

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 10

SOMMARIO



● IL PUNTO..... PAG. 2

DOTTRINA

● ALCUNI RIMEDI AI DIFETTI DEL DECRETO DIGNITÀ di **ARMANDO TURSI**..... PAG. 3

● DECRETO DIGNITÀ: UN COMMA, UN COMMA E MEZZO CHE HAN CAMBIATO LA SOMMINISTRAZIONE DI LAVORO. PROVIAMO A CAPIRE COME di **ANDREA MORZENTI**..... PAG. 8

● "QUOTA 100" FRA OPPORTUNITÀ E DUBBI APPLICATIVI di **MARIO VERITÀ**..... PAG. 12

● POTESTÀ GENITORIALE NEL LAVORO MINORILE: MINISTERO CONTRO CODICE CIVILE di **ALBERTO BORELLA**..... PAG. 14

● ESONERI 2019: UNA MANO DALLA CORTE D'APPELLO DI MILANO di **MAURO PARISI**..... PAG. 17

● IN CASO DI DISTACCO ILLEGITTIMO, IL LICENZIAMENTO INTIMATO DAL DISTACCANTE È GIURIDICAMENTE INESISTENTE di **GABRIELE FAVA**..... PAG. 19

● INDENNITÀ PER LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO E OFFERTA CONCILIATIVA: CHE NE SARÀ DI NOI? di **CHIARA JULIA FAVALORO E RICCARDO VANNOCCI**..... PAG. 21

● SI PUÒ DISAPPLICARE IL CERTIFICATO A1? QUALE REGIME DI SICUREZZA SOCIALE SI APPLICA AI LAVORATORI DISTACCATI IN SOSTITUZIONE DI ALTRI LAVORATORI? di **SABRINA PAGANI**..... PAG. 23

● COINVOLGIMENTO PARITETICO DEI LAVORATORI NELL'ORGANIZZAZIONE AZIENDALE: EMANATA LA CIRCOLARE INPS SULLA DECONTRIBUZIONE DEI PREMI DI RISULTATO di **MASSIMILIANO TAVELLA**... PAG. 26

● ISCRIZIONE, ACCANTONAMENTI E VERSAMENTI ALLE CASSE EDILI, SECONDO LA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE E DI LEGITTIMITÀ di **PAOLO PALMACCIO**..... PAG. 29

● GDPR - AGGIORNAMENTI NORMATIVI, SEMPLIFICAZIONI E INETTITUDINI BLOCCANTI di **ANDREA MERATI**..... PAG. 31

● LICENZIAMENTO INDIVIDUALE AD NUTUM E PER GIUSTA CAUSA DEL DIRIGENTE: TUTELA LEGALE E CONVENZIONALE di **CATERINA MATACERA**..... PAG. 33

● COVIP: VERSO UN WELFARE INTEGRATIVO A 360 GRADI? di **LUCA DI SEVO**..... PAG. 40

● SOCIAL NETWORK E RESPONSABILITÀ DISCIPLINARI di **ANTONELLA ROSATI**..... PAG. 41

SENTENZE

Inammissibile il ricorso in Cassazione se non contiene censure riferite al giudizio di appello di **SILVANA PAGELLA**..... PAG. 52

Criteri di licenziamento per giustificato motivo oggettivo di **RICCARDO BELLOCCHIO E ALESSIA ADELARDI**..... PAG. 52

Obbligo di eseguire le mansioni richieste dal superiore gerarchico, anche se esulano dalla qualifica di **ANGELA LAVAZZA**..... PAG. 53

Tassazione ordinaria sull'assegno straordinario all'esodato Inps di **STEFANO GUGLIELMI**..... PAG. 54

RUBRICHE

SENZA FILTRO
SULLA DIGNITÀ DEL LAVORO 2: LA STORIA DI PIPO (E DI CARLO) di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 46

UNA PROPOSTA AL MESE
IL LICENZIAMENTO: ALLA RICERCA DI UNIFORMITÀ E RAGIONEVOLTEZZA PERDUTE di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 49



Direttore Responsabile
POTITO DI NUNZIO

Redattore Capo
D. MORENA MASSAINI

Redazione
ANDREA ASNAGHI
RICCARDO BELLOCCHIO
STELLA CRIMI
ALESSANDRO PROIA

Segreteria di Redazione
VALENTINA BROGGINI
SARA MANGIAROTTI

Progetto e Realizzazione Grafica
ELENA DIZIONE

Sede: Via Aurispa 7, 20121 - Milano.
Tel. 0258308188 www.consulentidellavoro.mi.it
Editore: Consiglio Provinciale dei Consulenti
del Lavoro di Milano. Via Aurispa, 7, 20121
- Milano Tel. 0258308188 - Fax.0258310605
info@consulentidellavoro.mi.it
PEC ordine.milano@consulentidellavoropec.it
Mensile - Registrazione Tribunale di Milano
n. 19 del 30 gennaio 2015

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

**Presidente dell'Ordine
e Coordinatore scientifico del CSR**
Potito di Nunzio

Sezione Studi e Ricerche:
Coordinatore Riccardo Bellocchio
Gilberto Asnaghi, Fabio Bonato,
Maurizio Borsa, Barbara Brusasca,
Gianfranco Curci, Stefano Guglielmi,
Angela Lavazza, Luciana Mari,
Patrizia Masi, Morena Domenica
Massaini, Massimo Melgrati,
Erika Montelatici, Roberto Montelatici,
Sabrina Pagani, Silvana Pagella,
Fabio Pappalardo, Lalla Pollacchini
Pagani, Laura Pozzi

Sezione Semplificazione normativa:
Coordinatore Andrea Asnaghi
Anna Adamo, Brunello Barontini,
Gianluca Belloni, Luca Bonati,
Marco Cassini, Alberta Clerici,
Gabriele Correr, Mariagrazia
di Nunzio, Valentina Fontana,
Alessandro Graziano, Paolo Lavagna,
Stefano Lunghi, Mario Massimo
D'Azeglio, Giuseppe Mastalli,
Elena Reja, Paolo Reja, Daniela Stochino

**Sezione Formazione e aggiornamento
professionale: Coordinatrice Stella Crimi**
Gabriele Badi, Francesca Bravi,
Simone Colombo, Alessandro Cornaggia,
Isabella Di Molfetta, Donatella Gerosa,
Caterina Matarcera, Luca Paone,
Roberto Picci, Isabella Prati,
Alessandro Proia, Maria Grazia Silvestri,
Marianna Tissino, Enrico Vannicola.

Con il sostegno di



Unione Provinciale di Milano

Lo scorso 25 settembre 2018 è stato rieletto il **Consiglio Direttivo dell'ANCL Unione Provinciale di Milano**. Nel primo Consiglio Direttivo del 9 ottobre 2018 sono state attribuite le cariche sociali.

Il Consiglio Direttivo per il quadriennio 2018 – 2022 risulta così composto:

Presidente:

Alessandro Graziano

Vice Presidente:

Stella Crimi

Segretario Tesoriere:

Marco Cassini

Segretario Amministrativo:

Giuseppe Mastalli

Consiglieri:

Luca Bonati

Francesca Bravi

Gabriele Correr

Donatella Gerosa

Luca Paone

Daniela Stochino

Enrico Vannicola

Revisori:

Mario Olgiati - Presidente

Marianna Cerri Tissino

Franca Coviello

“Sono convinto che proseguirete nel proficuo lavoro a beneficio della intera categoria, nel segno della continuità e della crescita che l'Unione Provinciale di Milano porta avanti da tempo”, ha scritto il Presidente Potito di Nunzio al Presidente Alessandro Graziano e a tutto il consiglio neo eletto anche a nome del Consiglio dell'Ordine. “Sono convinto, altresì”, continua lo scritto del Presidente di Nunzio, “che il lavoro sinergico a favore della categoria, portato avanti congiuntamente ed in armonia dall'UP ANCL di Milano e dal Consiglio dell'Ordine, proseguirà senza sosta nel clima di reciproco rispetto, sostegno e collaborazione, che da sempre contraddistingue l'operato dei consulenti milanesi.”

Da parte di tutta la redazione di Sintesi ci uniamo alle congratulazioni e auguriamo una consiliatura piena di successi.

Cogliamo l'occasione per informare, con piacere, tutti i lettori che i **Colleghi milanesi** sotto indicati sono stati **chiamati a ricoprire ruoli importanti** nelle istituzioni nazionali di categoria:

Luca Paone, Consigliere Nazionale dell'Ordine, è stato eletto Vice Presidente della Fondazione Lavoro; **Alessandro Graziano**, Presidente UP ANCL di Milano, è stato nominato Componente della Commissione Nazionale Rapporti con l'Inps;

Francesca Bravi, Consiglieria UP ANCL di Milano, è stata nominata componente del Centro Studi Nazionale dell'ANCL.

A loro le nostre più vive congratulazioni, convinti che daranno del loro meglio a beneficio di tutta la Categoria.

Cogliamo, infine, l'occasione per ringraziare **Marina Ducci**, Segretaria di redazione della nostra Rivista, per l'attività svolta per la nostra testata e per salutarla calorosamente. Marina non collabora più con noi dal presente mese di ottobre e a lei vanno i nostri migliori auguri per un futuro personale e professionale pieno di successi.

Segnaliamo **due importanti appuntamenti** per il prossimo mese di **novembre**:

✓ **il 13 novembre incontreremo l'Inps** per un confronto diretto sulle problematiche emerse nei vari tavoli di confronto

✓ **il 20 novembre, invece, sarà dedicato all'Assemblea annuale degli iscritti all'Ordine**.

Due convegni pomeridiani da non perdere per i quali riceverete per tempo specifica locandina.

Alcuni rimedi ai difetti del decreto dignità

1. Il cd. “decreto dignità” (D.L. n. 87/2018, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 96/2018) non rivoluziona l’assetto normativo dei rapporti di lavoro, che anzi, al di là della polemica politica, resta confermato nelle sue linee strategiche: a) conferma della nuova centralità della “flessibilità funzionale” (controlli, mansioni) rispetto a quella “tipologica” o “in entrata” (tipologie contrattuali); b) marginalizzazione della “tutela reale” nei licenziamenti illegittimi.

La novità sta nella direzione di marcia che il decreto sembra avere imboccato rispetto all’idea che alla precarietà patologica del lavoro possa contrapporsi una flessibilità fisiologica o virtuosa; nonché nell’aver individuato la zona critica di tale coincidenza tra flessibilità e precarietà, nel lavoro a termine, diretto o somministrato che sia.

2. In tema di lavoro (diretto) a tempo determinato, il decreto innesta una brusca retromarcia: *back to 1962* e oltre, potrebbe dirsi.

Si torna, infatti, alla necessità della giustificazione dell’apposizione del termine, con elencazione tassativa di casi: con la differenza, però, che i casi non sono più 5 e ben definiti (come nel 1962), ma 3, e non altrettanto ben definiti.

Al ritorno della causale si aggiunge la durata massima di 24 mesi, che, mentre segna un inasprimento rispetto ai 36 mesi del *Jobs Act*, registra anche il ricorso cumulativo a tecniche di tutela che rispondono a logiche diverse: la tecnica della limitazione “causale”, coerente con la logica secondo cui la durata determinata sarebbe di per sé indesiderabile; e la tecnica della limitazione “temporale”, coerente con la logica secondo cui vanno evitati i rapporti a termine reiteratamente prorogati e rinnovati.

Ne scaturisce una sovra-attuazione della direttiva/CE 1999/1970: mentre quest’ultima non contempla alcuna limitazione per il primo contratto a termine, e si propone solo di evitare gli “abusi” derivanti dalla reiterazione illimitata di contratti a termine, il “decreto dignità” pone un limite causale e un tetto massimo di durata che, salvi i primi 12 mesi di “a-causalità”, vale sia per il primo contratto che per le successive proroghe e rinnovi; questi limiti, a loro volta, si cumulano con la (inasprita) fissazione di un numero massimo di proroghe, con il c.d. “*stop & go*” tra contratti successivi, e con il c.d. “contingentamento” numerico dei rapporti a termine.

Questa disciplina neo-vincolistica solleva problemi interpretativi sotto diversi profili: se ne analizzano di seguito i più importanti, dedicandosi particolare attenzione a quelli derivanti dall’impatto della legge n. 96/2018 sulla contrattazione collettiva.

3.1. Il primo tema che si pone è quello della **derogabilità delle causali legali da parte della contrattazione collettiva**: ci si chiede se la contrattazione possa quanto meno specificare meglio le causali per superarne le ambiguità.

3.1.1. Orbene, quanto alle “*esigenze temporanee e oggettive, estranee all’ordinaria attività*”, si tratta di una causale specifica, suscettibile di esemplificazioni, ma non di deroga, specie sul punto della “straordinarietà” dell’esigenza aziendale: una specificazione contrattuale che contrastasse con tale requisito, sarebbe nulla.

Però sarebbe ammissibile, e anzi auspicabile, un intervento chiarificatore ed esemplificatore della contrattazione collettiva (specie aziendale), mirante a calare il concetto di “straordinarietà” nel contesto aziendale: per es., in caso di avvio di una nuova ➔

attività (peraltro già contemplato dall'art. 23, co. 2, lett. a) del D.lgs. n. 81/2015, ma al diverso fine di escludere i relativi contratti a termine dal contingentamento legale), il contratto aziendale potrebbe precisare che, trattandosi di attività mai svolta in precedenza, o svolta in maniera del tutto contingente, o molto tempo prima e poi cessata, la nuova attività debba considerarsi estranea all'attività ordinaria.

Non sarebbe invece ammissibile escludere contrattualmente la necessità della causale per le imprese *start-up* (si tratta di nuova impresa, non di nuova attività di impresa preesistente), per gli specifici spettacoli, e per tutte le causali "soggettive", quali quelle basate su *status* soggettivo-occupazionali dei lavoratori.

3.1.2. Quanto alla "*sostituzione di altri lavoratori*": si tratta di causale equivalente alle vecchie "esigenze sostitutive", formulata in maniera tale da includere le assenze senza diritto alla conservazione del posto (es.: ferie), e quindi più ampia della stessa previsione del 1962. Qui il contratto potrebbe svolgere un ruolo rafforzativo di quanto già implicito nella norma (per es., precisando che le esigenze sostitutive possono riguardare anche la sostituzione di lavoratori in ferie, in permesso retribuito e non, in riposo compensativo, ecc.).

3.1.3. Quanto, infine, agli "*incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria*": qui alla "ordinarietà" si aggiungono - oltre alla "temporaneità" - la *significatività* e la *non programmabilità*. La "*non programmabilità*" lascia pochi spazi, e soprattutto, spazi contestabili dalla giurisprudenza; anche se non sono da escludersi previsioni specifiche per casi particolari (es.: nuova commessa all'estero per un'impresa che in precedenza non aveva mai operato all'estero. Ma qui siamo al confine con la "nuova attività", di cui si è già detto).

Più spazi per la contrattazione collettiva lascia il requisito della *significatività*: previsioni di tipo quantitativo (es.: % sul fatturato) sono, per un verso, assai auspicabili in chiave di certezza del diritto, e per l'altro, difficilmente contestabili dal giudice, ove non siano palesemente irragionevoli.

3.1.4. Particolarmente ingarbugliato è il tema dei c.dd. "**contratti stagionali**".

Di per sé, le punte stagionali non programmabili - che, è bene ricordare, furono introdotte sul finire degli anni '70 al fine di rendere possibili le assunzioni a termine necessitate da esigenze non riconducibili alla casistica dell'art. 1, co. 2, della legge n. 230/1962 - , non sono ammesse come cause giustificative dal decreto dignità.

Vero è che l'art. 21, co. 01, 4° periodo, del D.lgs. n. 81/2015, come novellato dal decreto dignità, prevede che i contratti a termine per attività stagionali siano rinnovabili e prorogabili anche in assenza di causale. Tuttavia tale possibilità - che si aggiunge a quella della rinnovabilità senza limite temporale e senza il rispetto del cd. "*stop & go*" (art. 19, co. 2, e art. 21, co. 2, del novellato D.lgs. n. 81/2015) - , è circoscritta alle proroghe e ai rinnovi, con esclusione - almeno letterale - del primo contratto.

Più che tramite contratto, il punto andrebbe chiarito in sede legislativa, o mediante circolare ministeriale, la cui tenuta giudiziaria sarebbe comunque non sicura.

La contrattazione potrebbe, tuttavia, prendere atto del problema, e prevedere una soluzione alternativa, quale quella di ammettere esplicitamente la possibilità di stipulare un primo contratto (di fatto "stagionale", ma giuridicamente) "a-causale", di durata non superiore all'anno, e poi rinnovarlo stagionalmente, secondo quanto previsto dai menzionati articoli 21, co. 01, 4° per., 19, co. 2, e 21, co. 2, del novellato D.lgs. n. 81/2015.

Deve poi ammettersi che la contrattazione collettiva possa ampliare il novero delle attività stagionali, senza essere vincolata alla "*non programmabilità*": l'art. 21, co. 2, del D.lgs. n. 81/2015, infatti, devolve pienamente alla contrattazione collettiva la definizione della nozione di "*attività stagionale*".

Ma si ripete: la stagionalità, come definita dal contratto collettivo, rileva solo al fine di escludere la necessità della causale per i rinnovi dei contratti a termine e per le proroghe eccedenti il 12° mese (come pure il limite di durata massima di 24 mesi, e il c.d. "*stop & go*"); ma non vale al fine di escludere da detti vincoli il primo contratto "stagionale".

Insomma, la "*stagionalità*" sembra essere un elemento che rende possibili le proroghe e i rinnovi a-causali di contratti causali, ma non la stipula di contratti a termine che siano *ab initio* a-causali →

(ossia, “stagionali” per la contrattazione collettiva, ma senza che ricorrano i rigidi requisiti di cui all’art. 19, co. 1, del D.lgs. n. 81/2015).

3.2. Ci si chiede, poi, se gli **accordi collettivi esistenti, che prevedano durate maggiori di 24 mesi**, siano compatibili con le nuove regole, e conservino comunque piena efficacia, pur a fronte della nuova disciplina legislativa che impone la causalità oltre il 12° mese di durata.

A tale proposito, si registra un dibattito dottrinale.

Ci si potrebbe appellare alla clausola di inscindibilità per teorizzare la prevalenza dei contratti collettivi in corso sulla legge difforme. Ma a nostro avviso si tratterebbe di un equivoco: l’efficacia della norma inderogabile gioca allo stesso modo per i contratti individuali e per quelli collettivi, ed è retta dal principio del confronto clausola per clausola, imposto dagli artt. 1418 e 1419 c.c.. L’inscindibilità delle clausole del contratto collettivo vale nel rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale (art. 2077 c.c.), non nel rapporto tra legge e contratto collettivo.

Del resto, spinta alle estreme conseguenze, la teoria dell’inscindibilità delle clausole collettive porterebbe a porre nel nulla l’intero contratto collettivo, non certo a sancirne la prevalenza sulle difformi norme legali inderogabili.

Dunque, **in assenza di una norma transitoria (analoga, per es., a quella recata dall’art. 11 del D.lgs. n. 368/2001), gli accordi collettivi esistenti che prevedono durate maggiori di 24 mesi cessano di produrre effetti, in parte qua, dalla data di entrata in vigore del decreto dignità.**

È necessario, però, **un importante chiarimento:** la sopravvenuta inapplicabilità dei contratti collettivi che prevedano durate dei contratti a termine superiori ai 24 mesi comporta solo che siano nulli, in *parte qua*, i nuovi contratti individuali a tempo determinato che, in coerenza coi predetti contratti collettivi, prevedano una durata eccedente i 24 mesi; non comporta, però, la nullità dei contratti individuali a suo tempo (ossia, prima del decreto dignità) stipulati in attuazione di quei medesimi contratti collettivi.

Sono, invece, ancora oggi ammissibili gli accordi collettivi che derogano al nuovo limite di 24 mesi in sede di rinnovo: infatti, l’art. 19, co. 2, D.lgs. n.

81/2015, continua a prevedere che, in caso di rinnovo, siano salve le “*diverse previsioni dei contratti collettivi*”; e non può dubitarsi che detta salvezza valga anche per i contratti collettivi previgenti.

4.1. In tema di lavoro somministrato, il decreto dignità manifesta **un difetto di mancata comprensione tecnica dell’istituto**, il cui baricentro non sta tanto nella temporaneità, ma nella scissione tra datore di lavoro e utilizzatore.

Ciò si comprende bene ove si consideri l’approccio della direttiva 2008/104, incentrata sulla parità di trattamento e sulla non discriminazione, e non sulla “precarietà” temporale, reale o presunta, del rapporto. La predetta direttiva si autodefinisce come “*volta a garantire la tutela dei lavoratori tramite agenzia interinale e migliorare la qualità del lavoro tramite agenzia interinale garantendo il rispetto del principio della parità di trattamento di cui all’articolo 5 nei confronti dei lavoratori tramite agenzia interinale e riconoscendo tali agenzie quali datori di lavoro, tenendo conto nel contempo della necessità di inquadrare adeguatamente il ricorso al lavoro tramite agenzia interinale al fine di contribuire efficacemente alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di forme di lavoro flessibili*”.

Da questo equivoco deriva **la scorretta assimilazione del lavoro somministrato a tempo determinato, al lavoro a tempo determinato tout court (“diretto”)**. E di qui, “a cascata”, la confusione tra giustificazione della somministrazione e giustificazione della temporaneità: che cos’è che, nel lavoro in somministrazione, dev’essere giustificato, il contratto di lavoro a termine o il contratto commerciale di somministrazione a termine?

A queste domande, i legislatori passati hanno dato diverse risposte, che è utile ricordare:

- per la “legge Biagi” (D.lgs. n. 276/2003), “causale” era il contratto commerciale, la cui temporaneità si rifletteva nel contratto di lavoro (reso legittimo dal contratto commerciale “a monte”);
- per il “Jobs Act”, nessuno dei due, perché si è scelto di non richiedere alcuna giustificazione né per la somministrazione in sé (la scissione tra datore di lavoro e soggetto utilizzatore), né per il lavoro a termine in sé;
- adesso, per il “decreto dignità”, causale dev’essere solo il contratto di lavoro somministrato a tem- ➔

po determinato, in quanto a tempo determinato, e non in quanto somministrato; donde la necessità che esso sia giustificato esattamente come se fosse un contratto a tempo determinato “diretto”.

4.2. Di qui, ancora, una **serie di questioni aperte** che non tarderanno a riversarsi nelle aule giudiziarie. La prima di tali questioni è **quale sia il contratto da giustificare** - se quello di lavoro somministrato a tempo determinato o quello commerciale di somministrazione di lavoro a tempo determinato -, e **quale nesso vi sia tra i due contratti**.

4.2.1. Come chiarito dall’art. 2, co. 1 *ter*, della legge n. 96/2018, la giustificazione attiene alle esigenze dell’utilizzatore; è certo, tuttavia, che essa costituisce requisito di validità del contratto di lavoro somministrato e non del contratto commerciale di somministrazione di lavoro. Se ne desume che la causale non vada indicata nel contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato, ma nel contratto di lavoro somministrato a tempo determinato stipulato tra agenzia e lavoratore somministrato.

Ci si chiede, allora, se e in quale contratto detta causale vada indicata, nel caso in cui il contratto di somministrazione di lavoro sia a tempo determinato, ma i lavoratori da somministrare vengano assunti dall’agenzia a tempo indeterminato: se, insomma, **per dare esecuzione a un contratto commerciale di somministrazione a tempo determinato, l’agenzia di somministrazione possa utilizzare contratti di lavoro somministrato a tempo indeterminato**, sfuggendo così ai vincoli del “decreto dignità”.

E la risposta ci pare debba essere positiva, per due ordini di ragioni:

- 1) il contratto commerciale di somministrazione (continua a) non richiede(re) alcuna causa giustificativa, mentre tra utilizzatore e lavoratore somministrato non esiste alcun contratto da giustificare;
- 2) l’art. 31, co. 1, ult. per., del novellato D.lgs. n. 81/2015 stabilisce che *“Possono essere somministrati a tempo indeterminato esclusivamente i lavoratori assunti dal somministratore a tempo indeterminato”*, ma non esclude che ad un contratto di somministrazione a termine possa darsi esecuzione somministrando lavoratori assunti a tempo indeterminato.

Semmai, si potrebbe osservare che una via più piana e sicura per sottrarsi ai “vincoli” del “decreto dignità” sia quella della pura e semplice stipulazione di un contratto di somministrazione a tempo indeterminato, dal quale l’impresa utilizzatrice possa recedere in qualunque momento con preavviso (o senza preavviso, se così concordato tra le parti), e senza pagamento di alcuna penale.

4.2.2. Ma v’è di più: c’è addirittura da chiedersi a **chi si applichi la sanzione per somministrazione irregolare** (ossia, la costituzione giudiziale di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l’utilizzatore) **in caso di difetto della giustificazione**, posto che la giustificazione riguarda il contratto di lavoro somministrato, e dunque la sua carenza non dovrebbe potersi ripercuotere sull’utilizzatore, che a detto contratto è estraneo.

Più in generale, deve osservarsi che l’art. 38, co. 2, del D.lgs. n. 81/2015, prevede la costituzione del rapporto con l’utilizzatore per una serie di casi di c.d. somministrazione irregolare (violazione della soglia di “contingentamento”, dei divieti di somministrazione, della forma scritta del contratto commerciale di somministrazione) che non riguardano né la causalità, né la durata massima, né i limiti a rinnovi e proroghe; e dunque non si vede perché la violazione della causale, della durata massima e delle regole in materia di rinnovi e proroghe debba comportare l’applicazione della sanzione propria della somministrazione irregolare, e non, invece, la trasformazione in contratto a tempo indeterminato alle dipendenze dell’agenzia di somministrazione.

4.2.3. Resta, poi, sostanzialmente nebulosa la figura della **“sommministrazione fraudolenta”**, la quale, abrogata dal *Jobs Act* per la sua inafferrabilità concettuale, viene adesso riproposta, con conseguente riattualizzazione delle suddette difficoltà definitorie; anche se, a ben vedere, in linea con la politica di valorizzazione della discrezionalità del giudice, perseguita dal legislatore e, recentissimamente, dalla stessa Corte Costituzionale (in tema di indennità per licenziamento illegittimo del c.d. “contratto a tutele crescenti”).

Ci si potrebbe chiedere se sia “fraudolenta” la somministrazione di uno o più lavoratori presso un utilizzatore, →

seguita dalla loro sostituzione allo scadere dei 12 mesi. Orbene, a noi sembra che impedire (considerandola “fraudolenta”) la “rotazione” dei lavoratori somministrati a tempo indeterminato su più posizioni lavorative, facenti capo a diverse imprese utilizzatrici, sarebbe in contraddizione con la stessa *ratio* dell’istituto, che è quella di massimizzare le occasioni d’impiego dei lavoratori somministrati a tempo indeterminato; mentre, come s’è chiarito, la “temporaneità” del contratto commerciale di somministrazione di lavoro non richiede e non postula alcuna giustificazione causale, ma si riduce al mero fatto della predeterminazione del termine di scadenza del contratto medesimo.

Semmai, potrebbe dubitarsi della legittimità (o “fraudolenza”) della reiterata assegnazione ad un medesimo utilizzatore, del medesimo lavoratore somministrato assunto a tempo indeterminato dall’agenzia. In effetti, nell’esperienza comparata, la prospettiva di maggiore interesse non è affatto (come da noi) quella della “temporaneità” del lavoro, ma proprio quella della possibile discriminazione ai danni dei lavoratori somministrati permanentemente ad una medesima azienda: come insegna il caso Microsoft/Vizcaino (*United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 24.7.1997*), in cui i lavoratori “affittati” da una *staffing firm* alla Microsoft venivano esclusi dai benefits (soprattutto previdenziali) concessi dalla stessa Microsoft ai propri *employees*.

In Italia, peraltro, l’operare della regola della parità di trattamento tra somministrati e dipendenti dell’impresa utilizzatrice, e l’efficace azione della contrattazione collettiva di settore, attenua, anche se non elimina del tutto, il problema, che persiste soprattutto con riferimento alla contrattazione integrativa e agli ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro.

4.2.4. Vero è che il “decreto dignità” - forse inconsapevolmente, se si tiene mente all’iniziale intenzione del Governo di abolire lo *staff leasing* - **finisce per riorientare decisamente l’asse regolativo e il calcolo delle convenienze economiche a favore dello *staff leasing*.**

La somministrazione a tempo indeterminato, infatti, oltre a non richiedere alcuna causale, ad essere priva di limiti temporali, nonché soggetta a soglie di contingentamento più basse:

- si presta ad essere utilizzata anche per soddisfare esigenze temporanee dell’utilizzatore (laddove la somministrazione a termine non può essere utilizzata per soddisfare esigenze stabili);
- si rivela sostanzialmente immune da rischi di riqualificazione del rapporto (anche in comparazione con l’appalto di servizi *labour intensive*);
- offre al lavoratore la garanzia di un rapporto a tempo indeterminato con sostanziale parità di trattamento;
- offre un quadro normativo, interpretativo e applicativo assai più semplice e stabile.

4.2.5. Tuttavia, **l’equivoco di fondo** in cui è caduto il legislatore in tema di lavoro somministrato ha provocato, accanto ad apparenti “**buchi neri**”, anche alcuni “**buchi nell’acqua**”: come nel caso della **disciplina delle proroghe**, la quale, nonostante l’integrale riconduzione della somministrazione a termine alla disciplina del lavoro (diretto) a tempo determinato, sancita dal novellato 1° periodo del 2° comma dell’art. 34 del D.lgs. n. 81/2015 (“*In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, comma 2, 23 e 24*”), resta invece affidata altrettanto integralmente alle determinazioni della contrattazione collettiva (in atto e futura). Infatti, il decreto “dignità” non ha abrogato il 2° periodo del predetto 2° comma dell’art. 34 del D.lgs. n. 81/2015, il quale continua a prevedere che “*il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato ... nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore*”: sicché, su causali e durata delle proroghe dei contratti di lavoro somministrato a tempo determinato la contrattazione collettiva resta sovrana.

4.2.6. Altro esempio di “buco nell’acqua” è la persistente **possibilità di cumulare 12 mesi di contratto a termine a-causale**, con 12 mesi di contratto di lavoro somministrato a termine a-causale: ciò dovrebbe essere possibile perché, per un verso, non si supera il limite di 24 mesi, e per l’altro, non è superato nemmeno il limite dei 12 mesi, posto che esso opera, in una prima fase, con riferimento all’agenzia, e in una seconda fase, con riferimento all’utilizzatore.

Decreto dignità: un comma, un comma e mezzo che han cambiato la somministrazione di lavoro. Proviamo a capire come

Una modifica a un solo periodo di un comma. E poi, un altro comma impazzito nella legge di conversione. Ecco, questa, in due frasi, in un *tweet*, la somministrazione di lavoro dopo il decreto cosiddetto dignità (decreto legge n. 87 del 2018 convertito con modificazioni dalla legge n. 96 del 2018, che qui chiamerò DD).

Il DD è una norma complessa. Una norma che porta a diverse interpretazioni, anche ad opera dello stesso interprete, in base al percorso logico-giuridico che di volta in volta l'interprete intende seguire. Non c'è – ad oggi – una interpretazione univoca. E questo, indipendentemente dal giudizio nel merito che ognuno di noi naturalmente può avere, è il difetto principale del DD: la totale assenza di certezza.

Ma perché è una norma così complessa? A mio parere per due ordini di motivi. Innanzitutto, perché scritta male, anche in italiano (e il comma impazzito, vedremo poi, è l'esempio più evidente). Ma poi, soprattutto, perché il DD, che non vive di vita propria, si innesta in una norma del *Jobs Act*, il decreto legislativo n. 81 del 2015, che andava in direzione diametralmente opposta (limiti oggettivi: la causale che cedeva il passo a durate e a limiti percentuali), sostituendone singole parole qua e là, modificando-

ne pochi commi e rispolverando e introducendone il comma 01, caratteristica - credo - tutta italiana di cui nessuno sentiva la mancanza.

E questo innesto così innaturale genera difficoltà interpretative di difficile soluzione. Ma una interpretazione va data. Allora proviamoci.

Tralasciando in questa sede la nuova disposizione in tema di limiti quantitativi (il 30% alla flessibilità di breve periodo, come tetto massimo all'utilizzo del contratto a termine – limitato a sua volta al 20% – cumulato alla somministrazione a termine) e la reintroduzione del reato di somministrazione fraudolenta (che il *Jobs Act* in un impeto abrogazionista aveva eliminato), come scrivo in apertura di questo articolo, le novità in tema di somministrazione di lavoro sono prevalentemente due. La prima è la riscrittura del (solo) primo periodo dell'art. 34, co. 2, del decreto legislativo n. 81/2015. La seconda è l'introduzione, con la legge di conversione, del comma 1 *ter* all'articolo 2 del testo originario del DD.

Ma andiamo con ordine.

La prima novità (**art. 34, co. 2, primo periodo, decreto legislativo n. 81/2015**) punta ad equiparare i contratti di lavoro a termine (a scopo di sommini- ➔

strazione) stipulati dalle agenzie per il lavoro, ai contratti a termine ordinari. Si tratta di una scelta consapevole e voluta, quella operata dal Governo Conte, e non un errore, come alcuni commentatori inizialmente avevano sostenuto.

Non c'è, infatti, nel DD, alcun intervento sul contratto commerciale di somministrazione. Le novità, le modifiche, sono tutte sul contratto di lavoro.

Le (impraticabili) causali di cui al nuovo art. 19, co. 1, del decreto legislativo n. 81/2015 e la durata massima di 24 mesi, quale limite alla successione di contratti a termine, di cui al successivo comma 2, sono applicabili, dal 14 luglio 2018, anche ai contratti di lavoro a termine delle agenzie.

Restano alcune esclusioni (il limite quantitativo del 20%, lo *stop & go*, il diritto di precedenza) e resta la diversa disciplina delle proroghe (il secondo periodo del comma 2 dell'art. 34 è rimasto, infatti, immutato e quindi sopravvive la disciplina delle proroghe contenuta nel CCNL delle agenzie) ma, considerando anche la soppressione dell'inciso "*in quanto compatibili*", risulta palese la volontà di parificare contratti a termine diretti e contratti a termine a scopo di somministrazione.

Scelta questa, a mio parere, in contrasto con (e in violazione di?) le diverse direttive comunitarie di riferimento. Innanzitutto, perché la direttiva sul contratto a termine (Direttiva 1999/70/CE), che chiede sì agli Stati membri l'introduzione di una o più misure volte a limitare l'abuso derivante dalla successione di più contratti, non si applica al contratto a termine tramite agenzia. E, soprattutto, perché il lavoro tramite agenzia è normato da un'altra direttiva (Direttiva 2008/104/CE), che chiede agli Stati membri di eliminare o ridurre divieti e ostacoli al lavoro tramite agenzia, strumento volto a favorire occupazione e rioccupazione nel mercato del lavoro.

E veniamo alla seconda novità, al **comma 1-ter, articolo 2 della legge di conversione del DD**.

Io lo definisco il comma più oscuro di tutto il diritto del lavoro contemporaneo. Oltretutto, una sorta di scheggia impazzita che resta nella legge di conversione e non trova cittadinanza nel decreto legislativo n. 81/2015, situazione questa che potrebbe creare ulter-

riori problemi agli interpreti negli anni a venire.

L'oscuro comma dispone che le condizioni di cui all'art. 19, comma 1 (le causali), in caso di ricorso al contratto di somministrazione, si applicano esclusivamente all'utilizzatore.

Tanti sono stati, fin da subito, i dubbi e gli interrogativi derivanti da questa disposizione che, anche in italiano, risulta di difficile comprensione. Provo ad elencarli, dando la mia lettura, senza alcuna pretesa di esaustività.

Partiamo dal dato letterale. Qual è il significato da dare al termine "*condizioni*"? Sono solo le causali, cioè le esigenze (i. temporanee e oggettive, se estranee all'ordinaria attività; ii. di sostituzione di altri lavoratori; iii. connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, se riferite all'ordinaria attività) necessarie per contratti di durata - iniziale o prorogata - oltre i dodici mesi e per tutti i rinnovi, che l'utilizzatore deve applicare su sé stesso in caso di ricorso al contratto di somministrazione, o sono anche i presupposti che ne generano la necessità? Interrogativo non semplice ma fondamentale questo, da cui derivano poi diverse interpretazioni. È il percorso logico-giuridico dell'interprete, di cui parlo sopra.

A mio parere l'interpretazione più coerente è la seconda, quella cioè che restituisce una accezione più ampia al termine "*condizioni*". L'oscuro comma, infatti, non dice semplicemente che le condizioni si riferiscono all'utilizzatore. Ma dice di una applicazione esclusiva ("*si applicano esclusivamente*"), spostando così tutte le disposizioni, in tema di causali, dal datore di lavoro formale (l'agenzia) al datore di lavoro sostanziale (l'utilizzatore).

Seguendo questo percorso logico-giuridico, che fa quindi prevalere il comma 1-ter, art. 2, legge di conversione del DD (norma speciale) sull'art. 34, co. 2, primo periodo, del decreto legislativo n. 81/2015 (norma generale) si giunge ad una serie di conclusioni che, capite, sarebbero di segno opposto qualora si seguisse il percorso logico-giuridico inverso.

La **prima conclusione** a cui si giunge abbastanza agevolmente riguarda il caso di una riassunzione con contratto a termine di durata sino a dodici ➔

mesi (stessa agenzia, stesso lavoratore) ma con somministrazione del lavoratore a favore di un diverso utilizzatore. In questo caso, pur trattandosi di un rinnovo, la causale non è richiesta visto che, per il secondo utilizzatore, si tratterebbe della prima applicazione su sé stesso del regime causale (salvo il caso in cui il lavoratore abbia già prestatato attività lavorativa a termine – diretto o in somministrazione – a suo favore, come dirò dopo).

La **seconda conclusione** riguarda un tema oggi ancora molto controverso e dibattuto in dottrina e tra gli addetti ai lavori. Mi riferisco al caso dello stesso lavoratore, prima somministrato e poi assunto direttamente a termine dallo stesso datore/utilizzatore, e al caso inverso (prima assunto e poi somministrato). Partiamo dal secondo caso. Ci si chiede cioè se sia possibile, per una agenzia, assumere a termine senza causale un lavoratore già assunto a termine in precedenza dallo stesso datore/utilizzatore. La risposta è negativa sulla base di due presupposti. Il primo deriva dalla applicazione del percorso logico-giuridico che sto seguendo. Ricorrendo al contratto di somministrazione, infatti, l'utilizzatore deve applicare su sé stesso il regime causale introdotto dal DD e, quindi, nei suoi confronti, siamo in presenza di un rinnovo sostanziale, con obbligo, appunto, di causale. Il secondo presupposto poggia sul concetto di frode alla legge. L'utilizzatore infatti "passerebbe" il lavoratore all'agenzia per eludere il proprio obbligo di causale, con il rischio ulteriore – aggiungo – che si configuri il reato di somministrazione fraudolenta (reato, come detto, reintrodotta dal DD).

E il caso inverso? Il contratto a termine con uno stesso lavoratore prima somministrato e poi assunto a termine necessita o meno di causale? In questo caso, una dottrina autorevole (primo fra tutti il Prof. Avv. Arturo Maresca) sostiene che il "passaggio" sia ammesso senza necessità di causale. Io, nel far mia questa conclusione, ne contesto però il presupposto da cui parte e provo a fornirne un altro.

Il presupposto infatti sarebbe quello di una sorta di avvicinamento all'azienda da parte del lavoratore, prima somministrato poi assunto, prima utilizzato

in forza di un contratto commerciale poi in forza di un contratto di lavoro. Sembra quasi che il contratto di lavoro a scopo di somministrazione sia un contratto di serie B. Ecco, questo presupposto io contesto, non mi convince. Le assunzioni delle agenzie – anche se è vero che un obiettivo delle norme è favorire l'ingresso in azienda – sono assunzioni che devono essere poste sullo stesso piano giuridico, che hanno la stessa dignità (*ops*, mi ero ripromesso di non scrivere questa parola, ma qui ci sta), delle assunzioni a termine ordinarie.

Però, come detto, la conclusione mi convince, ma sulla base di un altro presupposto, che deriva dal contenuto dell'oscuro comma. Il quale prevede, per identificare il regime causale, non un cumulo, non una commistione, tra somministrazione e termine. Ma, e qui ci viene in soccorso la lettera della norma, dice di una applicazione delle causali esclusiva sull'utilizzatore "*in caso di ricorso al contratto di somministrazione*". E nel ricorrere, per la prima volta al contratto di somministrazione, escluso innanzitutto ogni rischio di somministrazione fraudolenta, la causale (fino a dodici mesi ovviamente) non va apposta. Quando poi, l'assunzione è diretta, l'oscuro comma non rileva, non si applica, non entra in gioco, perché – in quel momento – non vi è alcun ricorso al contratto di somministrazione. E quindi l'assunzione a termine diventa una prima assunzione, senza obbligo di causale. Alcuni commentatori potranno eccepire di un contratto a termine in frode alla legge che io, però, non vedo.

Questa interpretazione si consoliderà? Ovviamente è presto per dirlo. Quello che è certo è che potrebbe diventare una strada (forse l'unica) per rapporti a termine di ventiquattro mesi, senza causale. Valutando così, con maggior serenità, la stabilizzazione o meno del lavoratore. Le aziende, in altre parole, potrebbero ragionare sull'anticipare i propri contratti a termine con un contratto di somministrazione, che diverrebbe così – sempre di più – il vero canale di ingresso nel mercato del lavoro. E così, qui, possiamo dire, il presupposto del prof. Maresca e il mio trovano una sintesi di sistema e giuridica. ➔

Terza, e ultima, conclusione a cui provo a giungere seguendo il mio percorso logico-giuridico. Ed è sul possibile contenzioso.

Come scritto prima, la causale non è una condizione di legittimità del contratto commerciale di somministrazione (le agenzie, con ogni probabilità, chiederanno sia apposta anche su questo contratto ma con una funzione di comunicazione da parte dell'utilizzatore), ma è sempre, anche per le assunzioni delle agenzie, una condizione, quando richiesta, che legittima l'apposizione del termine al contratto di lavoro. Le agenzie, a seguito dell'oscuro comma, legittimeranno così le proprie assunzioni a termine (ripeto, non le somministrazioni) con un'esigenza che non è loro, ma che è di un soggetto terzo (l'utilizzatore). E già qui, ci sarebbe molto da dire.

Ma, ancora di più, c'è (e ahimè ci sarà) da dire in caso di contenzioso. Le norme del DD, in caso di assenza/genericità/non comprovabilità della causale, prevedono la trasformazione del contratto (non del rapporto) a tempo indeterminato. Trasformazione, non costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore come nei casi di somministrazione irregolare. La mancanza, la irregolarità, è infatti sul contratto di lavoro (tra agenzia e lavoratore), non sul contratto commerciale (tra agenzie e utilizzatore). Ma come potrà l'agenzia difendersi in giudizio se l'esigenza, la causale, non si applica sulla propria organizzazione ma su quella dell'utilizzatore? Siamo in presenza di una possibile incostituzionalità della norma per violazione del diritto di difesa? Oppure, seguendo il percorso logico-giuridico che ho provato a seguire fin qua (applicazione esclusiva sull'utilizzatore del regime causale), la trasformazione a tempo indeterminato, con una forzatura della lettera della norma, sarà del rapporto (sostanziale) di lavoro, e non del contratto (formale) di lavoro? E quindi sull'utilizzatore e non sull'agenzia?

Tutte domande, queste ultime, ad oggi ovviamente

senza risposta. Sarà la giurisprudenza a dirci. Una conclusione, ahimè, pare ovvia: il lavoratore, per non sapere né leggere né scrivere, impugnerà nei confronti sia dell'agenzia che dell'utilizzatore. E il contenzioso tornerà purtroppo a farla da padrone nei contratti a termine e nei contratti di somministrazione di lavoro.

Si potrebbe concludere, in estrema sintesi, che è tutto a posto e niente in ordine. Norma complessa, tante letture ed interpretazioni possibili, causali impraticabili che si aggiungono ai (e neppure sostituiscono i) limiti oggettivi in precedenza previsti dal *Jobs Act*. E una somministrazione di lavoro che il DD consegna alle conseguenze interpretative di due commi, anzi di un mezzo comma e di un comma intero.

Voglio però concludere in un altro modo, con un grado di certezza in più. Perché le agenzie per il lavoro possono assumere, e assumono, anche a tempo indeterminato. E, a parte l'applicabilità assurda del nuovo limite quantitativo del 30%, occorre ricordare che le novità del DD non sono applicabili alla somministrazione quando l'agenzia assume il lavoratore con un contratto di lavoro a tempo indeterminato. E questo sia nel caso di somministrazione con un contratto (commerciale) a tempo indeterminato (*nulla quaestio*), sia nel caso di somministrazione con contratto (commerciale) a termine.

E si giunge a questa, a mio parere ovvia, conclusione perché, come detto, il DD modifica l'assunzione a termine (anche) delle agenzie e non, invece, la somministrazione. Con la fondamentale e importante conseguenza che la causale non è mai un tema in caso di somministrazione, tanto a tempo indeterminato quanto a termine, se eseguita dall'agenzia con un lavoratore assunto a tempo indeterminato. Ed è anche su questo aspetto, che agenzie e aziende sono chiamate a riflettere per ridisegnare la flessibilità di medio e lungo periodo dopo l'entrata in vigore a regime del DD.

"Quota 100" fra opportunità e dubbi applicativi

In attesa dell'approvazione della Legge di Stabilità per il 2019, si moltiplicano le ipotesi che riguardano la tanto attesa "riforma" delle pensioni.

Senza entrare nel merito politico e tecnico delle modifiche che sono state annunciate, cerchiamo di ragionare sulle eccezioni che verranno apportate alla attuale normativa. Saranno modifiche ed eccezioni, poiché l'intelaiatura della legge n. 214/2011 (la cosiddetta Fornero) verrà mantenuta e dovrebbero essere introdotte alcune correzioni alla regola (la Fornero appunto) che faciliteranno l'uscita per determinate categorie di lavoratori.

Il ripristino del sistema delle quote

Quello di quota 100 è il provvedimento forse più chiacchierato anche perché potrebbe portare una popolazione di diverse decine di migliaia di soggetti ad una possibilità di pensionamento inaspettata. Cancellato dalla riforma Fornero, questo sistema per l'accesso alla pensione anticipata fino al 2011 permetteva di accedere al trattamento di anzianità a patto che la somma di età anagrafica e anzianità contributiva desse la quota in vigore in quell'anno; anche in quel momento dovevano necessariamente e contemporaneamente verificarsi un'età minima e un'anzianità utile. Pare che dal 2019 i due numeri magici siano 62 (anni) e 38 (contributi).

Ritornando a quanto in vigore fino al 2011 aggiungiamo che:

- Dal raggiungimento del diritto al pagamento dell'assegno era necessario attendere la finestra di scorrimento (il pagamento era posticipato di un anno)
- La quota valeva solo per i lavoratori che sommarono la contribuzione nella gestione ordinaria (con differenziazione fra dipendenti e autonomi)
- Era necessario avere almeno 35 anni di contributi da lavoro, con esclusione quindi di quelli figurativi
- Non erano compresi i contribuenti che oggi possono avvalersi del cumulo.

Indubbiamente la strada è tracciata, vedremo se, in sede di approvazione della legge e di scrittura delle circolari attuative qualche piccolo ostacolo all'applicazione pura e semplice della quota verrà posto.

Sulla eventuale penalizzazione sappiamo per certo che una sarà "naturale": diversi anni di contributi non versati e un coefficiente di trasformazione legato all'età più basso (poiché la pensione verrà pagata per più anni) daranno come risultato una pensione più magra rispetto all'atteso.

Opzione donna

Altro argomento caldo e che avrebbe un impatto decisamente importante sulla popolazione in uscita è l'eventuale ripristino della cosiddetta "opzione donna". →

Anche per questa fattispecie ci rifacciamo alla precedente applicazione che si è fermata al 2015. In pratica tutte le donne che avessero compiuto - al 31/12/2015 - 57 anni (+3 mesi per effetto dell'aumento dell'aspettativa di vita) e che avessero anzianità contributiva pari ad almeno 35 anni da lavoro con esclusione quindi di alcune fattispecie di figurativi, accedevano, su domanda, al trattamento pensionistico.

In questo caso, così come per la quota 100, la convenienza di uscita è da valutare caso per caso: di quanto il calcolo contributivo penalizza il pensionando? Ma di quanti anni si avvantaggia lo stesso? E soprattutto non è possibile generalizzare il calcolo del *gap* che dipende dalle retribuzioni, dal loro andamento, dai periodi di contribuzione ecc.

Tagli alle pensioni d'oro

Questo argomento è ancor più insidioso dei prece-

deni. Teoricamente è anche quello di più facile attuazione perché si parla di togliere qualcosa. Il punto cruciale è **come...** fra le ipotesi c'è il blocco degli adeguamenti al costo della vita, ma sappiamo che già qualche anno fa l'Inps aveva dovuto restituire il mancato aumento degli assegni ricalcolando quanto non era stato versato per effetto del blocco voluto dal governo Monti. È da escludere un aumento dell'aliquota Irpef perché sarebbe da applicarsi anche ai redditi delle persone fisiche in genere.

Potrebbe essere che sia un nuovo contributo di solidarietà...anche se la via più equa, a mio parere, sarebbe quella di applicare questo ulteriore contributo alla differenza che si è generata tra il calcolo misto e il calcolo interamente contributivo. Ma sarebbe piuttosto complicato e richiederebbe un ricalcolo di tutte le pensioni in pagamento o quasi.

Potestà genitoriale nel lavoro minorile: Ministero contro Codice Civile

Il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali lo scorso 12 giugno 2018 ha pubblicato sul proprio sito www.cliclavoro.gov.it il seguente aggiornamento alle FAQ in materia di procedura per le dimissioni telematiche.

Cosa deve fare il lavoratore minorenne che vuole dare le dimissioni?

Il lavoratore minorenne che vuole dimettersi deve effettuare la trasmissione delle dimissioni in via telematica, ai sensi dell'articolo 26 del decreto legislativo n. 151/2015, con l'assistenza di uno dei genitori, titolare della potestà genitoriale, o di chi ne fa legalmente le veci.

*Qualora la trasmissione delle dimissioni avvenga per il tramite di uno dei soggetti abilitati ai sensi del quarto comma del citato articolo 26, tali soggetti prima di procedere alla trasmissione telematica delle dimissioni dovranno, oltre ad accertare l'identità del lavoratore minorenne, **verificare che il soggetto che assiste il minore sia uno dei genitori, titolare della potestà genitoriale, o di chi ne fa legalmente le veci.***

Il chiarimento non sorprende più di tanto, confermando un orientamento a suo tempo espresso dall'Inps in materia di voucher (ribadito in ambito prestazioni occasionali) che nelle proprie FAQ aveva così chiarito

Qual è la modalità per l'impiego di minori?
La normativa vigente sul lavoro minorile richiede il certificato medico di idoneità al lavoro

*per i minori tra i 16 e i 18 anni. Inoltre, l'iscrizione dei lavoratori minorenni può essere effettuata solo presso le Sedi INPS, presentando, tra l'altro, la **dichiarazione di disponibilità controfirmata dal genitore o da chi ne esercita la patria potestà.***

Una presa di posizione che chi scrive non condivide nel modo più assoluto. Il perché lo si comprende dall'*excursus* della normativa vigente.

Legge n. 977 del 17 ottobre 1967 - Tutela del lavoro dei bambini e degli adolescenti

L'intervento normativo tratta la figura del genitore all'interno dei rapporti di lavoro instaurati con i minorenni in modo marginale, escludendone di fatto un intervento autorizzatorio nella stipula del contratto e, più in generale, nella sua gestione.

Tre sono i passaggi ove rileva la figura genitoriale:

Articolo 4

... 2. La direzione provinciale del lavoro può autorizzare, previo assenso scritto dei titolari della potestà genitoriale, l'impiego dei minori in attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo, purché si tratti di attività che non pregiudicano la sicurezza, l'integrità psicofisica e lo sviluppo del minore, la frequenza scolastica o la partecipazione a programmi di orientamento o di formazione professionale.

Articolo 7

... 2. Nei riguardi dei minori, le informa- ➔

zioni di cui all'articolo 21 del decreto legislativo n. 626 del 1994 sono fornite anche ai titolari della potestà genitoriale.

Articolo 8

... 6. Il giudizio sull'idoneità o sull'inidoneità parziale o temporanea o totale del minore al lavoro deve essere comunicato per iscritto al datore di lavoro, al lavoratore e ai titolari della potestà genitoriale. Questi ultimi hanno facoltà di richiedere copia della documentazione sanitaria.

Come si vede nessun riferimento ad una ridotta capacità di agire del minore per cui necessiti l'intervento del genitore nella fase "genetica" del rapporto, né, tanto meno, nelle fasi successive.

L'assenso formale del titolare la potestà genitoriale è previsto esclusivamente per attività lavorative di carattere culturale, artistico, sportivo o pubblicitario e nel settore dello spettacolo. Verso costui è sì individuato un obbligo di informazione ma esclusivamente in merito ai rischi per la sicurezza e la salute e all'esito del giudizio di idoneità al lavoro.

Legge n. 339 del 2 aprile 1958 - Per la tutela del rapporto di lavoro domestico

Anche all'interno di un rapporto di lavoro domestico svolto dal minore viene contemplata la figura del genitore, ma solo per un aspetto particolare:

Art. 4. Lavoratori minorenni

Il datore di lavoro che intende assumere un lavoratore minorenni dovrà farsi rilasciare, da chi esercita la patria potestà, una dichiarazione scritta e vidimata dal sindaco del Comune di residenza del lavoratore, in cui si consente al minorenne di convivere presso la famiglia del datore di lavoro. Tale dichiarazione impegna il datore di lavoro a particolare cura del minorenne per lo sviluppo e il rispetto della sua personalità fisica, morale e professionale. In caso di licenziamento il datore di lavoro è obbligato a darne preventiva comunicazione a chi esercita la patria potestà.

L'eventuale licenziamento del minore deve essere comunicato preventivamente a chi ha sottoscritto la dichiarazione di consenso.

Inutile sottolineare come il consenso scritto del genitore riguardi esclusivamente il benessere alla convivenza presso il datore e non la costituzione del rapporto. Pertanto se il rapporto di lavoro fosse in regime di non convivenza non necessiterebbe alcuna dichiarazione scritta di assenso.

Codice civile

Ancora più dirimente la presente questione appare la disposizione del codice civile che in materia di "Maggiore età e capacità di agire" così dispone:

Articolo 2

La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita un'età diversa.

Sono salve le leggi speciali che stabiliscono un'età inferiore in materia di capacità a prestare il proprio lavoro. In tal caso il minore è abilitato all'esercizio dei diritti e delle azioni che dipendono dal contratto di lavoro.

Come noto l'età minima per poter svolgere un lavoro alle dipendenze di una impresa è oggi fissata al compimento del 16.mo anno di età, unitamente all'assolvimento dell'obbligo scolastico.

Nonostante una formulazione non proprio felicissima che, parlando di esercizio dei **diritti** e delle **azioni che dipendono dal contratto di lavoro**, potrebbe far dubitare della capacità del minore di firmare autonomamente il contratto di assunzione, è palese la volontà di escludere il beneplacito di chi esercita la potestà genitoriale per tutti gli altri atti e fatti tipici che conseguono allo svolgimento di un rapporto di lavoro. Il minorenne è pertanto da ritenere giuridicamente titolato, ad esempio, a dare il proprio assenso a prestazioni lavorative supplementari, straordinarie o festive, incassare le retribuzioni, concordare un cambio di mansioni e più in generale pattuire modifiche al contratto iniziale, ma anche riscontrare eventuali contestazioni disciplinari, proporre impugnative, sottoscrivere sia rinunce che transazioni.

Si diceva poco sopra di possibili dubbi circa la firma del contratto individuale di assunzione, dubbi che chi scrive ritiene però risolti rileggendo la **Relazione** →

del Ministro Guardasigilli Dino Grandi al Codice Civile del 4 aprile 1942 nella parte riguardante gli originari artt. 2 e 3 - il secondo oggi un tutt'uno con il primo - sostituendovi gli attuali limiti previsti per la maggiore età, 18 anni con 21, e per la capacità d'agire, 16 anni contro i 18.

*L'art. 2 del c.c. riproduce le regole tradizionali sulla maggiore età [1] e sulla capacità d'agire. Nuova è invece la norma dell'art. 3 del c.c. [2] che riconosce una capacità professionale al minore pervenuto all'età di **sedici diciotto anni**. Si attua così una giusta differenziazione fra coloro che, pur avendo compiuto l'età **sedici diciotto anni**, non pongono in essere alcuna attività professionale e permangono sotto la vigilanza di chi esercita la patria potestà o la tutela e coloro che, esercitando invece un'attività lavorativa, dimostrano di aver raggiunto un grado di maturità psichica meritevole di particolare considerazione. La norma costituisce l'applicazione di un principio squisitamente politico e risponde alle precise direttive del Regime fascista, il quale intende **valorizzare chiunque espliciti un'attività lavorativa** e apporti un utile contributo al processo produttivo della Nazione. Data l'importanza fondamentale che nello Stato fascista ha il lavoro umano, la disposizione è stata collocata, anziché in tema di emancipazione o di contratto di lavoro, nella parte del codice che tratta della capacità della persona, per dare al principio in essa contenuto il massimo rilievo, anche nel campo giuridico. **Non si è creduto conveniente di attribuire al genitore o al tutore la facoltà di opporsi alla scelta dell'occupazione effettuata dal minore. È ovvio che il padre o il tutore normalmente eserciterà sul minore l'autorità morale necessaria per distoglierlo da occupazioni dannose o comunque sconvenienti, onde non si veda la necessità di conferire loro un vero e proprio potere inibitorio, che in pratica potrebbe rendere vana la piena autonomia ac-***

cordata al minore per quanto riflette l'attività lavorativa.

Problematiche amministrative

Come dimostrare il rapporto di genitorialità o di chi ne fa legalmente le veci? Stando alle regole vigenti in materia di autocertificazione e trattandosi di circostanze ricomprese nell'elenco dei casi in cui vi si può ricorrere, dovrebbe essere sufficiente una dichiarazione sostitutiva di certificazione ai sensi dell'art. 46, D.P.R. n. 445 del 28.12.2000.

Anche qui l'ennesimo appesantimento burocratico, sia per chi deve redigere la dichiarazione che per chi la dovrà necessariamente conservare agli atti.

Probabili scenari futuri

Cosa ci aspetta dopo questa nuova presa di posizione? Se tanto ci da tanto la P.A. pretenderà la presenza di un genitore (o, nei casi previsti, di chi ne fa le veci) presso tutte le sedi delle Direzioni Provinciali del Lavoro dove il minore intenda o verrà chiamato a presentarsi: si pensi alla certificazione del proprio contratto di lavoro, all'esperimento dei tentativi (facoltativi e obbligatori) di conciliazione, alla sottoscrizione di accordi transattivi o rinunzie ed infine all'accesso alle procedure di soluzione arbitrale delle controversie in materia di lavoro.

Considerazioni finali

Spiace doverlo evidenziare, ma ancora una volta la Pubblica Amministrazione di questo paese dimostra non solo di infischiarne delle norme ma anche di non sapersi svincolare dall'atavica predisposizione all'inutile burocrazia che, nei fatti, impone - illegittimamente lo ribadiamo - ad un genitore l'onere (non certo un onore) di accompagnare il figlio/la figlia sia nella firma del contratto di assunzione che nelle procedure telematiche previste per porre termine allo stesso, riconoscendogli così un potere che diventa addirittura prevaricazione - con conseguenti dubbi di costituzionalità in riferimento alla "scelta" citata all'art. 4 Cost. - nel momento in cui si costringe il minore a proseguire in una occupazione lavorativa che più non gli aggrada.

Dall'obbligo scolastico all'obbligo di lavorare.

1. Oggi fissata a 18 anni, allora a 21 anni.
2. Oggi abrogato - meglio si deve dire riscritto e spostato nell'art. 2 c.c. - dalla Legge n. 39 dell'8.03.1975.

Esoneri 2019: una mano dalla Corte d'Appello di Milano

{ *Per chi intende assumere nel 2019, ancora una buona opportunità. Ma gli esoneri contributivi concessi dal Decreto Dignità possono fare cadere nella “trappola” degli ispettori molti datori di lavoro.*

Chi intende assumere lavoratori dal 1° gennaio 2019 con il beneficio del parziale esonero contributivo previsto ora dalla legge, corre il serio rischio di cadere nella “trappola” di Istituti e funzionari, pronti a recuperare gli “sconti” appena concessi. Tuttavia, la **sentenza n. 1116/2018 della Corte d'Appello di Milano** può costituire un motivo di serenità per quei datori di lavoro che intenderanno fruire delle agevolazioni 2019 del Decreto Dignità. Perché, dicono i giudici del riesame, per gli esoneri basta il Durc in regola.

Ma andiamo con ordine.

La questione del recupero di esoneri contributivi per le assunzioni 2019, chiaramente, al momento, neppure è attuale – se ne parlerà meglio tra un paio di mesi –, come non lo è a specifica previsione del Decreto Dignità – il D.L. n. 87/2018 –, introdotta con le sue modifiche estive. Il fatto che non pochi rischi si potranno porre pure per i neo-datori di lavoro del 2019, risulta piuttosto una facile “previsione”, alla luce di situazioni non dissimili già occorse in passato, come quelle relative alla concessione di agevolazioni per chi ha assunto negli anni scorsi. Per esempio, su tutte, per quelle godute con riguardo alle assunzioni del 2015 e 2016, che, in tempi recenti, sono state oggetto di vaglio da parte degli ispettori. Come noto, **con la legge di conversione n. 96/2018, si è pensato di fare spazio all'art. 1 bis**, in cui vie-

ne prevista un'agevolazione del 50% sulla contribuzione da versare per quanti assumeranno – dal 1° gennaio prossimo, appunto –, con contratto a tempo indeterminato, lavoratori di età inferiore a 35 anni che non sono stati impiegati in precedenza in rapporti a tempo indeterminato. L'esonero parziale di contribuzione sarà valido per un massimo di tre anni e “varrà” il corrispettivo di una contribuzione annuale massima di € 3000. Puntualmente, la norma precisa – a fronte di passate incertezze al riguardo, specie in caso di fruizione limitata nel corso dell'anno – che il relativo esonero deve considerarsi riparametrato in ragione di mese: insomma, per intendersi, in ogni mese potrà al massimo fruirsi un beneficio contributivo di € 250.

In definitiva, è senz'altro prevedibile un buon successo (forse anche ottimo) dell'iniziativa di legge. Tuttavia, come si diceva, il rischio che in caso di verifiche sulle assunzioni del 2019, agli ispettori, qualcosa non vada giù, appare molto più di una ipotesi. La storia insegna.

Prendendo in considerazione cosa è accaduto – e cosa accade ancora oggi – nel caso di consimili iniziative di rilancio dell'occupazione – come quelle della **legge n. 190/2014** e della **legge n. 208/2015** –, prima che all'azienda sorga il desiderio di assumere, occorrerà che ci si sia chiariti in quale quadro di possibili valuta- ➔

zioni, cautele e difese, ci si potrebbe trovare a muoversi. Innanzitutto, è opportuno avere ben presente cosa sta accadendo in moltissimi casi di assunzioni agevolate che sono state passate al vaglio dell’Inps e degli ispettori.

In sostanza, i **funzionari hanno spesso provveduto a recuperare le agevolazioni godute**. Innanzitutto, ove hanno riscontrato l’inesistenza di presupposti e condizioni soggettive richieste per l’assunzione del singolo lavoratore. E fin qui, la cosa non suscita sorpresa. Se il lavoratore era stato impiegato in precedenza, magari pure con la stessa azienda fruitrice, in un rapporto a tempo indeterminato, non vi è ragione di non recuperare i benefici illegittimamente goduti. Più inaspettata e pericolosa, piuttosto, è stata la pure diffusa valutazione degli ispettori che si sono soffermati sul rispetto delle generali condizioni di lavoro in cui opera l’azienda. Per esempio, i funzionari hanno spesso considerato se i datori di lavoro avevano fatto fruire di riposi e pause nei modi corretti; oppure, tra le molte possibili inadempienze, se avevano attribuito legittimamente le indennità di trasferta ai propri dipendenti. In caso di rilievi, oltre le contestazioni per i singoli inadempimenti, i funzionari hanno provveduto non di rado a recuperare anche gli esoneri contributivi fruiti da quelle aziende.

Stesso ragionamento se a non essere rispettato era stato il Ccnl applicato, in qualche sua parte.

In tutti questi casi, i funzionari hanno **ritenuto violato l’art. 1, co. 1175, legge n. 296/2006**. Infatti, è diffusa l’opinione che il mancato rispetto anche parziale di detta disposizione infici il godimento di qualunque beneficio normativo e contributivo. Da cui, i provvedimenti ispettivi di recupero di quanto goduto, magari per anni.

L’azione degli ispettori non trova, però, riscontro nelle stesse posizioni ufficiali dell’amministrazione, così come, ancor più, nelle disposizioni in vigore.

In primo luogo, non viene considerato da funzionari e istituti precedenti che, come noto, **l’art. 8, del decreto ministeriale 30 gennaio 2015** in materia di documento unico di regolarità contributiva, non prevede sanzioni che per alcune fattispecie – gravi e gra-

vissime, per lo più penali – di infrazione alla legge, con conseguenze solo per il futuro (divieto di concessione del Durc per mesi e anni): non per il passato.

In secondo luogo, non si tiene in debito conto che lo stesso Ispettorato Nazionale del Lavoro esclude che possano operarsi recuperi generali di somme corrispondenti agli esoneri dell’azienda, là dove pure siano state individuate dagli ispettori violazioni di disposizioni di vario genere in materia di lavoro. Una tale ipotesi – rifiutata dalla **Circolare n. 3 del 2017** dell’agenzia dei controlli – porterebbe conseguenze più gravi di quelle previste dalla stessa legge.

Una soluzione interpretativa che viene oggi confermata dalla Corte d’Appello di Milano – con la detta sentenza n. 1116/2018 – che, con buona pace di molti datori di lavoro, conferma come sufficiente, ai fini del godimento dei benefici e a prescindere da altre infrazioni, la presenza del Durc.

“L’intento del Legislatore risulta del tutto chiaro nel subordinare la fruizione dei benefici contributivi al possesso del DURC, senza esclusione alcuna....In tal senso questa Corte si è già pronunciata, affermando – con la propria sentenza n. 155/16 cui si fa rinvio ex art. 118 disp. att., c.p.c. – che il beneficio oggetto di causa debba considerarsi quale “agevolazione contributiva subordinata al regolare rilascio del DURC, come previsto dall’articolo 1 comma 1175 della legge 296/2006”, norma “di portata generale (...) che non distingue alcun sotto categoria o eccezione (...) e neppure dispone esoneri”.

Cionondimeno appare molto opportuno che quanti vorranno assumere “agevolati” nel 2019, verificata la presenza di un Durc regolare (cosa ora ancora più facile con la Dichiarazione Preventiva di Agevolazione – D.P.A.) e che i lavoratori non siano mai stati impiegati a tempo indeterminato nel recente passato, compiano un **puntuale check up della propria regolarità in generale**. Di modo da dissipare dubbi sul fatto che gli ispettori possano, magari dopo qualche anno, chiedere la restituzione degli esoneri già goduti.

In caso di distacco illegittimo, il licenziamento intimato dal distaccante è giuridicamente inesistente

La Corte di Cassazione si è pronunciata di nuovo in tema di distacco. Come noto, l'istituto giuridico in commento - disciplinato all'art. 30 del D. Lgs. n. 276/03 - consiste in un provvedimento organizzativo con il quale il 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. Il caso affrontato dalla Corte di Cassazione riguarda il ricorso di alcune lavoratrici avverso la decisione della Corte d'Appello di Roma. Queste hanno lamentato come, contrariamente alla regola di diritto enunciata dal Giudice di secondo grado, il rapporto di lavoro con la distaccante non potesse considerarsi risolto *ipso iure* per effetto della sentenza accertativa della illegittimità del distacco e che l'atto negoziale di costituzione del rapporto di lavoro ad opera della distaccataria dovesse richiedere, necessariamente, il consenso delle lavoratrici. Consenso che però è mancato.

Secondo le lavoratrici, la Corte d'Appello aveva errato nell'individuare un unico rapporto di lavoro in capo alla distaccataria nel periodo di sussistenza del distacco medesimo, non potendosi invece escludere, secondo la ricostruzione delle lavoratrici stesse, la coesistenza di due rapporti, uno con la distaccante e l'altro con la distaccataria.

La Corte di Cassazione, quindi, con la sentenza n. 22179 del 12 settembre 2018, respingendo il ricorso proposto dalle lavoratrici, ha osservato come le stesse potessero essere trasferite ed assunte dall'impresa distaccataria /utilizzatrice senza necessità del loro consenso. In tale occasione, la Suprema Corte ha richiamato il principio secondo il quale in relazione ad un unico rapporto di lavoro è da escludere la configurabilità di due diverse parti datoriali. Ed invero, secondo la disciplina sostanziale contenuta all'art. 2094 c.c., la struttura del rapporto di lavoro subordinato è sempre e soltanto bilaterale. In altre parole, può sussistere soltanto una parte datoriale che coincide con il soggetto su cui in concreto grava il rischio d'impresa, ovvero l'organizzazione produttiva nella quale è di fatto inserito il lavoratore subordinato.

Nello stabilire tale principio, la Corte di Cassazione ha poi precisato che per effetto dell'utilizzazione delle prestazioni lavorative da parte del soggetto interponente, l'art. 1, co. 5 della L. n. 1369/1960 sostituisce lo stesso interponente all'interposto nel rapporto di lavoro. Il momento d'inizio di detta utilizzazione coinciderà così con quello di costituzione del rapporto e segna la contemporanea fine del rapporto stesso tra il lavoratore e il soggetto interposto. Ciò, in quanto non è possibile ritenere la contemporanea coesistenza, nel medesimo tempo, di due rapporti →

di lavoro subordinato con l'interponente e l'interposto; coesistenza che assoggetterebbe il prestatore - ai sensi dell'art. 2094 c.c. - al potere di direzione di due distinti soggetti.

Pertanto, il nuovo rapporto con l'interponente - da intendersi di regola a tempo indeterminato e non limitato al periodo di effettiva utilizzazione delle prestazioni del lavoratore - si sostituisce così a quello precedente con l'interposto. Ne conseguirà che quest'ultimo rimane, giocoforza, privo dei poteri propri del datore di lavoro e, in particolare, del potere di licenziare.

Ricorda poi la Corte di Cassazione, che l'effetto di sostituzione *ex lege* dell'effettivo utilizzatore delle prestazioni al datore di lavoro interposto, deve ritenersi operante in tutti i fenomeni interpositori e, quindi,

anche nelle ipotesi di distacco in violazione dell'art. 30, co. 1, D.lgs n. 276/2003. Tale aspetto è peraltro reso evidente dalla possibilità per il lavoratore di agire direttamente nei confronti dell'utilizzatore della prestazione, per chiedere la costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo.

Pertanto in caso di sentenza accertativa dell'illegittimità del distacco di un lavoratore presso una società distaccataria e della sostituzione del datore distaccatario in tutti i rapporti giuridici con il distaccante/interposto, - non potendo coesistere contemporaneamente due rapporti di lavoro subordinato tra il medesimo lavoratore, il distaccatario e il distaccante - il licenziamento intimato da quest'ultimo soggetto non potrà che considerarsi giuridicamente inesistente.

Indennità per licenziamento illegittimo e offerta conciliativa: che ne sarà di noi?

Indennità per licenziamento illegittimo e offerta conciliativa: che ne sarà di noi? La domanda sembra quanto più azzeccata!

Se da un lato, infatti, non possiamo che rilevare l'inasprimento delle disposizioni normative apportato dal Decreto Dignità, dall'altro occorre segnalare che la Corte Costituzionale ha sovvertito ogni aspettativa in tema di calcolo dell'indennità per licenziamento illegittimo.

L'art. 3 del D.Lgs. n. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*) aveva introdotto un criterio univoco per il calcolo dell'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, ricompreso tra 4 e 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e calcolato esclusivamente sulla sua anzianità di servizio.

Il Legislatore, già allora, aveva inteso svincolare dalla discrezionalità del Giudice la quantificazione dell'onere che, in caso di licenziamento illegittimo, sarebbe gravato sul datore di lavoro, nell'ottica di incentivare (o, quantomeno, tentarci!) le assunzioni a tempo indeterminato, e garantire ai datori di lavoro la possibilità di conoscere *ex ante* il potenziale rischio economico in caso di licenziamento ingiustificato dei propri dipendenti.

A distanza di oltre tre anni, il Legislatore ha seguito il medesimo ragionamento e, con il Decreto Dignità, ha confermato il criterio di calcolo, inasprendo la "forbice" e passando da 4-24 mensilità a 6-36 mensilità.

Fin qui, dunque, nonostante le diverse ed accese critiche mosse nei confronti tanto del *Jobs Act*, quanto del Decreto Dignità, il criterio di calcolo è sempre rimasto il medesimo.

Tuttavia, il terremoto è arrivato comunque! Con comunicato stampa del 26.9.2018, infatti, la Corte Costituzionale ha annunciato la sentenza che ha paralizzato il sistema!

La Corte Costituzionale, infatti, ha dichiarato illegittimo l'art. 3, co. 1, del D.Lgs. n. 23/2015 nella parte in cui è stata individuata l'anzianità di servizio quale unico criterio di calcolo dell'indennità per licenziamento illegittimo, in quanto contraria ai principi di ragionevolezza e uguaglianza Costituzionalmente garantiti.

In ragione di ciò, la Corte ha ritenuto restituire al Giudice la palla! Non più, dunque, un criterio puramente matematico ed oggettivo, bensì un ritorno ad una valutazione discrezionale dell'organo giudicante, basata su fattori differenti rispetto all'anzianità di servizio, quali, ad esempio, la gravità della violazione della legge, le dimensioni aziendali, i carichi di famiglia, l'anzianità del lavoratore.

In sostanza, il lavoratore potrà ottenere un'indennità ora compresa tra un minimo di 6 ed un massimo di 36 mensilità, indipendentemente dalla propria anzianità di servizio, a scelta insindacabile del solo Giudice.

La sentenza, dunque, investe esclusivamente le →

disposizioni del comma 1 del citato articolo, ossia il criterio di calcolo, lasciando, di conseguenza, inalterata la previsione della misura minima e massima di mensilità riconoscibili al lavoratore.

Seppur non siano ancora state pubblicate le motivazioni di tale sentenza, già il Tribunale di Bari, con ordinanza dell'11.10.2018, ha ritenuto di applicare i principi della Corte Costituzionale, condannando un datore di lavoro al pagamento di 12 mensilità in luogo delle 4 cui, in ragione dell'anzianità di servizio del lavoratore, avrebbe dovuto condannarlo *ante* pronuncia della Corte Costituzionale.

Occorre tuttavia segnalare che la sentenza della Corte Costituzionale ha inevitabilmente generato un "doppio binario": se da un lato, infatti, gli effetti di tale decisione si riflettono sugli esiti di eventuali procedimenti pendenti e/o futuri, è pur vero che gli stessi non investiranno le modalità di calcolo della c.d. offerta conciliativa *ex art. 6 del D.Lgs. n. 23/2015*.

Come noto, tale strumento permette ai datori di la-

voro di offrire al lavoratore licenziato, avanti ad una sede protetta, un'indennità non assoggettata a contribuzione e tassazione, purché nei termini dell'impugnazione stragiudiziale, calcolata anch'essa sulla base dell'anzianità di servizio, tra un minimo di 2 ed un massimo di 18 mensilità (innalzate a 3-27 mensilità dal Decreto Dignità).

La sentenza della Corte Costituzionale, tuttavia, ha lasciato inalterato tale sistema di calcolo, il quale è rimasto, dunque, ancorato alla sola anzianità di servizio del lavoratore.

Va da sé che i lavoratori, nella consapevolezza di poter ottenere un importo più alto in sede giudiziale, salvo che non godano di una rilevante anzianità di servizio, troveranno più favorevole assumersi il rischio di un contenzioso, piuttosto che accettare somme potenzialmente inferiori a quanto potrebbero ottenere "grazie" alla discrezionalità del Giudice. Tra Decreto Dignità ed illegittimità costituzionale, non ci resta che attendere che le Corti e gli esperti giuslavoristi si pronuncino.

Si può disapplicare il certificato A1? Quale regime di sicurezza sociale si applica ai lavoratori distaccati in sostituzione di altri lavoratori?

Dopo la recente sentenza C-359/16 del 6 febbraio 2018, commentata sul numero di maggio 2018 di questa Rivista, la Corte di Giustizia UE torna a pronunciarsi su un caso di richiesta di disconoscimento del certificato previdenziale A1. Ricordiamo che il certificato A1 viene rilasciato al ricorrere di determinate condizioni specifiche e consente al lavoratore assicurato nel regime previdenziale obbligatorio di uno Stato membro UE, che sia distaccato dal proprio datore di lavoro nel territorio di un altro Stato membro UE, di mantenere per un determinato periodo la legislazione previdenziale dello Stato di origine, in deroga al principio generale della *lex loci laboris*.

Nella precedente sentenza n. 359 di febbraio 2018 la Corte di Giustizia affrontava il caso di un certificato A1 richiesto e ottenuto in modo fraudolento, e - in applicazione del principio di leale collaborazione tra gli Stati membri sancito dall'art. 76 del Regolamento UE 883/2004 - si pronunciava per la facoltà del giudice del Paese ospitante di procedere con la disapplicazione di detto certificato, con conseguente assoggetta-

mento dei lavoratori distaccati, e per tutto il periodo di distacco, alla legislazione di sicurezza sociale del paese di esecuzione della prestazione lavorativa dei lavoratori distaccati, in base al principio di territorialità.

La sentenza n. 527/16 qui in commento - che non affronta un caso di frode bensì semmai di erroneo rilascio del certificato A1 - giunge invece a conclusioni differenti.

Il caso è quello di due società ungheresi (Martin-Meat e Martimpex) che ricevevano da parte di una società austriaca (Alpenrind) l'incarico di svolgere attività di macellazione, sezionamento e confezionamento di carni. L'attività veniva svolta da lavoratori delle società ungheresi distaccati in Austria presso i locali della Alpenrind.

Per tali lavoratori (250 in tutto nel periodo controverso) l'ente di sicurezza ungherese emetteva attestati di applicabilità della legislazione sociale ungherese, rilasciati in base agli artt. da 11 a 16 del Reg. n. 883/2004 e 19 Reg. n. 987/2009 (quindi per i primi 24 mesi). Alcuni di tali certificati venivano rilasciati con effetto retroattivo, e in parte per lavoratori ➔

per i quali l'ente previdenziale austriaco aveva riconosciuto l'applicabilità della legislazione austriaca. Sorgeva dunque un contenzioso tra il Tribunale amministrativo austriaco, da un lato – che sosteneva l'efficacia dei certificati A1 dichiaranti l'assoggettamento dei lavoratori in questione alla legislazione ungherese per il periodo di distacco e quindi l'incompetenza dell'ente di previdenza sociale austriaco – e dall'altro la cassa di malattia austriaca (che si vedeva annullare la propria decisione di assoggettare detti lavoratori alla legislazione austriaca) e il Ministro, che accusavano l'ente di sicurezza sociale ungherese di violazione del principio di leale collaborazione tra gli Stati membri (art. 4, paragrafo 3, TUE). D'altro canto l'Ungheria sosteneva che il diritto ungherese si opponeva alla revoca del certificato A1. Coinvolta secondo il procedimento di consultazione previsto dall'art. 5 del Reg. n. 987/2009 per i casi in cui le parti sottopongono la questione per un tentativo di conciliazione dei differenti punti di vista, la Commissione amministrativa UE si esprimeva per l'errata emissione dei certificati A1 da parte dell'Ungheria, che pertanto avrebbero dovuto essere revocati.

La Corte amministrativa austriaca riteneva peraltro che la vicenda sollevasse alcune questioni interpretative del diritto dell'Unione, che dunque decideva di sottoporre alla Corte di Giustizia. La sentenza affronta tre questioni.

Certificato A1, erroneo rilascio, suo carattere vincolante e suo effetto retroattivo

La prima questione è proprio quella della portata vincolante del certificato A1, quand'anche sia emerso che lo stesso è stato rilasciato in assenza dei relativi presupposti. Più precisamente, il giudice del rinvio chiedeva se l'art. 5, paragrafo 1 del Regolamento n. 987/2009 – che dispone che i documenti rilasciati dalle competenti istituzioni di uno Stato membro attestanti la situazione di una persona ai fini della legislazione di sicurezza sociale applicabile e le relative certificazioni a supporto, *“sono accettati dalle istituzioni degli altri Stati membri fintantoché non siano ritirati o dichiarati non validi dallo Stato membro che li ha rilasciati”* – implicasse che detti documenti e certifica-

zioni vincolano non solo le istituzioni ma anche i giudici dello Stato in cui l'attività è svolta, e se tra le certificazioni vincolanti fosse da includere anche l'attestazione della legislazione applicabile, tra cui il certificato A1, rilasciato dall'istituzione dello Stato emittente. Il punto era, dunque, se i giudici austriaci potessero disapplicare il certificato A1 rilasciato dall'autorità amministrativa ungherese, e iscrivere i lavoratori distaccati alla cassa sanitaria austriaca.

La Corte, richiamati i principi di certezza del diritto e di unicità della legislazione di sicurezza sociale applicabile per la medesima prestazione, nega tale facoltà, perché se, al di fuori dei casi di frode o di abuso di diritto, si ammettesse che una istituzione può richiedere al giudice nazionale dello Stato in cui il lavoratore è distaccato di far dichiarare invalido un certificato A1, il sistema basato sulla leale collaborazione tra gli organi competenti degli Stati membri rischierebbe di essere compromesso.

In senso conforme, sul carattere vincolante già del certificato E101, che nell'evoluzione della regolamentazione di sicurezza sociale UE ha preceduto il certificato A1, e la competenza esclusiva dell'istituzione emittente riguardo alla valutazione della validità di tale certificato, cfr. le sentenze del 26 gennaio 2006, *Herbosch Kiere*, C-2/05, EU:C:2006:69, punti da 30 a 32, e del 27 aprile 2017, *A-Rosa Flussschiff*, C-620/15, EU:C:2017:309, punto 51.

L'art. 5, paragrafo 1 del Regolamento n. 987/2009, codifica dunque un orientamento giurisprudenziale della CGE consolidato.

Il suddetto principio si applica, prosegue la Corte in merito alla seconda questione, anche nel caso in cui, espletata la procedura di dialogo e consultazione senza che le autorità dello Stato distaccante e dello Stato di invio abbiano trovato un accordo circa la validità della certificazione A1 emessa, e la questione sia stata dalle medesime autorità deferita alla Commissione Amministrativa nell'ambito del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 5, paragrafi da 2 a 4 del Reg. n. 987/2009 per il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale applicabile, e la Commissione abbia infine concluso che il certificato A1 era stato rila- ➔

sciato erroneamente, e che avrebbe dovuto essere ritirato. Infatti nell'ambito di tale procedura il ruolo della Commissione è quello di (tentare di) conciliare i punti di vista delle autorità competenti degli Stati membri che le hanno sottoposto la questione.

Infine, prosegue la Corte nella decisione della stessa questione, il combinato disposto dell'art. 5, par. 1 e dell'art. 19, par.2. del Reg. n. 987/2009 "devono essere interpretati nel senso che un certificato A1, rilasciato dall'istituzione competente di uno stato membro ai sensi dell'art. 12 par.1 del Reg. 883/2004 vincola sia le istituzioni di sicurezza sociale dello Stato membro in cui l'attività è svolta sia i giudici di tale Stato membro, se del caso con effetto retroattivo quand'anche tale certificato sia stato rilasciato solo dopo che detto Stato membro aveva accertato l'assoggettamento del lavoratore interessato all'assicurazione obbligatoria ai sensi della propria legislazione".

Distacco UE. Nozione di persona inviata in sostituzione di altra persona. Inderogabilità del principio generale di territorialità

Last but not least, per le considerevoli ricadute operative in caso di frequente ricorso al distacco, ad esempio in occasione di appalti transnazionali o progetti

internazionali *intercompany*, la terza questione riguarda la non applicabilità della normativa speciale di deroga al principio della *lex loci* prevista all'art. 12 del Reg. n. 883/2004, laddove consente ad un lavoratore distaccato di rimanere assoggettato per un determinato periodo alla legislazione previdenziale del Paese di provenienza, "*purché non sia inviato in sostituzione di altra persona*". Secondo la Corte infatti, qualora un lavoratore sia inviato in distacco da un datore di lavoro in sostituzione di lavoratore distaccato anche da altro datore di lavoro (a prescindere dunque da quale sia l'impresa o lo Stato membro di provenienza di tale lavoratore distaccato *ex novo*), la deroga al principio della *lex loci* prevista dall'art. 12, Reg. n. 883/2004 non sarà applicabile. Il reiterato ricorso a lavoratori distaccati per coprire la medesima posizione lavorativa non è infatti conforme - ricorda la Corte - ai principi generali dello stesso Reg. n. 883/2004, che considera la *lex loci laboris* miglior strumento per garantire la parità di trattamento delle persone occupate in un medesimo Stato membro.

La condizione di non sostituzione si applica dunque cumulativamente a quella, parimenti prevista dall'art. 12, paragrafo 1 del Reg. n. 883/2004, relativa alla durata massima del lavoro in questione.

Coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione aziendale: emanata la circolare Inps sulla decontribuzione dei premi di risultato

A distanza di oltre un anno dall'entrata in vigore del D.L. 24 aprile 2017, n. 50 che ha istituito la decontribuzione dei premi di risultato, l'Inps, con circolare n. 104 del 18 ottobre 2018, illustra le modalità di fruizione del beneficio. Ancora prima di analizzare i punti salienti della disposizione amministrativa sopra citata appare utile richiamare, seppur brevemente, il quadro normativo entro cui si colloca la stessa disposizione.

Come è noto, l'art. 1, commi 182 e seguenti della legge n. 208/2015 (c.d. "Legge di stabilità 2016") ha reso strutturale il regime fiscale agevolato, per i premi di risultato e le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa. Successivamente, la legge di bilancio 2017 (L. n. 232/2016) ha reso ancora più interessante l'agevolazione, incrementando gli importi dei premi agevolati e innalzando la soglia reddituale di accesso così da ampliare significativamente la platea dei soggetti beneficiari. In estrema sintesi, i lavoratori, con reddito da lavoro dipendente fino a 80.000 euro, possono fruire di un'imposta sostitutiva dell'Irpef e delle addizionali regionale e comunale pari al 10% entro il limite di importo complessivo di 3.000 euro lordi, ovvero di

4.000 euro per le imprese che coinvolgano paritetivamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, da applicare sui premi di risultato di ammontare variabile la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, nonché sulle somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa.

Con specifico riferimento ai premi di risultato nel caso di aziende che coinvolgono paritetivamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro, l'articolo 55 del decreto legge n. 50/2017, eliminando il limite di 4.000 euro, ha introdotto da un lato uno sgravio consistente nella riduzione di 20 punti percentuali dell'aliquota contributiva a carico del datore di lavoro su un massimo imponibile di 800 euro e dall'altro il totale esonero dei contributi a carico del lavoratore.

Da un punto di vista concettuale la misura rappresenta un lodevole, ennesimo tentativo di tradurre in operatività il principio generale espresso nell'art. 46 della Costituzione (ma anche in tanti altri provvedimenti normativi) secondo cui, al fine dell'elevazione economica e sociale del lavoro, i lavoratori hanno il diritto a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende. Nella prati- ➔

ca però, la spinta verso una reale pariteticità gestionale ha sempre incontrato, nel nostro Paese, numerosi ostacoli di tipo strutturale e ideologico. Seguendo le indicazioni fornite con Decreto Interministeriale Lavoro/Economia del 25 marzo 2016, le modalità di coinvolgimento paritetico dei lavoratori devono essere realizzate attraverso un piano che stabilisca, a titolo esemplificativo, la costituzione di gruppi di lavoro, nei quali operino i responsabili aziendali e i lavoratori, finalizzati al miglioramento delle aree produttive. Sempre in tema di operatività della norma in argomento, cerchiamo di riassumere il contenuto della circolare Inps n. 104 del 18 ottobre 2018 che illustra le modalità di fruizione della misura agevolativa prevista dall'articolo 55 del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, per i premi di produttività del settore privato.

La circolare, dopo aver richiamato la normativa succedutasi negli ultimi anni sul tema della detassazione dei premi di produttività, puntualizza le misure previste dall'articolo 55 del decreto legge n. 50/2017 a favore dei datori di lavoro che adottano sistemi di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nell'organizzazione del lavoro in esecuzione di contratti collettivi di secondo livello stipulati successivamente al 24 aprile 2017 (data di entrata in vigore del D.L. n. 50/2017).

Le condizioni principali per poter fruire della decontribuzione sono, dunque, da una parte l'adozione di sistemi di coinvolgimento paritetico dei lavoratori nella organizzazione aziendale e dall'altra quella di avere sottoscritto un contratto di secondo livello a far data dell'entrata in vigore della novella legislativa. Sulle modalità di coinvolgimento dei lavoratori l'Inps richiama quanto previsto nel Decreto Interministeriale Lavoro/Economia del 25 marzo 2016 cui si è già accennato in precedenza e nella circolare n. 28/E/2016 dell'Agenzia delle Entrate che, subordina il beneficio alla circostanza *“che i lavoratori intervengano, operino ed esprimano opinioni che, in quello specifico contesto, siano considerate di pari livello, importanza e dignità di quelle espresse dai responsabili aziendali che vi partecipano con lo scopo di favorire un*

impegno “dal basso” che consenta di migliorare le prestazioni produttive e la qualità del prodotto e del lavoro”. Sempre con riferimento ai sistemi di coinvolgimento paritetico dei lavoratori, la circolare Inps in commento richiama quanto previsto nella circolare n. 5/E/2018 dell'Agenzia delle Entrate che più dettagliatamente contempla, tra gli altri schemi, il c.d. Piano di Innovazione elaborato dal datore di lavoro che preveda: *“(i) la disamina del contesto di partenza, (ii) le azioni partecipative e gli schemi organizzativi da attuare e i relativi indicatori, (iii) i risultati attesi in termini di miglioramento e innovazione, (iv) il ruolo delle rappresentanze dei lavoratori a livello aziendale, se costituite. Il Piano può contenere progetti di innovazione già avviati, dai quali si attendono ulteriori specifici incrementi di produttività, nonché progetti da avviare”*. Per quanto riguarda la contrattazione di secondo livello, l'Istituto chiarisce che l'agevolazione spetta in forza di contratti collettivi aziendali o territoriali stipulati successivamente alla data del 24 aprile 2017 che risultino già depositati con modalità telematiche presso l'Ispettorato territoriale del lavoro secondo le indicazioni previste nell'articolo 5 del decreto interministeriale 25 marzo 2016.

Possono rientrare nella misura agevolativa anche gli accordi di secondo livello già sottoscritti alla data del 24 aprile 2017 ai quali siano state apportate modifiche e/o integrazioni che prevedano il coinvolgimento dei lavoratori. In tale ultimo caso, i contratti integrati e/o modificati dovranno essere nuovamente depositati presso l'Ispettorato del lavoro nei termini previsti dalla norma. Nel rispetto delle condizioni generali sopra esposte e di quelle previste dall'articolo 1, comma 1175, della legge n. 296/2006, i premi di risultato e le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa beneficeranno del regime previdenziale agevolato consistente nella riduzione (cumulabile con eventuali ulteriori agevolazioni contributive) di 20 punti percentuali dell'aliquota IVS a carico del datore di lavoro su una quota annua di premio agevolabile non superiore ad 800 euro. La quota di premio soggetto a decontribuzione non va considerata nella determinazione della re- ➔

tribuzione ai fini pensionistici né computata ai fini del raggiungimento del massimale annuo della base contributiva e pensionabile (L. n. 335/1995). La decontribuzione si applica, altresì, in misura totale e fino all'ammontare annuo di 800 euro sulla contribuzione a carico del lavoratore (IVS e CIGS).

Vengono esclusi dall'agevolazione: i contributi dovuti ai Fondi di solidarietà, il contributo di solidarietà previsto per i lavoratori dello spettacolo ed il contributo aggiuntivo (1%) dovuto sulle quote di retribuzione eccedenti il limite della prima fascia di retribuzione pensionabile.

Appare necessario precisare che la soglia massima agevolabile (euro 800) opera su base annuale per cui il lavoratore che, nell'arco dello stesso anno abbia stipulato più rapporti di lavoro è tenuto a comunicare al proprio datore di lavoro la quota di premio di produttività, ricevuto nel medesimo anno da un diverso

datore, che fruisce della decontribuzione di cui all'articolo 55 del D.L. n. 50/2017.

I soggetti interessati alla riduzione contributiva sono i lavoratori subordinati del settore privato, qualunque sia la tipologia contrattuale e la modalità di svolgimento del rapporto (part-time, intermittente, tempo determinato, somministrazione, apprendistato), mentre per i lavoratori somministrati dovrà farsi riferimento alla contrattazione di secondo livello sottoscritta dall'impresa utilizzatrice o dalle organizzazioni cui essa aderisce. Alle agevolazioni contributive sopra evidenziate si aggiunge l'ordinaria misura della detassazione pari al 10% nel limite di 3.000 euro annui.

La circolare Inps n. 104 del 18 ottobre 2018 indica, infine, le modalità operative di fruizione della decontribuzione con le specifiche tecniche riguardanti i flussi UniEmens e DMAG, nonché le istruzioni per il recupero della maggiore contribuzione versata dalle aziende sui premi di produttività già corrisposti.

Iscrizione, accantonamenti e versamenti alle Casse Edili, secondo la giurisprudenza costituzionale e di legittimità

Recenti pronunce giurisprudenziali sembrano aver messo in dubbio l'obbligatorietà del versamento degli accantonamenti alle casse edili.

Tanto è dato di desumere, tra le più recenti, dall'ordinanza della Cassazione n. 9962 del 23 aprile 2018.

Va subito precisato che quello degli accantonamenti alle casse edili è un argomento "scottante", soprattutto perché registra una vera e propria "polarizzazione" delle posizioni tra chi vede in questo istituto (non sempre immotivatamente) l'ennesimo esempio di "carrozzina sindacale", e chi ritiene che sia un soggetto – tra l'altro uno dei primi esempi di bilateralità – che svolge funzioni di tutela per i lavoratori, nel momento in cui garantisce a questi la corresponsione di trattamenti la cui interezza è suscettibile di essere messa in dubbio dalla stessa discontinuità del lavoro in edilizia.

La diatriba, in realtà viene da lontano, e già all'indomani del recepimento del Ccnl per i Dipendenti delle Imprese Edili dell'Industria del 24 luglio 1959 dai cosiddetti "Decreti Vigorelli" (e precisamente dal D.P.R. n. 1032 del 14 luglio 1960 in attuazione della L. n. 741 del 14 luglio 1959), che può essere considerato "l'atto di nascita" dell'istituto delle Casse Edili (quanto meno per il comparto industriale).

Con le sentenze nn. 43 del 26 maggio 1965, 78 del 23 ottobre 1964, 31 del 18 marzo 1964 e 129 del 4 luglio 1963, la Corte Costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità del suddetto Ccnl (come normativamente recepito) laddove prevede l'obbligo di iscrizione a detti Enti – che ricordiamo nascono come risultato dell'autonomia delle parti contraenti – anche alle imprese non aderenti ai soggetti firmatari.

Posta la questione in questi termini, ed assodato che:

1) parliamo di enti e strutture di servizio di natura privatistica, 2) che erogano trattamenti di natura retributiva (sempre per evitare che la discontinuità del lavoro in edilizia si traduca in una diminuzione di taluni istituti di retribuzione differita per i lavoratori), sembrerebbe che le imprese edili siano non già obbligate, bensì facoltizzate all'iscrizione ed al versamento degli accantonamenti in Cassa Edile, ben potendo, in alternativa corrisponderli direttamente al lavoratore.

Ma è davvero così?

Un'analisi più approfondita, infatti, porta a ridimensionare la portata di questa impostazione.

In primo luogo, riandando alle pronunce della Corte Costituzionale, va evidenziato che le stesse non hanno riguardato il divieto di conglobamento nella retribuzione ordinaria degli importi da accantonare, di cui all'art. 34 del menzionato Ccnl.

Tanto è dato desumere dalle sentenze della Cassazione Penale nn. 11564 del 19 novembre 1994 (III sez.), 10683 del 23 novembre 1993 (sez. II), 2527 del 24 febbraio 1987 (sez. III), 8201 del 12 agosto 1986 (sez. III) e 8595 del 21 dicembre 1972 (sez. I), che non solo sanzionano il mancato accantonamento ed il conglobamento ai sensi dell'art. 8 della L. n. 741 del 14 luglio 1959, ma riaffermano l'obbligo dell'accantonamento e della sua evidenza, sia contabile – con l'individuazione di un apposito e distinto appostamento – che finanziaria – con il versamento in appositi fondi distinti dalla cassa ordinaria.

In secondo luogo non può negarsi una intervenuta evoluzione dell'Istituto che pur rimanendo di derivazione privatistica, si vede oggi riconosciuta la qualità di "esercitante un servizio di pubblica utilità" per la ➔

natura delle prestazioni erogate, soprattutto laddove le stesse vanno ad integrare trattamenti che sarebbero altrimenti normalmente corrisposti in misura inferiore rispetto alle retribuzioni correnti.

Depone in tal senso la sentenza della Cassazione Civile (sez. lavoro) n. 25888 del 28 ottobre 2008, che – richiamando a sua volta la sentenza n. 13300/2005 – dichiara fondato il verbale dei servizi ispettivi quale titolo *ex art. 635, c. 2, c.p.c.* per l'emissione del decreto ingiuntivo da parte della Cassa Edile nei confronti delle imprese inadempienti.

Tale convincimento è rafforzato dalla sentenza della Cassazione n. 39539 del 5 ottobre 2012 che, riconoscendo funzionari ed impiegati delle casse edili quali “incaricati di pubblico servizio”, estende anche a costoro la possibilità di condanna per il reato di peculato, in luogo della – più leggera – sanzione per l'appropriazione indebita.

Tanto meno questa ricostruzione viene smentita dalle sentenze di legittimità che negano la legittimazione del lavoratore ad agire direttamente verso la Cassa Edile per la “tutela automatica”, in quanto fondate:

- a) sulle norme disciplinanti l'istituto della delegazione di pagamento (artt. 1269, 1270 e 1272 c.c.), ed illuminante è la lettura dell'ordinanza n. 5073 del 5 marzo 2018, nonché delle sentenze nn. 670 del 12 gennaio 2018 e 7050 del 28 marzo 2011, tutte della Cassazione,
- b) sulla mancanza di uno specifico obbligo della Cassa Edile ad insinuarsi nel passivo delle imprese inadempienti fallite (Cass. nn. 1604 del 28 gennaio 2015 e 6869 del 7 maggio 2012),
- c) sulla natura non privilegiata del credito delle Casse Edili verso le imprese inadempienti, non avendo questo natura contributiva (Cass., ord. n. 23520 del 9 ottobre 2017).

In questa prospettiva va ridimensionata la portata della già citata ordinanza n. 9962/2018 e della sentenza n. 7050/2011, in quanto le stesse non decidono in ordine all'esistenza o meno di un obbligo di versamento degli accantonamenti alla cassa edile – e quale ne sia la natura – bensì sulla possibilità per le imprese destinatarie di un decreto ingiuntivo da parte di questa per gli accantonamenti non versati, di opporvi validamente l'intervenuto pagamento dei corrispondenti trattamenti direttamente al lavoratore (secondo gli

artt. 1269 e ss. del codice civile)!

Ed a voler procedere ad una ricostruzione normativa dell'istituto, non si può fare a meno di osservare come il citato obbligo trovi fondamento in tutte quelle norme che obbligano l'impresa esercente attività edile al rispetto integrale dei relativi Ccnl, anche condizionandone il pagamento delle spettanze – in caso di appalto – all'emissione del Durc da parte delle stesse casse edili.

Si vedano all'uopo gli articoli 10 della L. n. 30/2003, 86 del D.Lgs. n. 276/2003, 29 del D.L. n. 244/1995 e 30, 80 e 105 del D.Lgs. n. 50/2016 (38 nel vecchio T.U. sui pubblici appalti), nonché la sentenza della Cassazione Civile a SS.UU. n. 4092 del 16 febbraio 2017 ed il parere ANAC AG10-08 del 17 aprile 2008. Non mancano, a fronte di questa ricostruzione, coloro che osservano che, pur rispondendo ad un interesse del lavoratore, possono sussistere situazioni in cui l'estensione dell'obbligo in questione a tutti gli esercenti attività edile può presentare profili di iniquità.

Si pensi ad esempio ad una cooperativa sociale di tipo “B” o “integrata” che operando in tale settore voglia applicare il Ccnl delle cooperative sociali e non quello per i dipendenti delle imprese edili, decisione legittima, visto il tenore dell'art. 1 del Ccnl per le cooperative sociali vigente.

Questo, infatti, prevede che tredicesima, ferie e trattamenti di anzianità vengano erogati direttamente dalla cooperativa ai soci ed ai propri dipendenti, ed obbligare questa anche all'accantonamento alla cassa edile si configurerebbe come un adempimento del tutto inutile.

Ora, ferma restando la possibilità, in caso di decreto ingiuntivo, di richiamare le norme sulla delegazione di pagamento (artt. 1269 e ss. del codice civile), vi sarebbe a detta di chi scrive, la possibilità di ricorrere in via analogica a quanto previsto dall'art. 2 *bis* del D.L. n.18/1991 (riconosciuta anche dal parere ANAC n. 12/2015) per le imprese che si occupano di impiantistica.

Come per queste, infatti, per una cooperativa sociale integrata o tipo B, l'attività edilizia è del tutto strumentale rispetto allo scopo dell'impresa che – nel caso delle seconde – è quella di recuperare socialmente i soci svantaggiati tramite il lavoro. Per le stesse, quindi, potrebbero – legittimamente – non configurarsi gli obblighi di iscrizione e versamento in cassa edile.

GDPR - Aggiornamenti normativi, semplificazioni e inettitudini bloccanti

Tra il concludersi dell'estate e l'aprirsi dell'autunno, due atti unici si sono succeduti sul palcoscenico della protezione dei dati: il 19 settembre è entrato in vigore il decreto legislativo di armonizzazione della normativa nazionale al Regolamento EU 679/2016; poco meno di un mese dopo il Garante per la protezione dei dati personali (che poi è sempre lui, il Garante Privacy, che ancora vive la sua doppia identità, tra passato e presente) ha pubblicato le istruzioni riguardanti il registro dei trattamenti.

Il Codice Privacy ammodernato

Premessa: il D.lgs. n. 101/2018, di per sé illeggibile, se volete seguirne le vicende normative, appassionarvi per le sue coraggiose avventure e allietarvi con la sua prosa colta e leggiadra, vi consiglio di scaricare il testo coordinato dal sito del Garante (conquistabile agilmente in internet tramite digitazione di "codice coordinato garante").

La parte generale del Codice Privacy viene ampiamente abrogata per lasciar spazio alle disposizioni del Regolamento, in questo modo le norme su: principi, basi giuridiche del trattamento, informativa e consenso, vengono sostituite da quelle contenute nel GDPR.

Nella parte speciale invece si trova la regolamentazione di alcune questioni di un certo rilievo:

- Per i controlli a distanza viene recepita pedissequamente la legge n. 300 del 1970 (sia per l'art. 4, sia per l'art. 38), come modificata nel 2015 dal D. lgs. n. 151. Niente di nuovo, quindi, ma un'ennesima conferma che, per affrontare questo tema, è necessario:
 - analizzare quali e quanti dati vengono raccolti,

- non fermandosi alla videosorveglianza (o, ancor peggio, sulla disquisizione dell'esatto angolo di visuale del videocitofono) ma pensando a localizzazione, log informatici, dispositivi mobili;
- fissare esattamente la finalità per la quale questi dati vengono raccolti;
- informare gli interessati dei due punti qui sopra esposti.

- Nella gestione dei *curricula vitae*, il D.lgs. n. 101/2018 stabilisce che l'informativa ex art. 13 del GDPR, può essere fornita al momento del primo contatto utile, successivo all'invio del *curriculum*; fermo restando il rispetto delle finalità stabilite dall'articolo 6, paragrafo 1) lettera b) del Regolamento UE, il consenso al trattamento dei dati personali non è richiesto. Quindi i CV si possono ricevere, tenere per un tempo determinato e utilizzare per selezionare il personale, senza dover inviare nulla, né chiedere niente ai candidati (in questo paese manca solo che ci si metta a cestinare i lavoratori ancora prima di assumerli, per incrementare le quote divano).
- Per continuità mantengono il loro valore i provvedimenti e le autorizzazioni del Garante fino al completamento del loro riesame e adattamento (da compiersi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto).
- Il Garante è chiamato a promuovere l'emanazione di regole deontologiche per taluni settori (lavoro, giornalismo, statistica e ricerca scientifica) tramite coinvolgimento dei soggetti interessati e pubbli- ➔

che consultazioni. Grandi speranze dickensiane vengono riposte in ordini e colleghi professionali.

- Il nuovo articolo 154 *bis*, co. 4 del Codice Privacy prevede: *“In considerazione delle esigenze di semplificazione delle micro, piccole e medie imprese, [...] il Garante per la protezione dei dati personali, [...], promuove, [...], modalità semplificate di adempimento degli obblighi del titolare del trattamento”*. Anche in questo caso ampie aspettative, sperando che non si tramutino in miraggi sahariani, un avviso di mobilitazione c'è, ne scrivo più avanti.
- Si prevedono sanzioni penali per alcune violazioni della normativa, che vanno ad aggiungersi alle note sanzioni amministrative previste dal Regolamento (fino a 20 milioni di euro o al 4% del fatturato mondiale annuale lordo) che hanno atterrito uomini e donne di buona volontà. Vengono penalmente sanzionati: il trattamento illecito di dati personali; l'acquisizione fraudolenta, la comunicazione e la diffusione illecita di dati personali oggetto di trattamento su larga scala; le false dichiarazioni rese al Garante; l'inosservanza dei provvedimenti del Garante; la violazione del comma 1 dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori.
- I diritti riferiti ai dati personali delle persone decedute possono essere esercitati da chi ha un interesse proprio, o agisce a tutela dell'interessato, in qualità di suo mandatario o per ragioni familiari meritevoli di protezione. Qui forse ci vorrà un po' di giurisprudenza per capirne contorni e pietanze.
- Ai sensi dell'art. 22, co. 13, *“Per i primi otto mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, il Garante per la protezione dei dati personali tiene conto, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative e nei limiti in cui risulti compatibile con le disposizioni del regolamento (UE) 2016/679, della*

fase di prima applicazione delle disposizioni sanzionatorie”. Questo l'ho riportato testualmente perché non ci possa essere fraintendimento: non si tratta di proroga ma di un invito alla bontà d'animo del controllore che, certamente seguirà la richiesta di amabili sentimenti ma non significa che si può aspettare maggio 2019 per adeguarsi, si cadrebbe nella diabolica perseveranza.

La semplificazione sospirata

L'otto ottobre, il Garante per la protezione dei dati personali ha pubblicato (basta cercare in internet “faq registro garante” e vi si sbarca agevolmente) alcune istruzioni sul Registro delle attività di trattamento ma, soprattutto, due modelli, semplificati e scaricabili, uno per il Titolare e l'altro per il Responsabile del trattamento, sia in pdf sia in Excel, rivolti alle piccole e medie imprese.

I documenti sono utili per semplificare il percorso di adempimento, perché riducono all'essenziale la fase di analisi e di compilazione, permettendo di creare due strumenti (i consulenti del lavoro dovrebbero tenerli entrambi: da Titolare, per i trattamenti da datore di lavoro, e da Responsabile, per i dati dei clienti) che diventano solida base per la redazione della documentazione e l'analisi dei rischi.

Chiudo insistendo: un sistema informatico contemporaneo - l'antico si sposa bene con gli arredi e il rosa, per nulla con la tecnologia - e una seria formazione delle persone - l'ignoranza invece fa *pendant* col fallimento - possono evitarci di restare mezza giornata in osservazione di un tecnico, che ci ripristina il sistema marmorizzato da un attacco informatico, mentre, per far passare il tempo, costruiamo aeroplanini di carta con i documenti privacy.

Licenziamento individuale ad nutum e per giusta causa del dirigente: tutela legale e convenzionale

{ Dalla individuazione della “nozione” di dirigente fino alla cessazione del rapporto di lavoro, passando per temi anche economici (retribuzione e fondi), si chiude, con l’odierno contributo un percorso che ha toccato alcuni aspetti particolarmente rilevanti e/o critici legati alla gestione del rapporto di lavoro dirigenziale.

Il tema del recesso aziendale dal rapporto di lavoro ha da sempre rappresentato campo di particolare interesse da parte di tutti gli attori coinvolti, tant’è che la produzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema è copiosa e a volte anche contraddittoria. Tanto più se ci si vuole concentrare sulla figura dei dirigenti nel settore privato che, come emerso nei precedenti contributi pubblicati su questa Rivista¹, sconta l’assenza di una nozione legislativa, limitata ai soli artt. 2094 e 2096 del codice civile e, pertanto, per individuare requisiti e caratteristiche tipiche di tale figura nonché la peculiarità della disciplina inerente il licenziamento dei dirigenti, non si può prescindere dall’analisi della contrattazione collettiva specifica per tale categoria concentrando l’attenzione sui due principali contratti collettivi, ovvero Industria e Commercio. La cessazione del rapporto di lavoro dirigenziale può avvenire per licenziamento, dimissioni o risoluzione consensuale. *Focus* della presente analisi sarà il recesso per licenziamento *ad nutum* e il licenziamento per giusta causa.

Il codice civile (art. 2118), consente, a ciascuno dei contraenti, il recesso da un contratto a tempo indeterminato senza fornire alcuna motivazione (*ad nutum*) e con il solo vincolo del preavviso (fissato dai

contratti collettivi). Con la L. n. 604/66 (e successive modifiche) sono state successivamente introdotte nel nostro ordinamento le c.d. “norme limitative dei licenziamenti individuali” con le quali si stabiliva che, per poter legittimamente procedere al licenziamento di un lavoratore, si dovesse ottemperare innanzitutto all’obbligo della forma scritta (art.2), si sanciva (art.4) la nullità del licenziamento qualora realizzato a scopo discriminatorio e si statuiva (art.3) la necessità della sussistenza, a sostegno del licenziamento, di un giustificato motivo (soggettivo o oggettivo). L’articolo 10 della stessa legge però limitava l’ambito di dette “tutele nei confronti dei prestatori di lavoro che rivestano la qualifica di impiegato e di operaio, ai sensi dell’articolo 2095 del Codice civile” escludendo di fatto i dirigenti. Successivamente, con le modifiche legislative introdotte dalla L. n. 108/1990, l’obbligo della forma scritta (art. 2, co. 4) e della tutela contro il licenziamento discriminatorio (art. 3) furono esplicitamente estese anche ai dirigenti.

Tuttavia, ancora oggi, permane, ed è ancora molto sentita, la questione del recesso senza motivazione; sono infatti poche e specificatamente individuate le fattispecie in cui è ancora ammesso il licenzia- ➔

{ 1. V. Sintesi nn. 3/2018, 6/2018 e 8/2018.

mento *ad nutum* e che sfuggono al regime della L. n. 604/66: il licenziamento del dirigente rappresenta una di queste. Ad onor del vero, nel corso degli anni sono stati molteplici i tentativi di una censura di illegittimità costituzionale ai quali però la norma ha resistito². In tale panorama sono intervenuti i contratti collettivi che hanno precisato che nel caso di risoluzione ad iniziativa dell'azienda, quest'ultima è tenuta a specificarne contestualmente la motivazione³.

L'evoluzione del licenziamento ad nutum del dirigente

Al fine di individuare la disciplina applicabile nel caso della risoluzione del rapporto - c.d. licenziamento *ad nutum* (con un cenno del capo) del dirigente - dobbiamo far riferimento alla giurisprudenza che ha, nel tempo e nei casi concreti, provveduto a definire gli elementi qualificanti della figura del dirigente individuando le diversità di tutela nei casi di licenziamento tra tale categoria e i lavoratori sì subordinati, ma non dirigenti.

Un primo intervento della giurisprudenza diretto a definire la figura del dirigente lo ritroviamo nella sentenza 6 luglio 1972, n. 121 della Corte Costituzionale che, come detto sopra, si è pronunciata in merito alla questione di costituzionalità sollevata nei confronti dell'art. 10 della L. n. 604/1966 nella parte in cui esclude i dirigenti dalle tutele che sono previste per i licenziamenti individuali⁴.

In tale sentenza la Suprema Corte sostiene che il rapporto di lavoro del dirigente si distingue poiché caratterizzato da un rapporto di collaborazione e fiducia molto più "stretto" rispetto a quello degli altri lavoratori subordinati.

La categoria dirigenziale viene così definita dalla Corte Costituzionale: *"A caratterizzare la categoria dei dirigenti concorrono la collaborazione immediata con l'imprenditore per il coordinamento aziendale nel suo complesso ed in un ramo importante di esso; il carattere*

*fiduciario della prestazione; l'ampio potere di autonomia nell'attività direttiva; la supremazia gerarchica su tutto il personale dell'azienda o di un ramo importante di esso, anche senza poteri disciplinari, ma sempre con poteri organizzativi; la subordinazione esclusiva all'imprenditore o ad un dirigente superiore; e l'esistenza di un potere di rappresentanza extra o infraziendale."*⁵

Potremmo quindi affermare che sono proprio le peculiari caratteristiche del rapporto di lavoro dirigenziale, ed in particolare l'attribuzione di una specifica fiducia al dirigente da parte del datore di lavoro, che in qualche modo giustificano la sottrazione dell'atto di recesso ai vincoli fondamentali del giustificato motivo, soggettivo e/o oggettivo, e sono alle base della maggiore libertà concessa all'iniziativa del datore di lavoro, rispetto alle altre categorie di lavoratori subordinati, in materia di cessazione del rapporto. Si determina in tal modo, in via teorica, una maggiore semplicità nello scioglimento del rapporto dirigenziale.

Il recesso così come disciplinato dall'articolo 2118 del codice civile è segno, a parere di chi scrive, di una concezione liberista del rapporto di lavoro, che avrebbe avuto sicuramente minor eco in dottrina e in giurisprudenza se solo fosse basato su un sostanziale equilibrio di forza delle posizioni delle due parti, presupposto questo obiettivamente poco plausibile in un rapporto di subordinazione seppure di carattere speciale come quello del dirigente.

Dunque una asettica lettura dell'articolo 2118 c.c. consentirebbe al datore di lavoro di risolvere il contratto senza l'obbligo di fornire alcuna motivazione, prevedendo il solo onere procedurale di dare al lavoratore il preavviso⁶; ecco perché si definisce *ad nutum*: la risoluzione del rapporto di lavoro dipenderebbe esclusivamente dalla semplice volontà di interrompere il sinallagma ed il giudice sarebbe sollevato dall'onere di indagare sull'esistenza e validità di motivazioni poste alla base di tale volontà. ➔

2. Una delle più importanti è Corte Cost. 6 luglio 1972, n. 121 [...] la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10 in generale, e cioè affermato che la disciplina relativa ai licenziamenti unilaterali per giusta causa e per giustificato motivo non si riferisce, e senza alcun contrasto con l'art. 3

della Costituzione, ai dirigenti, [...]

3. Art. 22 del CCNL Dirigenti Industria e art. 39 del CCNL Dirigenti Commercio.

4. Berruti M., *Il rapporto di lavoro del dirigente*, La giurisprudenza, 2005, pag. 19.

5. C. Cost. n. 121/72 cit.

6. Anche in tema di preavviso si riscontrano

orientamenti diversi in merito all'efficacia del preavviso in ipotesi di recesso *ad nutum* obbligatoria (Cass., sez. Lavoro, 21 maggio 2007, n. 11740; Cass., sez. Lavoro, 16 giugno 2009, n. 13959) oppure reale (Cass, sez. Lavoro, 15 maggio 2007, n. 11094; Cass., sez. Lavoro, 30 agosto 2004, n. 17334).

Questo non sta a significare che il rapporto di lavoro tra dirigente e datore di lavoro sia un rapporto privo di tutela contro il licenziamento, difatti, la contrattazione collettiva, ha provveduto a disciplinare la materia moderando il potere di recesso unilaterale del datore di lavoro, ad esempio sia nel Ccnl Dirigenti Industria che nel Ccnl Dirigenti Commercio si è introdotta la possibilità per il dirigente, *ove non ritenga giustificata la motivazione addotta dall'azienda, ovvero nel caso in cui detta motivazione non sia stata fornita contestualmente alla comunicazione del recesso* di ricorrere ad un Collegio Arbitrale di conciliazione, abilitato a verificare la "giustificatezza del licenziamento", ed eventualmente disporre penalità economiche (anche molto rilevanti)⁷.

Operando in tal modo, la contrattazione collettiva, non ha disapplicato l'articolo 2118 del codice civile, né ha potuto estendere ai dirigenti le tutele previste per gli altri lavoratori dipendenti (L. n. 604/66 e L. n. 300/70) ma ha decisamente modificato, nella procedura e nella sostanza, il recesso da parte del datore di lavoro, che non può più procedere senza addurre una motivazione.

Infatti, disponendo la possibilità concreta di sottoporre ad un giudizio la motivazione esposta dall'azienda, ricorrendo al Collegio arbitrale, vuol dire che la semplice espressione di volontà del datore non è più sufficiente a determinarne la legittimità. Pertanto il recesso, pur vigendo ancora l'art. 2118, non può più essere considerato *ad nutum*, poiché esiste un soggetto dotato del potere di intervenire nel merito della decisione del datore di lavoro.

Sul punto la giurisprudenza si è nel tempo evoluta da un primo orientamento volto al riconoscimento dell'obbligo di comunicazione scritta, ma non dell'obbligo di motivazione del licenziamento, a quello più recente e di orientamento opposto che determina un alleggerimento dei vincoli formali e procedurali,

concentrandosi di più sulla sostanza che qualifica le ragioni del licenziamento e sulla possibilità di integrare le stesse anche successivamente in sede giudiziaria, durante l'istruttoria.

La Cassazione osserva che *«l'art. 22, comma 2° del CCNL dirigenti settore industria, pur prevedendo che, in caso di risoluzione ad iniziativa dell'azienda, quest'ultima sia tenuta ad specificarne contestualmente la motivazione, non prevede, quale automatica e diretta conseguenza [della mancata specificazione contestuale], la spettanza dell'indennità supplementare; per contro il successivo terzo comma dispone che il dirigente, ove non ritenga giustificata la motivazione addotta ovvero nel caso che detta motivazione non sia stata fornita contestualmente alla comunicazione del recesso, possa ricorrere al collegio arbitrale di cui all'art. 19, il quale, ove riconosca che il licenziamento è ingiustificato, disporrà a carico dell'azienda un'indennità supplementare. Ne discende, ai sensi degli artt. 1362 e 1363 cc, che [...] la richiesta valutazione della giustificatezza o meno del licenziamento presuppone che, pur in assenza di motivazione resa contestualmente, e a fortiori, ove la stessa sia stata insufficiente o generica, il collegio [arbitrale] possa riconoscere la sussistenza o meno delle ragioni giustificative del recesso datoriale e che quindi [...] il datore di lavoro è facoltizzato ad esplicitare la motivazione del licenziamento ovvero ad integrarla, nel rispetto del principio del contraddittorio, nell'ambito del giudizio arbitrale⁸».*

In dottrina⁹ però si tende a sottolineare come la richiesta successiva della motivazione sarebbe in contrasto con le previsioni della contrattazione collettiva che dispone la contestualità della stessa al momento del licenziamento (art. 22, Ccnl Dirigenti Industria). In altri termini, possiamo dire che l'orientamento dottrinale e quello giurisprudenziale hanno introdotto, per ciò che concerne il rapporto di lavoro diri- ➔

7. Artt. 22 e 19 del CCNL Dirigenti Industria e artt. 39 e 34 del CCNL Dirigenti Commercio.
8. Cass., sez. Lavoro, 11 febbraio 2013, n. 3175:- Nel caso di specie un dirigente, contestando la genericità delle motivazioni addotte dalla società nella lettera di licenziamento, aveva adito l'autorità giudiziaria al fine di vedere accertata

l'illegittimità del recesso ed ottenere il riconoscimento dell'indennità supplementare prevista dal CCNL Dirigenti Industria.
9. M. De Cristofaro, *Licenziamento dei dirigenti e comunicazione dei motivi*, Dir. Lav. 2000, I, pag. 364 ss; C. Diotallevi, *Il licenziamento dei dirigenti privati e pubblici*, Edizioni Univ. Romane, 2010.

genziale, il principio della necessaria giustificazione del recesso che va ad assommarsi a quelli di tempestività, specificità e immodificabilità della stessa¹⁰.

Nozione e ambiguità del termine “giustificatezza”

Per quanto concerne il concetto di *giustificatezza*¹¹, l'art. 22 del Ccnl Dirigenti industria ha statuito che “*il dirigente, ove non ritenga giustificata la motivazione addotta dall'azienda, ovvero nel caso in cui detta motivazione non sia stata fornita contestualmente alla comunicazione del recesso, potrà ricorrere al Collegio arbitrale di cui all'art. 19*” e nel caso in cui il licenziamento si riveli ingiustificato può avere diritto ad una “*indennità supplementare delle spettanze contrattuali di fine rapporto*” determinata con un sistema di gradualità proporzionale all'anzianità di servizio.

Tuttavia la tutela adottata dalla contrattazione collettiva a salvaguardia del licenziamento ingiustificato ha carattere troppo generico e perciò si presta ad interpretazioni diverse.

Ciò ha generato molti interventi ed elaborazioni giurisprudenziali volti a dirimere le questioni più controverse tra le quali possiamo, senza dubbio, includere quella della ricognizione della nozione di “*giustificatezza*” con la sua peculiarità e diversità rispetto alle nozioni di giusta causa e giustificato motivo come definiti dall'articolo 2119 c.c. e dall'articolo 3 della L. n. 604/1966; senza però escludere che la *giustificatezza* possa comunque trovare fondamento sulle stesse circostanze su cui si basa il giustificato motivo soggettivo ed oggettivo. *Deve sottolinearsi - in aderenza alla costante giurisprudenza, [...] che, gli addebiti contestati al dipendente che rivesta una effettiva posizione dirigenziale, vanno valutati non tanto sotto il profilo della giusta causa, ma della sua giustificatezza, alla cui stregua può rilevare qualunque motivo purché giustificato, ossia costituente base di una de-*

*cisione coerente e sorretta da ragioni apprezzabili sul piano del diritto, le quali richiedono non l'analitica verifica di specifiche condizioni (come previsto per il GMO) salvo quelle che si identifichino in quella costituita dalla proporzionalità tra sanzione e infrazione (richiesta dalla norma base contenuta nell'art. 2104 c.c.) - ma una globale valutazione che escluda l'arbitrarietà e la pretestuosità del licenziamento*¹².

La nozione di *giustificatezza*, introdotta da norme contrattuali e che è ormai pacifico si basi sulla rilevanza attribuita al legame fiduciario del rapporto tra dirigente e datore di lavoro, si differenzia da quelle legali perché può ricomprendere e dare validità a qualsiasi motivo di recesso da parte del datore di lavoro (purché non sia di natura discriminatoria o di assoluta arbitrarietà) con i soli limiti del rispetto dei principi generali di correttezza e di buona fede. Secondo la recente giurisprudenza infatti può “*rilevare qualsiasi motivo, purché apprezzabile sul piano del diritto, idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore di lavoro*”¹³. Dunque la concezione di *giustificatezza* che emerge dagli orientamenti giurisprudenziali si discosta, o tenta di farlo, da quello di giusta causa e giustificato motivo di cui agli articoli 2118 e 2119, ma è coerente ai canoni di ermeneutica contrattuale di cui agli artt. 1362 e segg. del codice civile.

Inoltre, “*il licenziamento del dirigente può fondarsi su ragioni oggettive concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale, che non devono necessariamente coincidere con l'impossibilità della continuazione del rapporto o con una situazione di crisi tale da rendere particolarmente onerosa detta continuazione, dato che il principio di correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui si misura la legittimità del licenziamento, deve essere coordinato con la libertà di iniziativa economica, garantita dall'articolo 41 Cost. [...] per altro verso, la libertà di iniziativa economica non è in grado ex se di offrire copertura a licenziamenti immotivati o pretestuosi*”.

10. M. L. Galantino, G. Pellacani, *Licenziamenti*.

Forma e procedura, Giuffrè, 2011.

11. Il concetto di *giustificatezza* è apparso negli anni 70 ad opera della contrattazione collettiva (Ccnl dirigenti industria) come risposta all'esclusione della categoria alle tutele previste dalla Statuto

dei Lavoratori e a quelle della L. n. 604/66.

12. Cass., sez. Lavoro, 2 settembre 2010, n. 18998; Pulice M.,

La “giustificatezza” del licenziamento di un dirigente, Lav.

giur., 2011; Cass., sez. Lavoro, 17 marzo 2014, n. 6110; Cass.,

sez. Lavoro, 11 giugno 2008, n. 15496.

13. Cass., sez. Lavoro., 17 febbraio 2015, n. 3121.

In conclusione possiamo pacificamente affermare, sulla base delle numerose sentenze in materia, che la valutazione sulla giustificatezza del licenziamento si sviluppa da una prospettiva negativa, nel senso che è maggiormente concentrata non ad identificare validi presupposti a sostegno del licenziamento, ma piuttosto a verificare l'assenza di ragioni discriminatorie, pretestuose o meramente arbitrarie.

La giusta causa di licenziamento

Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto [...] qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto; così dispone l'articolo 2119 del codice civile rubricato "Recesso per giusta causa". La giusta causa del licenziamento determinerebbe pertanto il recesso in tronco del contratto senza neanche un preavviso minimo. Ma cos'è la giusta causa? Qual è la causa che può determinare in modo così severo l'interruzione del rapporto lavorativo? Senza dubbio la difficoltà di inquadrare con precisione il concetto di giusta causa è alla base della copiosa produzione giurisprudenziale e delle divergenti posizioni dottrinali che nel tempo si sono via via modificate e alternate. Per lungo tempo è prevalso l'orientamento che considerava la giusta causa "qualsiasi fatto idoneo a scuotere la fiducia" del datore, permettendo di considerare anche elementi ed eventi ritenuti sufficienti a violare quella particolare fiducia che il datore ripone nel proprio dipendente e che si sostanzia nella aspettativa di operosità, di moralità, di fedeltà, criteri questi che sembrano addurre oltre che a riferimenti giuridici e contrattuali, apprezzabili oggettivamente, anche a giudizi morali, utilizzati per valutare come gravi inadempimenti circostanze riconducibili anche *al contegno complessivo e alla personalità del lavoratore*¹⁴. Il considerevole grado di fiducia che caratterizza il rapporto dirigente/datore, tende quindi ad ampliare l'esegesi dei casi in cui si configura la giusta causa, riconducendola non solo a gravi mancanze lavorative, ma anche al verifi-

carsi di circostanze, a volte persino esterne al rapporto di lavoro, individuate come idonee a ledere l'elemento fiduciario del rapporto, riconducendo quindi la giusta causa ad elementi con valenza soggettiva. Successivamente la Cassazione ha ritenuto che "a legittimare il licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo non è sufficiente la perdita di fiducia del datore di lavoro che si ricolleggi ad un suo apprezzamento meramente soggettivo, bensì occorre che il venir meno della fiducia sia motivatamente determinata dal fatto addebitato ai dipendenti e dimostrato nella sua esistenza"¹⁵. L'orientamento dottrinale e giurisprudenziale si sta pertanto spostando verso un criterio di fiducia ricondotto maggiormente verso quello inerente il vaglio degli adempimenti (o inadempimenti) contrattuali; anche se è ancora vivo il dibattito tra la teoria c.d. "soggettiva" che considera i fatti alla base del recesso per giusta causa come riconducibili solo a gravi inadempimenti ad obblighi contrattuali e la teoria c.d. "oggettiva" che ammette alla base della rottura fiduciaria anche situazioni e comportamenti extra-lavorativi.

La Corte di Cassazione, con una recente sentenza¹⁶, ha fornito precisazioni importanti riguardo la peculiarità dell'elemento fiduciario nel rapporto dirigenziale: il caso posto all'attenzione della Suprema Corte ha origine dall'impugnazione di un licenziamento per giusta causa di una dirigente apicale in relazione alla quale la Cassazione ha confermato l'orientamento secondo cui, sia per i dirigenti apicali che per quelli medi o minori, il rapporto fiduciario è suscettibile di essere leso anche dalla mera inadeguatezza rispetto ai compiti assegnati. Il rapporto di lavoro dirigenziale, infatti, si contraddistingue per l'importanza riconosciuta al vincolo fiduciario che lega le parti, così che anche la semplice negligenza può causare la rottura del rapporto di fiducia e, pertanto, il datore di lavoro è legittimato a intimare il licenziamento per giusta causa. ➔

14. P. Tullini, *Questioni interpretative in tema di giusta causa*, Riv. trim. dir. proc. civ. 1988, 659.
15. A. Ripa, *Dirigenti e giusta causa*,

Ipsa, 2018, 21 che richiama Cass., sez. Lavoro 26 giugno 1984, n. 3744.
16. Cass., sez. Lavoro, 10 dicembre 2015, n. 24941.

«Con riferimento al licenziamento dei dirigenti è altrettanto fermo l'indirizzo di questa Corte secondo cui sia per i dirigenti convenzionali, quelli cioè da ritenere tali alla stregua delle declaratorie del contratto collettivo applicabile, sia per i dirigenti apicali o per quelli medi o minori, il rapporto fiduciario che lega il dirigente al datore di lavoro è particolarmente stretto in ragione delle mansioni affidate e, quindi, è suscettibile di essere leso — specialmente per i dirigenti al vertice dell'organigramma aziendale — anche da mera inadeguatezza rispetto ad aspettative riconoscibili ex ante o da una importante deviazione dalla linea segnata dalle direttive generali del datore di lavoro (ex multis Cass. 13 dicembre 2010, 11. 25145). Pertanto, si è affermata l'insussistenza di una piena coincidenza tra le ragioni di licenziamento di un dirigente e di un licenziamento disciplinare, derivante dalla peculiare posizione del predetto e del relativo vincolo fiduciario, che può portare al recesso anche se il datore di lavoro gli addebiti un comportamento negligente, o colpevole in senso lato, ovvero se, a base del recesso, siano poste condotte comunque suscettibili di pregiudicare il rapporto di fiducia tra le parti (Cass. 10 febbraio 2015, n. 2553), dovendosi comunque escludere l'arbitrarietà del licenziamento, al fine di evitare.. una generalizzata legittimazione della piena libertà di recesso dei dirigenti da parte del datore di lavoro (vedi, per tutte: Cass. 15 aprile 2005, n. 7828)».

Alla luce di quanto esposto, nel caso dei dirigenti, la tipologia di licenziamento per giusta causa non poteva non risentire della specificità del rapporto, legata al potere decisionale, al ruolo di vertice nell'organizzazione alla figura quale *alter ego* dell'imprenditore che il dirigente riveste; tutto ciò fa sì che il licenziamento di un dirigente per giusta causa abbia un peso diverso, e senz'altro maggiore, rispetto a quello di un dipendente di altra categoria. Difatti, circostanze o condotte, non riconducibili ad una giusta causa o ad un giustificato motivo per gli altri lavoratori, possono invece ben giustificare la risoluzione del rapporto

dirigenziale; questo perché l'attribuzione di maggiori poteri presuppone un maggiore investimento in fiducia e di conseguenza una più ampia serie di ipotesi in grado di comprometterla. Possiamo quindi dire che la specificità della categoria dei dirigenti, quali lavoratori subordinati, rispetto alle altre risiede nella circostanza per cui, la contrattazione collettiva, in mancanza di una reale giustificazione del licenziamento, non ha disposto norme che possano condizionare l'efficacia del provvedimento di recesso datoriale (che risulta sempre valido), ma si è limitata a sanzionare detta mancanza con il riconoscimento di un'indennità supplementare prevista e determinata da ciascun Ccnl.

Secondo l'orientamento prevalente, per stabilire l'esistenza della giusta causa il giudice deve valutare alla stregua dei parametri dell'art. 2119 c.c. l'effettiva gravità del comportamento stesso considerando tutte le circostanze del caso concreto, ossia prendendo in considerazione gli aspetti empirici del caso, oggettivi e soggettivi, quali ad esempio la natura e qualità del singolo rapporto, la posizione delle parti, il grado di affidamento richiesto dallo svolgimento delle specifiche mansioni, l'intensità dell'elemento intenzionale¹⁷.

A questo segue il momento valutativo vero e proprio che si sostanzia nello stimare la specifica mancanza o inadempienza, determinando se sia idonea a ledere in modo irrecuperabile il legame fiduciario tale da legittimare un sanzione quale quella espulsiva. Tale giudizio è riservato al giudice di merito e se motivato congruamente non può essere rimesso al giudizio di legittimità della Corte di Cassazione. La formulazione dell'art. 2119 c.c. nell'individuare una giusta causa di recesso in una circostanza *che non consente la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto* è tanto severa quanto ampia e generica, tanto che tale margine di discrezionalità comporta, come già sottolineato, che un analogo comportamento tenuto da dipendenti diversi (anche della medesima categoria) ➔

17. Cass., sez. Lavoro, 7 ottobre 2013, n. 22791.

possa essere valutato e sanzionato in modo sensibilmente diverso,¹⁸ proprio perché rimesso alle valutazioni, di cui sopra, ad opera del giudice di merito.

Conclusioni

Sono trascorsi ormai 10 lustri dall'introduzione, nel panorama giuslavoristico, del concetto di giustificatazza accanto a quello di giusta causa del codice civile, e non possiamo certo dire che l'evoluzione del concetto si sia arrestata. Complice anche il fervore legale in materia di flessibilità (in uscita) dei rapporti di lavoro (*Jobs Act*) e della lunghissima crisi economica degli ultimi anni, nelle aule dei tribunali, con interpretazioni e valutazioni sui casi concreti, si sono confermati i principali detentori dell'evoluzione delle vicende legate alla cessazione del rapporto di lavoro dirigente/datore.

Per completezza di analisi sull'argomento, occorre anche tenere in considerazione quanto avvenuto, in seguito alla procedura d'infrazione europea aperta nei confronti dell'Italia, con riguardo all'esclusione dei dirigenti nella disciplina dei licenziamenti collettivi nel nostro ordinamento, che ha portato il legislatore nazionale, ad opera della L. n. 161/2014, ad includere i dirigenti in tale disciplina. In particolare, l'art. 16 della legge n. 161 del 2014 ha modificato l'art. 24 della legge n. 223 del 1991, stabilendo che i dirigenti debbono essere computati sia nella soglia dimensionale aziendale dei quindici dipendenti, sia nel numero dei lavoratori interessati dalla riduzione di personale. La norma prevede anche che in caso di

mancato rispetto della procedura il datore di lavoro sia tenuto al pagamento, in favore del dirigente, di un'indennità in misura compresa tra dodici e ventiquattro mensilità; parallelamente il nuovo Ccnl dei dirigenti industriali (2015), ha espressamente stabilito che le previste indennità supplementari per il caso di recesso del datore di lavoro non vengono applicate nel caso di licenziamento collettivo, in tale ipotesi verrà applicata esclusivamente la tutela risarcitoria prevista dalla L. n. 161/2014.

Viene così confermata, anche in questo caso, la scelta legislativa di mantenere una diversità di tutela tra la categoria dei dirigenti e quella degli altri lavoratori subordinati. Ad una prima lettura sembrerebbe paradossalmente evidenziarsi una tutela risarcitoria più favorevole rispetto a quella applicabile ai lavoratori assunti con il contratto a tutele crescenti, in quanto non solo la misura minima dell'indennizzo, dodici mesi anziché quattro, risulta decisamente più elevata, ma, nel caso dei dirigenti, anziché essere determinata da un calcolo correlato all'anzianità di servizio, viene invece decisa dal giudice. Sarebbe in tal modo rivoluzionata la storica posizione del legislatore, che ha tradizionalmente escluso la categoria dei dirigenti dalla disciplina limitativa dei licenziamenti.

Tuttavia per valutare l'evoluzione delle ultime novità legislative sul piano giuridico, bisognerà attendere il verificarsi di un significativo numero di casi.

¹⁸. Cass., sez. Lavoro, 19 settembre 2011, n. 19074.

**GIUSEPPE ROCCO, COMMENTA LA RELAZIONE ANNUALE DELLA COVIP,
SOFFERMANDOSI SULLA PROPOSTA DI SANITÀ INTEGRATIVA A TUTTO TONDO**

Covip: verso un welfare integrativo a 360 gradi?¹

Nel 2007 il nostro Paese ha assistito all'entrata in vigore di una riforma del settore previdenziale che ha prodotto un accesso a forme di previdenza complementare su larga scala. Al fianco della previdenza canonica, il "caro, vecchio T.F.R. in azienda", si è assistito ad un sempre maggiore ricorso a fondi previdenziali chiusi o aperti, seguendo l'esempio di alcuni settori che hanno fatto da precursori negli anni precedenti. È nato quindi un cosiddetto modello multi-pilastro della previdenza.

A distanza di qualche anno dall'affermazione dei fondi previdenziali, la contrattazione collettiva ha iniziato ad introdurre, come forma di welfare, la sanità integrativa. Lo schema prevede che a fronte di versamenti di modesta entità da parte del datore di lavoro (e a volte del lavoratore), il dipendente possa avere accesso a prestazioni sanitarie private, con applicazione di franchigie molto interessanti.

La Covip, presentando la relazione annuale, si muove da quest'ultimo concetto per promuovere nuovamente un percorso che tenda ad una convergenza tra fondi pensione e fondi sanitari, caldeggiando la nascita di un vero e proprio welfare integrativo a tutto tondo.

L'analisi della Covip parte dalla sostenibilità della spesa sanitaria da parte della sanità pubblica, prendendo in considerazione l'incremento dell'aspettativa di vita e l'incidenza delle malattie in età avanzata nel nostro Paese: si prevede per il 2018 una spesa sanitaria di 40 miliardi di euro.

Si passa quindi a considerare come circa 44 milioni di italiani abbiano fatto ricorso a risorse proprie per pagare prestazioni sanitarie *in toto* o sotto forma di ticket, ed a prendere nota del fatto che le fasce econo-

micamente più fragili risultano maggiormente gravate da tale situazione.

Fatte tali considerazioni nasce quindi la proposta di affidare un ruolo primario alla sanità integrativa, spingendo verso l'evoluzione di un modello multi-pilastro anche per la sanità. In tal modo si potrebbero preservare le caratteristiche di universalismo, uguaglianza e solidarietà proprie del nostro sistema sanitario.

È quindi necessario, secondo la Covip, che la sanità integrativa diventi un pilastro su "base istituzionale", quindi a disposizione di tutti i cittadini o quanto meno di tutti i titolari di un rapporto di lavoro. Pertanto non ci si dovrebbe limitare a vedere la sanità integrativa come uno strumento di welfare contrattuale o aziendale, ma sarebbe opportuno renderla strutturale e di larga scala.

Non da ultimo, si auspica la nascita di un sistema di detrazioni fiscali collegato alla sanità integrativa che possa essere al contempo il volano per una diffusione capillare dello strumento ed un vantaggio sia per il cittadino che per lo Stato.

Con la sanità integrativa potrebbe realizzarsi una compenetrazione nella gestione della spesa tra pubblico e privato, con un conseguente miglioramento nella gestione delle risorse ed un complessivo miglioramento ed ampliamento della tutela dei cittadini.

Per fare ciò, secondo la Covip, non si dovrebbe dimenticare di dare il giusto spazio ad un soggetto garante, ovvero un'autorità vigilante con lo scopo di mediare le esigenze di tutela delle persone con le esigenze di stabilità ed equità del sistema di Welfare, con il contributo alla realizzazione di un modello sociale solido, inclusivo e sostenibile.

¹ Sintesi dell'articolo pubblicato in D&PL, 27/2018, pag. 1705 dal titolo *Welfare integrativo e fondi sanitari*.

**ISABELLA SEGHEZZI ANALIZZA L'IMPATTO DEI SOCIAL
E DELLA RETE SUI RAPPORTI DI LAVORO**

Social network e responsabilità disciplinari¹

L'Autrice analizza il rapporto tra l'utilizzo improprio delle tecnologie informatiche da parte dei lavoratori e il conseguente esercizio del potere disciplinare da parte dei datori di lavoro, confermato da numerose pronunce giurisprudenziali sia di merito che di legittimità.

Accesso sistematico ai siti internet

Tale ipotesi configura un "comportamento idoneo a incrinare la fiducia del datore di lavoro"², sia perché il lavoratore non utilizza lo strumento di lavoro in maniera congrua sia perché non osserva l'obbligo di diligenza di cui gli artt. 2104 e 1176 c.c.³.

Tuttavia la questione consente una seconda diversa interpretazione.

Poiché il dovere di diligenza riguarda la determinazione qualitativa della prestazione di lavoro, di fronte ad un utilizzo sistematico della dotazione aziendale per fini personali, apparirebbe forse più appropriato sostenere che la prestazione di lavoro sia inesistente perché non resa e, pertanto, non passibile di valutazione.

Ciò comporta che ad essere violata sia la norma di cui all'art. 2094 c.c. in quanto, nell'ipotesi delineata, il lavoratore non presta il proprio lavoro.

Più esattamente, rientrando il contratto di lavoro nella categoria dei contratti a prestazioni corrispetti-

ve, se il lavoratore non adempie all'obbligazione la controprestazione non dovrebbe essere più dovuta, sicché il datore di lavoro, oltre ad intervenire disciplinarmente, è altresì legittimato ad agire per ottenere la ripetizione di quanto percepito dal lavoratore per le ore non lavorate.

Acquisibilità dei dati da parte del datore di lavoro⁴

La più recente giurisprudenza di merito ha decretato che la cronologia *internet* sia consultabile in qualsiasi momento da parte del datore di lavoro, "poiché non richiede l'installazione di alcun dispositivo di controllo, né implica la violazione della privacy, trattandosi di dati che vengono registrati da qualsiasi computer e che sono stampati al sol fine di verificare l'utilizzo di uno strumento messo a disposizione dal datore di lavoro per l'esecuzione della prestazione. Né può ipotizzarsi una violazione dell'art. 4 della legge n. 300 del 1970, trattandosi di attività di controllo non della produttività ed efficienza nello svolgimento dell'attività lavorativa, ma di condotte estranee alla prestazione"⁵.

Parzialmente differente, e più articolato, è il tema legato alle *e-mail* e alle *chat* private, poiché per la loro visualizzazione è obbligatorio l'inserimento di apposite chiavi di accesso. ➔

1. Sintesi dell'articolo pubblicato in *Lav. giur.*, 2018, 6, pag. 556, dal titolo *I social network e le nuove frontiere dell'illecito disciplinare*.

2. Trib. Brescia 13 giugno 2016, n. 782.
3. Ossia "di eseguire la prestazione - anche in assenza di direttive specifiche del datore di lavoro - secondo la particolare qualità

dell'attività dovuta, risultante dalle mansioni e dai profili che la definiscono, e di osservare altresì tutti quei comportamenti accessori e quelle cautele che si rendono necessarie ad assicurare una gestione professionalmente corretta". Cass., sez. Lavoro, 27 settembre 2000, n. 12769, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, n. 3, II, pag. 446;

anche Id., del 28 marzo 1992, n. 3845, in *Pluris*.

4. M. Miscione, *Senza tempo e senza spazio le notizie in rete sul lavoro*, in *Liber amico rum*, P. Rescigno, Napoli, 2018, II, 1353; l'Autore tra i temi trattati, approfondisce la questione relativa al rapporto tra art. 4 Stat. lav. e *web*.
5. Trib. Brescia n. 782/2016, cit.

In linea generale la Suprema Corte - esteso il regime di tutela previsto all'art. 616 c.p. alla corrispondenza informatica o telematica (comma 4 del citato articolo) - sancisce che tale corrispondenza possa essere qualificata come "chiusa" solo nei confronti dei soggetti che non siano legittimati all'accesso ai sistemi informatici. In particolare, qualora il sistema telematico sia protetto da *password*, deve ritenersi che la corrispondenza sia conoscibile da parte di tutti coloro che dispongano legittimamente della chiave informatica di accesso⁶. Resta implicito che l'esercizio delle prerogative aziendali non possa destituire i principi fondamentali di riservatezza, correttezza, pertinenza e non eccedenza.

La divulgazione sui social network di informazioni riservate

Vi sono poi ipotesi in cui tali doveri vengono violati accidentalmente, come accade nella pubblicazione sui *social network* di informazioni aziendali riservate. Sotto l'aspetto giuslavoristico, la condotta del lavoratore che diffonde *on-line* notizie aziendali riservate o infondate, tratteggia senza dubbio la violazione dell'obbligo di fedeltà sancito dall'articolo 2105 c.c.. Il legislatore ha voluto riferirsi non tanto alle informazioni che integrano la personalità professionale del prestatore, ma alle notizie che hanno carattere squisitamente confidenziale, riguardanti il *know how* dell'impresa, l'organizzazione e i sistemi di produzione adottati.

Il contenuto di cui all'art. 2105 c.c. - sebbene amplificato nelle aule dei Tribunali⁷ nel tentativo di rendere la norma più adeguata al mutare del tempo e della tecnologia - è applicabile solo a quei comportamenti che vengono posti in essere nell'ambito del rapporto di lavoro da cui scaturiscono gli obblighi contrattuali. La medesima condotta nella pendenza del rapporto

di lavoro determina l'irrogazione di una sanzione disciplinare mentre, nell'ipotesi in cui il rapporto di lavoro sia già risolto, la soluzione più opportuna per il datore di lavoro è certamente quella di procedere giudizialmente⁸.

L'oltraggio al decoro e all'immagine aziendale attraverso i social network

Completa lo scenario dell'uso improprio dei *social network* il caso dell'esternazione di un'opinione avversa da parte del lavoratore nei confronti del datore di lavoro sulla "piazza virtuale".

Infatti, ad avviso della Suprema Corte, pubblicare un commento offensivo su *social network* integra a tutti gli effetti il reato di diffamazione aggravata⁹ per lo strumento utilizzato, parificando la bacheca del *social network* alla stampa e agli altri mezzi di pubblicità sotto il profilo della potenzialità e idoneità del mezzo per il compimento del reato a coinvolgere e raggiungere una molteplicità di persone.

La questione merita approfondimenti e, ancora una volta, il richiamo non può che essere all'obbligo di fedeltà, la cui violazione può pregiudicare irrimediabilmente il rapporto di lavoro.

C'è chi poi ha caricato di ulteriori contenuti il concetto di fedeltà, trasponendola nella nozione di lealtà¹⁰, di buona fede contrattuale¹¹, di correttezza¹².

Infatti la giurisprudenza si è pronunciata nel senso che l'obbligo di fedeltà risulta violato non solo da quelle condotte espressamente vietate dall'art. 2105 c.c., ma anche da quelle che, per la loro natura e per le loro conseguenze, appaiono in conflitto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa, oppure →

6. Pertanto "non incorre nel reato di cui all'art. 616 c.p. il datore di lavoro che legge le e-mail aziendali dei propri dipendenti se esiste un regolamento dettato dall'impresa che impone la comunicazione della password del Pc e della posta elettronica al superiore gerarchico" Cass. Penale, Sez. V, 11 dicembre 2007, n. 47096, in Riv. dottori comm., 2008, n. 2, 347 con nota di Chiaraviglio, L'accesso alle e-mail del dipendente o del collaboratore, condizioni e limiti.
7. Cass., sez. Lavoro, 18 giugno 2009, n. 14176, sent., in *Pluris*; Cass., sez. Lavoro,

1° febbraio 2008, n. 2474, sent., in *Pluris*; Cass., sez. Lavoro, 19 aprile 2006, n. 9056, sent., in Riv. critica dir. lav., 2006, 3, 920.

8. Tra gli strumenti giudiziali molto utile è il procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., che permette l'interruzione della condotta lesiva in tempi celeri.

9. Art. 595, co. 3, c.p.

10. Cass. n. 9056/2006, cit., nella quale si legge che "Il dovere di fedeltà, sancito dall'art. 2105 c.c., si sostanzia nell'obbligo del lavoratore di tenere un comportamento

leale verso il datore di lavoro e di tutelarne in ogni modo gli interessi".

11. Cass., sez. Lavoro, 26 agosto 2003, n. 12489, sent., in Not. giur. lav., 2004, 180, in cui si legge che "L'obbligo di fedeltà a carico del lavoratore subordinato va collegato ai principi generali di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c."

12. G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, 126; ancora G.F. Mancini, *Il recesso unilaterale ed i rapporti di lavoro*, Milano, 1962, 76; sempre Cass. n. 12489/03.

sono idonei a ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario definito come “*elemento essenziale del contratto*” e “*presupposto indefettibile della collaborazione fra le parti nel rapporto di lavoro*”¹³.

La summenzionata interpretazione dell’art. 2105 c.c. determina l’attrazione di una variegata tipologia di condotte del lavoratore, anche estranee allo svolgimento del rapporto di lavoro, quali: l’omessa comunicazione da parte del lavoratore di informazioni¹⁴, l’uso processuale di documenti aziendali¹⁵ e di diffusione di critiche o di accuse riferite all’impresa¹⁶.

Tant’è che in dottrina c’è chi ha parlato di uso improprio dell’art. 2105 c.c. da parte degli Ermellini¹⁷ e di rischi connessi al “contatto sociale”¹⁸ nell’ambito del rapporto di lavoro.

Di certo la questione non è semplicemente dogmatica, ma è destinata ad avere ripercussioni sull’attività del giudice.

Se si ritiene che il lavoratore sia tenuto al rispetto dell’art. 2105 c.c., la ricostruzione del vincolo fiduciario da parte del giudice dovrà avvenire vagliando una serie di elementi, quali il grado di affidamento richiesto dalle mansioni affidate al lavoratore, il ruolo e responsabilità a lui richieste, l’intenzionalità, la recidiva, oltre alle condizioni personali del lavoratore (età, livello di istruzione, etc.).

Il giudice, oltre a ciò, dovrà determinare limiti specifici all’obbligo di fedeltà, per evitare che lo stesso si traduca nel dovere di salvaguardare il datore di lavoro da qualsiasi rischio o interferenza.

13. Cass., sez. Lavoro, 30 ottobre 2017, n. 25759; Cass., 4 aprile 2017, n. 9711; Cass., 9 gennaio 2015, n. 144; Cass., 18 giugno 2009, n. 14176; Cass., 4 aprile 2005, n. 6957; Cass., 9 novembre 1995, n. 11437.

14. Cass., sez. Lavoro, 8 giugno 2001, n. 7819, sent., in ADL, 2003, 351, con nota di Fiata, *Obblighi positivi di diligenza e fedeltà. Sanzioni e codici disciplinari*.

15. Cass., sez. Lavoro, 10 giugno 1993 n. 6473, sent., in Mass. Giur. lav., 1993, 447; Cass., sez. Lavoro, 4 maggio 2002, n. 6420, sent., in Giur. lav., 2002, 24, 10.

16. Cass., sez. Lavoro, 14 giugno 2004,

n. 11220, sent., in Giur. lav., 2004, 11, 813, in cui si legge che integrano la violazione dell’art. 2105 c.c. le critiche o le accuse che, superando i limiti del rispetto della verità oggettiva, si traducono in una condotta lesiva del decoro dell’impresa, suscettibile di provocare un danno economico in termini di perdita di commesse e di occasioni di lavoro. In senso conforme: Cass., sez. Lavoro, 16 gennaio 2001, n. 519, sent., in Giur. lav., 2001, 16, 24; Cass., sez. Lavoro, 17 maggio 1979, n. 2846, sent., in Mass. Giur. lav., 1980, 51.

17. Questo il titolo della nota di Pisani alla

sentenza della Cass. civ., 4 aprile 2005, n. 6957, sent., in Riv. it. dir. lav., 4, 2005, 920.

18. Per una teorizzazione del “contatto sociale” si veda: G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957. Secondo l’Autore il “contatto sociale” è da intendersi quale fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., dal quale derivano, a carico delle parti, non obblighi di prestazione ai sensi dell’art. 1174 c.c., bensì reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c. (in part. 88, 130 ss.).

LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

Mediazione, schemi: l'iter, gli effetti, esempio di MAAN e PAAM

La migliore o la peggiore alternativa in una lite

La semplificazione delle procedure alternative al giudizio predilige la mediazione civile e commerciale come l'iter innovativo degli ultimi anni. La semplicità della forma comporta un'attenta preparazione da parte degli Organismi di mediazione, una volontà di scelta delle parti, una preparazione da parte dei mediatori finalizzata al buon esito delle controversie.

Ogni Organismo costituito adotta un regolamento e un'etica personalizzata all'esperienza e alla formazione dei Mediatori e della propria struttura organizzata ad accogliere le parti che desiderano ottenere nel breve tempo una soluzione non solo "alternativa" ma significativa nei suoi aspetti "conciliativi".

Ricordiamo con questo semplice schema l'iter della richiesta.

Aspetti di una negoziazione efficace

Un negoziatore efficace:

- **Stima e distribuire tutte le risorse** disponibili efficacemente in un tempo breve.
- **Crea valore aggiunto** alle possibili soluzioni uti-



lizzando i migliori strumenti di comunicazione e gestione dei conflitti.

- **Minimizza i costi** di transazione e massimizza la soddisfazione delle parti utilizzando l'efficacia del problem solving.
- **Salva la relazione tra le parti**, calibrando le emozioni e valorizzando l'apprezzamento verso le buone intenzioni per ricevere buoni risultati.
- **Evita lo stress** della tensione della vittoria o della perdita mediante le tecniche di gestione delle emozioni. →

**Ciò che le parti devono considerare
con l'aiuto del Mediatore**

Effettivi elementi di valutazione per una negoziazione efficace	Una negoziazione efficace deve partire da una conoscenza di tutti i profili dei fatti negoziali quanto più certa possibile. Il mediatore-conciliatore, atteso che egli si muove in un ambito di assoluta neutralità rispetto alle parti, può assumere un ruolo rilevante, in quanto consente a una parte di potere avere piena contezza di tutti gli ambiti oggettivi di valutazione ovvero di impostare nella giusta prospettiva le soluzioni possibili e una nuova visione dei fatti accaduti.
Esatta determinazione e valutazione dei propri obiettivi	Il mediatore-conciliatore può intervenire per agevolare ciascuna parte nel definire non solo l'obiettivo concreto che si intende perseguire, ma le modalità attraverso le quali, nell'ambito della negoziazione, si possa addivenire a quel risultato quindi lamigliore alternativa.
Stimare i propri punti di forza e la migliore alternativa	Per le parti coinvolte in una situazione conflittuale assume rilievo fondamentale conoscere su quali basi si fonda la propria pretesa posizione in ordine ai fatti accaduti e, più in generale, su quali opportunità possa orientarsi per una soluzione in proprio favore della controversia.
Valutazione dei punti di forza della controparte	Valutare i punti di forza significa poter offrire a una parte di stimare adeguatamente e definire la propria strategia nell'affrontare una situazione di conflitto. L'intervento del mediatore-conciliatore opera sull'esatta individuazione delle ragioni che costituiscono ostacolo al superamento del conflitto, di quanto e cosa divide le parti e di saper condurre le parti fuori dell'impasse.

Esempio dei concetti chiave della negoziazione : MAAN e PAAN

- **MAAN:** La Migliore Alternativa all'Accordo Negoziato che consente di ottenere risultati più soddisfacenti dell'accordo stesso,
- **PAAN:** La Peggior Alternativa all'Accordo Negoziato che bisogna evitare per abbattere i costi di transazione.

Bisogna fare il possibile per evitare la PAAN e, invece, bisogna rifiutare un accordo di valore inferiore alla MAAN stimata, purché siano state definite con precisione la MAAN e la PAAN e, solo se si ha la certezza assoluta circa gli esiti (migliori e peggiori) che sono stati prospettati.

Un cliente, coinvolto in un caso di obbligazioni ad alto rischio, decide di chiamare in mediazione la banca che gli aveva consigliato l'investimento e chiede alla stessa la restituzione dell'importo investito. Accusa la banca di negligenza e responsabilità per l'accaduto. L'Istituto Bancario si oppone alla richiesta. Prima di arrivare però alla mediazione, con ogni probabilità, sono stati effettuati i contatti con i rispettivi legali e sarà stata compiuta un'attenta analisi del caso. E saranno state, senz'altro, prese in considerazione anche le conseguenze ed i rischi di un mancato accordo stragiudiziale. Lo schema delinea un esempio di migliore (MAAN) e di peggiore (PAAN) alternativa per ciascuna parte.

PARTE	MAAN	PAAN
Cliente	<p>Può: Promuovere un giudizio e attenderne l'esito, con la possibilità di vedersi riconosciuta la somma probabilmente dopo lungo periodo.</p> <p>Aspetti negativi: anticipare i costi necessari per avviare un giudizio, cambiare il proprio istituto bancario, convivere con il contenzioso.</p>	<p>Può: Promuovere un giudizio e non vedersi riconosciuta l'intera somma.</p> <p>Aspetti negativi: Avere anticipato somme che non si vedrà riconosciute avendo dovuto, nel frattempo, cambiare istituto bancario e subire il proprio contenzioso.</p>
Banca	<p>Il cliente propone una domanda giudiziale e la banca non paga nulla subito, eccetto le spese per la difesa.</p> <p>Nel futuro: Dopo diversi anni la domanda non viene accolta o accolta solo in parte.</p> <p>Aspetti negativi: per alcuni anni la banca dovrà destinare energie al contenzioso, perderà un cliente e subirà gli effetti negativi della cattiva pubblicità.</p>	<p>Il cliente propone la domanda in giudizio e la banca non deve pagare nulla subito se non le spese per la difesa.</p> <p>Dopo alcuni anni la domanda viene accolta interamente e la banca deve corrispondere l'intero importo.</p> <p>Ulteriori aspetti negativi: perde il cliente e subisce gli effetti della cattiva pubblicità: la sentenza, probabilmente, godrà di ampia risonanza.</p>

Questo è solo un esempio, nel delinearne MAAN e PAAN si possono ipotizzare altri scenari legati alla situazione particolare di ciascuna parte: la PAAN, ad esempio, per il cliente potrebbe anche essere rinunciare completamente alla pretesa

L'ORGANISMO OMCC DELL'ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO AGENZIA DI MILANO

Come procedere

La parte istante, una volta scaricato il modulo [DOMANDA DI MEDIAZIONE](#) lo può presentare via pec all'indirizzo omcc@consulentidellavoropec.it, o via pec all'indirizzo ordine.milano@consulentidellavoropec.it oppure alla struttura amministrativa di Milano direttamente in segreteria (www.consulentidellavoro.mi.it Organismo di Mediazione Civile e Commerciale).

Sulla dignità del lavoro 2: la storia di Pippo (e di Carlo)

È arrivata una letteraccia nell'azienda di Carlo e riguarda Pippo, l'apprendista assunto da poco più di un anno ed ora in misteriosa malattia da più di un mese. È una lettera non diversa da tante altre e parla di "atteggiamenti ostili" in azienda, di mancanza di formazione, di adibizione a lavori semplici come pulizie, magazzino, addirittura giardiniere. Così Pippo ha riportato "seri danni di salute, strettamente correlati al vissuto lavorativo, come da probante documentazione sanitaria", la malattia insomma che sta subendo.

Sulle persone non si scherza e così, anche se qualcosa non torna, mi informo meglio (cosa sempre molto utile prima di prendere una qualsiasi parte). Ma non lo faccio con "il" Carlo (d'ora in poi mi perdonerete la concessione, tutta meneghina, dell'articolo davanti al nome e, peraltro, i nomi e qualche particolare personale – per ovvie ragioni di riservatezza – sono stati opportunamente deformati) che pure conosco bene e di cui dirò oltre. E non perché non mi fidi del Carlo, ma perché in quella azienda ho due osservatori privilegiati.

Una è la Marisa, attenta e mite impiegata, che proprio una ventina d'anni fa trovò posto lì su mia segnalazione, dopo che una serie di vicende personali, collegate alla perdita del posto in cui lavorava, l'avevano messa in seria difficoltà. L'altro è il Gigi, ala sinistra velenosissima ai tempi dell'oratorio, uno che per fermarlo ti ci dovevi incollare e giocare d'anticipo, perché se prendeva il via erano guai per la difesa (lo so bene, toccava quasi sempre a me curarlo ...) e ora operaio provetto.

La Marisa, quasi con fare materno, mi dice che il ragazzo è svogliato, che arriva spesso in ritardo (qualche volta lei lo ha pure coperto perché è giovane e le dispiace), che

sono più i lunedì che si è messo in "malattia" che quelli in cui è arrivato al lavoro, che da come si comporta forse ha preso una brutta strada, forse ha problemi personali; che lei ha provato qualche volta a parlargli, che anche il Carlo lo ha fatto ma che non c'è stato nulla da fare. E ora questa malattia e questa letteraccia ...

Il Gigi va giù un po' più pesante: il ragazzo risponde male a tutti, ha sempre in mano il cellulare, spesso sparisce per delle mezz'ore (in bagno o sa Dio dove). La formazione c'è stata, eccome (il Gigi è trent'anni che lavora lì e ha imparato e insegnato il mestiere) ma lui non si applica, non gli interessa. Aggiunge che uno così non l'aveva mai visto, e sì che di ragazzi dal Carlo (buoni e meno buoni) ne son passati tanti ... E poi aggiunge un particolare sul giardinaggio ed il resto; tu lo sai, mi dice, com'è il Carlo, quando non c'è lavoro (e in questi tempi il lavoro va a singhiozzo) per non farti stare a casa si inventa di tutto: le pulizie, il riordino del magazzino o dell'officina, tagliare il prato, lo facciamo tutti, anche io che sono specializzato. E anche questo mi torna, perché qualche anno fa me lo ricordo, il Carlo, a venire ad informarsi sulla cassa integrazione in deroga e, dopo averne capito i meccanismi e la penalizzazione economica per i dipendenti, dire: "no, io quella roba lì non me la sento di farla" e stringere ancora di più la cinghia mettendoci del suo.

Insomma, l'azienda del Carlo è una rude officina meccanica, sicuramente non concorrerà al "the best place to work" e non è dotata di area relax con annesso massaggiatore, ma è un luogo di gente perbene e operosa. Non è un'azienda "patogena". ➔

Di che ti stupisci, direte voi, quante volte hai visto lettere così, spesso con storie tirate per i capelli con lo scopo di spillare qualche soldo, una “vertenzina”, vantaggi sparsi. Ed effettivamente ne ho viste non poche, ma purtroppo il viziaccio di far ruotare i pensieri mi spinge a qualche riflessione, che numererò per non perdere il filo, anche se sono tutte concatenate fra loro.

1. Provate voi a sentirvi accusare (ingiustamente) di far ammalare la gente. È qualcosa che ti ferisce dentro, specie se nella tua azienda ci hai messo l'esistenza e la passione, il sacrificio e la speranza. È peggio che se ti accusassero di aver rubato, perché in fondo è un furto anche quello, furto di salute, furto di serenità e di pace della vita di un altro. Non è qualcosa che si può scrivere con la leggerezza che tante, troppe volte ho visto. Nemmeno per fare l'avvocatuolo morto di fame (che ragiona di “causa che pende e che rende”) o il sindacalista difensore (a sproposito) dei poveri.

2. I medici che attestano malattie come se gettassero coriandoli a Carnevale, gli psicologi che elaborano relazioni in cui si insinua (magari solo sulla base di qualche racconto infame, nemmeno accuratamente appurato) uno stress lavoro-correlato o un comportamento asseritamente vessatorio, non stanno tradendo la loro professione? Possibile, dico soprattutto a questi ultimi, che non si riesca a riconoscere la genesi personale ed intima di un problema (se poi esista davvero un problema o sia tutta una farsa), che la colpa sia spesso sempre e solo dell'azienda, anche se magari la fragilità sta nel vissuto di una persona, nei suoi rapporti familiari, nella morosa che lo ha lasciato, nell'abuso di sostanze o di comportamenti, nel suo “disagio col mondo”?

3. È giusto mi chiedo, ampliando il discorso, che le aziende diventino il terminale capro espiatorio dei problemi del mondo? Stai per 13-18 anni (quelli più importanti per la tua formazione fisica) in banchi e sedie scolastiche terribilmente scomodi e deformanti, ma se da due anni lavori in un'azienda e ti viene il mal di schiena è per via dello squilibrio posturale. Vivi in una delle zone più inquinate del mondo, ma se hai la rinite allergica si sospetta sia per la polvere che c'è in ufficio, o forse per il filtro del condizionatore che non

viene cambiato tutti i giorni. Passi da anni le notti ad acccarti sui 6 pollici del tuo smartphone o smarrito in siti di incontri improbabili, ma se perdi mezza diottria è perché lavori al computer. Sei più testardo di un caprone e non rispetti le norme di sicurezza, oppure metti in atto comportamenti da vero idiota, ma se poi ti fai male la colpa è del datore di lavoro che non ti ha vigilato abbastanza. Vivi una vita da sfigato cronico o di totale sregolatezza o distonia, la moglie ti ha lasciato e i figli non ti vogliono più vedere, ma se non dormi di notte è per lo stress che ti arreca il lavoro. Fumi tre pacchetti di sigarette al giorno e non fai moto nemmeno se ti pagano, bevi e mangi come se fossi ad un bacchanale continuo, ma se ti viene un infarto è perché fai un'ora di straordinario al giorno. Beninteso, non sto cercando alibi o scusanti ai doveri dei datori di lavoro ma, che ci crediate o no, ho citato casi realmente vissuti (e potrei continuare). Forse qualche esagerazione, qualche peso di troppo sulle aziende c'è.

4. In ogni caso le persone sono materia delicata, qualche volta anche scomoda (o almeno impegnativa) da accogliere, ci sono equilibri difficili, è una bella fatica. In un mondo sempre più complicato per la vita delle persone, il posto di lavoro diventa davvero un importante snodo, un'occasione di incontro di opportunità, qualche volta anche scontro. C'è un enorme lavoro da fare sul materiale umano e sul come concepirlo.

5. Non voglio, infine, prendere una posizione “di parte”. Un buon numero di quelle lettere sono vere. Le aziende patogene ci sono. Il mancato rispetto della dignità delle persone esiste. Di lavoro ci si ammala, e neanche poco, sul lavoro si può essere sfruttati, umiliati, non rispettati, non tutelati nell'integrità fisica e morale. Oppure si può essere rimbalzati in una serie di contratti occasionali, improbabili, mal pagati. Si può perdere la serenità e la speranza. Accade tutti i giorni, accade spesso. A volte per pura e dolosa scorrettezza, altre volte per ignoranza (inescusabile comunque). Ed è proprio per questo, lasciatemi dire, per la serietà della questione che non ti ci puoi infilare subdolamente, caro Pippo (o chi ti mal consiglia), perché non offendi solo il Carlo (che non se lo merita), offendi le tante persone che questi problemi li hanno davvero, ne ➔

mini la credibilità, offuschi la gravità del fenomeno per il tuo personale sciacallaggio.

La conclusione di questo discorso è difficile, perché il moralismo è un'insidia nascosta dietro l'angolo, ti distrai e ... è un attimo. Forse è giusto che sia una conclusione aperta, incompiuta.

Partiamo dall'assunto che, come diceva Pavese, lavorare stanca. Che il lavoro richiede fatica e sacrificio, o quantomeno impegno e dedizione, e che senza l'accettazione di questo assunto fondamentale tutto diventa più pesante, intollerabile, improprio. Senza impegno, senza buona fede, senza sacrificio, non c'è dignità del lavoro, c'è lo stipendio forse, c'è "il posto" ma non c'è la persona. Il secondo assunto (ma solo in ordine di esposizione, non di importanza) è proprio la persona, questo meraviglioso e complicato insieme di esigenze, di desideri e di speranze che siamo. Al lavoro ci sono le persone e se si riesce sul lavoro – in qualche modo e spesso con fatica e con reciproche rinunce - ad accogliere (che è anche termine più bello che conciliare) un po' la loro vita si contribuisce al bene del mondo. Si rende il lavoro dignitoso, magari piacevole no, sarebbe un po' troppo, ma almeno umano. Ci sono "compiti"

per imprenditori e lavoratori, quindi. E a chi professionalmente si affaccia in questo complesso universo dobbiamo chiedere (cioè chiederci, ci siamo in mezzo) uno "sforzo educativo"; non la fornitura di alibi, di certificati fasulli, di espedienti-spazzatura, di scuse improbabili, di contratti o di regole capestro, di tempi determinati *prêt-à-porter* o di tempi indeterminati inamovibili. Lato imprese, insegnare (per fare esempi) che la salute e la sicurezza non sono solo "un costo", che la maternità non è un affronto al datore di lavoro, che la precarietà che si semina è la precarietà che si raccoglie, che la lealtà e la condivisione verso i lavoratori pagano (e se non sempre pagano in termini di rendimento, la paga - caro datore - è comunque per te stesso). Lato lavoratori, consigliare correttezza ed impegno, una parola in meno sui diritti (che ci sono e non si discutono) e magari qualche concetto in più sui doveri, perché anche qui la prima "ricompensa" sta nel decoro personale che impari e ti costruisci.

In due parole, e al solo scopo di vivere con una bella dignità diffusa, quasi una mezza felicità, richiedere un serio impegno ed una grande disponibilità da una parte e dall'altra, che poi in tanti casi se si scopre che in fondo è la stessa, unica parte, è anche meglio.

UNA PROPOSTA AL MESE

di **ANDREA ASNAGHI**
Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

Il licenziamento: alla ricerca di uniformità e ragionevolezza perdute

*“Donaci, padre Zeus,
il miracolo di un cambiamento”*
(Simonide di Ceo)

Talvolta capita di dover illustrare ad un'azienda i rischi ed i “costi possibili” del licenziamento. Quelle italiane ancora ancora sopportano una lunga e complessa spiegazione (abituata come sono, purtroppo, alla buro-complicazione italiota), ma soprattutto a quelle di derivazione straniera sembra di indicare la strada del ginepraio più irrazionale: a loro risulta difficile in particolare capire come sia possibile avere norme estremamente diverse che insistono sulla medesima fattispecie nella stessa azienda, con lavoratori che operano nella medesima compagine fianco a fianco.

Ultimamente poi, sul tema “licenziamento”, con il triplice salto mortale del contratto a tutele crescenti, rivisto dal decreto Dignità e cassato, ma solo in un punto, da un comunicato-stampa della Corte Costituzionale (che però già ha prodotto i suoi effetti in una sentenza di merito), il consulente del lavoro è visto dalle suddette aziende come una figura mista fra uno scrittore di libri gialli e un frequentatore di circoli esoterici dediti a pratiche occulte e misteriose. E il bello (o il brutto) è che talvolta anche il consulente si sente un po' così, di fronte a sguardi increduli o allibiti dei destinatari di così complesse ed arzigogolate spiegazioni.

È davvero il caso di trovare una norma comune, uniformando e razionalizzando una fattispecie che

proprio perché drammatica, per i lavoratori ma spesso anche per le aziende, necessita di chiarezza e semplicità; e magari anche di un'attenzione rivolta alla deflazione del contenzioso (con il nostro Centro Studi dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano, su questo aspetto abbiamo promosso una riflessione in merito all'ultimo Festival del Lavoro).

Il primo dato è che lo spirito di fondo del contratto a tutele crescenti è condivisibile; ed esso consiste nell'abbandonare la via – forzata ed inattuale – della reintegrazione come via privilegiata, puntando piuttosto verso un indennizzo economico e lasciando la reintegra soltanto nei casi di licenziamento discriminatorio; strada già timidamente perseguita dalla Riforma Fornero, che però ha avuto il merito di scalfire per la prima volta il “totem” dell'art. 18.

Un secondo aspetto che pare ugualmente condivisibile è quello di calibrare e porre dei limiti al risarcimento economico, che se indiscriminato o lasciato alla sola valutazione del giudice potrebbe avere i medesimi effetti della reintegrazione. E se è pur vero che la Corte Costituzionale ha evidenziato (in una sentenza che tutti stiamo aspettando per coglierne i contenuti) come irrazionale e ingiusto togliere qualsiasi margine decisionale al giudicante, è anche vero ➔

che la magistratura è stata a lungo (ed è ancora) condizionata dal ritenere il licenziamento una *ultima ratio*, ma talmente ultima che spesso si è finito per considerare intoccabile anche chi davvero non lo meritava. Questo sia detto con la consapevolezza che la bilancia del diritto del lavoro ha, ontologicamente, un equilibrio instabile fra la tutela del lavoratore e la libertà dell'azione imprenditoriale, ma anche con l'esperienza che ci dice che, salvo casi rari, il licenziamento è il sintomo di una "unità di intenti" terminata e che è davvero difficile immaginare di ricostituire.

La prima proposta è dunque quella di applicare il meccanismo di fondo delle tutele crescenti – rivisitato come vedremo, per superare le eccezioni di incostituzionalità – a tutti i lavoratori dipendenti in caso di licenziamento illegittimo. A questa aggiungiamo che una definizione di quale sia e di come si calcoli la mensilità di riferimento deve essere uniforme (ora abbiamo due concetti differenti per individuare la mensilità di riferimento: ultima retribuzione di fatto e ultima retribuzione utile per il TFR). Proponiamo in via di semplificazione che la mensilità sia calcolata semplicemente sulla RAL (come proiezione dell'ultima retribuzione percepita) divisa per 12, più la media mensile della retribuzione variabile (premi, provvigioni, bonus etc.) stabilita per contratto collettivo o individuale, percepita negli ultimi 36 mesi precedenti al licenziamento. Un criterio semplice e di immediata elaborazione.

La seconda proposta è quella di stabilire tre fasce di indennità, con riferimento alla complessiva forza aziendale:

1. aziende fino a 15 dipendenti: (indennità attuale del CTC) da un minimo di 3 mensilità ad un massimo di 6 (data la contenutezza, non si rapporta all'anzianità di lavoro);
2. piccole imprese UE da 16 a 50 dipendenti (nuova fascia): 2 mensilità per ogni anno di servizio* con un minimo di 6 mensilità ed un massimo di 15;
3. aziende sopra i 50 dipendenti: 2 mensilità per

ogni anno di servizio*, con un minimo di 12 mensilità ed un massimo di 24.

- * Il calcolo delle mensilità, sempre nell'ambito dei minimi e massimi suddetti, può essere elevato, per particolari ragioni da esplicitare nella sentenza, sino al doppio da parte del giudice (superando così il rilievo costituzionale del vincolo obbligatorio del meccanismo di calcolo).

L'introduzione della seconda fascia si rende necessaria per limitare l'impatto finanziario dell'onere risarcitorio rispetto ad aziende di minore capacità economica e ove è di norma più forte il carattere familiare e personale dell'imprenditore. A tal fine, nella definizione di piccola impresa si valuterebbe anche l'altro requisito (oltre a quello dimensionale) stabilito dalla UE per individuare tale tipologia, ovvero un fatturato non superiore a 10 milioni di euro.

La terza proposta è quella di rivedere la tassazione delle indennità da licenziamento, con una duplice agevolazione:

- a) uno **sconto fiscale alle indennità di risarcimento** per il licenziamento illegittimo (o incentivo all'esodo) conseguenti a una conciliazione stragiudiziale, nel senso di definite *prima ed in alternativa* al radicamento di una causa (in altre parole, il solo deposito del ricorso, anche con definizione intervenuta prima della sentenza, farebbe decadere l'agevolazione). Lo sconto consisterebbe nell'applicare a tali transazioni un'aliquota fiscale pari al 50% dell'aliquota TFR e nessuna imponibilità previdenziale (quest'ultima, tuttavia, già *in re ipsa* rispetto alle somme erogate a tale specifico titolo) entro il limite della somma massima indennitaria prevista per il caso specifico (in modo da evitare eventuali abusi). In tal modo si darebbe un incentivo alle parti, in maniera più equilibrata rispetto all'attuale "offerta conciliativa" e in ogni ambito del licenziamento, di pervenire a un'ipotesi conciliativa. Lo sconto si applicherebbe, peraltro, *solo con il versamento delle ritenute in modo corretto*, →

ovvero qualora il datore non versasse le ritenute si accollerebbe in proprio il 50% di sconto, senza conseguenze per il lavoratore.

L'eventuale minore entrata fiscale sarebbe compensata sia dall'incameramento di somme ora escluse dalla offerta conciliativa pura *ex art. 6 del D.Lgs. n. 23/2015*, sia dal limite posto alle indennità, evitando così che, come non di rado avviene, in maniera indiscriminata si qualificano come corrisposte in conseguenza del licenziamento somme che hanno ben altra origine e sono per lo più collegate a differenze retributive (con la conseguente evasione previdenziale), senza contare il vantaggio derivante dal mancato intasamento delle sedi di giustizia e la riduzione a 360 gradi dei costi del contenzioso.

b) **tassazione a titolo definitivo**, consistente nell'applicazione (come ora) all'indennità di licenziamento dell'aliquota spettante ai fini del TFR (eventualmente dimezzata, nel senso della proposta "a") che

precede, in caso di conciliazione stragiudiziale) *ma senza riliquidazione ex post da parte dell'Agenzia delle Entrate*. La cosa ci sembra rappresentare equamente l'esigenza del lavoratore di sapere *esattamente* quale cifra "netta" sta intascando a fronte della cessazione del contendere (e in sostanza, della rinuncia al posto di lavoro), agevolando così le eventuali decisioni in merito. Una norma di pura equità e giustizia, considerando che la percezione di tali indennità si pone in una via di mezzo fra una componente reddituale e una meramente risarcitoria, pertanto, tassate sì, ma non considerate come mero "reddito", per quanto a tassazione separata.

Come sempre, le proposte che esponiamo conseguono a una logica, che per quanto nell'esiguo spazio e con la necessità di sintesi, abbiamo cercato di rappresentare. Non servono per "immediatamente legiferare" (non abbiamo certo tale pretesa) ma in prima battuta per riflettere e individuare soluzioni equilibrate alle questioni in gioco.



ARGOMENTO

“Inammissibile il ricorso in Cassazione se non contiene censure riferite al giudizio di appello”

Cass., sez. Lavoro,
22 agosto 2018, n. 20932

AUTORE
SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

Un lavoratore - con mansioni di facchino - viene licenziato dalla sua cooperativa per non aver eseguito le pulizie in due giornate consecutive. Il lavoratore impugna il licenziamento contestando un fatto diverso, ossia il legittimo rifiuto di svolgere le pulizie degli uffici e del bagno del *back office* che non rientravano nelle sue mansioni. Il Tribunale di Milano, prima, e la Corte di Appello, poi, respingono il ricorso assumendo entrambe come fatto storico la mancata esecuzione delle pulizie in due giornate consecutive, circostanza non contestata dal lavoratore e non il rifiuto di eseguire la pulizia degli uffici e del bagno del *back office*.

La Corte di Cassazione, sul primo motivo di ricorso (il rifiuto di svolgimento delle pulizie degli uffici e del bagno del *back office*), rileva che sul punto sono intervenute in modo conforme entrambe le sentenze dei giudici di merito negandone la rilevanza ai fini del licenziamento.

Per tale ragione, sulla base della regola della “*doppia conforme*”, il vizio di motivazione di cui all’art. 360, nr. 5 c.p.c. non è deducibile in Cassazione e il motivo di ricorso è inammissibile.

Venendo al secondo motivo d’impugnazione, riferito questa volta al nr. 3 dell’art. 360 c.p.c. (*violazione e falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro*), si rileva che la censura del ricorrente non si confronta con quanto contenuto nella sentenza circa il fatto storico contestato che si limita alle inadempienze dei due giorni senza intervenire sulle pulizie del *back office* e del bagno.

La mancata attinenza al contenuto della sentenza rende il ricorso inammissibile per difetto di motivazione in quanto non contiene specifiche e puntuali censure alla decisione di cui se ne chiede la cassazione.

ARGOMENTO

“Criteri di licenziamento per giustificato motivo oggettivo”

Cass., sez. Lavoro,
30 agosto 2018, n. 21438

AUTORE
RICCARDO BELLOCCHIO
Consulente del Lavoro in Milano
ALESSIA ADELARDI
Ricertrice del Centro Studi e Ricerche

Il datore di lavoro deve individuare il lavoratore da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede ed effettuando un confronto con altri dipendenti a parità di posizione. Questa la posizione sostenuta dalla Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, ove approfondisce il tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sottolineando alcuni principi fondamentali che devono essere posti alla base della decisione del datore di lavoro su quali dipendenti licenziare.

Un’azienda proponeva ricorso in Cassazione con tre motivi, giustificando le scelte prese in sede di licenziamento

che hanno portato alla cessazione del rapporto di lavoro con il convenuto. Anzitutto il datore di lavoro sosteneva di aver fatto fronte ad una crisi aziendale sopprimendo il reparto a cui il convenuto era a capo e salvaguardando un altro ramo aziendale. La Cassazione ha ritenuto tale motivo inammissibile, poiché la Corte d’Appello aveva già sottolineato come il reparto del convenuto fosse stato solo ridotto e non soppresso totalmente.

Con il secondo motivo di ricorso, l’azienda riteneva di aver rispettato l’impegno assunto con i sindacati al momento del ricorso alla CIG, che prevedeva una rota- ➔



zione equiparata tra i dipendenti. Secondo la Cassazione anche tale motivo è inammissibile, in quanto la corte territoriale aveva accertato il non rispetto, da parte della società, degli impegni di rotazione, per cui alcuni lavoratori non erano mai stati sospesi.

Infine, con il terzo motivo, la società sosteneva che il licenziamento fosse stato determinato dalla soppressione del settore a cui il lavoratore era addetto e non occasionato da una riduzione di personale omogeneo. Ribadendo che il giustificato motivo oggettivo del licenziamento è rimesso alla sola valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare tale scelta, la Cassazione ha ritenuto tale motivo infondato, con riferimento ai tre criteri previsti dall'art. 3 della L. n. 604/1966 in caso di

licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La Cassazione, infatti, ha sottolineato che, quando il giustificato motivo oggettivo si identifica con una riduzione di personale omogeneo, non sono più utilizzabili quali criteri di scelta né la posizione da sopprimere né l'impossibilità di *repêchage*; oltre a ciò la scelta del datore di lavoro non può essere totalmente libera in quanto è obbligato a rispettare le regole di buona fede e correttezza e il divieto di atti discriminatori.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato poiché la società non aveva dato prova delle ragioni per le quali la posizione del convenuto doveva essere soppressa e non aveva effettuato alcun raffronto tra il profilo del convenuto e quello di altri lavoratori con le medesime funzioni.

ARGOMENTO

“Obbligo di eseguire le mansioni richieste dal superiore gerarchico, anche se esulano dalla qualifica”

Un lavoratore “documentarista” ha proposto ricorso dopo che la Corte di Appello di Torino aveva respinto la sua domanda di annullamento della sanzione disciplinare, costituita dalla sospensione, per 3 giorni, dall'attività lavorativa e dalla retribuzione, irrogatagli dall'emittente radiotelevisiva datrice di lavoro.

Di fatto il lavoratore, inquadrato come documentatore di I livello del Ccnl applicabile, si era rifiutato di effettuare l'attività ordinatagli dal superiore e cioè reperire e consegnare un CD musicale richiestogli da un giornalista; tale condotta integrava in sé un'insubordinazione, avvalorata dalla pretestuosità delle ragioni addotte dal dipendente il quale aveva sostenuto che la consegna del CD esulava dai compiti propri della sua qualifica, rientrando in quelli di mera manovalanza.

Tra i motivi a base del ricorso presentato per chiedere l'annullamento della sanzione, si deduce anche la richiesta di inconfigurabilità dell'insubordinazione, nell'ipotesi di rifiuto di adempiere a compiti estranei alla qualifica attribuita. La Corte di Cassazione ha ritenuto privo di rilievo l'as-

sunto della “inconfigurabilità della insubordinazione nell'ipotesi di rifiuto ad adempiere compiti che si assumono estranei alla qualifica attribuita”, alla luce del costante insegnamento della giurisprudenza di legittimità, anche recente. Nello specifico, l'eventuale adibizione a mansioni non rispondenti alla qualifica rivestita può consentire al lavoratore di richiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non autorizza lo stesso a rifiutarsi aprioristicamente e senza un eventuale avallo giudiziario, di eseguire la prestazione lavorativa richiestagli. Prosegue la Corte nel ricordare che il lavoratore è tenuto ad osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dall'imprenditore ex artt. 2086 e 2014 c.c., da applicarsi alla stregua del principio sancito dall'art. 41 Cost. e può legittimamente invocare l'art. 1460 c.c., rendendosi inadempiente, solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte.

La Corte rigetta il ricorso.

Cass., sez. Lavoro,
12 agosto 2018, n. 21036

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

Tassazione ordinaria sull'assegno straordinario all'esodato Inps

Cass., sez. Lavoro,
13 settembre 2018, n. 22386

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano

Il Giudice di prime cure e poi la Corte di Appello hanno ritenuto che l'Inps abbia erroneamente tassato in modo ordinario gli assegni straordinari assegnati ai lavoratori di età compresa tra 50 e 55 anni che hanno risolto anticipatamente il rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 54 lett. B del D.M. 28/04/2000, n. 158.

Il non aver applicato il regime separato di tassazione diretta si era rivelato discriminante nei confronti di una categoria di lavoratori che la normativa fiscale aveva inteso agevolare.

Per la cassazione della sentenza ricorre l'Inps che sostiene quanto segue: la funzione di sommare all'importo netto della pensione, che sarebbe spettata all'esodato (n. 1, co. 9, art. 10, D.M. n. 158/2000), l'importo delle ritenute di legge sull'assegno non può che essere quella di rendere neutro, ai fini fiscali, l'assegno stesso in favore del percipiente, in quanto mediante tale operazione è il Fondo stesso a conferire al beneficiario un importo corrispondente alle ritenute, poi effettuate dal sostituto d'imposta e versate all'erario in modo da favorire l'esodo incentivandolo mediante la neutralizzazione del prelievo fiscale.

Questo meccanismo si presenta favorevole per il lavora-

tore esodato in quanto l'inclusione dell'importo pari alle ritenute correnti sull'assegno nella base di calcolo della prestazione comporta una traslazione dell'onere dell'imposta dal beneficiario dell'assegno al Fondo.

La Suprema Corte accoglie i rilievi dell'Inps considerando il ricorso fondato ove in tema di prepensionamento gli incentivi all'esodo vanno determinati in conformità agli scopi perseguiti dalla singola disciplina. Quindi la determinazione dell'importo dell'assegno straordinario di sostegno al reddito va effettuata in applicazione dell'art. 10, co. 9, D.M. n. 158/2000 che dispone che la misura lorda dell'assegno è computata sommando l'importo netto del trattamento pensionistico spettante nell'assicurazione generale obbligatoria con la maggiorazione dell'anzianità contributiva mancante per il diritto alla pensione di anzianità o di vecchiaia, nonché l'importo delle ritenute di legge sull'assegno straordinario.

Il raggiungimento dello scopo determinato dalla normativa relativa si realizza con l'applicazione della tassazione ordinaria del reddito.

Il ricorso viene accolto.