lavoratore col terzo utilizzatore della prestazione.

La cessazione del rapporto all'estero può determinare, a seconda degli accordi, una sorta di «ricostituzione automatica» del rapporto sospeso.

Se si è invece verificata di volta in volta la costituzione di nuovi rapporti di lavoro, contrattati con altri soggetti, a diverse condizioni, con diretta titolarità dei poteri direttivi e disciplinari da parte del nuovo creditore di lavoro, le condizioni individuali pattuite possono anche prevedere lo scioglimento del pregresso rapporto e un impegno di riassunzione (ed eventualmente di ricostituzione del Tfr) da parte del precedente datore di lavoro.

Nella previsione contrattuale, in assenza di una richiesta di riassunzione da parte del lavoratore, il rapporto semplicemente non si ricostituisce (non c'è un rapporto che si

debba sciogliere; non ci sono obblighi di preavviso).

È dubbio che l'eventuale inadempimento dell'obbligo di riassunzione possa comportare la costituzione autoritativa del rapporto.

Note:

(15) Trib. Milano 26 settembre 1968, in *Riv. dir. int. priv. proc.* 1968, 416; Trib. Milano 28 febbraio 1974, *ivi*, 1976, 341; Trib. Trieste 1974, *ivi* 1975, 93; Pret. Milano 26 maggio 1979, in *Dir. lav.* 1980, II, 146.

(16) Per l'estraneità dell'istituto in sé all'«ordine pubblico retributivo», Pret. Milano 23 novembre 1986, in *Giust. civ.*, 1987, I, 2410; ult. Cass. n. 14662/2000 cit.

(17) Corte Cost. n. 121/1972.

Trib. Napoli, sentenza 29 aprile 2003 (Stralcio)

«La cd. eccezione di ordine pubblico, così definita perché concepita come eccezione al normale operare della norma che derime il conflitto delle leggi nello spazio, trova la sua ragion d'essere nel fatto che il legislatore che consente l'applicazione di una norma straniera all'intento del proprio ordinamento compie, come è stato efficacemente definito, «un salto nel buio», atteso che non è certo in grado di valutare preventivamente il contenuto di tutte le leggi degli stati, presenti e future, che potrebbero essere richiamate dalle norme di rinvio da lui stesso poste.

Il «limite dell'ordine pubblico» è dunque norma finale di salvaguardia tendente ad evitare che il giudice del foro applichi una norma straniera da considerarsi «incompatibile» con l'ordinamento interno. (...)

(...) Sulla scia di una tradizionale dottrina secondo la quale il limite dell'ordine pubblico internazionale andrebbe determinato avendo esclusivo riguardo all'importanza che i principi alla base delle norme interne derogate da quelle straniere rivestono nella comunità nazionale, la Cassazione ha individuato la nozione di «ordine pubblico» nel complesso dei principi cardine dell'ordinamento giuridico, i quali caratterizzano la stessa struttura etico-sociale della comunità nazionale in un determinato momento storico, conferendole una ben individuata ed inconfondibile fisionomia, nonché nelle regole inderogabili, provviste del connotato della fundamentalità che le distingue dal più ampio genere delle norme imperative (Cass. n. 2214/1980; Cass. n. 2215/1984; Cass. n. 67/1988; Cass. n. 1709/1991), immanenti ai più importanti istituti giuridici (Cass. n. 543/1980; Cass. n. 1680/1984), ivi compresi i principi desumibili dalla Carta Costituzionale (Corte Cost. 2 febbraio 1982, n. 18; Corte Cost. 18 luglio 1983, n. 214).

Per quanto specificamente concerne il lavoro reso all'estero, per lungo tempo nelle massime delle decisioni di legittimità si è affermato che il principio di favore verso il prestatore di lavoro ha valore fondamentale, derivando nel suo substrato etico-sociale dall'art. 3 Cost., ed impedisce l'introduzione di una legge straniera che contenga una disciplina del rapporto di lavoro dedotta in giudizio meno favorevole al lavoratore rispetto a quella prevista dalla legge italiana (ab imo Cass. n. 5155/1980; in seguito: Cass. n. 3209/1985; n. 1530/1986, con riferimento alla corresponsione di rivalutazione e interessi ex art. 429 cod. proc. civ.; Cass. n. 9435/1993 e n. 2756/1996, in tema di lavoro a termine; Cass. n. 2622/1998, in materia di giustificato motivo di licenziamento; Cass. n. 11580/1993; n. 2787/1987, n. 7458/1986, n. 6731/1986, n. 6705/1986, n. 3209/1985, per i contratti di lavoro della gente di mare.

In frontale e consapevole contrasto con tale orientamento si pone una più recente pronuncia (Cass. lav. n. 14662 dell'11 novembre 2000) che lega tali precedenti ad una «concezione, statalista dell'ordine pubblico internazionale... non più corrispondente all'ordinamento interno nell'ambito di quello internazionale». La Corte muove a detto orientamento due fondamentali obiezioni: «esso porta a vanificare la scelta della legge applicabile ad opera dei privati contraenti, ossia ne riduce l'efficacia ai soli casi in cui la legge straniera sia più favorevole al lavoratore di quella italiana»; inoltre «la considerazione isolata degli istituti ... esclude la comparazione dei trattamenti complessivi, destinati al lavoratore nei singoli ordinamenti, ciò che può produrre una prevalenza di norme o di istituti italiani addirittura contraria al principio di ragionevolezza». Per quel Supremo Collegio «la concezione più recente ... recepita dalla communis opinio doctorum ... induce a restringere la nozione di ordine pubblico a principi non peculiari del nostro ordinamento ma generalmente condivisi dalla comunità delle genti», rilevabili dalle «diverse forme con cui la cooperazione internazionale oggi si esprime: accordi inter-statali o plurinazionali; atti di organizzazione a carattere universale aventi valore obbligatorio o anche soltanto programmatico o esortativo, atti del diritto comunitario comprese le sentenze della Corte di giustizia di Lussemburgo; giurisprudenza internazionale». Esemplificativamente elenca tra i principi reperibili in dette fonti internazionali, peraltro «già canonizzati nella nostra Costituzione», la «tutela della salute del lavoratore», l'«adeguatezza della retribuzione», la «limitazione ragionevole dell'orario di lavoro» ed il «necessario godimento di ferie retribuite», la «protezione sociale della maternità e dell'infanzia» la «libertà di associazione sindacale», il «divieto di discriminazioni in pregiudizio della donna». Poiché non rinviene «alcuna fonte precettiva da cui possa inferirsi un principio, operante in ambito internazionale, di necessaria attribuzione al lavoratore di una somma, al momento di cessazione del rapporto, di ammontare proporzionato alle retribuzioni percepite periodicamente, ossia di una somma che possa corrispondere al nostro Tfr», la sentenza conclude che «non contrasta con l'o.p.i. ... un contratto individuale di lavoro che debba essere eseguito all'estero e che, dichiarando applicabile la legge straniera, escluda il trattamento di fine rapporto», conclusione diametralmente opposta a quella cui erano giunte Cass. n. 5924/1981 e n. 10238/1994.

Senza fare menzione di questo immediato precedente, peraltro salutato dalla dottrina come una svolta positiva, e piuttosto rievocando il prevalente orientamento, si pone Cass. lav. n. 15822/2002. In questa occasione, però, la Corte, certo non a caso, evita di spendere il tradizionale argomento dell'esistenza di un indistinto favor laboris che imponga un argine a qualsiasi norma esterna che preveda un trattamento peggiore; piuttosto tende a ricercare nell'ordinamento interno, ma anche nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tracce positive di una tutela della stabilità del posto di lavoro e dal «pressoché generale divieto di recessus ad nutum» deduce che costituiscono «parti integranti dell'ordine pubblico» le norme di tutela «contro il licenziamento ingiustificato».