

Approfondimenti

Tutele

Sedi secondarie di società estere e licenziamento

Andrea Costa - Dottore commercialista

Le libertà riconosciute dal diritto dell'Unione europea e finalizzate ad uno sviluppo efficiente del Mercato unico, unitamente alla crescente globalizzazione in atto, costituiscono leve fondamentali per incentivare le imprese ad estendere i propri interessi commerciali in ambiti territoriali differenti. La libertà di stabilimento in ambito comunitario costituisce uno dei quattro pilastri fondamentali garantiti dai Trattati istitutivi, assieme alla libertà di movimentazione dei lavoratori, delle merci e dei capitali. La diffusione di tali processi fa emergere, però, sempre maggiori criticità non solo sulla legislazione applicabile, essendo diversi gli ordinamenti potenzialmente interessati a regolarli, ma anche sulla portata delle singole disposizioni.

L'ordinamento italiano riconduce alla presenza più o meno stabile di una struttura operativa nel suolo italiano conseguenze di ordine fiscale, ricollegando alla stabile organizzazione, sia essa materiale ovvero personale (1), la tassazione in Italia, in quanto considerata autonomo soggetto d'imposta. Per la giurisprudenza comunitaria (2) per sede secondaria di una entità estera deve intendersi "un centro operativo che si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa-madre, provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da poter trattare affari con terzi, di guisa che questi, pur sapendo che l'eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa-madre la cui sede trovasi all'estero, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa, e possono concludere affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione".

La questione investe inevitabilmente anche i lavoratori dipendenti di società estere inviati tem-

poraneamente in Italia, ovvero i lavoratori assunti localmente presso una sede secondaria della società straniera. Nella determinazione della legislazione deputata a regolare il rapporto nei confronti di coloro che svolgono nella sede secondaria la propria attività lavorativa, principi fondamentali si rinvencono nella legge 31 maggio 1995, n. 218, ma soprattutto nella legislazione comunitaria, così come interpretata dalla Corte di Giustizia. Il riferimento è fondamentalmente alle tutele minime riconosciute dalle direttive comunitarie ai lavoratori distaccati, al regolamento Roma I e alla Convenzione di Roma del 1980, che dettano disposizioni specifiche a tutela del lavoratore, in virtù della sua strutturale debolezza nel rapporto.

La presenza di una legislazione comunitaria garantista non esclude che i singoli Stati possano prevedere maggiori tutele nei confronti del lavoratore. Nel nostro ordinamento particolari criticità sono emerse in merito alla determinazione delle soglie dimensionali previste dallo Statuto dei lavoratori in caso di licenziamento, non specificando la disposizione se il riferimento numerico previsto per la c.d. tutela reintegratoria debba intendersi limitato al territorio italiano, ovvero considerare l'impresa nel suo complesso e dunque ricomprendere anche i lavoratori assunti all'estero. A fronte di un quadro normativo in tema di licenziamento mutevole nel tempo, con la sentenza n. 19557 del 30 settembre 2016 la Corte di cassazione è intervenuta sulle tutele da accordare ad una dipendente che ha prestato la propria attività lavorativa in Italia a favore di una società olandese. La questione è di rilievo, essendo diverse le realtà imprenditoriali estere che operano

(1) Per un approfondimento, cfr., tra gli altri, A. De Luca, A. Bampo, *La stabile organizzazione in Italia*, Milano, 2009.

(2) Corte di Giustizia, 22 novembre 1978, in causa C-33/78, Somafer SA c. Saar-Ferogas AG., in *Racc.* 1978, 2183.

Approfondimenti

con sedi secondarie in Italia (3); a fronte di un quadro normativo in continua evoluzione, l'orientamento dei giudici di legittimità risulta ancora attuale con riferimento alle nuove regole introdotte dal Jobs Act con riferimento alle nuove assunzioni effettuate a partire dal 7 marzo 2015 (4).

La giurisprudenza di riferimento

Le problematiche connesse all'individuazione del requisito dimensionale in caso di licenziamento di un lavoratore presente in Italia in una sede secondaria di una società estera sono state oggetto di due interventi della Suprema Corte, con orientamenti difformi.

Un primo orientamento è del 1978 (5). Con riferimento all'ambito di applicazione della legge 15 luglio 1966, n. 604, per i giudici di legittimità il numero dei dipendenti utili al computo deve essere determinato prestando attenzione alla società estera nel suo complesso, quindi considerando non solo i lavoratori presenti nella sede secondaria italiana, ma anche quelli assunti all'estero. L'analisi della Corte trovava fondamento nel disposto dell'art. 2506, ultimo cpv., c.c. allora vigente, che, non riconoscendo alle sedi secondarie un'autonoma personalità giuridica, rendeva necessaria una verifica globale della sede principale e delle sedi secondarie ubicate in Italia e all'estero, unico aspetto in grado di affermare la reale rilevanza dell'ente nel mondo degli affari.

Sul punto si osserva che accogliere una tale interpretazione comporterebbe evidenti ricadute sugli altri obblighi collegati al requisito dimensionale, creando ostacoli rilevanti allo svolgimento transnazionale dell'attività della società estera. Per tutti può valere il caso dell'assunzione obbligatoria dei disabili, connessa, come noto, ad un requisito dimensionale, chiamando il giudice ad

una complicata valutazione di elementi presenti in Italia e all'estero.

A circa un decennio di distanza (6) la Corte ha modificato il proprio orientamento, sul presupposto che la nostra legislazione non può non avere riguardo ai fenomeni giuridici realizzatisi nel territorio italiano, non potendosi ampliare il campo di applicazione all'analisi ad elementi che riguardano il diritto interno estero. Difatti, salvo gli specifici casi di rinvio alla legislazione estera contenuto nelle norme di diritto internazionale privato o alle deroghe imposte dai trattati internazionali, le situazioni giuridiche straniere non possono avere rilevanza per il diritto italiano (7). In particolare, nel sostenere la propria tesi, ovvero che solo la sede secondaria costituita sul territorio nazionale deve essere assoggettata alla legge italiana ai fini della disciplina del rapporto di lavoro, i giudici di legittimità hanno fornito una interpretazione difforme dell'art. 2506, ultimo cpv., cc., ai sensi del quale “... sono altresì soggette, per quanto riguarda le sedi secondarie, alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che lo subordinano all'osservanza di particolari condizioni”. I giudici, pur non riconoscendone valore decisivo per l'interpretazione della legislazione, hanno evidenziato come l'accoglimento della tesi opposta comporterebbe, in materia di assunzioni obbligatorie, un rilevante inconveniente applicativo, rappresentato dall'assunzione nelle sedi in Italia di un elevato numero di lavoratori invalidi.

Analisi del caso di specie e decisione dei giudici di legittimità

Con la sentenza n. 19557 del 30 settembre 2016 la Corte di cassazione ha dichiarato di voler dare continuità all'ultimo orientamento richiamato, ampliando però le proprie argomentazioni in funzione del mutato contesto normativo.

(3) L.C. Natali, *Statuto dei lavoratori e gruppi societari: campo di applicazione e tutele*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, 5, 315 e ss.

(4) A. Bottini, *Dipendenti di società estere, per le tutele dai licenziamenti il calcolo si fa sul personale della sede italiana*, in *Quotidiano del Diritto*, 11 novembre 2016. Nei confronti dei lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 operanti in una sede secondaria di una società estera con fino a 15 dipendenti trovano applicazione le tutele previste per le piccole imprese.

(5) Cassazione 16 novembre 1978, n. 5320.

(6) Cassazione 7 febbraio 1987, n. 1324.

(7) Per la Cassazione “si giungerebbe altrimenti ad individuare il presupposto per l'applicabilità di una legge italiana in situazioni giuridiche, quali sono i rapporti di lavoro tra dipen-

denti e imprenditori, che intercorrono tra soggetti stranieri, che si realizzano in territorio straniero e che sono disciplinati da normative straniere, con la conseguenza che il giudice italiano dovrebbe qualificare le suddette situazioni sulla base di tale disciplina, la quale potrebbe anche imporre qualificazioni contrastanti con quelle cui condurrebbe l'indagine secondo il diritto italiano, e con il dubbio che non dovrebbe piuttosto questa prevalere sull'altra indagine, nel caso in cui il risultato fosse più favorevole al lavoratore: il tutto con difficoltà insuperabili di ordine pratico e processuale in merito anche all'accertamento di fatto di tali situazioni, difficoltà che potrebbero giungere a paralizzare il diritto alla difesa”.

Approfondimenti

Il caso di specie riguardava la dipendente di una società olandese occupata in Italia e licenziata il 19 aprile 2013 per giustificato motivo oggettivo dalla Società estera; come evidenziato dai giudici di legittimità, al momento del licenziamento era presente nel nostro Paese esclusivamente la lavoratrice licenziata, mentre era in dubbio la sussistenza stessa di una sede secondaria. La domanda della lavoratrice di reintegra nel posto di lavoro ex articolo 18, legge 20 maggio 1970, n. 300, era stata respinta tanto in primo grado dal Tribunale di Milano con sentenza n. 2408/2014, quanto in secondo grado, dalla Corte d'Appello di Milano con sentenza depositata il 22 dicembre 2014.

Dunque, l'oggetto della controversia è non tanto l'applicazione della legge italiana al rapporto di lavoro, aspetto pacificamente riconosciuto da entrambi le parti, ma l'individuazione dei parametri applicativi della legge nazionale, se debbano essere limitati ai presupposti fattuali presenti in Italia, ovvero estendersi anche a quelli esteri. Sul punto la normativa di riferimento non fornisce una soluzione chiara.

La Corte di cassazione ha inquadrato la fattispecie nell'ambito delle norme internazional-privatistiche e delle disposizioni civilistiche già richiamate nelle precedenti pronunce di cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente. Dalla lettura combinata dell'art. 25, legge n. 218/1995 e dell'art. 2508, comma 3, c.c., discende che il requisito dimensionale debba essere considerato esclusivamente con riferimento al territorio nazionale. La sede secondaria non possiede, infatti, una personalità giuridica autonoma rispetto alla casa madre estera, ma assume autonoma rilevanza rispetto all'ordinamento italiano, trovando applicazione le norme concernenti l'esercizio dell'impresa ed il regime di pubblicità a tutela dei terzi che vengono in contatto negoziale. Proprio l'art. 2508 c.c. ha costituito per i giudici il riferimento

normativo per poter sostenere che la sede secondaria è assoggettata alla legge italiana, al pari di una società costituita nel nostro Paese.

Del resto una tale soluzione risulterebbe coerente con un approccio letterale e teleologico all'art. 18, legge n. 300/1970, non creerebbe inoltre inconvenienti applicativi nel caso delle assunzioni obbligatorie e sarebbe rispettosa delle disposizioni contenute nei Trattati in materia di libertà di stabilimento e di discriminazioni tra lavoratori di cittadinanza italiana e non.

Più nel dettaglio, i giudici di legittimità rilevano che, da un punto di vista letterale, i commi 8 e 9, art. 18 rinviano a parametri strettamente nazionali, quali l'ambito territoriale ed amministrativo del comune (8), ovvero la contrattazione collettiva di riferimento (9). Anche da un punto di vista teleologico, la tutela reintegratoria non sarebbe giustificata in presenza di entità organizzative e produttive di piccole dimensioni, difficilmente in grado di riassorbire il lavoratore.

Considerazioni conclusive

L'orientamento della Corte di cassazione di limitare al solo territorio nazionale il requisito dimensionale richiesto dalla normativa in materia di licenziamenti, computando esclusivamente la forza lavoro ivi presente ed escludendo i dipendenti che operano all'estero, si considera condivisibile. Del resto una differente soluzione, oltre a contrastare la *ratio* delle disposizioni introdotte dall'ordinamento a tutela del lavoratore licenziato, comporterebbe un utilizzo distorto di altri istituti, con l'introduzione di ostacoli rilevanti nei confronti di quelle entità estere che beneficiano della prerogativa della libertà di stabilimento assicurata dal diritto dell'Unione europea. Inoltre ricomprendere nel computo totale anche i dipendenti assunti all'estero richiederebbe al giudice l'analisi di una serie di elementi difficilmente riscontrabili.

(8) Il comma 8, art. 18 stabilisce che "Le disposizioni dei commi dal quarto al settimo si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprendito-

re e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti".

(9) Il comma 9, art. 18 stabilisce che "Ai fini del computo del numero dei dipendenti di cui all'ottavo comma si tiene conto dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale per la quota di orario effettivamente svolto, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore. Non si computano il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado in linea diretta e in linea collaterale. Il computo dei limiti occupazionali di cui all'ottavo comma non incide su norme o istituti che prevedono agevolazioni finanziarie o creditizie".

Approfondimenti

La sentenza in esame è inoltre degna di segnalazione per essersi espressa sulla possibilità di riconoscere le tutele offerte dall'art. 8, legge n. 604/1966 in un procedimento introdotto con il c.d. "rito Fornero" (10); per la Corte, una volta esclusa l'applicabilità dell'art. 18 al caso di spe-

cie per assenza del requisito dimensionale, il giudice è tenuto comunque a pronunciarsi sulla legittimità del licenziamento ai fini della tutela obbligatoria prevista dall'art. 8, legge n. 604/1966 (11), a nulla rilevando le caratteristiche di celerità associate al rito Fornero.

Cass. n. 19557/2016

Sentenza (Cassazione Civile), sez. lavoro, 30 settembre 2016, n. 19557- Pres. Bronzini Giuseppe- Est. Manna Antonio - B.P. contro A.HAK International B.V.

Svolgimento del processo

Con sentenza depositata il 22 dicembre 2014 la Corte d'Appello di Milano rigettava il reclamo proposto da B.P. contro la sentenza n. 2408/2014 del Tribunale ambrosiano che aveva confermato la precedente ordinanza di rigetto della domanda di reintegra nel posto di lavoro legge n. 300/1970, ex art. 18 proposta dalla lavoratrice, che aveva impugnato il licenziamento intimatole il 19 aprile 2013 per giustificato motivo oggettivo da A.HAK International B.V. (società estera con sede in Olanda).

Per la Cassazione della sentenza ricorre B.P. affidandosi a tre motivi.

A.HAK International B.V. resiste con controricorso, spiega ricorso Incidentale basato su un solo motivo e deposita memoria ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione

1- Il primo motivo del ricorso principale denuncia violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c., per avere la sentenza impugnata erroneamente ritenuto assolto l'onere probatorio (gravante sul datore di lavoro) dell'insussistenza del requisito dimensionale per fare luogo all'applicazione della legge n. 300/1970, art. 18 in base alla prova fornita soltanto in relazione ai dipendenti occupati dalla società in Italia e in Olanda (complessivamente inferiori a 60): si obietta invece in ricorso che - contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale - sarebbe stato a carico della società e non della lavoratrice l'onere di dimostrare, anche in ossequio al criterio di vicinanza della prova, il numero complessivo di tutti i dipendenti occupati anche in altri Paesi ove essa è presente. Il motivo è infondato, sia pure correggendosi e integrandosi (ex art. 384 c.p.c., u.c.), nei sensi qui di seguito chiariti, la motivazione della gravata pronuncia.

Si premetta che la (remota) giurisprudenza di questa S.C. in tema di criteri di computo del requisito occupazionale ai fini dell'applicabilità della tutela reale del posto di lavoro di dipendenti di una società estera si era pronunciata in un diverso quadro normativo, costituito dalla legge n. 604/1966, art. 11 (riferito al numero complessivo dei dipendenti, ovunque dislocato) e dalla legge n. 300/1970, art. 35 (riferito alle sole imprese e alle singole unità produttive o all'ambito territoriale comunale), quadro poi aggiornato dalla novella della legge n. 300/1970, art. 18 contenuta nella legge n. 108/1990, art. 1.

Quest'ultima ha modificato i precedenti criteri di computo, fra essi prevedendo anche quello del numero complessivo di dipendenti (superiore a sessanta, a prescindere dalla loro dislocazione presso determinate unità produttive, criterio invocato dall'odierna ricorrente), senza però chiarire se tale riferimento debba essere limitato o meno al territorio italiano.

Una prima sentenza (Cass. n. 5320/1978) aveva asserito - al fine di individuare l'applicabilità della normativa a tutela del posto di lavoro - che il numero dei dipendenti di una società straniera dovesse determinarsi considerando la società nel suo complesso e non la sola sede secondaria operante in Italia.

Il presupposto era che l'art. 2506 cpv., c.c. (nel testo all'epoca vigente), che disciplina le società estere con sede secondaria nel territorio dello Stato, non attribuiva alla sede secondaria un'autonoma personalità giuridica, sicché nel nostro ordinamento avrebbe avuto rilievo - anche in tema di computo del requisito occupazionale in discorso - solo la società nel suo complesso, comprendente la sede principale e ogni altra sede secondaria ubicata (in Italia e) all'estero.

(10) La Corte d'Appello aveva concluso diversamente sul punto. In merito alle possibili criticità connesse a tale soluzione, cfr. L. Negrini, *Requisito dimensionale riferito alla sola sede italiana per il licenziamento*, in *Quotidiano Eutekne*, 1° ottobre 2016.

(11) Per i giudici di legittimità, infatti, "... se all'esito dell'i-

struttoria dovesse emergere l'applicabilità della sola tutela c.d. obbligatoria di cui all'art. 8, legge n. 604/1966, il giudice dovrà pronunciarsi su di essa, senza che a ciò ostino le caratteristiche di celerità del rito (che, anzi, verrebbero frustrate se si dovesse celebrare nuovo separato giudizio per applicare la tutela obbligatoria)".

Approfondimenti

Diametralmente opposta era stata la conclusione di Cass. n. 1324/1987, che proprio muovendo dall'art. 2506 cpv., c.c. (secondo il quale le società estere con sede secondaria in Italia "... sono altresì soggette, per quanto riguarda le sedi secondarie, alle disposizioni che regolano l'esercizio dell'impresa o che la subordinano all'osservanza di particolari condizioni") aveva statuito che tale norma sottopone alla legge italiana, sia pure a determinati fini (fra cui l'esercizio dell'impresa e, con esso, la disciplina del rapporto di lavoro), solo la sede secondaria costituita nel territorio nazionale.

A ciò aveva aggiunto che non poteva ritenersi affidata al giudice interno l'individuazione del presupposto per l'applicabilità della legislazione italiana in situazioni giuridiche (quali sono i rapporti di lavoro tra dipendenti e imprenditori) che intercorrono fra soggetti stranieri, si realizzano in territorio straniero e sono disciplinate da normative straniere, potenzialmente contrastanti, anche in senso più sfavorevole al lavoratore, con la normativa italiana.

Per di più - aveva osservato, ancora, Cass. n. 1324/1987 cit. - un criterio di calcolo del requisito dimensionale esteso all'intero organico della società estera si sarebbe coerentemente dovuto applicare anche a fini diversi da quelli concernenti il tipo di tutela da apprestarsi in caso di licenziamenti illegittimi, come - ad esempio - al fine delle assunzioni obbligatorie di invalidi.

Esse, paramtrate su un dato numerico desunto dal numero complessivo degli occupati anche all'estero, avrebbero potuto comportare (in caso di sedi secondarie aventi, in Italia, minima entità dimensionale) l'obbligo - per la società estera - di assumere nel nostro territorio soltanto personale di categorie protette.

Ritiene il Collegio di dover dare continuità a tale ultima giurisprudenza, sia pure nei termini - aggiornati - che seguono.

Il previgente testo dell'art. 2506 cpv., c.c. si ritrova ora trasfuso, con tenore letterale pressoché identico, nell'art. 2508 c.c., comma 3, come risultante dalla riforma del diritto societario di cui al D.Lgs. n. 6/2003, successivamente modificato dal D.Lgs. n. 37/2004 e dal D.Lgs. n. 310/2004.

Ai sensi della legge n. 218/1995, art. 25 la società costituita all'estero avente sede secondaria in Italia resta assoggettata alla *lex loci incorporationis* per le questioni attinenti all'organizzazione societaria (relative, ad esempio, allo *status* di socio, alle modalità di costituzione, trasformazione od estinzione della società, al funzionamento dei suoi organi, ecc.).

Per il resto, dal cit. art. 2508 c.c., letto nella sua interezza, si ricava che la sede secondaria, in Italia, di società costituita all'estero ha una propria autonoma rilevanza, come se da sola formasse una società costituita e operante nel nostro Paese, al punto che ad essa si applicano (v. comma 3) non soltanto le norme concernenti l'esercizio dell'impresa (come, ad esempio, la disciplina dei rapporti di lavoro con i dipendenti), ma anche il regime di pubblicità a tutela dei terzi che con essa vengano in contatto negoziale (v. commi 1, 2 e 4).

In sostanza, la sede secondaria, pur non avendo personalità giuridica autonoma rispetto alla casa-madre costituita all'estero (cfr., in motivazione, Cass. n. 3319/1971), ne riceve un diverso regime giuridico per plurimi aspetti (e ciò grazie all'art. 2508 c.c.).

E se (per tanti e significativi aspetti) tale sede secondaria opera ed è assoggettata alla legge italiana come se si trattasse di società costituita nel nostro Paese, pure il suo requisito occupazionale va considerato con riferimento al solo territorio nazionale.

Per ragioni di simmetria, anche i presupposti applicativi della legge nazionale (come, nel caso in oggetto, il numero complessivo degli occupati ai fini della tutela reale del posto di lavoro) non possono che essere quelli verificatisi nel nostro Paese e non all'estero.

In altre parole, se la società costituita all'estero ha in Italia una o più sedi secondarie, è solo riguardo ad esse che bisogna calcolare il requisito occupazionale (del totale dei dipendenti) di cui alla legge n. 300/1970, art. 18, comma 8.

A ciò si aggiungano - come già rilevato da Cass. n. 1324/1987 cit. - le vere e proprie aporie (piuttosto che meri inconvenienti applicativi) che la soluzione contraria comporterebbe non tanto sul piano probatorio, quanto su quello della rilevanza del criterio occupazionale a fini diversi da quelli concernenti il tipo di tutela da apprestarsi in caso di licenziamenti illegittimi, come - ad esempio per le assunzioni obbligatorie di invalidi.

A maggior ragione tale soluzione deve essere seguita in un caso come quello odierno, in cui è addirittura dubbio che la società controricorrente avesse in Italia, al momento in cui è stato intimato il licenziamento per cui è causa, una propria sede secondaria, avendovi - in realtà - un'unica dipendente, vale a dire la stessa B.P.

Invero, la nozione di sede o stabilimento secondario non può prescindere dalla giurisprudenza comunitaria (la società controricorrente è una società olandese, quindi d'un Paese membro dell'Ue), secondo cui si intende per sede secondaria "un centro operativo che si manifesti in modo duraturo verso l'esterno come un'estensione della casa-madre, provvisto di direzione e materialmente attrezzato in modo da poter trattare affari con terzi, di guisa che questi, pur sapendo che l'eventuale rapporto giuridico si stabilirà con la casa-madre la cui sede trovasi all'estero, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa, e possono concludere affari nel centro operativo che ne costituisce l'estensione" (cfr. Cgce 22 novembre 1978, C-33/78).

Cosa diversa, invece, è la - non controversa - applicazione della legge italiana al rapporto lavorativo fra le odierne parti (quanto meno in virtù della legge n. 218/1995, art. 57, che rinvia alla Convenzione di Roma del

Approfondimenti

19 giugno 1980, resa esecutiva con legge n. 975/1984 e attualmente riversata nel regolamento Ce 593/08 Roma 1).

Essa però non implica che pure i parametri applicativi della legge nazionale debbano essere riferiti a presupposti fattuali verificatisi altrove, che non hanno rilievo nel nostro ordinamento a meno di specifici rinvii (v., ad esempio, l'art. 116 c.c., comma 1) contenuti in norme di diritto internazionale privato o in trattati internazionali, rinvii che non si rinvergono nel caso in esame.

La soluzione qui accolta non muta neppure nell'ottica d'un approccio letterale e teleologico alla sola legge n. 300/1970, art. 18.

Sotto il primo profilo, il comma 8 dell'art. 18, nel riferirsi - tra l'altro - all'ambito territoriale del comune ("... nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti ..."), evoca un parametro, territoriale e amministrativo (il comune), squisitamente nazionale.

Lo stesso si dica per il comma 9, là dove, nel disciplinare la misura in cui si tiene conto - ai fini del computo del numero di dipendenti di cui al comma precedente - dei lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale, richiama l'orario previsto "dalla contrattazione collettiva del settore (altro parametro strettamente nazionale).

Ritenere il contrario imporrebbe di calcolare i lavoratori a tempo indeterminato parziale, occupati dalla società al di fuori del nostro Paese, mediante un criterio di computo orario previsto da una contrattazione collettiva inapplicabile all'estero.

Sotto il profilo teleologico, poi, deve considerarsi che la tutela reintegratoria (e l'art. 18 cit., sia prima che dopo la novella apportata dalla legge n. 108/1990, art. 1 e fino all'ultima modifica operata dalla legge n. 92/2012, art. 1, prevedeva sempre una tutela di tipo reintegratorio) si giustifica proprio in ragione della maggior facilità, per le realtà imprenditoriali più estese, di assorbire l'impatto della reintegra, con quel che segue in termini di rapporti personali fra datore di lavoro e/o suoi preposti, da un lato, e - dall'altro - lavoratore licenziato, rapporti eventualmente deterioratisi a seguito delle vicende culminate con il licenziamento poi giudicato illegittimo: è intuitivo che tale ratio venga meno là dove l'ambito della reintegra, operante nel territorio italiano, si limiti ad una sede secondaria (di società costituita all'estero) di minima consistenza occupazionale.

Né valga obiettare che nel vigente testo dell'art. 16 cit. (come novellato legge n. 92/2012, ex art. 1) la tutela apprestata in favore del lavoratore può anche essere di tipo meramente indennitario: rimane sempre lo stesso il criterio dimensionale (come derivante dalla modifica operata dalla legge n. 108/1990, art. 1), presupposto identico tanto delle tutele reintegratorie quanto di quelle indennitarie delineate dall'art. 18 cit. nuovo testo.

È, poi, appena il caso di aggiungere che la soluzione qui accolta non collide con gli artt. da 49 a 55, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (Tfue) relativi alla libertà di stabilimento, poiché non discrimina le società costituite all'estero a vantaggio di quelle nazionali, ma individua semplicemente l'ambito territoriale entro il quale calcolare il requisito occupazionale per far luogo alla tutela di cui alla legge n. 300/1970, art. 18, ambito territoriale che vale sia per le società (costituite in altri Paesi dell'Unione) operanti in Italia quanto per le società italiane.

Del pari non pone discriminazioni di sorta fra lavoratori che siano cittadini italiani od altri Paesi membri dell'Unione.

2- Il secondo motivo denuncia, in subordine, nullità del procedimento e della sentenza per violazione dell'art. 414 c.p.c., art. 415 c.p.c., comma 1 e art. 420 c.p.c., comma 5, in relazione alla legge n. 92/2012, art. 1, comma 51, per avere la Corte territoriale confermato la tardività delle produzioni documentali effettuate dalla difesa della lavoratrice al fine di dimostrare l'esistenza del requisito dimensionale in discorso, nonostante che esse fossero avvenute nella prima udienza della fase di opposizione e in risposta alla memoria difensiva depositata dalla società in tale fase (solo allora essa aveva negato di avere oltre 60 dipendenti fra Italia e Olanda).

Il motivo, essendo inteso a far valere documenti destinati a dimostrare il numero di dipendenti della società in Paesi diversi dal nostro, risulta assorbito perché volto a provare una circostanza di fatto già ritenuta irrilevante, ai fini di causa, in base alle considerazioni svolte - nel paragrafo che precede - nel rigettare il primo mezzo.

3- Il terzo motivo prospetta nullità della sentenza per omessa pronuncia, in violazione dell'art. 112 c.p.c., sulla domanda subordinata della lavoratrice intesa ad ottenere, almeno, la tutela obbligatoria di cui alla legge n. 604/1966, art. 8, domanda su cui tutti i giudici di merito hanno ritenuto di non doversi pronunciare perché erroneamente reputata incompatibile con il rito disciplinato dalla legge n. 92/2012, art. 1 (c.d. rito Fornero).

Il motivo è fondato.

Come avviene per ogni questione di rito o di competenza, anche l'individuazione dell'applicabilità o meno del rito di cui alla legge n. 92/2012, art. 1, commi 48 e ss., non è *secundum eventum litis*, ossia non dipende dall'esito dell'istruttoria e dalla decisione, ma deriva dalla domanda, di guisa che, ove il lavoratore impugni un licenziamento chiedendo l'applicazione della tutela di cui alla legge n. 300/1970, art. 18, il rito sarà quello c.d. Fornero.

E se all'esito dell'istruttoria dovesse emergere l'applicabilità della sola tutela c.d. obbligatoria di cui alla legge n. 604/1966, art. 8, il giudice dovrà pronunciarsi su di essa, senza che a ciò ostino le caratteristiche di celerità

Approfondimenti

del rito (che, anzi, verrebbero frustrate se si dovesse celebrare nuovo separato giudizio per applicare la tutela obbligatoria).

In tal senso milita altresì il principio generale di unicità della domanda di impugnazione del licenziamento, nel senso che essa è pur sempre unica e inscindibile, a prescindere dal tipo di tutela che, all'esito del giudizio, il giudice riterrà di accordare.

Infatti unico ne è l'oggetto, ossia il bene della vita che si vuole soddisfare, unico è il fatto costitutivo invocato a sostegno della domanda (il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, interrotto da un licenziamento di cui si assume l'illegittimità: v. Cass., S.U. n. 141/2006 e le successive conformi Cass. nn. 12722/2006, 13945/2006, 15948/2006, 19275/2006, 6344/2009), identiche sono le parti.

E se la domanda è unica, essa non può essere oggetto di differenti giudizi a seconda del tipo di provvedimento giurisdizionale richiesto.

Diversamente opinando, rigettata la domanda di reintegra nel posto di lavoro a cagione della ravvisata legittimità del licenziamento, il lavoratore potrebbe nuovamente adire il giudice impugnando lo stesso recesso già giudicato fra le medesime parti come legittimo, ma chiedendo la sola tutela obbligatoria (o, nell'ambito del nuovo testo dell'art. 18 come novellato legge n. 92/2012, ex art. 1, chiedendo una tutela meramente indennitaria in luogo della quella reintegratoria invocata nel primo processo).

Ma si tratta di conclusione - all'evidenza - inaccettabile.

Dunque, questa Corte ritiene di dover mantenere fermo l'indirizzo di Cass., S.U. n. 141/2006 cit. e, pertanto, di andare in contrario avviso ad altro precedente (ci si riferisce a Cass. n. 1662/2015) che, invece, ha ritenuto improponibile la domanda di riassunzione legge n. 604/1966, ex art. 8 proposta dal lavoratore in via subordinata rispetto alla tutela legge n. 300/1970, ex art. 18, basata sul presupposto che il numero dei dipendenti e/o la qualità soggettiva del datore di lavoro siano (diversi) fatti costitutivi.

In realtà il requisito dimensionale (per la tutela reale o per quella obbligatoria) non è - secondo il citato orientamento delle S.U. e delle sentenze successive ad esso conformi - un fatto costitutivo: è, invece, un fatto impeditivo della reintegra l'inesistenza degli estremi occupazionali di cui alla legge n. 300/1970, art. 18 (tanto che della relativa prova è onerato il datore di lavoro).

Invero, alla stregua del summenzionato orientamento delle S.U., fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'asserita illegittimità dell'atto espulsivo, mentre le dimensioni dell'impresa, inferiori ai limiti stabiliti dalla legge n. 300/1970, art. 18, costituiscono, insieme alla giusta causa o al giustificato motivo di licenziamento, fatti impeditivi (non a caso, legge n. 604/1966, ex art. 5, la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento devono essere provati dal datore di lavoro).

Con l'assolvimento di tale onere probatorio il datore di lavoro dimostra conformemente alla regola generale di cui all'art. 1218 c.c. - che l'inadempimento degli obblighi derivatigli dal contratto di lavoro non gli è imputabile o che, comunque, il diritto del lavoratore a riprendere il proprio posto non sussiste per difetto del relativo requisito dimensionale, con conseguente riduzione della tutela ad un mero ristoro pecuniario.

E se i fatti costitutivi del diritto del lavoratore a riprendere l'attività sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'asserita illegittimità dell'atto espulsivo (fatti costitutivi identici tanto in ipotesi di stabilità reale quanto di stabilità meramente obbligatoria legge n. 604/1966, ex art. 8), si conferma anche per la domanda subordinata, intesa ad ottenere la seconda e meno pregnante tutela, l'adottabilità del rito di cui alla legge n. 92/2012, art. 1, commi 48 e ss., riservato non solo alle domande legge n. 300/1970, ex art. 18, ma - appunto - anche a quelle "fondate sugli identici fatti costitutivi".

4- Con unico motivo di censura il ricorso incidentale denuncia falsa applicazione della legge n. 300/1970, art. 18, per avere la Corte territoriale affermato la computabilità, ai fini del requisito dimensionale, di tutti i dipendenti della società estera, sia di quelli occupati in Italia sia di quelli occupati in altri Paesi, nonostante che - obietta la società ricorrente - a tale scopo debbano considerarsi, come da giurisprudenza di questa S.C., soltanto i lavoratori occupati in Italia.

Il ricorso è inammissibile perché, a monte, precluso - per difetto di interesse ex art. 100 c.p.c. - alla parte totalmente vittoriosa nel precedente grado.

Invero, il ricorso incidentale per cassazione presuppone pur sempre la soccombenza e non può, quindi, essere proposto dalla parte che - come A.HAK International B.V. - nel giudizio di appello sia risultata completamente vittoriosa; quest'ultima, del resto, non ha l'onere di riproporre le domande e le eccezioni non accolte o non scrutinate dal giudice d'appello che le ha ritenute assorbite, poiché l'eventuale accoglimento del ricorso principale (come avvenuto nel caso in oggetto) comporta la possibilità che esse siano riesaminate in sede di giudizio di rinvio (cfr., e pluribus, Cass. n. 27157/2011; Cass. n. 12728/2010; Cass. n. 25821/2009; Cass. n. 22346/2006).

Né, ovviamente, un ricorso per cassazione può essere proposto al solo fine di ottenere una correzione della motivazione della sentenza (cfr., *ex aliis*, Cass. 12 settembre 2011, n. 18674; Cass. 2 luglio 2007, n. 14970; Cass. 29 marzo 2005, n. 6601; Cass. 16 luglio 2001, n. 9637; Cass. 9 settembre 1998, n. 8924), correzione che - per altro - se del caso può essere effettuata anche d'ufficio da questa S.C. ai sensi dell'art. 384 c.p.c., u.c. (come - appunto - avvenuto nel caso di specie nel trattare del primo motivo del ricorso principale).

Approfondimenti

5- In conclusione, si accoglie il terzo motivo del ricorso principale, si rigetta il primo, si dichiara assorbito il secondo, si dichiara inammissibile il ricorso incidentale e si cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto, con rinvio, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Milano in diversa composizione.

Il giudice del rinvio dovrà, dunque, esaminare nel merito il licenziamento intimato il 19 aprile 2013 a B.P. e, ove non ne risulti il giustificato motivo oggettivo addotto da A.HAK International B.V., dovrà applicare alla suddetta lavoratrice la tutela meramente obbligatoria prevista dalla legge n. 604/1966, art. 8.

P.Q.M.

La Corte accoglie il terzo motivo del ricorso principale, rigetta il primo, dichiara assorbito il secondo, dichiara inammissibile il ricorso incidentale, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'Appello di Milano in diversa composizione.

Ai sensi del D.P.R. n. 115/2002, art. 13, comma 1-*quater*, come modificato dalla legge 24 dicembre 2012, n. 228, art. 1, comma 17, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso incidentale, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13.