DICEMBRE 2018

CONSULENTI DEL LAVORO
Consiglio Provinciale dell'Ordine di Milano
Via Aurispa, 7 20122 Milano
TEL: 02/583081 88 - Fax: 02/58310605
E-MAIL: comm.centrostudi@consulentidellavoro.mi.it

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA N. 12

SOMMARIO

- IL PUNTO ..... PAG. 2

DOTTRINA

- IL "DECRETO DIGNITÀ" E LE DELOCALIZZAZIONI: PROFILI GIUSLAVORISTICI
  di **ARMANDO TURSI** ..... PAG. 6
- L'IMPATTO DELLA DECLARATORIA DI INCOSTITUZIONALITÀ DEL "CUORE" DEL JOBS ACT SUL CONTENZIOSO LAVORISTICO E SULLE ALTRE DISPOSIZIONI DEL D.LGS. N. 23/2015
  di **GIONATA CAVALLINI** ..... PAG. 9
- CONSIDERAZIONI SULLA LEGITTIMITÀ DELLA PROROGA ANTICIPATA DEI CONTRATTI A TERMINE EFFETTUATA ENTRO IL 31 OTTOBRE 2018
  di **ALBERTO BORELLA** ..... PAG. 12
- IL CUMULO DELLE QUALITÀ DI AMMINISTRATORE E LAVORATORE SUBORDINATO
  di **GABRIELE FAVA** ..... PAG. 15
- UOMINI E LICENZIAMENTO: TUTELA PER MATRIMONIO?
  di **MAURO PARISI** ..... PAG. 17
- LA SOMMINISTRAZIONE FRAUDOLENTA NEL DECRETO DIGNITÀ: CRONACA DI UNA FATTISPECIE INEFFICACE di **ANDREA ASNAGHI** ..... PAG. 20
- PROFILI DI CRITICITÀ E POSSIBILI ABUSI DEL DIRITTO NELL'INSERIMENTO LAVORATIVO DELLE PERSONE SVANTAGGIATE NELLE COOPERATIVE SOCIALI
  di **PAOLO PALMACCIO** ..... PAG. 23
- L'APPRENDISTATO DI PRIMO LIVELLO NON DECOLLA? PROVIAMO A FARE CHIAREZZA
  di **VALENTINA CURATOLO** ..... PAG. 27
- GLI ENTI RELIGIOSI CIVILMENTE RICONOSCIUTI NELLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE
  di **ANTONELLA ROSATI** ..... PAG. 29
- 2018: UN ANNO DI PROPOSTE DI SEMPLIFICAZIONE DALL'ORDINE DI MILANO di **REDAZIONE** ..... PAG. 31

RUBRICHE

SENZA FILTRO
IO STO CON M&G! di **ANDREA ASNAGHI** ..... PAG. 38

UNA PROPOSTA AL MESE
LA DIFFICILE CONSULTAZIONE DEI CERTIFICATI INPS DEI LAVORATORI! ...MA CAMBIARE SI PUÒ!
di **GABRIELE CORRERA** ..... PAG. 41

SENTENZE

Assenza per malattia professionale: conservazione del posto di lavoro e retribuzione
di **STEFANO GUGLIELMI** ..... PAG. 43

Doppio licenziamento e applicazione del *ne bis in idem* nel caso di licenziamento
di **SILVANA PAGELLA** ..... PAG. 43

Tipizzazione dell'illecito disciplinare
di **BARBARA BRUSASCA** ..... PAG. 44

Reintegra del lavoratore licenziato per mancato rispetto dei principi di anzianità e carichi di famiglia
di **RICCARDO BELLOCCHIO E ALESSIA ADELARDI** ..... PAG. 44

Licenziamento collettivo: la comunicazione ai sindacati è obbligatoria e deve essere tempestiva
di **ANDREA DI NINO** ..... PAG. 45

PAG. 3

CONVIVIALE NATALIZIA 2018

CONSULENTE DEL LAVORO, una professione in piena evoluzione
LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE
PAG. 34

PAG. 36
HR&ORGANIZZAZIONE
Un ufficio magro per lo studio professionale

Sintesi
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA
Organo Ufficiale del Consiglio Provinciale dei Consulenti del Lavoro di Milano

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
Luigi Ambrosio, Riccardo Bellocchio, Fabio Bonato, Maurizio Borsa, Barbara Brusasca, Gianfranco Curci, Andrea Di Nino, Luca Di Sevo, Alessandro Dicesare, Stefano Guglielmi, Angela Lavazza, Luciana Mari, Patrizia Masi, D. Morena Massaini, Massimo Melgrati, Erika Montelatici, Roberto Montelatici, Sabrina Pagani, Silvana Pagella, Fabio Pappalardo, Antonella Rosati

Sezione Semplificazione normativa: Coordinatore Andrea Asnaghi
Anna Adamo, Andrea Asnaghi, Marco Barbera, Brunello Barontini, Gianluca Belloni, Luca Bonati, Valentina Broggini, Marco Cassini, Alberta Clerici, Gabriele Correra, Valentina Curatolo, Dolores D'Addario, Simone Di Liello, Mariagrazia di Nunzio, Potito di Nunzio, Chiara Favaloro, Valentina Fontana, Roberta Garascia, Alessandro Graziano, Paolo Lavagna, Stefano Lunghi, Nicola Mancini, Sara Mangiarotti, Giuseppe Mastalli, Caterina Matacera, Elena Reja, Paolo Reja, Emilia Scalise, Daniela Stochino, Moira Tacconi

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

Con il sostegno di
ANCL
Unione Provinciale di Milano

il Punto

Il 14 dicembre si è svolta nel **Salone d'Onore della Triennale di Milano** la tradizionale **Conviviale Natalizia** organizzata dal nostro Ordine e dall'Ancl UP di Milano.
Immersi nell'arte, tra contemporanea e non, in una atmosfera cordiale e divertente, la serata è stata dedicata alle donne e contro la violenza ai loro danni. Come segno, tutti i presenti hanno indossato un braccialetto di raso rosso.

Numerosi gli ospiti a partire dai vertici della nostra Categoria. Erano presenti Alessandro Visparelli, Presidente Enpacl; Dario Montanaro, Presidente Ancl Nazionale; Vincenzo Silvestri, Presidente della Fondazione Lavoro del CNO. Marina Calderone, Presidente del CNO e Rosario De Luca, Presidente della Fondazione Studi del CNO, non hanno potuto partecipare ma hanno inviato i loro più cordiali saluti e auguri per le festività natalizie.

Numerosi i consiglieri nazionali presenti, così come erano presenti tutti i Presidenti dei CPO delle province lombarde e i Presidenti Regionale e Provinciali dell'Ancl della Lombardia.
Ci hanno onorati della loro presenza anche il Presidente della Sezione Lavoro del Tribunale di Milano, Dott. Pietro Martello, il Direttore dell'IIL, Dott. Aniello Pisanti, il Direttore dell'INPS di Milano, Dott. Tullio Ferretti accompagnato da altri Funzionari dell'Istituto, e tanti, **tanti colleghi di Milano e delle altre regioni d'Italia.**

Come di consueto una serata splendida trascorsa in armonia con un DJ d'eccezione, il Collega Nando Butto, Presidente Ancl di Varese, ed un coro speciale creato all'istante per cantare insieme alcune delle più belle canzoni italiane. Hanno dato prova di canto numerose colleghe e molti dei Presidenti (CPO e ANCL) presenti.
Sotto alcune foto, mentre l'intero servizio fotografico si trova al seguente link
http://anclmilano.it/index.php/associazione/galleria/.

CONVIVIALE NATALIZIA 2018

CONVIVIALE NATALIZIA 2018

CONVIVIALE NATALIZIA 2018

Per visionare tutte le foto
della Conviviale si rimanda al link
http://anclmilano.it/index.php/associazione/galleria/

di **ARMANDO TURSI**
Ordinario di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano, Avvocato in Milano

Il "Decreto Dignità" e le delocalizzazioni: profili giuslavoristici

La disciplina restrittiva delle delocalizzazioni e delle riduzioni di personale operate da imprese beneficiarie di aiuti di Stato, introdotta dal "Decreto Dignità", merita una specifica attenzione da parte di giuslavoristi, sotto almeno due profili:

1. se la Cassa Integrazione Guadagni (CIGS) possa considerarsi "aiuto di Stato" che rende applicabili le restrizioni introdotte dal "Decreto Dignità";
2. quali tipologie di licenziamento siano riconducibili a quelli intimati per *"giustificato motivo oggettivo"*, e dunque esclusi dall'applicazione delle predette restrizioni.

1. L'art. 5, co. 1, del D.l. n. 87/2018, convertito con modificazioni nella legge n. 96/2018, - recante ***"Limiti alla delocalizzazione delle imprese beneficiarie di aiuti",*** stabilisce che *"… le imprese italiane ed estere, operanti nel territorio nazionale, che abbiano beneficiato di un* ***aiuto di Stato che prevede l'effettuazione di investimenti produttivi ai fini dell'attribuzione del beneficio, decadono dal beneficio*** *medesimo qualora l'attività economica interessata dallo stesso o una sua parte venga* ***delocalizzata in Stati non appartenenti all'Unione europea …, entro cinque anni*** *dalla data di conclusione dell'iniziativa agevolata".*
Una prima considerazione ci sembra pacifica: le norme suddette non possono riferirsi a interventi di CIGS che non contemplano la necessità o la possibilità di **investimenti produttivi** e quindi sono, in via di principio, **riferibili solo alla CIGS per riorganizzazione aziendale.**
Così delimitato il perimetro dell'analisi, ci si deve interrogare sulla riconducibilità dell'istituto della CIGS alla nozione di "aiuto di Stato": nozione con la quale, ai sensi dell'art. 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), si intendono *"gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza".*
- Sul piano dell'esegesi letterale, si potrebbe sostenere che, affinché un provvedimento statale sia annoverabile tra gli aiuti di Stato, esso debba estrinsecarsi in vantaggi procurati alle imprese, quali **sovvenzioni, prestiti agevolati, esenzioni fiscali, esoneri contributivi, riduzioni degli oneri sociali** a carico del datore di lavoro, esonero dal pagamento di alcune imposte o tasse; mentre le integrazioni salariali, in quanto sostitutive di una retribuzione non dovuta a lavoratori sospesi dal lavoro o lavoranti a orario ridotto, costituiscono un **beneficio per i lavoratori.**
Si potrebbe però obiettare che, salvo i casi di impossibilità oggettiva della prosecuzione dell'attività d'impresa, in caso di sospensione o riduzione dell'orario di lavoro per ragioni economiche, il **datore di lavoro** sarebbe tenuto a corrispondere ugualmente la retribuzione, **e quindi l'integrazione salariale sarebbe a vantaggio suo e non del lavoratore.** Peraltro, secondo la Commissione e la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la nozione di "aiuti di Stato" è idonea a ricomprendere qualsiasi misura pubblica in grado di conferire alle imprese beneficiarie, grazie ad un **provvedimento di carattere specifico o selettivo,** un vantaggio sulle loro concorrenti in grado di falsare la **concorrenza nel mercato unico.**
- Un **secondo argomento** utile all'esclusione degli ➛

interventi della Cassa Integrazione Guadagni può essere, allora, quello della **natura generale e non selettiva** di tali interventi che sono erogati secondo parametri oggettivi a tutte le imprese che dimostrino la sussistenza delle c.d. "causali" di intervento. Ciò è tanto vero, che si è dubitato, in dottrina, della natura di aiuto di Stato, non già con riferimento alla Cassa Integrazione Guadagni in generale, ma con specifico riferimento alla c.d. "Cassa integrazione in deroga", erogata con criteri sostanzialmente discrezionali.

- La Commissione, nel qualificare una misura come "aiuto di Stato" ai sensi dell'(allora) art. 87, § 1, del Trattato CE, delinea un'importante **distinzione tra aiuti che mirano semplicemente a conservare lo** *status quo,* **e aiuti che sono diretti a consentire i necessari adattamenti agli sviluppi del mercato, contenendo gli effetti negativi sull'occupazione ovvero contribuendo alla creazione di nuovi posti di lavoro.** Mentre nei confronti di questi ultimi la Commissione mostra un atteggiamento favorevole, diverso è l'atteggiamento verso gli aiuti conservativi, in linea di principio incompatibili con il Trattato in quanto implicherebbero i maggiori rischi di trasferimento della disoccupazione e delle difficoltà industriali da uno Stato membro all'altro. Ciò confermerebbe, *aliunde,* l'esclusione **della CIGS per cessazione di attività** (reintrodotta dall'art. 44 del D.l. n. 109/2018), se non, *tout court,* quella per crisi aziendale.
- La **considerazione** che però ci sembra **decisiva** per escludere che la CIGS rientri nella nozione di aiuto di Stato cui fa riferimento l'articolo 5 della legge n. 96/2018, è che essa si riferisce ad **aiuti di Stato che prevedano l'effettuazione di investimenti produttivi; ovvero che prevedano una valutazione dell'impatto occupazionale.**

In primo luogo, il riferimento a un *"aiuto di Stato che prevede l'effettuazione di investimenti produttivi ai fini dell'attribuzione del beneficio"* implica che **debba trattarsi di misure che abbiano come finalità quella di favorire gli investimenti produttivi, e non invece di misure in cui l'investimento produttivo sia il presupposto affinché la misura venga erogata.**

In altre parole: **negli aiuti di Stato di cui alla legge n. 96/2018, gli investimenti produttivi sono il fine dell'aiuto, e l'aiuto è la condizione dell'investimento; all'opposto, nella CIGS il presunto "aiuto" (l'intervento della CIGS) è il fine dell'investimento, e l'investimento è la condizione dell' "aiuto".**
Analoga considerazione vale per gli **investimenti che prevedano una valutazione dell'impatto occupazionale:** anche da tale nozione ci pare esorbitino gli investimenti propri del programma di CIGS (per riorganizzazione), poiché anche in questo caso l'"aiuto" statale cui si allude mira a incentivare l'effettuazione di un investimento produttivo che incorpora un effetto occupazionale; mentre il presunto "aiuto" consistente nell'ammissione al trattamento di CIGS, lungi dal mirare all'incentivazione di un investimento che incorpora un effetto occupazionale, semplicemente presuppone l'effettuazione di investimenti produttivi da parte dell'imprenditore che richiede l'intervento. E quanto all'effetto occupazionale, esso, nel caso dell'"aiuto di Stato" è un effetto necessario e diretto dell'investimento, mentre nel caso della CIGS è l'effetto della stessa CIGS (la salvaguardia dei posti di lavoro è resa possibile dalla CIGS, e non - almeno direttamente e nell'immediato - dall'investimento produttivo).

2. L'art. 6, co. 1, del "Decreto Dignità" – recante ***"Tutela dell'occupazione nelle imprese beneficiarie di aiuti"*** -, stabilisce che ***"Qualora una impresa italiana o estera, operante nel territorio nazionale, che beneficia di misure di aiuto di Stato che prevedono la valutazione dell'impatto occupazionale, fuori dei casi riconducibili a giustificato motivo oggettivo, riduca in misura superiore al 50 per cento i livelli occupazionali degli addetti all'unità produttiva o all'attività interessata dal beneficio nei cinque anni successivi alla data di completamento dell'investimento, decade dal beneficio; qualora la riduzione di tali livelli sia superiore al 10 per cento, il beneficio è ridotto in misura proporzionale alla riduzione del livello occupazionale".***
Pur consapevoli dell'esistenza di opinioni contrarie e nell'assenza, ad oggi, di chiarimenti ministeriali, riteniamo che: ➛

- **i licenziamenti collettivi,** ai sensi dell'articolo 24 della legge n. 223/1991, **non siano inclusi tra "i casi di giustificato motivo oggettivo"** che, ai sensi del comma 1 del citato articolo 6, non determinano la decadenza dal beneficio: essi, pertanto, sono incompatibili col mantenimento del beneficio;
- **i licenziamenti per giustificato motivo soggettivo,** pur non espressamente contemplati, siano invece **compatibili col mantenimento dei benefici.**

In primo luogo va osservato che l'obiettivo esplicito del predetto art. 6 è quello di **favorire investimenti produttivi da parte di imprenditori che si obblighino a produrre determinati effetti occupazionali positivi.**
Non si vede, allora, come possa perseguirsi tale obiettivo, consentendo proprio i licenziamenti che per definizione impattano sui livelli occupazionali, quali i licenziamenti collettivi per riduzione del personale.
Né si comprende che senso possa avere l'inibizione dei licenziamenti per giustificato motivo soggettivo, i quali, oltre a non produrre effetti occupazionali sono, in un certo senso, "obbligati", perché determinati da gravi violazioni contrattuali (disciplinari) o da superamento del periodo di comporto.
Ciò è confermato dal **Regolamento UE n. 651/2014** - recante norme su *"categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato"* -, il quale prevede che, in caso di decremento occupazionale dovuto a licenziamenti per motivi oggettivi - con esclusione quindi dei "disciplinari" e delle dimissioni -, l'agevolazione non si consolidi.
Ritenere che i licenziamenti collettivi siano inclusi nei casi di (licenziamento per) "giustificato motivo oggettivo" contemplati dal comma 1 del citato articolo 6 e che, invece, costituiscano causa di perdita del beneficio i licenziamenti disciplinari, sarebbe, oltre che assurdo, **in contrasto con la normativa europea,** e porterebbe a ritenere che il Legislatore abbia voluto espressamente escludere ciò che il Regolamento europeo invece espressamente prevede.

Sul **piano strettamente giuridico** poi, la menzione espressa del **giustificato motivo oggettivo** di licenziamento rimanda all'art. 3 della legge n. 604/1966 che, come noto, si riferisce ai licenziamenti *"individuali"*, intimati per ragioni attinenti *"all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento della stessa"*.
Ciò, in contrapposizione con i *"licenziamenti collettivi per riduzione di personale"* la cui "materia", per dettato espresso dell'art. 11 della stessa legge n. 604/1966, *"è esclusa dalle disposizioni della presente legge"*.
Detta *"materia"*, infatti, come pure noto, è regolata da autonomo e diverso corpo normativo, che si incardina sulla nozione di *"riduzione o trasformazione dell'attività o di lavoro"* (art. 24 della legge n. 223/1991), a sua volta basata su una specifica procedura a rilevanza collettivo-sindacale, che esula del tutto dal licenziamento per g.m.o. di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966.

Quanto ai **licenziamenti disciplinari** (e per scadenza del periodo di comporto): riteniamo che la mancata menzione di tali ipotesi risolutive si spieghi con la loro oggettiva, **strutturale estraneità alla valutazione in termini di *"impatto occupazionale"*,** presa in considerazione dall'art. 6 della legge n. 96/2018; e ciò, anche per la necessaria coerenza con la vincolante normativa regolamentare euro-unitaria.

Per concludere sinteticamente sulla seconda questione, riteniamo che il riferimento al (licenziamento per) **"giustificato motivo oggettivo",** operato dall'art. 6 della legge n. 96/2018, vada letto in contrapposizione ai licenziamenti collettivi (che dunque risultano inibiti e non ammessi, ai fini della conservazione del beneficio), e non ai licenziamenti per motivo soggettivo (disciplinari); e che, quindi, **i licenziamenti collettivi per riduzione di personale, lungi dall'essere esclusi dalle cause di decadenza, costituiscano la causa tipica di decadenza dal beneficio.**

di **GIONATA CAVALLINI**
Dottorando di ricerca in diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano, Avvocato in Milano

L'impatto della declaratoria di incostituzionalità del "cuore" del Jobs Act sul contenzioso lavoristico e sulle altre disposizioni del D.lgs. n. 23/2015

1. Premessa

Come è ormai noto nella comunità degli interpreti, con sentenza n. 194/2018 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 1, D.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui prevede che l'importo dell'indennità dovuta in caso di licenziamento ingiustificato dei lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 sia determinata nella misura fissa di due mensilità per ogni anno di servizio, anziché prevedere che il giudice possa graduare detta indennità tenendo conto di fattori diversi, quali il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti, nonché le dimensioni dell'attività economica (parametri già previsti dall'art. 8, L. n. 604/1966, e dall'art. 18, co. 5, St. lav.).

Il Giudice delle leggi ha dunque parzialmente accolto le questioni di legittimità costituzionale sollevate la scorsa estate dalla nota ordinanza del Tribunale di Roma[1], la quale aveva dato luogo a un vivace dibattito in dottrina, chiamata a interrogarsi sulla fondatezza delle censure mosse al "cuore" del *Jobs Act*, mostrando spesso un certo scetticismo rispetto alla possibilità di una sentenza di accoglimento[2]. La decisione ha così ridisegnato il sistema delle tutele spettanti al lavoratore illegittimamente licenziato, pur senza mettere in discussione il marcato superamento della tutela reintegratoria, perseguito dal Legislatore del *Jobs Act* e confermato anche dai successivi interventi del nuovo esecutivo.

La pronuncia della Corte costituzionale si sofferma su una pluralità di questioni – e, in particolare, sul fondamento costituzionale della tutela avverso il licenziamento ingiustificato – ed è senz'altro destinata ad alimentare un dibattito che segnerà i prossimi anni, già aperto dai primi commentatori[3]. D'altronde, si tratta della prima sentenza emessa dal Giudice delle leggi dopo la stagione delle riforme della disciplina dei licenziamenti, ad opera dapprima della c.d. Legge Fornero (L. n. 92/2012, che ha novellato l'art. 18, St. lav.) e quindi del *Jobs Act* (D.lgs. n. 23/2015).

Senza qui soffermarsi sulle motivazioni della decisione, di cui si è già parlato anche sull'ultimo numero di questa Rivista[4], il presente contributo si propone solo di sviluppare alcune considerazioni di carattere pratico-operativo, per verificare l'impatto che la (parziale) declaratoria di illegittimità costituzionale del *Jobs Act* potrà avere sulle controversie in materia di licenziamenti (sia quelle pendenti che quelle future) nonché sulle disposizioni del D.lgs. n. 23/2015 che non hanno formato oggetto di censura da parte della Corte costituzionale, ma che risultano stret- ➛

1. Tribunale di Roma 26 luglio 2017, tra l'altro in Lav.giur., n.10/2017, pag. 897 ss.
2. Commenti all'ordinanza romana possono leggersi in F. Carinci, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, Lav.giur., n.10/2017, pag. 902 ss.; P. Ichino, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti, www.pietroichino.it,* 3 agosto 2017; S. D'Ascola, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti, Labor,* n. 2/2018, pag. 228 ss., ove esaustivi riferimenti alle posizioni della dottrina.
3. Tra i primi commenti, M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre, WP CSDLE.it*, n. 378/2018, reperibile in http://csdle.lex.unict.it; O. Mazzotta, *Cosa ci insegna la Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti, in www.rivistalabor.it,* 1 dicembre 2018.
4. C.J. Favaloro, R. Vannocci, *Sentenza n. 194/2018 della Corte Costituzionale: facciamo un po' di chiarezza, Sintesi,* n. 11/2018, pag. 16 ss.

tamente connesse alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima (in particolare, gli artt. 4, 6, 9 e 10 del D.lgs. n. 23/2015).

2. L'impatto della pronuncia sul contenzioso futuro

Un primo, prevedibile, effetto della pronuncia sarà plausibilmente un incremento del contenzioso in materia di licenziamenti, oltre che del suo valore economico. Tale risultato, peraltro, si deve alla combinazione della sentenza in esame con le altre due novità rappresentate, rispettivamente, dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 77/2018 e dal c.d. Decreto Dignità (D.l. n. 87/2018, conv. in L. n. 96/2018).
Con la sentenza n. 77/2018[5], la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 92, co. 2, c.p.c. (come modificato dall'art. 13, co. 1, D.l. n. 132/2014), nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese di lite tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano *"gravi ed eccezionali ragioni"*. È noto che l'istituto della compensazione delle spese di lite ha da sempre trovato particolare applicazione nell'ambito delle controversie di lavoro e che, negli ultimi anni, il divieto di compensazione sancito dal nuovo art. 92 c.p.c. aveva funto da deterrente alla proposizione di azioni giudiziarie da parte dei lavoratori, comprensibilmente preoccupati dalla prospettiva di una pesante condanna alle spese. Con la reintroduzione, ad opera del Giudice delle leggi, della possibilità per il giudice di compensare le spese di lite per «gravi ragioni» (quali, ad esempio, le condizioni economiche del lavoratore soccombente), la strada del contenzioso torna ad essere più appetibile.
Nel contempo, il provvedimento varato quest'estate dal nuovo esecutivo (c.d. Decreto Dignità)[6] ha innalzato da 4-24 mensilità a 6-36 mensilità la cornice edittale di riferimento entro la quale il giudice potrà oggi determinare la misura dell'indennità da licenziamento illegittimo (cfr. l'art. 3, D.l. n. 87/2018), incrementando così notevolmente le utilità potenzialmente conseguibili all'esito dell'azione giudiziaria e, ancor prima, rafforzando la posizione del lavoratore nell'ambito della trattativa pre-giudiziale.

3. L'impatto della pronuncia sulle controversie pendenti

È indubbio che il *dictum* di C. Cost. n. 194/2018 sia pienamente applicabile anche ai licenziamenti intimati prima della pubblicazione della decisione, in ragione della pacifica retroattività delle declaratorie di illegittimità costituzionale, che incontrano un limite solo nei rapporti esauriti[7].
Quanto ai limiti minimi e massimi entro cui può oggi essere determinata l'indennità, invece, deve essere rilevato che la prima giurisprudenza formatasi all'indomani della sentenza della Corte costituzionale ha ritenuto, con motivazioni non del tutto persuasive, che la nuova cornice edittale di 6-36 mensilità non si applica ai procedimenti relativi ai licenziamenti intimati prima dell'entrata in vigore del Decreto Dignità, per i quali il giudice dovrà muoversi all'interno della precedente forbice compresa tra le 4 e le 24 mensilità[8].
Sotto diverso profilo, rispetto ai procedimenti pendenti si pone il problema pratico di capire *se* e *come* il giudice possa estendere la propria cognizione a quelle circostanze di fatto, relative ai parametri che devono essere utilizzati per determinare la misura dell'indennità secondo le indicazioni della Corte costituzionale (numero di dipendenti occupati, dimensioni dell'impresa e dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti…), laddove il ricorrente non ne avesse già fatto allegazione nel ricorso introduttivo, in quanto sostanzialmente irrilevanti secondo la legge applicabile al momento della litispendenza.
Ad avviso di chi scrive, il giudice dovrebbe tentare di desumere tali elementi dagli atti di causa (d'altronde quale ricorso non contiene in narrativa un riferimento alle dimensioni dell'impresa, al numero dei dipendenti, al fatturato?) e, solo ove ciò non sia possibile, dovrebbe esercitare i propri poteri istruttori *ex* art. 421 c.p.c. per assumere tutte le informa- ➔

5. C. Cost., 19 aprile 2018, n. 77, tra l'altro in *Riv. giur. lav.*, n. 3/2018, pag. 403, con nota di G. Costantino, *Sulla compensazione delle spese giudiziali e sulla discrezionalità del legislatore in materia processuale.*
6. Su cui v. le osservazioni di F. Scarpelli, *Convertito in legge il "decreto dignità": al via il dibattito sui problemi interpretativi e applicativi*, in *Giustiziacivile.com*, 3 settembre 2018.
7. Per tutti, P. Caretti, U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Giappichelli, 10° ed., Torino, 2010, pag. 407.
8. Così Trib. Bari 11 ottobre 2018, reperibile in www.wikilabour.it, che aveva applicato i principi desumibili dal comunicato stampa della Corte costituzionale ancor prima della pubblicazione della sentenza, e Trib. Como 29 novembre 2018, inedita.

zioni necessarie per determinare l'indennità dovuta al lavoratore, eventualmente assegnando alle parti un termine per il deposito di memorie integrative.

4. L'impatto della pronuncia sulle disposizioni del D.lgs. n. 23/2015 non direttamente censurate

Occorre poi chiedersi come la pronuncia della Corte costituzionale impatti sulle altre previsioni del D.lgs. n. 23/2015 che non hanno formato oggetto diretto dello scrutinio del Giudice delle leggi, per verificare se esse vengono travolte o meno dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, co. 1, D.lgs. n. 23/2015.
Nel sistema del D.lgs. n. 23/2015, infatti, la previsione dichiarata costituzionalmente illegittima non rappresentava una norma isolata e autonoma rispetto alle altre disposizioni del decreto. All'art. 3, infatti, fanno rinvio diretto altre disposizioni (artt. 9 e 10), mentre altre ancora ne mutuano la *ratio* di fondo di ancorare alla sola anzianità di servizio il *quantum debeatur* (artt. 4 e 6).
La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 3, co. 1, ha senz'altro un impatto su tutte queste previsioni, seppure in termini diversi.
Quanto all'art. 4, D.lgs. n. 23/2015 (che prevede che in caso di vizi formali e procedurali al lavoratore spetti un'indennità di importo pari a una mensilità per anno di servizio) la Corte ne ha dichiarato esplicitamente l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale (punto 5.1.2 e 5.3 della decisione). La suddetta disposizione, infatti, era pacificamente inapplicabile nell'ambito del giudizio *a quo* (ove era stato ritenuto *sostanzialmente* ingiustificato un licenziamento intimato per asseriti motivi economici) e non poteva quindi formare oggetto del giudizio incidentale di legittimità costituzionale.
Ciò non toglie, tuttavia, che il meccanismo di calcolo di cui all'art. 4 è modellato esattamente sulla falsariga di quello censurato dalla Corte, sicché pare che la previsione non potrà che essere dichiarata incostituzionale alla prima occasione utile, non appena cioè la Corte sarà investita della questione da parte di un giudice che si trovi di fronte a un licenziamento affetto esclusivamente da vizi formali o procedurali[9]. Restiamo dunque in attesa degli sviluppi.

Per quanto concerne invece gli artt. 9 e 10, D.lgs. n. 23/2015, non pare esservi alcuna necessità di un ulteriore intervento da parte del Giudice delle leggi. Le suddette disposizioni fanno infatti entrambe rinvio diretto alla norma dichiarata incostituzionale, per determinare le indennità dovute in caso di licenziamenti intimati da piccole imprese (art. 9, che prevede l'applicazione dell'art. 3, co. 1, con dimezzamento degli importi e fissazione del tetto massimo di 6 mensilità) e in caso di licenziamenti collettivi (art. 10, che si limita a rinviare *in toto* all'art. 3, co. 1).
L'incostituzionalità dell'art. 3, co. 1, pertanto, si ripercuote direttamente "a cascata" sugli artt. 9 e 10, determinando la necessità che il giudice, nel farne applicazione, determini la misura dell'indennità facendo ricorso ai parametri, ulteriori e diversi rispetto alla sola anzianità di servizio, indicati dalla Corte.
Un discorso ancora diverso merita invece la previsione di cui all'art. 6, D.lgs. n. 23/2015, che ha introdotto una nuova modalità di conciliazione stragiudiziale prevedendo che il datore di lavoro possa offrire al lavoratore, entro sessanta giorni dal licenziamento, un importo esente da Irpef e da contribuzione previdenziale di ammontare pari a una mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità (dopo le modifiche del Decreto Dignità). Certo anche tale previsione replica il meccanismo di calcolo censurato dalla Corte, ma essa non riguarda le modalità di determinazione di un'indennità, ma solo della somma che può essere offerta al lavoratore a titolo conciliativo, sicché non sembrano esservi margini per lamentarne l'incostituzionalità.

Tuttavia, sebbene la norma non venga toccata dal punto di vista strettamente giuridico dalla pronuncia della Corte, dal punto di vista pratico-operativo essa ne esce notevolmente depotenziata. È infatti evidente che a fronte del deciso innalzamento delle utilità ricavabili con il giudizio, l'ipotesi che il lavoratore voglia accettare quei "pochi, maledetti e subito" diventa decisamente meno plausibile, come già rilevato dai primi osservatori[10]. Si tratta, tuttavia, di un'incongruenza che solo il Legislatore, se lo riterrà, potrà appianare.

9. Molto esplicitamente, M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018,* cit., p. 25.

10. C.J. Favaloro, R. Vannocci, *Indennità per licenziamento illegittimo e offerta conciliativa: che ne sarà di noi?, Sintesi,* n. 10/2018, pag. 21 s.; M.T. Carinci, *La Corte costituzionale n. 194/2018,* cit., p. 26.

di ALBERTO BORELLA
Consulente del Lavoro in Chiavenna

Considerazioni sulla legittimità della proroga anticipata dei contratti a termine effettuata entro il 31 ottobre 2018

La problematica

Una delle questioni che negli scorsi mesi più ha preoccupato aziende e Consulenti del lavoro ha riguardato l'obbligo, in vigore dal 1° novembre 2018, dell'indicazione di una delle causali giustificatrici l'apposizione del termine nel caso di proroga di contratti a tempo determinato al raggiungimento della durata massima di 12 mesi.
E proprio al fine di sottrarsi alle nuove e più stringenti regole in molti hanno sfruttato il periodo transitorio - durante il quale, lo ricordiamo, la precedente disciplina non prevedeva il richiamo alle causali e permetteva la durata complessiva del contratto a termine fino a 36 mesi - concordando con il lavoratore la proroga del rapporto di lavoro con largo anticipo rispetto alla data di scadenza del termine inizialmente pattuito.

Sulla legittimità di tale pattuizione è stato sollevato da alcuni commentatori qualche dubbio ipotizzando che una siffatta operazione potesse essere giudicata illegittima in relazione ad un utilizzo improprio del periodo transitorio. Onde evitare possibili contestazioni veniva consigliato il ricorso alla proroga anticipata solo nel caso in cui il datore di lavoro potesse dimostrare l'esistenza di circostanze che giustificassero l'anticipo dell'accordo con il lavoratore. Qualcuno addirittura, spingendosi oltre, sino a richiedere *"il sopraggiungere di circostanze inattese"*.

La vecchia normativa in materia di proroghe

Vediamo innanzitutto di ricapitolare il quadro giuridico entro cui gli operatori hanno disposto l'anticipo della proroga dei contratti a termine per beneficiare del, più favorevole, vecchio regime.
Va subito chiarito che ante Decreto Dignità la norma concedeva al datore di lavoro la più ampia autonomia in materia di gestione del contratto a termine. Fatto salvo il limite di 5 proroghe e dei 36 mesi egli risultava totalmente libero di stabilire la durata sia del contratto iniziale che delle eventuali proroghe, non avendo alcun obbligo di esplicitare i motivi del ricorso al contratto a termine. E poteva, allo stesso modo, lasciar scadere il rapporto e ripartire, nel rispetto dello *stop & go*, con un nuovo contratto. Che ci fosse o meno un motivo legittimo non interessava a nessuno: l'individuazione temporale del termine finale era insindacabile.
Se quindi un datore di lavoro aveva un'esigenza sostitutiva per 5 mesi e assumeva un lavoratore per soli 3 mesi o addirittura per 10 mesi, nessuno poteva obiettare alcunché. L'unico paletto era il rispetto della durata complessiva degli allora 36 mesi.
Poteva ovviamente anticipare la trasformazione a tempo indeterminato rispetto alla scadenza originaria ma soprattutto, vigente la precedente disciplina, aveva la facoltà - e qui è quanto più interessa nel- ➔

la presente disamina - di concordare con il lavoratore, e sottolineiamo in qualsiasi momento nel corso del contratto, la proroga della scadenza senza dover giustificare la sussistenza o la fondatezza dei motivi sottostanti. Motivi in ogni caso da considerarsi civilisticamente irrilevanti, costituendo quegli interessi personali e particolari che la parte tende a realizzare con la conclusione di un contratto (che quindi non rientrano nel contenuto di questo) e per i quali non era ovviamente richiesta la coincidenza con il novero delle causali previste dal Decreto Dignità (perché non ancora in vigore), potendo quindi soddisfare qualsiasi esigenza aziendale, sopraggiunta ma anche, si ritiene, preesistente.

La nuova normativa in materia di proroghe

L'articolo 21 del D.lgs n. 81/2015, riscritto dal Decreto Dignità, dispone che "*Il contratto può essere prorogato* ***liberamente*** *nei primi dodici mesi"* (seppur nel limite di quattro proroghe), richiedendo, solo nel caso di superamento di tale durata, il rispetto delle condizioni di cui all'articolo 19 ovvero l'esplicitazione dei motivi di ricorso al contratto a termine.
La nuova normativa quindi, pur introducendo dopo i primi dodici mesi l'obbligo delle causali, lascia inalterata la precedente situazione giuridica per il primo anno. Il potere di modificare, anticipare o posticipare il termine del contratto a tempo determinato inizialmente concordato tra le parti non viene infatti toccato dal Decreto Dignità.

La norma transitoria e i primi dubbi

Il D.l. 12 luglio 2018 n. 87 ha opportunamente individuato un periodo transitorio durante il quale

> *"Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché ai rinnovi e alle proroghe contrattuali successivi al 31 ottobre 2018".*

In questo quadro la stampa specializzata si è posta la domanda se la posticipazione, concordata prima del 1° novembre 2018, del termine di scadenza del rapporto potesse essere sindacata dal punto di vista della liceità della causa in quanto finalizzata a beneficiare di un trattamento più favorevole rispetto ad una proroga stipulata dopo la scadenza del periodo transitorio. Si è parlato di negozio in frode alla legge ed anche di utilizzo di schema legale lecito per il conseguimento di un interesse illecito.

La contestazione e la possibile difesa

In attesa di capire come la giurisprudenza valuterà eventuali contenziosi sul punto, si vuole qui condividere alcune riflessioni che, senza alcuna pretesa di suggerire strategie difensive processuali, si ritiene possano avvallare la tesi che ritiene corretto l'operato di coloro che, più o meno consapevoli dei possibili rischi, hanno proceduto alla stipula di proroghe durante il periodo transitorio.

1. La ratio della norma

La prima osservazione che può essere fatta è che un periodo transitorio, in cui non valgono le future regole, è di norma previsto proprio per permettere ai soggetti, teoricamente interessati dalle modifiche normative, di organizzarsi al meglio, operando liberamente fino ad una certa data con le vecchie regole. E nel caso di specie, rammentiamolo, le vecchie regole non impedivano un accordo anticipato di proroga del contratto.
Se la norma avesse voluto vietare un determinato comportamento nel periodo transitorio avrebbe dovuto semplicemente non prevedere un periodo transitorio. Se una condotta è considerata contraria ai principi giuridici non ha alcun senso dire che le regole valgono da una certa data in avanti per poi sanzionare quei comportamenti, posti in essere prima di tale modifica normativa, sulla base di una presunta frode alla legge riferita ad una norma di cui scientemente si è posticipata l'entrata in vigore.
Sarebbe stato più coerente da parte del Legislatore anticipare gli effetti della nuova disciplina o quantomeno imporre delle condizioni specifiche o più restrittive. Ad esempio condizionando la proroga anticipata alla sussistenza di ragioni oggettive, senza necessariamente richiamare le causali di cui al riscritto articolo 19 del D.lgs n. 81/2015.
Se niente di tutto ciò risulta o emerge dal dettato normativo, c'è da chiedersi se vale ancora il brocardo latino *Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit.* ➔

2. Il contratto in frode alla legge

Altre considerazioni nascono dall'esame di una delle tante definizioni del contratto in frode alla legge che troviamo nella giurisprudenza di legittimità.

> *È noto che nel contratto in frode alla legge di cui all'art. 1344 c.c., gli stipulanti raggiungono attraverso gli accordi contrattuali il medesimo risultato* ***vietato dalla legge****, con la conseguenza che, nonostante il mezzo impiegato sia in thesi lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare. Dunque, presupposto indefettibile perché si possa parlare di contratto in frode alla legge è che il negozio posto in essere non realizzi quella che è una causa tipica - o comunque meritevole di tutela ex art. 1322, secondo comma, c.c. -, bensì una causa illecita in quanto appunto finalizzata alla* ***violazione della legge.*** *(Cass. 6 aprile 2018, n. 8499).*

Da questa e da altre sentenze pare emergere un dato comune: il configurarsi di un negozio in frode alla legge necessita che l'aggiramento operato delle parti del divieto imposto dalla legge - per forza vigente quando questo si realizza - venga ottenuto ricorrendo ad un diverso negozio giuridico (o più negozi combinati tra loro) che consente ugualmente di raggiungere l'effetto giuridico vietato.

3. La legittimità della proroga anticipata

Da quanto sopra possiamo ricavare alcune considerazioni circa il ricorso ad una proroga anticipata del contratto a termine la cui scadenza è prevista anche a distanza di molto tempo dopo:

a) il comportamento adottato è coerente e rispettoso della normativa vigente. Viene infatti disposta una proroga utilizzando la vigente disciplina giuridica della proroga del contratto a tempo determinato. Non vi è alcun ricorso a schemi contrattuali diversi dato che quello utilizzato è esattamente lo schema tipico previsto per ottenere gli effetti desiderati. Si dichiara di voler predisporre una proroga perché si vuole prorogare il contratto a termine. Né più né meno, senza sotterfugi.

b) la norma imperativa di cui si denuncia la violazione fraudolenta non è norma vigente. Non può essere violata una norma che non esiste nell'ordinamento giuridico attuale ma solo in quello futuro. Per contestare la fattispecie del negozio in frode alla legge si dovrebbe infatti fare riferimento a delle limitazioni previste però da una norma giuridica che entrerà successivamente in vigore per esplicita volontà del Legislatore, che ha, per l'appunto, previsto una disciplina transitoria.

Considerazioni finali

L'osservazione conclusiva riguarda anche il risultato illegittimo che la fattispecie del contratto in frode alla legge richiede debba essere ottenuto. Un beneficio, spesso economico, che per essere tale dovrebbe avere quantomeno un danneggiato.

Non sembra possa essere lo Stato che sul contratto a termine incassa contributi più alti e per un periodo lavorativo più lungo grazie all'accordo delle parti di posticiparne, da subito, la scadenza.

E non si ravvisa alcun danno anche per il lavoratore che ottiene *ante tempus* la formalizzazione della sua permanenza al lavoro, seppur a termine (del resto nessuno può garantire che l'alternativa sarebbe stata un contratto a tempo indeterminato e non la disoccupazione), per un periodo che può arrivare sino a 24 mesi. Si pensi infatti al datore di lavoro che, durante il periodo transitorio, abbia proposto la proroga di un contratto a termine prossimo ai 12 mesi, fissandone la nuova scadenza al raggiungimento dei 36 mesi complessivi.

Si consideri peraltro che un contratto a tempo determinato rappresenta un sicuro introito economico per il lavoratore, dato che un eventuale recesso datoriale prima della scadenza comporta, salva la sussistenza della cosiddetta giusta causa, il risarcimento del danno pari all'ammontare delle retribuzioni che il lavoratore avrebbe percepito ove il contratto si fosse concluso alla scadenza prefissata.

Non pare quindi ravvisabile alcun sfruttamento del lavoratore, casomai l'accettazione da parte di costui di una proposta datoriale considerando la saggezza popolare del *meglio un uovo oggi che una gallina domani.*

di **GABRIELE FAVA**
Avvocato in Milano

Il cumulo delle qualità di amministratore e lavoratore subordinato

Il presente contributo affronta una questione già più volte dibattuta nel corso degli ultimi anni, ma comunque sempre molto attuale: il cumulo delle qualità di amministratore di società e di dipendente della stessa.
La vicenda in esame riguarda, in particolare, il licenziamento di un soggetto che, dapprima nominato amministratore delegato e presidente del comitato di gestione della società, stipulava, poco tempo dopo, con la medesima società, un contratto di lavoro subordinato con la qualifica di dirigente.
Il dipendente, impugnando il licenziamento, lamentava l'insussistenza della giusta causa di recesso e chiedeva, oltre all'accertamento dell'inesistenza della predetta causa, la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso e dell'indennità supplementare prevista dal Ccnl Dirigenti.
Il Giudice del Lavoro del Tribunale e la Corte d'Appello respingevano la domanda del dirigente non riconoscendo la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato, in quanto il soggetto in questione non aveva dimostrato l'esistenza dei presupposti per la configurazione di tale tipo di rapporto.
La giurisprudenza di legittimità è ormai consolidata nell'affermare, in linea di principio, che *"il rapporto organico che lega il socio o l'amministratore ad una società di capitali non esclude la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato a contenuto dirigenziale tra il primo e la seconda"* (Cass., n. 1283/1998; Cass. Civ., sez. Lavoro, 1 febbraio 2012, n. 1424) allorquando sia individuabile la formazione di una volontà imprenditoriale distinta, tale da determinare la soggezione del dipendente-amministratore ad un potere disciplinare e direttivo esterno, sì che la qualifica di amministratore costituisca uno schermo per coprire un'attività configurabile, in realtà, nei termini di un normale lavoro subordinato (Cass. Civ., sez. Lavoro, 14 gennaio 2000, n. 381; Cass. Civ., sez. Lavoro, 12 gennaio 2002, n. 329).

I giudici di merito, inoltre, rimarcavano l'irrilevanza, ai fini qualificativi, del contratto di lavoro concluso *inter partes,* in quanto stipulato ai soli fini previdenziali ed assistenziali.
Spesso, infatti, l'interesse che l'amministratore ha di figurare contemporaneamente come lavoratore subordinato coincide con l'opportunità di godere di trattamenti previdenziali, assistenziali e pensionistici connessi per legge con tale qualifica.

Successivamente la Corte di Cassazione, sulla scia di quanto precedentemente deciso dai giudici di merito, rigettava il ricorso del dirigente, sottolineando che le due posizioni lavorative in questione (Amministratore e Dirigente) possono essere cumulabili (ad esclusione dell'Amministratore Unico, in quanto questo sarebbe datore di lavoro di se stesso) solo *"ove sia configurabile concettualmente, e dimostrato in concreto, l'elemento che caratterizza tale rapporto, ossia la subordinazione"* (Cass. Civ., sez. Lavoro, 23 novembre 1988, n. 6310).

Non vi è, quindi, l'esistenza del vincolo di subordinazione nel caso in cui un dirigente non risponda al consiglio di amministrazione nell'esecuzione della sua attività (Cass. Civ., sez. Lavoro, 3 ottobre 2013, n. 22611). ➛

Vi deve essere, quindi, una volontà imprenditoriale che si forma in modo autonomo rispetto a quella dell'amministratore-dirigente, con l'assoggettamento di quest'ultimo al potere direttivo e di controllo degli organi della società (Cass., n. 381/2000 cit.).
Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione conferma il consolidato orientamento giurisprudenziale, statuendo che *"per la configurabilità di un rapporto di lavoro subordinato fra un membro del consiglio di amministrazione di una società di capitali, ovvero l'amministratore delegato, e la società stessa, è necessario che colui che intende far valere tale tipo di rapporto fornisca la prova della sussistenza del vincolo di subordinazione e, cioè, l'assoggettamento, nonostante la suddetta carica sociale, al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell'organo di amministrazione della società nel suo complesso"* (Cass. Civ., sez. Lavoro, 25 settembre 2018, n. 22689).

Attestata, quindi, la possibile compatibilità giuridica tra le funzioni di lavoratore dipendente e quelle di amministratore di una società, la sussistenza di un tale rapporto deve essere verificata in concreto, essendo necessario accertare, da una parte, l'esistenza di una volontà della società distinta da quella del singolo amministratore e, d'altra parte, il ricorrere dell'elemento tipico, qualificante, della subordinazione (Cass. Civ., sez. Lavoro, 29 gennaio 1998, n. 894).

Nello specifico, la compatibilità non deve essere verificata solo in via formale, con riferimento esclusivo allo statuto e alle delibere societarie, occorrendo invece accertare in concreto la sussistenza o meno del vincolo di subordinazione (Cass. Civ., sez. Lavoro, 11 novembre 1993, n. 11119).

A tal proposito la giurisprudenza ha precisato che *"il cumulo delle due qualità presuppone, al di là dello statuto e delle deliberazioni assembleari e consiliari, la verifica in concreto circa la sussistenza del vincolo della subordinazione gerarchica e, in particolare, lo svolgimento dietro retribuzione, di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale rivestita"* (Cass. Civ., sez. Lavoro, 26 ottobre 1996, n. 9368).

Il Supremo Collegio, infatti, rigettando il ricorso, ha tenuto a rimarcare, oltre che la necessità della prova del vincolo di subordinazione, il principio per cui può esservi cumulabilità tra la carica di amministratore delegato e lavoratore subordinato di una stessa società di capitali, purché si accerti l'attribuzione di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale.

Di conseguenza, ai fini della legittimità del cumulo delle qualità di amministratore e lavoratore subordinato della medesima società, è necessario, da una parte, calibrare i poteri conferiti all'Amministratore, che non potranno in tal caso prevedere il potere di assumere e licenziare, il potere disciplinare nei confronti dei dirigenti, i poteri direttivi e di controllo estesi all'area dirigenziale, prevedendo così una non pienezza dei poteri in capo alla figura di Amministratore, ma solo, eventualmente, una funzione vicariale dello stesso; d'altra parte, per la funzione di Dirigente nonché di lavoratore subordinato, dovranno essere previste mansioni diverse da quelle svolte in veste di amministratore, l'obbligo di rendere conto all'organo di amministrazione della società circa il proprio operato e l'assoggettamento al potere disciplinare dell'organo di amministrazione della società come fondamento per la sussistenza del vincolo di subordinazione.

di **MAURO PARISI**
Avvocato in Belluno e Milano

Uomini e licenziamento: tutela per matrimonio?

Continuano a rincorrersi sentenze che ampliano la tutela dell'art. 35, D.lgs. n. 198/2006 anche agli uomini, mentre altre la negano

Uomini e donne sono uguali davanti … al licenziamento? Oppure no?

La questione appare di non poco conto. Non solo in termini di principio e di giustizia per i lavoratori, ma pure per la correttezza delle scelte che le imprese intendessero assumere. Al riguardo, infatti, anche le aziende - oltre che gli stessi lavoratori - sono non di rado costrette a sopportare le incertezze delle interpretazioni offerte alla legge, nonché i suoi vuoti. Come è evidente, di questioni che possono concernere i lavoratori - uomini e donne, che siano - e l'eventuale scelta di licenziarli, ne possono sorgere a dismisura.

Per esempio, sembra piuttosto interessante comprendere **cosa accade se il lavoratore - uomo e *single* - deve essere licenziato ma, al momento del licenziamento, si sta per sposare** (o lo ha già fatto da meno di un anno). Su tali ipotesi neppure i giudici sembrano in grado di esprimersi in modo convergente. Per quanto, sia chiaro, non ogni pronuncia vale l'altra.

Una vicenda recente affrontata dalla Corte d'Appello di Bologna sembra molto interessante, sia per analizzare l'inquadramento e il regime giuridico della materia, sia per comprendere quanto possano differire i punti di vista e i modi di procedere delle stesse corti di giustizia su medesime questioni. Con ricadute "operative" opposte.

Nel caso, una **società decideva di trasferire un lavoratore,** come consentito peraltro dal contratto collettivo e da quello individuale. Il **lavoratore, però, rifiutava il trasferimento,** ritenendo la sede troppo distante dalla precedente e che lo stesso spostamento fosse pretestuoso. Dicendosi disponibile a riprendere il servizio presso la sede "originaria", decideva, così, di non raggiungere la nuova sede.

Così trascorsi **alcuni giorni di assenza all'apparenza più che ingiustificata,** come prevedibile, la società provvedeva a licenziarlo.

Tutto chiaro e dall'esito scontato? Tutt'altro.

A seguito di impugnazioni, si giungeva davanti al Giudice del lavoro e qui… colpo di scena. Solo allora il **lavoratore rendeva noto di essere stato licenziato successivamente alle pubblicazioni del proprio matrimonio.** Che infatti si scopriva essere stato celebrato poco dopo il licenziamento. L'azienda allibiva non avendo mai, neppure informalmente, saputo della cosa.

Come noto, nel nostro ordinamento (art. 35, D.lgs. n. 198/2006) *"le clausole… che prevedano comunque la risoluzione del rapporto di lavoro delle lavoratrici in conseguenza del matrimonio sono nulle e si hanno per non apposte. Del pari* ***nulli sono i licenziamenti attuati a causa di matrimonio".***

Ma quali sono questi licenziamenti *"a causa di matrimonio"*? Si presume tale il licenziamento *"della dipendente"* nel periodo intercorrente *"dal giorno della richiesta delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa".*

Insomma, la disposizione del Codice delle pari opportunità parla chiaramente di *"donne"*. Che come tali ottengono una quasi totale "immunità" nell'anno del matrimonio. Infatti, al datore di lavoro non resta che *"provare che il licenziamento della lavoratrice … è stato effettuato non a causa di matrimonio"* e, in particola- ➔

re, per *"colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro"*.
Per riassumere, nel caso, l'**eccezione invocata dal lavoratore non sembrava affatto adeguata per sesso** (essendo "uomo"), **né per situazione** (l'assenza era ingiustificata, non avendo nessuno, neppure sommariamente, appurato l'illegittimità dello *ius variandi:* e, dunque, di "colpa grave").
Nel primo, come nel secondo grado di giudizio, però, con una certa sorpresa, i giudici davano ragione al lavoratore.
Ai quali non creava, in particolare, alcuna difficoltà la circostanza che il suddetto art. 35, D.lgs. n. 198/2006 sembrasse destinato alle sole *"lavoratrici"*: con un richiamo al complessivo e prevalente diritto comunitario (cfr. art. 2, Direttiva 76/207/CE), infatti, ritenevano di rinvenire la volontà dell'ordinamento che non sussistesse alcuna "*discriminazione fondata sul sesso direttamente o indirettamente*".

Licenziamento e matrimonio: parità tra i sessi
Così la Corte d'Appello di Bologna, sentenza n. 306/2018
Fermo che la disposizione secondo cui è ammissibile il licenziamento in costanza di matrimonio in presenza di colpa grave non integra un *tertium genus* di causale soggettiva, implicando bensì un sottoinsieme caratterizzato dal maggiore rigore richiesto nella verifica della giusta causa, il rilievo della circostanza secondo cui il lavoratore, in costanza di una opposizione al trasferimento tempestivamente proposta e poi coltivata in sede giudiziale, ha inteso non presentarsi nella nuova sede assegnata previa specifica comunicazione alla parte datoriale delle ragioni e dei motivi di opposizione così palesando la mancata presa di servizio non conseguente a trascuratezza o immotivato rifiuto della prestazione, ma collegata con una eccezione di inadempimento riconducibile alla condotta della parte datoriale e qualificata anche dalla offerta della prestazione lavorativa sulla precedente sede di assegnazione è più che sufficiente ad escludere la colpa grave/giusta causa del licenziamento.

Quindi, **escluso *ipso facto* che il "nubendo" (sia pure occulto) che impugna un trasferimento possa trovarsi in colpa grave,** in sostanza, sia il giudice di primo grado, sia la Corte d'Appello di Bologna - con la sentenza n. 306 del 13 marzo 2018 - giungevano a giustificare l'assenza del lavoratore in quanto, in sostanza, scriminata dal matrimonio. Con licenziamento invalido.
Una soluzione che merita senza dubbio una profonda attenzione da parte delle aziende datrici di lavoro. Le quali, quindi, anche nel disporre un semplice trasferimento del proprio dipendente, sarebbe opportuno che conoscessero - quale variabile del "successo" dell'operazione - anche delle intenzioni di matrimonio, o del prossimo matrimonio, dei propri dipendenti.
La "visione" dell'art. 35, D.lgs. n. 198/2006 intravista e confermata dalla Corte bolognese, però, proprio di recente è stata **smentita dalla Suprema Corte**. La quale era stata chiamata a pronunciarsi nel giudizio in cui proprio un lavoratore-uomo licenziato, tra l'altro, lamentava la lesione della predetta disposizione.

Nel negare il diritto dell'uomo a vedersi applicato l'art. 35 citato, l'interpretazione della Cassazione, con la **pronuncia n. 28926 del 12 novembre 2018, risulta diametralmente opposta a quella sopra osservata.** Infatti, si fa riferimento espressamente a come *"la norma, non a caso inserita proprio nel codice di pari opportunità tra uomo e donna, deve essere letta, per una sua corretta comprensione, quale approdo della tutela costituzionale assicurata ai diritti della donna lavoratrice"*. Donna, quindi, e non uomo.
Tanto è vero che i giudici di legittimità giungono a ribadire come detta previsione *"lungi dall'essere discriminatoria, sia assolutamente legittima"*.
Tra i molti spunti di grande interesse della decisione, vi è l'indicazione per cui - contrariamente all'opinione espressa dalla mostrata sentenza di merito - la previsione risulta tutt'altro che contraria alla normativa comunitaria, che esclude natura discriminatoria a disposizioni che assicurano vantaggi specifici al sesso sottorappresentato. Solitamente quello femminile. ➛

Licenziamento e matrimonio: tutele solo alle donne

Così la Cassazione, sentenza n. 28926/2018

L'art. 35, D.lgs. n. 198/2006, non a caso inserito proprio nel codice delle pari opportunità tra uomo e donna, deve essere letto, per una sua corretta comprensione, quale approdo della tutela costituzionale assicurata ai diritti della donna. Si comprende allora come la previsione normativa in esame, lungi dall'essere discriminatoria, sia assolutamente legittima, in quanto rispondente ad una diversità di trattamento giustificata da ragioni, non già di genere del soggetto che presti un'attività lavorativa, ma di tutela della maternità, costituzionalmente garantita alla donna, pure titolare come lavoratrice degli stessi diritti dell'uomo, in funzione dell'adempimento della *"sua essenziale funzione familiare"* anche nell'assicurazione *"alla madre e al bambino"* di *"una speciale adeguata protezione"* (art. 37, co. 1, Cost). Né essa è certamente in contrasto, proprio per tale ragione, con la normativa antidiscriminatoria europea: non in particolare con l'art. 23, co. 2 - secondo cui, *"il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevengano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato"* -, né con l'art. 33, comma 2, della Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE.

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

La somministrazione fraudolenta nel Decreto Dignità: cronaca di una fattispecie inefficace[1]

Il mondo del lavoro del nostro Paese paga un grande tributo in termini di illegalità nel proliferare di una miriade di somministratori abusivi di manodopera, cooperative o altre strutture societarie che siano. Ingenti guadagni ed una molteplicità di interessi sono collegati a questi fenomeni di sfruttamento dei lavoratori, magari in situazione di bisogno, che non di rado si intrecciano con altre pratiche ad alto coefficiente di elusione o evasione.

Potremmo parlare di "caporalato in guanti bianchi" perché, senza che il fenomeno sfoci nel reato di cui all'articolo 603 *bis* del codice penale (che, sia pure con gli ampliamenti della L. n. 199/2016, sembra circoscriversi alle situazioni più estreme di sfruttamento ed intimidazione), l'intermediazione illecita rappresenta una fattispecie perversa e pericolosa, sia per la depressione delle tutele economiche e di sicurezza sociale dei lavoratori che ne deriva, sia per l'ingenerarsi di catene e filiere non virtuose che minano la concorrenza leale, a tutto svantaggio degli operatori sani.

Notizie in tal senso si susseguono in continuazione, addirittura con connessioni con la criminalità organizzata, ma molto maggiore di ciò che viene alla ribalta è il sommerso che non viene intercettato, o viene sorpreso solo in fase avanzata o tardiva.

In questo contesto, chi scrive in passato denunciò un rischioso passaggio degli attori del *Jobs Act* che - nella riscrittura delle norme sulla somministrazione, trasportate senza modifiche particolarmente significative nel "Codice dei Contratti" D.lgs. n. 81/2015 - decisero di non riproporre la fattispecie della somministrazione fraudolenta di cui all'art. 28 del D.lgs. n. 276/03 (forse l'unico articolo del Decreto legislativo Biagi, relativamente al contratto di somministrazione di lavoro, non trasposto nel nuovo testo), in quanto ritenuta casistica di difficile applicazione: trascuratezza volontaria, chè in tal senso si lesse un'esplicita dichiarazione nella relazione parlamentare accompagnatoria al testo di legge. Un brutto segnale, che di lì a poco tempo faceva il paio con la depenalizzazione operata dal D.lgs. n. 8/2016, il quale – nell'ambito di un'azione invero generalizzata – tuttavia interveniva anche sulla fattispecie sanzionatoria dell'art. 18, co. 5 *bis* del D.lgs. n. 276/03 – inerente appalto e distacco non genuini. A causa di questa duplice combinazione, non solo l'intermediazione illecita smetteva di essere perseguita penalmente, ma si rendeva difficile anche un'azione terza (normalmente su impulso ispettivo) di costituzione del rapporto in capo all'utilizzatore effettivo, lasciandone la facoltà solamente alla ben più debole (ed in più di un caso anche pesantemente coercibile) iniziativa individuale del lavoratore, attivabile per via giudiziale. In compenso, veniva penalizzata la violazione episodica. E ciò pur mantenendo formalmente l'identica quantificazione sanzionatoria (l'ammenda di euro 50 al giorno per ogni lavoratore occupato era mantenuta, trasformandosi tuttavia in sanzione amministrativa).

Infatti, il D.lgs. n. 8/2016, non solo prevedeva la depenalizzazione, ma, in tema di sanzioni amministrative, si adeguava alla normativa europea prevedendo - per le sanzioni che, come quella sull'appalto illecito, agiscono in maniera cumulativa - un minimo sanzionatorio di euro 5.000 ed un massimo di euro 50.000; si noti peraltro che tali limiti, come per qualsiasi sanzione amministrativa, sono ridotti ad un terzo (con estinzione completa della violazione) in caso di pagamento conciliativo in misura ridotta *ex* art. 16 L. n. 689/81.

Gli effetti perversi di tale passaggio normativo ➛

1. Pubblicato con modifiche redazionali su *"Lavoro Diritti Europa"*, n. 2/2018.

possono essere riassunti con qualche semplice paragone esemplificativo.
Il datore di lavoro che avesse effettuato un distacco illecito di due lavoratori per un paio di giorni, con la precedente norma sarebbe stato onerato di un pagamento di euro 200 (euro 50 per ogni giorno di effettivo impiego di ciascun lavoratore), eventualmente oblabile ad un quarto, ovvero ad euro 50. Con la depenalizzazione, la medesima violazione è ora punita in via amministrativa con un minimo di euro 5.000 (25 volte tanto!), sia pure conciliabile con il pagamento di un terzo (euro 1667, ovvero circa 34 volte tanto la precedente definizione).
L'appaltatore illecito che avesse messo in piedi per un paio d'anni una somministrazione di 30 lavoratori (caso meno infrequente di quel che si creda e fenomeno quasi sempre collegato ad episodi di profonda depressione delle tutele lavoristiche) prima sarebbe stato onerato da un'ammenda pari ad euro 720.000 circa, mentre ora verrebbe esposto al più alla sanzione (massima) di euro 50.000, definibile con euro 16.667, cifra molto inferiore al guadagno illecito che la messa a disposizione di quei lavoratori ha fruttato nel periodo considerato a committente ed appaltatore fittizi.
La sproporzione sopra evidenziata risulta ancora più evidente laddove si pensi che alla medesima sanzione sono esposti sia il finto appaltatore che l'utilizzatore.
In pratica, dalla deterrenza alla insipienza.

Tornando alla somministrazione fraudolenta, ed alla mancanza di una norma attiva, dobbiamo per fortuna constatare come la giurisprudenza, invero, avesse messo nel frattempo qualche rimedio alla situazione con sentenze che - rimandando ora al principio della "effettività della prestazione" (Cass. Civ., sez. Lavoro, n. 22894/2011), ora agli artt. 1343 e 1344 c.c. sulla illiceità o elusività della causa del contratto - perveniva al medesimo effetto riequilibrante gli interessi in gioco, ovvero la ricostituzione del rapporto di lavoro fra il lavoratore e il falso committente, reale datore di lavoro occultato dall'intermediatore truffaldino. Dobbiamo tuttavia osservare che queste azioni sono in realtà percorsi di mediata praticabilità, svolgendosi con tempistiche lunghe e talvolta pure con *iter* tortuosi, e quindi inidonei ad un ristoro che tanto più è efficace quanto più è sicuro ed ha soluzioni di sbocco immediate.
In realtà, a parere di chi scrive, già con la separazione e la scrittura parallela operata dal *Jobs Act* si rompeva il delicatissimo equilibrio del D.lgs. n. 276/03, che poneva somministrazione e appalto (e in misura più sfumata, distacco) come le due alternative lecite alla triangolazione del rapporto di lavoro (la prima caratterizzata da un "dare", la seconda da un "fare") tanto che l'assenza di genuinità della seconda faceva ricadere la fattispecie quasi automaticamente nella somministrazione illecita (o, appunto, fraudolenta).

Dovremmo pertanto salutare favorevolmente la reintroduzione della somministrazione fraudolenta? A parere di chi scrive, è meglio trattenere facili entusiasmi.
Infatti, nel riproporre, come art. 38 *bis* del D.lgs. n. 81/2015, la somministrazione fraudolenta nei medesimi, assolutamente identici, termini in cui la stessa era stata abrogata, il "Decreto Dignità" D.l. n. 87/2018 compie un'operazione di "archeologia normativa" che però rischia di essere poco efficace e di non centrare la questione reale per due motivi differenti.
Il primo è che, significativamente, la maggior parte delle osservazioni interpretative sul ripristino della norma in argomento si è concentrata su casi di somministrazione (autentica, e quindi messa in atto dalle agenzie autorizzate) che in qualche modo fossero posti in essere per eludere (ad esempio) la più stringente normativa sul contratto a termine introdotta dal medesimo Decreto; in tal modo, i commenti sono andati a sorprendere casistiche obiettivamente abbastanza accademiche, senza contare che in ogni caso sempre di somministrazione di lavoro si tratta, e quindi con una serie di garanzie economiche e di sicurezza sociale del tutto paragonabili, anzi identiche, a quelle dell'utilizzatore (in realtà, a ben vedere, nel D.l. n. 87/2018 si può sorprendere un grande disfavore verso la somministrazione a tempo determinato, vista come una forma deteriore di precarietà e pertanto accostata *tout court* al tempo determinato, senza tenere in pregio la fondamentale funzione di incontro, serio, fra domanda ed offerta di lavoro e di promozione occupazionale svolta dalle agenzie per il lavoro, sia pure strutture private).
In secondo luogo, e proprio per quanto detto finora, risulta poco scalfito il vero problema e cioè l'intercettazione e la repressione della costruzione di strutture contrattuali ed organizzative interpositorie; senza contare che, nelle forme di elusione più evoluta, spesso viene abbandonano lo schema contrattuale classico dell'appalto, declinando verso accordi commerciali del tut- →

to atipici, oppure in contratti associativi, consortili o di rete; e ciò proprio per cercare di evitare quelle forme di tutela introdotte "solo" verso l'appalto (salvo quanto diremo più avanti) e, come contraltare di non genuinità, nella somministrazione illecita.
Ad onor del vero, infatti, la critica che ha portato all'abbandono della fattispecie ora ripristinata (cioè di una scarsa praticabilità concreta dell'ipotesi di somministrazione fraudolenta) non era del tutto infondata. In particolare, e salvo casi marchiani, diventava arduo sorprendere o dimostrare nelle attività illecitamente interpositorie quel dolo specifico, quel *"consilium fraudis"*, che solo avrebbe potuto dar luogo all'azione penale e soprattutto, ciò che più importa, liberare da subito la costituzione di un rapporto di lavoro *ex tunc* in capo all'utilizzatore, annullando gli effetti dell'azione di intermediazione illecita.
È quindi il caso di affermare che sia nella fase del *Jobs Act* (e forse anche in quella precedente), ma a maggior ragione nella situazione attuale, un Legislatore più attento su questo tipo di fenomeni e sensibile alle ricadute perverse che abbiamo ricordato all'inizio avrebbe dovuto - invece che abrogare prima, e ripristinare poi, una norma poco esigibile - rivisitare la materia dandole una forma più sistematica e compiuta.
Da tempo il Centro Studi e Ricerche dei Consulenti del Lavoro di Milano ha formulato proposte in tal senso, ad esempio proponendo di estendere le norme di garanzia non solo all'appalto ma a tutti i fenomeni anche solo latamente esternalizzatori (in cui vi sia, in buona sostanza, un impiego significativo di manodopera), nonché andando a regolare in maniera precisa la casistica estremamente insidiosa dei cambi di appalto.
Come detto in precedenza, infatti, oggi l'esternalizzazione presenta molteplici aspetti che possono celare altrettante perdite di tutele (e, correlativamente, di guadagni illeciti sulla pelle dei lavoratori ivi occupati).
E allora, perché (ad esempio) non estendere le norme sull'appalto (come la responsabilità *ex* art. 29 D.lgs. n. 276/03 o le sanzioni specifiche, anche ricostitutive del rapporto) anche a fattispecie contrattuali "commerciali" (talvolta agite in modo non genuino ed elusivo) quali: affidamento o assegnazione di opere o servizi nell'ambito di attività consortili o di reti di impresa, associazione in partecipazione fra imprese ed altri contratti di tipo associativo, servizi integrati o globali di trasporto e logistica (ora oggetto, in tema di responsabilità solidale sui crediti di lavoro e contributivi, di una noma *ad hoc* di scarsa efficacia), nolo a caldo, somministrazione di beni o servizi o forniture con posa in opera in caso di rilevante percentuale di manodopera, etc.? Peraltro proprio recentemente, sia pure limitatamente al caso specifico della sub-fornitura, anche il Giudice delle leggi (Corte Cost., sentenza n. 254/2017) ha offerto una lettura fortemente estensiva delle tutele riservate in via normativa all'appalto, in ragione di un condivisibile richiamo ai principi di tutela del lavoro propri della Costituzione italiana verso qualsiasi lavoratore esternalizzato.
E perché, invece di deprimere (come da D.l. n. 25/2017 del passato recente, ciecamente supino rispetto all'iniziativa referendaria che ha inteso intercettare) non si incentivano attività di *auditing* e di controllo preventivo, o di buone prassi, volte alla certificazione delle filiere autentiche e virtuose di esternalizzazione ed alla prevenzione dei fenomeni *borderline,* piuttosto che ancorarsi solo ad una legislazione repressiva che – per oggettiva scarsità di mezzi – risulta poco e tardivamente efficiente?

Invece sull'appalto e sulla somministrazione vi è da tempo un isterico andirivieni di norme (tanto per dire, negli ultimi sei anni anche solo le regole sulla responsabilità solidale hanno subito circa una decina di modifiche) tuttavia mai risolutive, mai organiche, oscillanti fra l'ideologia ed il lassismo.
Anche la prassi cerca di seguire, con fatica, il fenomeno: solo nel 2018 l'Ispettorato Nazionale del Lavoro è intervenuto - anche con qualche licenza interpretativa - a varie riprese (in particolare, con le circolari n. 6, 7 e 10, rispettivamente sulla responsabilità nella subfornitura, sull'intermediazione o distacco illecito in contratti associativi e di rete, sulla responsabilità solidale contributiva negli appalti illegittimi), dando la sensazione di voler dare e acquisire certezze su una materia sfuggente *ex defectu agentis,* cioè per l'inerzia del Legislatore. A riprova del fatto che l'argomento è sentito, e non potrebbe essere altrimenti, ma che gli interessi in gioco (che inevitabilmente spingono in direzioni diverse) sono tanti. Con il risultato, purtroppo consueto nel panorama giuslavoristico, di norme anche ingombranti ed onerose per chi vuole stare alle regole del gioco, ma facilmente eludibili da chi le vuole sistematicamente aggirare.

di **PAOLO PALMACCIO**
Consulente del Lavoro in Formia

Profili di criticità e possibili abusi del diritto nell'inserimento lavorativo delle persone svantaggiate nelle Cooperative Sociali

"*De hoc satis!*": potrebbe essere questa una possibile reazione all'ennesima esposizione di criticità ed abusi nel mondo delle cooperative. E a dire il vero, l'utilizzo dello schermo cooperativo per mascherare fenomeni di caporalato è fenomeno antico, se già nel 1911, con il R.D. 12 febbraio 1911, n. 278[1], il Legislatore si era posto il problema di stabilire paletti e vincoli in ordine tanto alla parità di trattamento tra soci ed ausiliari (non solo relativamente all'obbligo di corrispondere retribuzioni non inferiori ai "salari correnti", ma anche alla partecipazione ai risultati dello scambio mutualistico), quanto all'impiego di tecnici, impiegati e dirigenti (onde non veder snaturate le modalità di resa della prestazione da parte dei soci). E che questo fenomeno continuasse è dimostrato da come, poco tempo dopo l'entrata in vigore della Legge Basevi[2], il Comitato della Commissione Centrale per la Cooperazione, con pronuncia del 16 settembre 1953[3], si sia preoccupato di ricostruire il fenomeno dell'appalto di manodopera (prima della Legge 23 ottobre 1960, n. 1369), bollandolo con lo stigma dell'illiceità dello scopo sociale[4]. Il resto, ripercorribile lungo una sorta di *"cingulum diaboli"*, ci porta alla cronaca di questi giorni, con l'ennesimo intervento della giurisprudenza (questa volta amministrativa: Consiglio di Stato – III sez. – sentenza n. 1571 del 12 marzo 2018) a sanzionare l'appalto a cooperative di servizi quando mascheri, in realtà, la somministrazione irregolare, e con la storia, riportata da La Stampa del 3 dicembre 2018[5], di lavoratori "svenduti al minor offerente" nel campo dei servizi a privati, sempre sfruttando "il veicolo" della cooperativa di lavoro.

L'analisi odierna, tuttavia, vuole soffermarsi sulle criticità specifiche (e quindi sugli abusi che da queste possono sorgere) relative ad una tipologia particolare di cooperativa, quale la cosiddetta Cooperativa Sociale. Si tratta di un genere di cooperativa che si affianca a quelle storiche di lavoro e di consumo (o di servizi per i soci), caratterizzate dall'eterodestinazione dei fini: laddove tradizionalmente lo scopo mutualistico era rivolto ai soci (in termini di lavoro, piuttosto che di acquisto di beni e servizi), in queste l'attività si rivolge alla comunità in termini di promozione so- ➔

1. Regolamento relativo alla concessione di appalti a società cooperative di produzione e lavoro e alla costituzione dei consorzi di cooperative per appalti di lavori pubblici.
2. D.lgs.C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577.
3. E successive pronunce del 27 luglio e 6 ottobre 1955, del 23 gennaio 1957 e del 24 luglio 1959.
4. *"È da ritenere contrastante con lo scopo mutualistico delle società cooperative l'attività di quelle cooperative di lavoro, le quali, prive di propria gestione sociale, si limitano ad avviare i soci ad aziende industriali nel cui normale ciclo produttivo i soci stessi si inseriscono accanto alla rimanente maestranza. L'attività delle cooperative in questione è anzi illecita qualora lo scopo dei dirigenti sia quello di eludere le norme sul collocamento o evadere gli obblighi assicurativi e previdenziali, ovvero quelli derivanti dai contratti collettivi. Le cooperative di cui si tratta non possono essere iscritte nel registro prefettizio".*
5. *"Il caporalato in giacca e cravatta. Messi all'asta 10 mila lavoratori"* di Nicola Pinna.

ciale, culturale e di servizi sociali, sanitari ed assistenziali, oppure a soggetti in condizione di svantaggio fisico e sociale (che non devono necessariamente essere soci) per promuoverne l'inserimento lavorativo, ovvero ad entrambi. È quindi un *genus* autonomo – e in un certo qual modo "ibrido" come, per chi le ricorda, le cooperative culturali (da cui qualche autore del settore le fa discendere) – rispetto alle tipologie classiche di cooperativa, che il Legislatore vede meritevole di una legislazione speciale che ne fissa tipi, scopi, limiti e controlli, ma anche misure agevolative.
Per onestà intellettuale e chiarezza metodologica è bene sgombrare il campo da ogni equivoco: l'istituto della cooperazione, ed in questo ambito quello specifico della cooperativa sociale, svolge un compito – per modalità e finalità – meritevole di riconoscimento normativo e, in quest'ambito, anche di vedersi riconosciute (quale naturale conseguenza!) misure di tutela ed agevolazioni specifiche. Lo scrivente, d'altronde lo confessa: per trascorsi personali e professionali è sostenitore e fautore del fenomeno cooperativo e, in quanto tale, anche del riconoscimento di misure specifiche per la sua crescita e promozione. Non può tuttavia negarsi che, ove qualcuno guardi a queste misure con "occhio rapace" e con un "animo disinvolto" (per usare un eufemismo) si possa far leva su eventuali criticità e dar luogo ad abusi anche gravi.

L'analisi che segue riguarda in particolare il disposto degli articoli 4 e 5 della Legge 8 ottobre 1991, n. 381, recante la Disciplina delle Cooperative Sociali.

L'ultimo articolo, in particolare, che va letto in coordinamento con il precedente, prevede una deroga importante alla normativa in materia di contratti pubblici per le cooperative sociali di tipo b) – quelle, cioè, che si occupano dell'inserimento lavorativo di persone svantaggiate (di cui proprio all'art. 4 della L. n. 381/1991) – che possono essere destinatarie di affidamenti diretti per la fornitura di beni e servizi.
Statuisce infatti la norma che *"gli enti pubblici […], anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) […], per fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1 […]".*
Se si tiene conto di come nel tempo e per lo stratificarsi di norme sullo svantaggio sociale e lavorativo (di derivazione tanto europea quanto nazionale[6] e regionale[7]), la categoria delle "persone svantaggiate" abbia visto un progressivo ampliamento, da ultimo comprendendo anche i migranti a cui sia stata riconosciuta la protezione internazionale[8], e le donne vittime di violenza di genere[9] con misure *"ad hoc"* quantitativamente analoghe a quelle riguardanti i lavoratori detenuti (che rientrano tra i soggetti di cui all'art. 4 della L. n. 381/1991, pur godendo di agevolazioni contributive diverse da quelle di cui al comma 3 di detto articolo), non è difficile rendersi conto di come l'operatore si trovi davanti ad un tema di particolare complessità laddove debba valutare se sia ancora rinvenibile una cesura tra i soggetti di cui all'articolo 4, comma 1, della L. n. 381/1991 e gli altri portatori di svantaggio, ovvero se il Legislatore, pur adoperando strumenti diversi da quello del D.P.C.M. di cui all'ultima parte del comma 1 del citato articolo 4, non abbia inteso ampliare tacitamente la categoria dei soggetti svantaggiati di cui all'anzidetto articolo.
Né aiuta in questo la giurisprudenza della Suprema Corte che con le sentenze n. 10506/2012 e n. 5472/2005 ha ammesso la possibilità che la cooperativa sociale si avvalga, ai fini della fruizione delle agevolazioni previdenziali, dell'ampliamento della platea delle persone svantaggiate, operata dalla Legislazione regionale, purchè questa enumeri dettagliatamente le casistiche. ➔

6. Da ultimo il D.M. del M.L.P.S. del 17 ottobre 2017 adottato in applicazione dell'art. 31, co. 2, del D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, in conformità al Reg. UE n. 651/2014, di esecuzione degli art. 107 e 108 del TFUE.
7. L.R. n. 7/1992 della Regione Friuli Venezia Giulia e L.R. n. 16/1997 della Regione Sardegna adottate in applicazione dell'art. 9 della L. n. 381/1991.
8. L. 27 dicembre 2017, n. 205.
9. D.M. 11 maggio 2018.

La questione è viepiù resa complessa dalla prassi amministrativa, ed in particolare dalla risposta all'interpello del 20 luglio 2015, n. 17, che in ordine alle modalità di computo dei lavoratori svantaggiati, *ex* articolo 4, comma 2, pur con il fine lodevole di non penalizzare l'attività delle cooperative, riduce queste al calcolo "per testa", sorvolando bellamente, sia sulle eventuali specificità e caratterizzazione della prestazione da questi resa rispetto all'attività della cooperativa (che invece il R.D. n. 278/1911 quanto meno implicitamente richiedeva), sia sull'incidenza quantitativa (ovvero sul numero delle ore da questi svolte) rispetto al monte ore di lavoro complessivo richiesto dall'attività svolta.

È superfluo osservare come un "imprenditore di riferimento" particolarmente "disinvolto" non avrebbe - partendo da queste premesse - particolari problemi a costituire una cooperativa di tipo b), mettendoci dentro un po' di tutto (tanto dall'inizio della crisi sembra che il Legislatore non neghi la qualifica di svantaggiato a nessuno), e comunque - in termini prudenziali - rispettando il limite del trenta per cento per i soggetti *ex* articolo 4, comma 1, requisito che si perfeziona e si conserva anche a fronte di una prestazione irrisoria in termini di incidenza qualitativa e quantitativa sul lavoro complessivamente prestato tra soci ed ausiliari, e che potrebbe addirittura venir meno, purché per periodi limitati[10]. E - sempre su queste premesse - a pretendere di usufruire non solo di sgravi contributivi (che possono arrivare anche all'azzeramento dell'intera obbligazione contributiva), ma anche di poter partecipare alle procedure di affidamento diretto di forniture di beni e servizi.
Dall'altra parte, non è difficile immaginare un amministratore locale, che, preso dall'emergenza sociale e dall'esigenza "di far rimanere le risorse sul territorio" (altro *"slogan"* che dimostra come le vie dell'inferno siano lastricate di buone intenzioni), presti orecchio a quelle sirene che gli prospettano la possibilità di affidare lavoro a soggetti che, grazie a questo *escamotage,* occuperebbero più di qualche "disoccupato storico" locale.

Come certe cose vadano poi a finire, in sede amministrativa e talvolta anche penale, è cronaca.
Il quesito che ci poniamo, come operatori del diritto, è se, al di là delle valutazioni metagiuridiche, esista una spada in grado di tagliare "il nodo gordiano" sopra descritto.
Un aiuto ci viene dai criteri ermeneutici di cui alle Disposizioni Preliminari sulla Legge in Generale. Da un'analisi storico–sistematica, infatti, non è difficile verificare come gli articoli 4 e 5 della L. n. 381/1991 siano non solo "norma speciale", ma anche di "diritto eccezionale" (in quanto individuano non solo una disciplina specifica, ma prevedono espressamente eccezioni rispetto ai principi generali dell'ordinamento): come tali non sono suscettibili né di taciti ampliamenti (salvo quelli espressamente previsti), né di applicazione o interpretazione estensiva o analogica. D'altra parte, riandando alla citata sentenza della Cassazione 25 giugno 2012, n. 10506 (che richiama la sentenza n. 5472/2005), non si può fare a meno di osservare come la stessa prenda in esame un ampliamento dei soggetti di cui all'articolo 4, comma 1, operato da una norma emanata da una regione a statuto speciale, ed in quanto tale avente potestà propria sulla materia (anche in ragione del criterio di "maggior favore" conseguente alla riforma del Titolo V della Costituzione operata nel 2001); non solo: il criterio che la Suprema Corte porta a giustificazione del riconoscimento della validità dell'estensione della platea dei soggetti svantaggiati è la "dettagliata indicazione", da cui discende la tassatività, elemento tipico della legislazione eccezionale.

Da ciò consegue che i lavoratori svantaggiati sono – per le finalità di inserimento sociale e lavorativo di cui all'articolo 1, lettera b) della L. n. 381/1991 – esclusivamente quelli di cui all'articolo 4, comma 1, e che, in assenza di apposito D.P.C.M., o di legislazione regionale assunta *ex* articolo 9, la loro elencazione non possa che considerarsi *"numerus clausus"*.
Non solo: discende anche che – ove rispettati i requisiti numerici – le agevolazioni contributive di cui all'ultimo comma dell'articolo 4 sono riferibili ➛

10. Si veda l'interpello M.L.P.S. n. 4/2008.

solo a costoro e non ad altre tipologie di lavoratori in condizioni di svantaggio. Interpretazione, questa, suffragata *a contrariis* dalle misure per le donne ed i migranti che sono riferite alle cooperative sociali in virtù di norma speciale (segno che, in assenza di questa, la loro prestazione non sarebbe destinataria di alcuna agevolazione). Discende inoltre, con riferimento all'articolo 5, che la possibilità di dar luogo ad affidamenti diretti sia possibile esclusivamente per la fornitura di beni o servizi, ma riferibile anche all'esecuzione di opere pubbliche o alla concessione di servizi, per le quali deve procedersi ad indizione di gara (Consiglio di Stato - sez. IV - sentenza n. 2342/2013). Orientamento confermato dal Consiglio di Stato - sez. V - con sentenza n. 5149/2014. E che, comunque, l'affidamento deve sempre avvenire secondo criteri di trasparenza, meritevolezza e nell'ambito di una procedura comparativa, come stabilito sempre all'articolo 5 dall'ultimo periodo del comma 1, così come introdotto dall'articolo 1, comma 610 della Legge 29 dicembre 2014, n. 190: *"…le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza"*.

Conseguentemente, aggiunge chi scrive, per non tradire lo spirito della norma andrebbe anche verificato, in sede di revisione annuale di cui al D.lgs. n. 220/2002, che l'inserimento o l'accompagnamento al lavoro delle persone svantaggiate avvenga secondo un progetto di inserimento e sia coerente con questo, venendo altrimenti messa in dubbio la stessa meritevolezza della misura di favore.

Non a caso, l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, aveva dato indicazioni ben prima dell'inserimento dell'inciso di cui sopra, con determinazione del 1° agosto 2012 n. 3[11], oltre al suggerimento dell'adozione di procedure comparative negoziate, che nell'ambito di queste, il merito della cooperativa all'affidamento diretto dovesse essere valutato sulla base del progetto di inserimento delle persone svantaggiate, che doveva trovare esposizione nella proposta di quest'ultima. Orientamento, questo, che trova conferma nelle rinnovellate "Linee Guida per l'affidamento di servizi a Enti del Terzo Settore e alle Cooperative Sociali", di cui alla determinazione n. 32 del 20 gennaio 2016 dell'ANAC in cui, anzi, si ribadiscono – pur con le opportune deroghe al "principio di rotazione" di cui all'articolo 36 del Codice degli appalti – i criteri della "durata ragionevole della convenzione" (al fine di garantire la parità di accesso a tutti gli operatori del settore) e della "adeguatezza", che impone la definizione *ex ante* delle finalità di ordine sociale che si vogliono raggiungere, e che il perseguimento delle stesse sia oggetto di appositi controlli in sede di esecuzione della convenzione.

11. "Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell'art. 5, co. 1, della L. n. 381/1991" in G.U. del 9 agosto 2012, n. 185.

di VALENTINA CURATOLO
Consulente del Lavoro in Milano

L'apprendistato di primo livello non decolla? Proviamo a fare chiarezza

Negli ultimi anni abbiamo assistito ad una rilevante diffusione del contratto di apprendistato professionalizzante, mentre al contrario le altre due tipologie di primo e terzo livello - quelle che prevedono, l'alternanza scuola-lavoro e il coordinamento tra impresa e istituzione scolastica - sono rimaste per lo più inattuate, salvo rare eccezioni in alcune Regioni più "virtuose" tra le quali rientra sicuramente il modello attuato dalla Regione Lombardia.
Qualche mese fa durante il dibattito ad un convegno, il cui tema era per l'appunto l'apprendistato di primo livello, una docente di un istituto professionale di Milano, che vanta l'attivazione di numerosi contratti di apprendistato di primo livello, ha fatto notare che quando l'istituzione scolastica contatta le aziende per proporre il primo livello di apprendistato, queste si riservano sempre di consultare il loro Consulente del lavoro prima di accettare l'inserimento di uno studente in azienda.
Come categoria siamo dunque investiti di un ruolo di primaria importanza per la diffusione del contratto di apprendistato di primo livello, disciplinato dall'art. 43 del D.lgs. n. 81/2015 e riservato ai giovani tra i 15 e 25 anni. La fattispecie in questione è finalizzata, attraverso il meccanismo dell'alternanza scuola-lavoro, all'acquisizione di una qualifica e di un diploma professionale, un diploma di istruzione secondaria superiore o un certificato di specializzazione tecnica superiore.

Conoscere e diffondere la cultura dell'apprendistato è un dovere sociale in quanto l'apprendistato non è semplicemente una tipologia contrattuale ma un utile strumento per agevolare i giovani nel delicato passaggio tra scuola e lavoro e che può rivelarsi particolarmente efficace a ridurre il divario, in termini di competenze, tra scuola ed impresa.
L'apprendistato di primo tipo, se utilizzato con cognizione di causa è altresì un validissimo strumento contro la dispersione scolastica, in quanto accompagna all'acquisizione del titolo anticipando l'ingresso nel mondo del lavoro dei giovanissimi.
Infine rappresenta uno strumento strategico per la lotta contro la disoccupazione giovanile, arrivata a livelli allarmanti.
Ma a questi obiettivi, per così dire "sociali", si affianca una profonda opportunità per l'impresa, in grado di incidere direttamente sulla formazione del giovane da inserire in azienda coordinando teoria e pratica in modo funzionale alle necessità del mondo del lavoro. Una logica *win-win,* insomma.
Nella maggior parte dei casi l'avviamento del contratto avviene per iniziativa dell'istituzione scolastica che contatta le imprese e propone l'inserimento di un giovane studente in apprendistato di primo tipo dopo un periodo di alternanza scuola lavoro. Ciò non toglie che l'iniziativa possa arrivare dall'azienda interessata ad avviare dei contratti di questo tipo.
Questi, in estrema sintesi, i passaggi operativi da attuare per l'avvio di un contratto di apprendistato di primo livello:

I. Stipula di un protocollo tra datore di lavoro e istituzione formativa che disciplina compiti e responsabilità. Il D.M. 12/10/2015 riporta in allegato uno schema di Protocollo, che le parti devono compilare e hanno la facoltà di integrare, in funzione di specifiche esigenze. Tale schema di protocollo si compone di 8 articoli che nello specifico disciplinano:

1. oggetto
2. tipologia e durata dei percorsi
3. modalità di articolazione della formazione interna/esterna
4. tipologia e modalità di individuazione dei destinatari
5. obbligo di sottoscrivere un piano formativo individuale
6. ripartizione della responsabilità formativa in capo all'istituzione scolastica e datore di lavoro →

7. modalità di valutazione da parte dell'istituzione scolastica, in collaborazione con l'azienda, dei risultati conseguiti dall'apprendista ai fini del superamento dell'esame finale e l'acquisizione del titolo
8. decorrenza e durata del protocollo.

In questa fase il Consulente del lavoro può supportare l'azienda, ma non entra nel merito del contenuto del protocollo che rimane a cura dell'istituzione scolastica e del datore di lavoro.

II. Una volta sottoscritto il protocollo è necessario procedere con la redazione del piano formativo individuale (PFI), redatto a cura dell'istituzione formativa con il coinvolgimento del datore di lavoro. Nel PFI viene stabilita la durata del contratto e la durata e l'articolazione annua della formazione interna ed esterna, secondo la normativa scolastica vigente in relazione al titolo da conseguire e l'anno scolastico che si trova a frequentare l'apprendista. Sul PFI vengono anche individuati un *tutor* aziendale e uno scolastico. La redazione del calendario delle ore di formazione interna ed esterna è a cura dell'istituzione scolastica.

III. Ai sensi del D.lgs. n. 81/2015 (art. 42, co. 1) il contratto di apprendistato deve essere stipulato in forma scritta, pertanto, con il supporto del Consulente del lavoro, sarà necessario procedere con la redazione della lettera di assunzione. A tal fine preliminarmente si dovranno controllare le regolamentazioni collettive, ovvero Ccnl e accordi interconfederali di settore, che intervengono invece a disciplinare tutta la parte relativa allo svolgimento del rapporto di lavoro (trattamento economico e normativo).

IV. Se l'apprendista è minorenne, l'ammissione al lavoro deve essere obbligatoriamente preceduta da una visita medica preassuntiva.

V. L'apprendistato di primo livello è a tutti gli effetti un rapporto di lavoro subordinato e pertanto è obbligatoria la comunicazione di assunzione al centro per l'impiego da inviare preventivamente all'avvio del contratto, secondo le normali tempistiche previste.

È tuttavia opportuno segnalare che, nonostante lo sforzo di alcune Regioni per la diffusione del contratto di apprendistato di primo livello, molti sono ancora i punti irrisolti che necessiterebbero di chiarimenti da parte degli attori competenti.

A mero titolo esemplificativo, ci sono dei punti aperti per quanto riguarda il trattamento in caso di malattia (per esempio, cosa succede nel caso di malattia intervenuta in un giorno di formazione scolastica?), maternità e infortunio. Da quando decorre il periodo di preavviso? Quando devono essere godute le ferie? Quali sono le modalità di maturazione e quantificazione della retribuzione differita?

La mancanza di una risposta certa a questi e altri quesiti, ricavabili solo in via interpretativa, ha l'effetto di scoraggiare la diffusione del contratto in argomento: può accadere, infatti, che i colleghi più timorosi arrivino a sconsigliarne l'utilizzo in alternativa ad altre tipologie contrattuali sicuramente più agevoli da attuare.

Forse sono proprio questi i motivi della mancata diffusione del contratto di primo livello; d'altra parte un Consulente del lavoro che consiglia ad un'azienda questa tipologia contrattuale, si assume in parte il rischio di colmare con la propria competenza, e talvolta anche con una certa dose di fantasia e coraggio, i tanti punti irrisolti ancora aperti, addossandosene (ingiustamente) la responsabilità.

Sappiamo bene come la certezza del diritto per le aziende - ma anche per tutti gli operatori - rappresenti sempre di più una necessità. Quindi se da un lato sono evidenti le enormi potenzialità, già ricordate in apertura di questo articolo, di tale fattispecie contrattuale, dall'altro non si può non auspicare un intervento volto a fare chiarezza sugli aspetti irrisolti.

Queste risposte devono arrivare da più parti: il Legislatore, le Regioni (detentrici del potere di legiferare in tema di formazione professionale), le Parti Sociali a cui è demandata l'analisi delle specificità di settore.

In questo quadro come sempre i Consulenti del lavoro sono disponibili al dialogo con le istituzioni e con il mondo del lavoro al fine di mettere in luce gli aspetti tecnico-operativi da risolvere e al fine di trovare soluzioni adeguate che garantiscano un incontro efficace tra formazione e lavoro, per offrire posti di lavoro concreti ai giovani e colmare il bisogno di competenza e professionalità delle imprese, il che non può avvenire se non in un quadro di certezza del diritto e chiarezza delle regole.

di **ANTONELLA ROSATI**
Ricercatrice del Centro Studi e Ricerche

ALESSANDRO PEREGO ANALIZZA LE CARATTERISTICHE DEGLI GLI ENTI RELIGIOSI NELL'AMBITO DELLA RIFORMA DEL TERZO SETTORE

Gli enti religiosi civilmente riconosciuti nella riforma del Terzo Settore[1]

Il D. lgs. 3 luglio 2017, n. 112 ha dettato una nuova disciplina inserendo tra i soggetti del Terzo Settore o dell'Impresa sociale anche gli enti religiosi civilmente riconosciuti *"limitatamente allo svolgimento delle attività d'impresa di interesse generale"*.

Non si tratta di un beneficio, come potrebbe apparire ad una prima lettura, ma di una inevitabile conseguenza che trova origine in uno degli elementi che definiscono l'ente religioso civilmente riconosciuto. Questi soggetti, infatti, non possono svolgere solo attività di interesse generale in quanto devono svolgere principalmente e necessariamente un'attività di religione o culto, dato che questa è la loro precipua finalità; ma tale finalità non è riconducibile a quelle *"civiche, solidaristiche e di utilità sociale"* che, invece, caratterizzano e definiscono gli enti di Terzo settore[2].

È assiomatico che la qualificazione di ente religioso dipenda dal legame dell'ente con una confessione religiosa e non sia l'esito di una auto qualificazione amministrativa.
Questo legame è infatti riconosciuto *ope legis* quando l'ente è costituito dalla confessione religiosa ai sensi di quelle norme accolte nei *"patti, accordi o intese con lo Stato"*.

Le condizioni per la costituzione del ramo d'impresa sociale

1. Il regolamento

Per le attività del ramo d'impresa sociale l'ente religioso deve adottare un apposito regolamento la cui forma è quella dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata[3].
Quanto ai contenuti, esso deve certamente comprendere:

a) la denominazione o ragione sociale;
b) la sede legale;
c) l'oggetto esclusivo o principale del ramo d'impresa, che deve essere riconducibile ad *"una o più attività [...] di interesse generale"* tra quelle elencate all'art. 2, co. 1;
d) l'assenza di scopo di lucro formalizzata mediante una duplice clausola: la destinazione integrale di utili ed avanzi di gestione di competenza del ramo d'impresa sociale e l'adozione del *non distribution constraint* [4];
e) la finalità o le *"finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale"*;
f) le norme sull'ordinamento, l'amministrazione e la rappresentanza del ramo d'impresa che assicurino *"modalità di gestione responsabili e trasparenti"* prevedendo *"specifici requisiti di onorabilità, professionalità ed indipendenza per coloro che assumono* ➛

1. Sintesi dell'articolo pubblicato in *Cooperative e Enti non profit*, n. 10/2018, pag 18 dal titolo *Il ramo d'impresa sociale degli enti religiosi civilmente riconosciuti.*
2. Lorenzo Simonelli, *"Gli enti religiosi civilmente riconosciuti nella Riforma del Terzo settore"*, in *Corriere Tributario* n. 31/2018, pag. 2461 e ss.
3. Derogando al principio generale di cui all'art. 5, co. 1, D. Lgs. n. 112/2017.
4. Cioè il vicolo della non *"distribuzione, anche indiretta di utili ed avanzi di gestione, fondi e riserve comunque denominati, a fondatori, soci o associati, lavoratori e collaboratori, amministratori ed altri componenti degli organi sociali, anche nel caso di recesso o di qualsiasi altra ipotesi di scioglimento individuale del rapporto"*.

cariche sociali"[5] e la nomina di uno o più sindaci[6] che svolgano funzioni di controllo[7];

g) l'identificazione dei beni costituenti il patrimonio destinato all'attività d'impresa, anche mediante rinvio ad un separato atto di destinazione;

h) la durata dell'attività d'impresa;

i) le indicazioni circa la tenuta delle scritture contabili e la redazione dei bilanci, d'esercizio e sociale;

l) la disciplina dell'attività d'impresa e del relativo patrimonio nel caso di operazioni di trasformazione, fusione o scissione che coinvolgano l'ente religioso, ovvero di cessione ad altro soggetto della relativa azienda o di un suo ramo;

m) l'identificazione dei beneficiari e le modalità di devoluzione del patrimonio destinato al ramo d'impresa sociale nelle ipotesi di scioglimento dell'ente religioso, cessazione dell'attività d'impresa da parte del medesimo ovvero di perdita della qualifica di impresa sociale.

2. Il patrimonio destinato

Questa seconda condizione potrebbe ricondursi ad una volontà di salvaguardare le risorse necessarie all'attività istituzionale-religiosa.

Necessita in primo luogo di una chiara ed univoca indicazione della consistenza del patrimonio destinato: nel regolamento del ramo d'impresa sociale dell'ente religioso devono essere individuati i beni e i rapporti giuridici compresi nel patrimonio destinato. Tale onere assolve, infatti, la duplice funzione a) di pubblicità della consistenza del patrimonio destinato per i futuri creditori dell'impresa sociale e b) di tutela dei creditori dell'ente religioso anteriori alla costituzione del ramo d'impresa, che potrebbero avere l'interesse ad opporsi alla destinazione ad esso di risorse sottratte al soddisfacimento delle loro pretese.

Il secondo elemento della disciplina codicistica dei patrimoni destinati è quello della congruità allo svolgimento dell'attività di interesse generale che ne costituisce l'oggetto[8].

3. La separazione contabile[9]

"La distinzione contabile è il presupposto indispensabile ad una gestione informata e trasparente dell'attività d'impresa, alla tutela dalle varie classi di creditori, alla corretta imputazione delle voci al rendiconto dell'ente religioso o al bilancio del suo ramo d'impresa sociale ed all'esatta determinazione delle imposte".

L'ente religioso deve[10]: tenere il libro giornale e il libro degli inventari ai sensi degli artt. 2216 e 2217 c.c.; depositare presso il registro delle imprese il bilancio d'esercizio redatto, a seconda dei casi, ai sensi degli artt. 2423 e seguenti, 2435-*bis* o 2435-*ter* c.c., in quanto compatibili; depositare presso il registro delle imprese e pubblicare nel proprio sito internet il bilancio sociale, redatto secondo le linee guida che verranno adottate con apposito Decreto Ministeriale, *"tenendo conto, tra gli altri elementi, della natura dell'attività esercitata e delle dimensioni dell'impresa sociale, anche ai fini della valutazione dell'impatto sociale delle attività svolte"*.[11]

5. Art. 7, co. 3.
6. Che abbiano i requisiti di cui agli artt. 2397, co. 2, e 2399 c.c.
7. Previste dall'art. 10 del D.lgs. n. 112/2017.
8. In generale, sul *"vincolo di congruità"* dei patrimoni destinati ad uno specifico affare v. R. Santagata, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare. Artt. 2447-bis-2447-dieces,* Giuffrè, 2014, pagg.111-118; P. Manes, F. Pasquariello, *Dei patrimoni destinati ad uno specifico affare,* Zanichelli, 2013, pagg. 86-91.
9. Un requisito questo che è ormai sperimentato in quanto è stato previsto già in sede di disciplina del Ramo Onlus e, per gli enti non commerciali, anche dall'art. 144 del T.U.I.R.
10. Art. 9, D. lgs. n. 112/2017.
11. La valutazione dell'impatto sociale è definita dall'art.7, co. 3, della L. n. 106/2016, come valutazione qualitativa e quantitativa, sul breve, medio e lungo periodo, degli effetti delle attività svolte sulla comunità di riferimento, rispetto all'obiettivo individuato.

a cura della **REDAZIONE**

2018: un anno di proposte di semplificazione dall'Ordine di Milano

"Donaci, padre Zeus,
il miracolo di un cambiamento."
(Simonide di Ceo)

Si sviluppa lungo tutto il 2018 l'attività, curata dalla Sezione Semplificazione del Centro Studi e Ricerche, volta allo studio del diritto del lavoro con l'obiettivo di individuare soluzioni e/o spunti interpretativi per dirimere questioni controverse di diritto o di non facile applicazione (ma fonte di sicuro contenzioso). Sono proposte che contribuiscono anche a sollecitare l'attenzione di tutti gli attori coinvolti nella gestione del rapporto di lavoro su aspetti critici, resi ancora più spinosi se, come spesso, gli interventi legislativi si moltiplicano e si stratificano rendendo la quotidiana operatività sempre più complessa.
A seguire una tabella sintetica che ripropone tutti gli argomenti trattati nell'anno corredati da un breve e non esaustivo riepilogo delle proposte avanzate, con la possibilità di scaricare il singolo articolo attraverso *link* ipertestuali per permettere al lettore di approfondire i temi trattati. Chiude l'anno il contributo nel presente numero della Rivista di Gabriele Correra sulla accessibilità ai certificati dei lavoratori custoditi presso l'Inps.

TITOLO	ARGOMENTO	PROPOSTA
FEBBRAIO 2018 **Gioie e dolori del "Credito Renzi": quando una modifica può allungarti la vita** **di Valentina Fontana** Consulente del Lavoro in Pogliano Milanese **di Sara Mangiarotti** Ricercatrice del Centro Studi e Ricerche Ordine CDL di Milano	**Bonus Renzi di 80 euro in busta paga**	Analisi delle criticità emerse in fase applicativa del Bonus e proposta di modifica dell'art. 13, co. 1 *bis* Tuir per: - non legare il diritto alla percezione del Bonus Renzi alla presenza di un'imposta lorda superiore alle detrazioni da lavoro dipendente; - elevare l'intervallo di recupero per la perdita della percezione del Bonus.

2018: un anno di proposte di semplificazione dall'Ordine di Milano

TITOLO	ARGOMENTO	PROPOSTA
MARZO 2018 **Degli Enti Bilaterali (e delle parti che li costituiscono)** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Il funzionamento degli enti bilaterali**	Si formulano preliminarmente le seguenti proposte: - Istituzione di un osservatorio permanente della Contrattazione collettiva, che dia evidenza ufficiale degli accordi o contratti con reale valenza rappresentativa, escludendo gli altri. - Previsione di una norma (i) che disciplini la conta della rappresentatività e dei requisiti minimi per considerarla acquisita, (ii) che istituisca una sorta di "deontologia del sindacato", inteso come codice di comportamento delle parti sociali. - Cassazione dell'inserimento (i) di clausole nei contratti collettivi/accordi interconfederali che prevedano, direttamente od indirettamente, l'adesione e/o il finanziamento delle parti sociali stipulanti o (ii) in caso di delegazione della legge alla contrattazione collettiva, di clausole che prevedano agevolazioni o facilitazioni di qualsiasi genere o natura riservate solamente agli associati o condizionate al parere delle parti sociali vincolato all'adesione alle stesse. - Introduzione per via normativa di elementi di retribuzione minima e di trattamento minimo come fonte omogenea di legalità (a cui ancorare anche i minimali di contribuzione) con libertà di adesione alle altre regole liberamente contrattate dalle parti. - Valorizzazione della autonomia contrattuale positiva nelle PMI. Come logica conseguenza di quanto precede, si propone quanto segue in riferimento agli enti bilaterali: - obbligo della trasparenza di bilancio e di gestione; - destinazione della maggior parte delle somme incamerate dagli enti bilaterali ad attività e provvidenze concrete in favore degli iscritti; - obbligo di formazione continua certificata per tutti i funzionari addetti ad attività che sono cruciali per il mercato del lavoro; - uscita di ogni ente bilaterale da sistemi di valutazione di congruità e regolarità di ogni ordine e grado fino ad un completo sistema di regolamentazione legale; - possibilità per gli enti bilaterali di prevedere prestazioni solo di natura integrativa o di welfare o di formazione o comunque con possibilità alternativa del datore di lavoro di provvedere direttamente o mediante adesione ad altri enti, anche privati, che garantiscano almeno le medesime condizioni dell'ente bilaterale; - uniformità di funzionamento degli enti bilaterali nella parte più concreta (tracciati anagrafici, scadenze e modalità di contribuzione, richiesta di prestazioni etc.) anche per garantire una maggiore portabilità di benefici e prestazioni. Una soluzione alternativa a una parte delle proposte precedenti potrebbe essere quella di una raccolta di contribuzione alla bilateralità generalizzata, indifferenziata ed uniforme con la possibilità per gli enti bilaterali (ove rappresentativi e riconosciuti), di accedere a tali risorse economiche sulla base delle adesioni raccolte.
APRILE 2018 **Per una revisione ed uniformità dell'offerta conciliativa e della tassazione dell'indennità di licenziamento** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Indennità risarcitoria e dell'offerta conciliativa *ex* D.lgs. n. 23/2015**	Dotare di uniformità le varie norme sull'indennità di licenziamento: il concetto di mensilità conseguente ad un risarcimento sul licenziamento per tutti i casi previsti dalla legge si deve parametrare sull'ultima retribuzione utile ai fini del Tfr. Introdurre uno sconto fiscale nel caso di indennità di risarcimento per il licenziamento conseguente ad una conciliazione stragiudiziale. Attribuire alle indennità di licenziamento una tassazione a titolo definitivo. Rivalutazione ulteriore della funzione di tutte le commissioni di certificazione ex art. 76 del D.lgs. n. 276/2003, annullando procedure analoghe previste dall'art. 7 della L. n. 604/1966 e l'offerta conciliativa dell'art. 6 del D.lgs. n. 23/2015.
MAGGIO 2018 **Per i professionisti una maggiore attenzione** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Contratto di rete e incentivi per ricerca, sviluppo ed innovazione: esclusi i professionisti. La questione dei collaboratori familiari**	Estensione delle relative normative ai professionisti affinché sia consentita, anche a loro, la possibilità di investire sul futuro così come viene riconosciuto ad altre figure.
GIUGNO 2018 **Appalto privato: vogliamo cambiare una situazione esplosiva?** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Appalto: necessaria una tutela regolatoria**	Proposte di modifica dell'art. 29, D.lgs. n. 276/2003, senza cambiarne la struttura di base: - Previsione di un obbligo generale per il committente, sanzionato penalmente, di individuare appaltatori e sub-appaltatori affidabili. - Meccanismo della "responsabilità sociale": da inquadrare meglio riservandolo ad aspetti di un certo rilievo e ove il committente abbia effettiva possibilità di controllo, e aprendo la porta alla istituzione di buone prassi. - Ripristino della norma penale sui fenomeni di appalto illecito, laddove la somministrazione, il distacco siano effettuati con la specifica finalità di agire in frode di legge ed il fenomeno si presenti massivo e sistematico (nel restante caso resta la depenalizzazione attuale); dotare il personale ispettivo del potere di ricostituire il rapporto con l'utilizzatore in detti casi di frode.

→

2018: un anno di proposte di semplificazione dall'Ordine di Milano

TITOLO	ARGOMENTO	PROPOSTA
LUGLIO 2018 **Sul tempo determinato (a partire dal Decreto Dignità)** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Analisi del Decreto Dignità: le novità introdotte sul lavoro a termine**	Le proposte riguardano: - i rinnovi dei contratti a termine: annullare le causali, stabilizzare le aliquote di maggiorazione; - le causali: loro annullamento e innalzamento del limite; - l'impugnazione: entro 60 giorni; - la deroga assistita: riconoscimento anche alle Commissioni di certificazione; - il periodo di osservazione del tempo determinato: 5 anni solari; - le aziende collegate: istituzione di una sommatoria del divieto di utilizzo dopo il tempo limite considerando l'impiego a termine in tutte le aziende collegate; - recesso: estensione anche alle ipotesi diverse dalla giusta causa; - il periodo di precedenza: riduzione/uniformazione.
AGOSTO 2018 **Una sanatoria (a metà) sul mercato di braccia e cuori** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Ipotesi di sanatoria sulla somministrazione illecita e tutti i fenomeni ad essa connessi (appalti o distacchi fittizi)**	Sanatoria ipotizzata con alcuni passaggi obbligatori allo scopo di far emergere rapporti costituiti nel tempo e di difficile sistemazione. Evidenza dei vantaggi che ne possono derivare per il mercato del lavoro e per la stabilizzazione dei rapporti, senza penalizzare le aziende ma colpendo gli interpositori fittizi e truffaldini.
SETTEMBRE 2018 **Il nodo irrisolto di retribuzione e rimborsi spese. E se adottassimo un definitivo criterio tranchant?** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Individuazione degli elementi che concorrono a formare la retribuzione (focus sui rimborsi spese)**	Proposta di modifica dell'art. 39, co. 7, D.l. n. 112/98: *7. Salvo i casi di errore meramente materiale, l'omessa o infedele registrazione dei dati di cui ai commi 1 e 2 che determina differenti trattamenti retributivi* ***o economici in genere verso il percettore, nonché imponibili*** *previdenziali o fiscali è punita con la sanzione pecuniaria amministrativa (… etc)* Proposta di modifica dell'art. 1, co. 911, L. n. 205/17: *911. I datori di lavoro o committenti non possono corrispondere la retribuzione per mezzo di denaro contante direttamente al lavoratore, qualunque sia la tipologia del rapporto di lavoro instaurato.* ***Ai fini del comma presente e del precedente comma 910, per "retribuzione" si intende ogni elemento economico di cui*** **all'articolo 39, commi 1 e 2 del D.l. n. 112/2008 ed in ogni caso utile a determinare la spettanza netta al lavoratore**.
OTTOBRE 2018 **Il licenziamento: alla ricerca di uniformità e ragionevolezza perdute** **di Andrea Asnaghi** Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano	**Rischi e costi del licenziamento**	Necessità di trovare una norma comune, uniformando e razionalizzando la fattispecie del licenziamento. Pertanto, si propone di applicare il meccanismo di fondo delle tutele crescenti – rivisitato, per superare le eccezioni di incostituzionalità – a tutti i lavoratori dipendenti in caso di licenziamento illegittimo: **1)** elaborare una definizione di quale sia e di come si calcoli la mensilità di riferimento (in chiave di uniformità): in via di semplificazione si propone che la mensilità sia calcolata sulla RAL 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. **2)** stabilire tre fasce di indennità, con riferimento alla complessiva forza aziendale. **3)** rivedere la tassazione delle indennità da licenziamento con previsione di una duplice agevolazione.
NOVEMBRE 2018 **Durc e agevolazioni contributive: un problema da risolvere al più presto. Le nostre proposte** **di Valentina Curatolo** Consulente del Lavoro in Milano **e Daniela Stochino** Consulente del Lavoro in Milano	**Semplificazione delle procedure e risoluzione rapida dei problemi legati al rilascio della regolarità contributiva (che influisce sulla possibilità di beneficiare di agevolazioni di legge)**	**1)** È necessario che l'irregolarità o le scoperture che possono dar luogo alla perdita di agevolazioni siano notificate con concessione al datore di lavoro di un termine congruo (almeno 30 giorni) per sistemare la posizione e/o confrontarsi con l'Ente. Dismettere automatismi che sanciscono la situazione irregolare del datore di lavoro senza che vi sia possibilità di intervento da parte degli operatori Inps: è necessario un previo confronto formale con l'azienda o con l'intermediario di riferimento. **2)** È necessario che ci sia proporzionalità tra infrazione commessa e relativa sanzione. **3)** È opportuna una diversa organizzazione interna dell'Inps che consenta di avere un colloquio diretto datore di lavoro - Istituto. **4)** Realizzare una maggiore equità nel fissare un più elevato limite di debito al di sotto del quale l'azienda venga considerata comunque regolare. **5)** Valorizzare la possibilità della regolarizzazione spontanea o ravvedimento operoso.
DICEMBRE 2018 **La difficile consultazione dei certificati Inps dei lavoratori! … Ma cambiare si può!** **di Gabriele Correra** Consulente del Lavoro in Milano	**Rendere più agevole e semplice l'accesso ai certificati Inps**	Proposta di minime modifiche al sistema Inps per renderlo maggiormente efficiente **1)** migliorare le modalità di esposizione dell'elenco delle aziende gestite; **2)** introdurre la possibilità di consultare anche le richieste di congedo obbligatorio e parentale custodite dall'Inps.

Consulente del Lavoro, una professione in piena evoluzione

di D. MORENA MASSAINI
Consulente del Lavoro in Milano, Mediatore civile

Gli Autori analizzano la portata della ordinanza del Tribunale di Vasto del 9 aprile 2018

Quando la parte è tenuta a ricorrere all'assistenza di un difensore? Nei soli procedimenti di mediazione obbligatoria?[1]

La questione trattata dall'ordinanza del Tribunale di Vasto ha per oggetto, come ci illustrano gli Autori Di Marco Giampaolo e Campidelli Silvio, le modalità di comparizione e di partecipazione delle parti al procedimento di mediazione civile e commerciale.
I fatti narrano di una controversia in materia di contratti bancari e finanziari, ove il Giudice aveva disposto la mediazione ai sensi dell'art. 5, co. 4, del D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, poi regolarmente introdotta dall'attore.
La Banca partecipa all'incontro per videoconferenza, ma non intende designare un difensore, nonostante i molteplici inviti del mediatore ad attivarsi in questo senso.
A fronte dell'anomalia emersa nel corso del procedimento di mediazione, discussa dalle parti all'udienza celebratasi per la prosecuzione del giudizio, il Giudice emette ordinanza con la quale, rilevata la procedibilità della domanda giudiziale, condanna la convenuta al pagamento, in favore dell'erario, di una somma corrispondente al valore del contributo unificato, ai sensi dell'art. 8, co. 4-*bis*, D.lgs. n. 28/2010.
L'ordinanza si sofferma sulle differenze sussistenti a seconda che la procedura abbia natura volontaria ovvero risulti obbligatoria (perché considerata tale dalla legge ovvero imposta dal Giudice).

In sintesi, i Giudici di Vasto precisano che:
- nella mediazione facoltativa i contendenti sono liberi di rinunziare all'assistenza legale e, anche se comparsi soltanto personalmente, possono concludere l'accordo amichevole; in questa ipotesi, tuttavia, esso non costituisce titolo esecutivo e può acquisire efficacia esecutiva soltanto grazie all'*exequatur* rilasciato dal Presidente del Tribunale;

- nella mediazione obbligatoria i contendenti *devono* essere affiancati da un avvocato e, qualora ciò non avvenga, il mediatore è tenuto a stimolarli ad attivarsi in questo senso, opponendosi altrimenti alla sua prosecuzione. ➔

1. Sintesi dell'articolo pubblicato ne *Il Quotidiano Giuridico*, 28 giugno 2018, dal titolo *Mediazione obbligatoria: la parte non può rifiutarsi di avvalersi di un avvocato.*

Laddove la mediazione obbligatoria si concluda negativamente per la riluttanza dell'istante a designare il difensore, la domanda giudiziale diviene improcedibile; laddove, invece, sia stato l'invitato a provocare il fallimento della mediazione obbligatoria, esso è sanzionabile con l'irrogazione della penalità pecuniaria *ex* art. 8, co. 4 *bis*, del D.lgs. n. 28/2010 e con la possibilità per il Giudice di desumere, a suo carico, degli argomenti di prova *ex* art. 116, co. 2, c.p.c..
Infine, la sanzione può essere dispensata anche in corso di causa, non essendo subordinata alla definizione del giudizio ed alla valutazione comparata delle tesi sostenute dalle parti coinvolte.
Gli Autori *in parte* concordano con la posizione assunta dai Giudici di Vasto. In particolare, fra i tanti punti oggetto di discussione, si riportano le valutazioni espresse in merito al seguente passaggio: *"in presenza di una parte che compaia priva di difensore, è senz'altro doveroso, come asserito dal Tribunale di Vasto, che il mediatore la solleciti a rivolgersi ad un avvocato.*

Più discutibile, però, è l'affermazione secondo cui, ove a tale invito consegua un'inflessibile recalcitranza, il mediatore, anziché proseguire le negoziazioni, sia tenuto a chiudere il procedimento".
Discutibile in quanto, ricordano gli Autori, le parti, sia nella mediazione obbligatoria che in quella facoltativa, possono addivenire ad un accordo amichevole senza l'intercessione dei rispettivi difensori, beneficiando, cioè, del solo supporto del mediatore. *"Né si può ipotizzare che un'eventuale situazione di asimmetria, venutasi a creare per il rifiuto di una sola delle parti di farsi accompagnare da un avvocato, generi necessariamente dei tentativi di approfittamento o di abuso ad opera dell'altra, se non altro perché essi dovrebbero essere prevenuti e soppressi proprio dal mediatore".*

Senza risposta resta il quesito se sussiste l'obbligo di assistenza legale anche nelle rare ipotesi in cui la parte possa difendersi personalmente in seno al processo civile.

Secondo gli Autori, *"l'unico dato che milita a favore di un obbligo generalizzato"* nasce da questa riflessione: il mediatore in fase di primo incontro, prima di acquisire il consenso, deve verificare la regolarità dell'instaurazione del procedimento e della sua possibile regolare prosecuzione.
Da ciò ne deriva che appare dubbia la possibilità per il mediatore di "rischiare" la prosecuzione di una mediazione in assenza dell'avvocato di una delle parti nella speranza che la stessa sfoci in un accordo che superi il *deficit* assistenziale della parte. Così testualmente gli Autori.

Perplessi sono gli Autori anche a riguardo della equiparazione, ai fini della procedibilità della domanda giudiziale, fra la mancata attivazione della mediazione obbligatoria ed il rifiuto di avvalersi di un difensore.
Il suggerimento è, in casi come quello trattato che ruotano sul rifiuto di farsi assistere da un avvocato, di verificare se non ci sia spazio per applicare sanzioni di natura economica.
Ed è sulla sanzione che si appunta di nuovo l'attenzione degli Autori: appare, infatti, ragionevole - *da un punto di vista equitativo* - l'irrogazione della sanzione pecuniaria *ex* art. 8, co. 4 *bis*, ma piuttosto discutibile *nell'ottica di un'interpretazione di stretto diritto positivo.* E ciò a maggior ragione se si parte dal presupposto che la disposizione normativa riserva siffatto trattamento afflittivo ai soli casi di *"mancata partecipazione senza giustificato motivo"* al procedimento di mediazione, senza estenderlo ad altre fattispecie.

"La vocazione chiaramente punitiva della descritta sanzione, peraltro di valore economico non irrisorio, potrebbe deporre, infatti, per un'interpretazione restrittiva della norma, ancorando tassativamente la penalità alla sola fattispecie legalmente definita.".

di ANDREA MERATI
Consulente sistemi di gestione aziendale

HR&ORGANIZZAZIONE

Un ufficio magro per lo studio professionale

Mi risintonizzo direttamente con il finale dell'ultimo articolo con il quale ho ingombrato le pagine di ottobre. Per chi lo avesse fortuitamente o volontariamente perso (ma anche a favore di coloro che l'hanno sostituito con altri concetti e pensieri negli umani spazi della memoria) recava il titolo che segue:

La semplificazione sospirata

Si disquisiva di informatica adeguata e formazione del personale per affrontare opportunamente il GDPR ma in realtà, già a quei tempi, il mio pensiero dirottava verso altro.
Immaginavo un mondo dorato e utopico (tipo quello in cui le persone non confondono il parcheggio in seconda fila con la propria residenza) dove l'occasione di una nuova normativa è afferrata per spingersi oltre l'adeguamento, verso una profonda riorganizzazione funzionale e organizzativa che generi soddisfazione e ritorno economico.
La derivazione sostanzialmente industriale della mia occupazione accese luci, riflettori e occhi di bue su tutto ciò che compagini di alta consulenza mi hanno insegnato negli ultimi quindici anni: *Toyota Way, Six Sigma, Lego Serious Play, Monozukuri, 5S, Kanban;* per farla breve sono caduto nel *Lean Thinking,* in particolare nella sua declinazione ancora poco considerata (ultimamente è più di tendenza il *casualwear* d'ispirazione *street*) che prende il nome di *Lean Office.*
Quindi ecco undici temi di ponderazione, per iniziare a pensare agilmente alla riorganizzazione degli studi. Alcune cose sembreranno lapalissiane, a volte però ci vuole qualcosa, che non deve essere per forza l'invenzione del secolo ma sia capace si scalzare i pensieri routinari, puntando a una realistica revisione di ciò che non c'è (un giorno di tanti anni fa, ero un giovane di alti propositi, parlando con il capo manutenzione di una importante industria della plastica, raccolsi questa lezione: "Ingegnere, dia retta a uno che non ha studiato, qui non c'è da progettare niente di nuovo ma da semplificare il vecchio"; lo sto ancora ringraziando).

Undici ovvietà interessanti

Mi hanno insegnato che bisogna iniziare individuando dove risiede il valore del servizio per i clienti. Si deve fare uno sforzo per uscire dalla prosopopea di sapere quello che serve agli altri; non vuol dire accantonare professionalità ed esperienza ma, con umiltà e disponibilità, provare a capire cosa ci si aspetta dalla prestazione professionale in termini di tempo e risultato.
La seconda fatica è soffermarsi sulle modalità con le quali il valore viene generato; non significa calcolare i costi fissi e variabili, o il peso degli stipendi nell'erosione dei margini ma, invece, indentificare tutti i passaggi che compongono la catena di produzione del servizio che si fornisce.
A questo punto si entra in area tecnica: analizzare volumi, varietà, variabilità, eccezioni e difficoltà che caratterizzano il servizio. Qui è indispensabile prendersi tutto il tempo necessario per raccogliere i dati ma, soprattutto, per ascoltare i collaboratori, tutti, indistintamente, provocare il loro senso critico, ascoltare senza controbattere (ancora meglio se ➛

l'orecchio è quello di un esterno, equidistante e disinteressato), per raccogliere tutte quelle informazioni che, altrimenti, rimarranno a vagare per sempre tra i corridoi e la macchinetta del caffè (oppure ad alimentare la mestizia frustrata delle cene famigliari o a fomentare l'ilarità generale nelle cene conviviali, dove il capo è quello stupido che non ha capito niente e fa ridere più del Fantasma Formaggino).
Al quarto stadio c'è da effettuare una mappatura di tempi, inefficienze ed errori (non conformità, per quelli che già masticano la materia).
Di seguito si studiano i carichi di lavoro per ciascun gruppo omogeneo di lavoratori e per i casi particolari: principalmente bisogna fare attenzione ai capi ufficio di fatto e non di nomina, nonché ai lavoratori di riferimento, sforzandosi di accantonare le preferenze personali (come a scuola: i professori bravi sono quelli che pur avendo, umanamente, predilezioni per alcuni studenti, non le lasciano trasparire, mai).
Il sesto movimento è la specializzazione delle risorse umane e tecniche per creare un flusso di informazioni e formazione che metta le persone nella condizione di condurre a termine il proprio compito con sicurezza e responsabilità.

Giunti a questo punto si possono bilanciare le risorse rispetto ai fabbisogni: mansioni, incarichi, assegnazioni e tecnologia (con relativo ciclo di manutenzione e sostituzione), senza dimenticare una seria programmazione degli aumenti di organico.
L'ottavo nano è suddividere il più possibile le attività di contatto con l'esterno *(front)* dalle attività di produzione interne *(back),* il "tutti che fanno tutto" incrementa solo le vendite degli ansiolitici.
La nona attività si srotola nello scegliere dove e quando adottare un comportamento in anticipazione oppure in reazione. Questa è la migliore occasione di sfoderare le doti imprenditoriali e di *leadership* a favore dell'organizzazione e della credibilità verso i propri collaboratori e clienti. Anche *Batman,* che professionalmente si occupa di emergenze più grandi di lui, ha un programma di manutenzione della *Batmobile* (perché sarebbe un'orribile caduta di stile rimanere in panne mentre *Gotham City* è attaccata dal male) e momenti di progettualità per la creazione di strumenti sempre più sofisticati (ha iniziato nel 1939, se usasse ancora gli stessi metodi e la medesima tecnologia dei suoi primi tempi, sarebbe annientato dal primo ragazzino cattivo che incontra appena fuori dalla *Batcaverna*).
Il penultimo gradino della faticosa ma gratificante salita verso una organizzazione agile (e remunerativa) si estrinseca nel conferire alla struttura di servizio la giusta autonomia decisionale in un chiaro quadro gerarchico; il famoso chi fa cosa, la celebre formazione e l'acclamatissima responsabilità di chi governa.
Finalmente l'undicesima ovvietà arriva per stabilire indicatori di prestazione: per la gestione del miglioramento iniziale e continuo, nonché per l'incentivazione delle risorse umane (la cara vecchia pacca sulle spalle va bene, ma anche la distribuzione del reddito fa piacere alla gente).

Come tutte le grandi teorie universali, anche questa della *Lean Office* necessita di una forte razione di studio delle opportunità ma anche di una precisa e decisa dose di impegno al cambiamento, altrimenti è meglio continuare a rimanere nella scia delle belle navi all'orizzonte, remando furiosamente a due braccia, perché rallentare un istante, solo per lucidare la barca, serve solo a rimanere ancora più indietro, mentre ci sorpassano anche i pedalò.

SENZA FILTRO Rubrica impertinente di PENSIERI IRRIVERENTI

di ANDREA ASNAGHI
Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

Io sto con M&G!

"Siamo uomini o caporali?"
(Totò)

Io sto con M&G.
Ma chi sono costoro (direte voi)?
Come come, non avete mai sentito parlare di M&G? M&G è una cooperativa, anzi no una società, forse una *holding,* poi però … Oddio, la realtà è un po' fluida e difficile da acchiappare … Insomma, per farla breve, M&G è il marchio di fabbrica (ma d'ora in poi la chiameremo anche cooperativa, per semplicità) di un'avventura che raduna 5 mila, 7 mila o forse più lavoratori, che vengono offerti sul mercato a prezzi concorrenziali attraverso una serie di contratti di appalto. La cooperativa in questione è stata oggetto di una campagna di informazione e di attacco da parte dei Consulenti del lavoro, a dire dei quali i contratti di appalto in questione mascheravano in realtà una fattispecie di somministrazione illecita ed abusiva. Secondo i consulenti, dotati in questo caso di una dose di malignità notevole, era addirittura riprovevole che alla M&G fosse stata rilasciata l'autorizzazione ministeriale alla somministrazione, un immeritato suggello a tale attività *borderline.* Offesa e danneggiata da cotanto pregiudizievole preconcetto, la M&G si è sentita in dovere di querelare i Consulenti del lavoro per diffamazione e lesione di immagine. Per non sbagliare, riportiamo la notizia.

> *Dopo mesi di attacchi unilaterali, la M&G ha deciso di scendere in campo per difendere la propria reputazione. Con un atto depositato a metà ottobre presso il Tribunale ordinario di Roma, l'azienda ha citato in giudizio il Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro, la Fondazione studi dei Consulenti del lavoro e l'Associazione nazionale Consulenti del Lavoro. È una richiesta di risarcimento di oltre 4 milioni e 600 mila euro quella che l'M&G ha avanzato nei confronti dei tre Enti considerati congiuntamente responsabili di aver portato avanti, negli ultimi due anni, una campagna mediatica aggressiva e distruttiva. I Consulenti del lavoro, travalicando i confini della loro funzione, hanno azionato, contro l'azienda e il suo presidente, Luca Gallo, una macchina del fango che ha avuto come drammatica conseguenza la soppressione di oltre 7.000 posti di lavoro, la compromissione della capacità di concorrenza professionale, incalcolabili danni economici e d'immagine.*
>
> *(Fonte: Adnkronos)*

Per una volta, però, io non la penso come gli stimatissimi succitati consessi nazionali di categoria (spero non me ne vogliano). No, io sto dalla parte di M&G. Ma andiamo con ordine.

Bisogna dire che il mondo è pieno di malpensanti, sempre pronti a cavillare e a spaccare il capello in quattro. Peggio ancora quando certe affermazioni nascono dal pregiudizio. La storia è piena di esempi di persone ingiustamente giudicate male. Pensate a Caino: vegano ante *litteram,* quali altri mezzi aveva per fermare la strage di agnelli del crudelissimo Abele (oltretutto nemmeno giustificato dalla Pasqua, che ancora non era stata inventata)? Eppure oggi tutti a dire che Caino era un assassino.
Ed Erode? Passato alla storia per la Strage degli Innocenti, nessuno dice che in realtà quella fu una campagna contro la diffusione del morbillo (forse era un *no vax* in anticipo…).
Bruto e Cassio? Che colpa avevano se mentre si allenavano al lancio del giavellotto per le Olimpiadi, uno sbadato Cesare passava sul campo di gittata? Loro ➛

due, poveri, ci rimasero così male che abbandonarono la pratica sportiva e si diedero alla politica (anche allora - evidentemente - ricettacolo di delusi, falliti, incompetenti …).
Pilato? Uno che aveva una giusta preoccupazione per l'igiene personale. Oggi in ogni ospedale o luogo pubblico si raccomanda di lavare bene le mani: merito di Pilato, ingiustamente assurto a simbolo di ignavia.
Di Giuda nemmeno vale la pena di parlare, perché chissà che male c'è a baciare affettuosamente un amico in un oliveto …

L'elenco potrebbe continuare a lungo, ma – bando agli indugi – nella galleria degli incompresi eccoci arrivare alla nostra M&G. Voi forse siete scettici (ve lo leggo negli occhi …) ma io ho prove inconfutabili della bontà della suddetta azienda (come l'ha definita Adnkronos).

Ad esempio, lo sapevate che M&G ha versato 7 milioni di euro all'Agenzia delle Entrate? Voi, voi che criticate tanto, una cifra simile allo Stato l'avevate mai data?

> *Il 1° agosto 2018 è stato firmato il verbale di accertamento con adesione che sigilla l'accordo tra l'M&G e il Fisco italiano. L'azienda si è impegnata a versare all'Agenzia delle Entrate una cifra che supera i 7 milioni di euro, evitando in questo modo l'insorgere di una lite tributaria. L'accertamento con adesione è stato, infatti, firmato per risolvere senza controversie le indagini fiscali avviate dal nucleo della polizia tributaria della Guardia di Finanza, nel giugno 2017, e relative ai pagamenti riguardanti il quadriennio d'imposta 2013-2016.*
>
> *(Fonte: sito megholdingsrl.com)*

Ora, potrà essere cattiva un'azienda che corrisponde così tanti soldi al nostro, sempre bisognoso, Paese?
Come dite? Un accertamento con adesione significa che c'erano irregolarità? Ma lo vedete come siete pretestuosi, pettegoli e maliziosi? Dai, lo sapete anche voi come sono pignoli i ragazzi dell'AdE (che già la sigla, AdE, non vi evoca qualcosa di terrificante?): trovano una fattura un po' spiegazzata, uno scontrino sbiadito e ne fanno una tragedia …

Continuo a trovarvi scettici, ma ho in serbo altre sorprese

> *Martedì 11 Aprile 2017, l'Onorevole Walter Rizzetto, VicePresidente della commissione permanente XI Lavoro alla Camera dei Deputati, ha visitato la M&G. L'appuntamento fissato presso gli uffici della nostra Sede primaria, è stato cordiale e informale e subito il Presidente Dott. Luca Gallo, accompagnato dalla Direttrice Generale Dott.ssa Federica Scipioni e dal Dott. Giorgio Celato hanno instaurato un rapporto di stima reciproca.*
> *L'onorevole ha voluto conoscere ed apprezzare con i suoi occhi la realtà in forte crescita rappresentata dalla nostra società e le dinamiche imprenditoriali collegate e coordinate dal Dott. Luca Gallo.*
>
> *(Fonte: sito megholdingsrl.com)*

Ora, mi pare chiaro che quando un'azienda gode del favore di un politico, non può che essere una realtà seria e stimabile. D'altronde, stiamo parlando di un Onorevole Vicepresidente di una commissione parlamentare. Vi-ce-pre-si-den-te (mica un cialtrone qualunque …)!
Potremmo addirittura formalizzare la cosa in un elementare sillogismo:
la politica è una cosa seria / un'azienda è oggetto di favore politico / l'azienda è seria.
Fine delle discussioni.

Uffa. Ancora replicate? Siete stancanti per quanto siete sospettosi … Ma lo sapete o no, che la M&G ha ottenuto l'autorizzazione alla somministrazione di lavoro? Ma che pensate, che al Ministero (in questo caso, ANPAL) ci siano degli incompetenti o dei faciloni, gente che fa le pratiche un tanto al chilo? Come dite? È stata una svista o una leggerezza? Ma quale leggerezza! E poi non sapete che anche il Tar del Lazio ha dato ragione ai nostri (la M&G), annullando la revoca all'autorizzazione? Ma la campagna è continuata ... E dai e dai, però, alla fine uno si stanca … è normale … ➔

SENZA FILTRO
Rubrica impertinente di PENSIERI IRRIVERENTI

La M&G ha deciso di riconsegnare nelle mani dell'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro l'autorizzazione alla somministrazione di manodopera. La comunicazione ufficiale è stata presentata all'Anpal, venerdì 6 aprile.
Un forte segnale di protesta che il Presidente della M&G, Luca Gallo, ha voluto lanciare in risposta ai continui attacchi subìti nell'ultimo anno e mezzo.
(Fonte: sito megholdingsrl.com)

Bravo Luca Gallo, così si fa! Come dice il vecchio adagio, "chi non ci ama non ci merita".
Inutile andare dietro alle chiacchiere di chi sostiene che tanto una nuova revoca dell'autorizzazione sarebbe stata questione di tempo e che questa è stata solo una mossa per evitare di dare soddisfazione agli avversari (e per poter avanzare le richieste milionarie).

Ma insomma … Un'azienda (o cooperativa) che ha nel cuore solo la voglia di far lavorare la gente e di far risparmiare le imprese (così si legge nel loro sito: "Il tempo è denaro. Ottimizza il tuo risparmio con la M&G") potrà mai essere cattiva? Guardate sul sito le facce del loro organigramma, si vede che sono persone per bene, che ci tengono ai loro lavoratori, che si toglierebbero il pane di bocca per loro (Il pane … solo il pane ... d'altronde, quando si lavora meglio stare leggeri. E poi, la dieta mediterranea allunga la vita).
Lo dice anche la stampa, che si risparmia.

"Ad esempio, a Torino una tabaccheria paga 1.114 euro al mese la cooperativa multiservizi M&G di Roma per avere un lavoratore, pagato solo 688 euro netti per 87 ore mensili. Se la tabaccheria avesse assunto un dipendente, avrebbe speso non meno di duemila euro, più ferie, tfr, malattia."
(Da: http://espresso.repubblica.it/attualita/2018/08/06/news/false-coop-la-grande-truffa)

È inutile, vedo che non vi convincerò mai … Siete sospettosi, malfidati, anche un po' saccenti. Amici degli ispettori e nemici delle imprese. Siete come i Consulenti del lavoro, gente che non si fa i fatti propri "travalicando i confini della propria funzione" (che, lo sanno tutti, è quella di elaborare i cedolini, mica di preoccuparsi della legalità nel mondo del lavoro, e che diamine!).

Voi siete come il dottore del Centro, che viene a trovarmi tutti i giorni e mi parla durante la passeggiata nel parco. Anche lui cerca di convincermi che sono pazzo, o che – ben che vada – sono in malafede, o un venduto, o un incompetente. Che chi entra in queste reti, lavoratori o imprese che siano, rischia grosso e finisce male. Ma io non ci casco. Le pillole che mi danno faccio finta di prenderle ma poi le sputo. Sono lucidissimo. E quando torno nella mia celletta, che misuro a passi forzati avanti e indietro, lo ripeto con forza, quasi come un mantra (perché loro sono i miei idoli): io sto con M&G.

UNA PROPOSTA AL MESE

di GABRIELE CORRERA
Consulente del Lavoro in Milano

La difficile consultazione dei certificati Inps dei lavoratori! ... *Ma cambiare si può!*

"Donaci, padre Zeus,
il miracolo di un cambiamento"
(Simonide di Ceo)

Ormai siamo alle porte del Santo Natale e, traendo spunto dal capolavoro di Charles Dickens, oggi parleremo del "Canto dell'Inps", per quanto riguarda la consultazione dei certificati dei lavoratori dipendenti. Riceveremo infatti la visita dell'Inps del passato, dell'Inps del presente e dell'Inps del futuro.

Partiamo quindi con i certificati medici cartacei. L'Inps del passato non esita a ricordarci periodi bui, pieni di scartoffie da archiviare, da rispolverare quando l'Inps contestava le gestioni delle malattie, certificati che non ci venivano inviati, certificati errati, certificati da noi ricevuti ma mai inviati all'Inps, certificati illeggibili per colpa del *fax*. Non vogliamo ulteriormente tediarvi, anche se l'elenco potrebbe continuare ancora a lungo.
Fino a quando si è potuta scorgere un po' di luce all'orizzonte, il Decreto interministeriale del 26 febbraio 2010, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 19 marzo 2010, n. 65, che ha finalmente dato attuazione alle disposizioni normative già previste, in origine, dalla Legge n. 311/2004 (Finanziaria del 2005), rendendo obbligatorio l'invio telematico del certificato medico di malattia da parte dei medici del Servizio Sanitario Nazionale.
Non è nostra intenzione far riaprire a tutti voi il cassetto della memoria contenente il nefasto ricordo di quel periodo, che immagino abbiate chiuso a doppia mandata come il sottoscritto.
Periodo vissuto nel segno di problematiche, pubblicazioni di circolari Inps (tre per l'argomento solo quell'anno, la n. 60, la n. 119 e la n. 164) e Regioni non pronte ad adeguare i loro sistemi. "Un anno di ordinaria follia", permettete la (quasi) citazione cinematografica, terminato definitivamente il 31 gennaio 2011 che ha finalmente sancito la fine del periodo transitorio.
La normativa nel frattempo ha subito ulteriori modifiche, la più importante da citare è certamente il Decreto interministeriale del 18 aprile 2012, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 4 marzo 2012, n. 128, che, modificato il predecessore del 2010, ha indicato le modalità tecniche per l'invio dei certificati di malattia e ricovero da parte delle strutture sanitarie.
Anche le domande di congedo obbligatorio e parentale hanno avuto il loro periodo difficile.
Le lavoratrici dipendenti in dolce attesa possono dimenticare il vecchio e caro modello SR01. Tante le difficoltà e i dubbi nella compilazione, a partire dai dati riguardanti il datore di lavoro a quelli relativi alla loro posizione da dipendenti. Diciamoci la verità, quanti ne abbiamo compilati noi per loro conto? Per non parlare poi delle file allo sportello Inps per consegnarlo. All'ottavo o, addirittura, nono mese di gravidanza è certamente meglio evitarlo.

La visita dell'Inps del presente ci mostra come oggi la situazione sia sicuramente migliorata.
Ormai il portale Inps è adeguato, le Regioni ➛

hanno recepito e aggiornato i sistemi, i medici stessi si sono abituati. Per quest'ultimi potremmo discutere sulla correttezza della compilazione dei certificati medici, ma sarebbe un discorso lungo. Magari da affrontare in un'altra proposta del mese.
Oggi il cittadino, o il datore di lavoro, può, collegandosi ai servizi online del sito, consultare e scaricare i certificati medici di loro interesse.
Ma, ancor più importante, possiamo farlo noi Consulenti del lavoro per le aziende che abbiamo in delega.
Senza la necessità del numero di protocollo, addirittura senza che ci vengano segnalate le malattie possiamo verificare la situazione di ogni singola azienda.
Abbiamo la possibilità di effettuare svariati tipi di ricerca, dal codice fiscale del singolo dipendente, alla ricerca per uno specifico periodo per tutti i lavoratori.
Adesso, finalmente, anche le nostre lavoratrici in stato interessante, accendendo ai servizi online dell'Inps, sezione dei Servizi del cittadino, possono agevolmente compilare la domanda da casa, o decidere di farsi assistere dal *call center* o da un patronato.
I dati del datore di lavoro sono compilati automaticamente dal sistema, le specifiche del rapporto di lavoro sono già presenti, rimangono solamente da inserire i dati relativi alle condizioni e l'avanzamento della loro gravidanza.
A rendere tutto più fruibile si è aggiunta anche la telematizzazione del certificato medico di gravidanza. Pertanto, a decorrere da maggio 2017, niente più scansioni ed allegati, il medico del Servizio Sanitario Nazionale è tenuto a trasmettere per via telematica sia il certificato di gravidanza che l'eventuale certificato di interruzione della gravidanza stessa.

Vecchio e grigio Inps del passato, ti abbiamo sconfitto!
Oggi si sta bene, ma si potrebbe stare meglio.
Per questo attendiamo l'arrivo dell'Inps del futuro, per poter avanzare le nostre richieste.
Gli racconteremo che oggi il sistema è efficiente, ma potrebbe certamente essere più efficace.
Se sono soddisfacenti le già descritte modalità di ricerca dei certificati medici dei dipendenti, al contrario è assolutamente inadeguata la scelta delle aziende che abbiamo in delega.
Il sito le propone tramite un *menù* il cui elenco però non è né per ordine alfabetico e nemmeno per numero di matricola. Questa casualità di esposizione rende la ricerca laboriosa oltre che estremamente lenta.
Se, invece, avessimo la possibilità di fruire di una struttura diversa, come ad esempio quella già presente nel cassetto previdenziale, di certo ci agevolerebbe notevolmente. Le troveremmo sempre in ordine alfabetico e potremmo comunque cercarle per numero di matricola.
Un'ulteriore richiesta e, permettetecelo, quella che più ci preme, è la possibilità di poter consultare, oltre ai certificati medici, anche le richieste di congedo obbligatorio e parentale. Soprattutto oggi che sono anch'esse telematiche.
Questi certificati spesso non sono così puntuali, soprattutto quelli dell'obbligatoria *post partum*. Soprattutto se ne avverte ancor più la necessità in seguito all'introduzione del certificato di congedo parentale fruibile ad ore.
Questa implementazione ci garantirebbe la possibilità di una maggiore reperibilità dei dati, per un migliore controllo dei periodi di richiesta di questo tipo di astensioni.
Permetterci di accedere a questi dati direttamente dal portale Inps semplificherebbe notevolmente il nostro lavoro e libererebbe di un onere sia i lavoratori che gli stessi datori di lavoro.
Siamo consapevoli che i problemi da risolvere con l'Inps sono ben altri e che anche il portale richiederebbe interventi più urgenti, ma crediamo che queste richieste possano trovare un riscontro concreto anche nel breve periodo e potrebbero comunque agevolare il nostro lavoro.

SENTENZE

ARGOMENTO

Assenza per malattia professionale: conservazione del posto di lavoro e retribuzione

Cass., sez. Lavoro, 26 novembre 2018, n. 30547

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano

Nel caso di lavoratore assente per malattia professionale è pacifico il diritto alla conservazione del posto di lavoro ma, con riferimento al relativo trattamento retributivo, in assenza di una esplicita esclusione normativa, tenuto conto anche della cornice della garanzia costituzionale, i giudici di merito hanno stabilito che, *per evitare una situazione di iniquità per il lavoratore inabile per ragione di lavoro,* esso sia dovuto.

Ricorre in Cassazione il datore di lavoro che sostiene la letterale applicazione del Ccnl che nulla cita esplicitamente in tema di retribuzione del lavoratore assente per malattia professionale, spendendosi solo per ribadire l'obbligo di conservazione del posto.

La Suprema Corte rileva che non si possono mettere sullo stesso piano precetti normativi e disposizioni dei Ccnl. Queste ultime, considerate singolarmente, non possono produrre conseguenze autonome disgiunte dal superiore disposto della Legge.

La Suprema Corte cassa il ricorso del datore di lavoro, sentenziando che in caso di assenza dovuta a ragioni connesse alla prestazione lavorativa, la norma prevede il diritto alla retribuzione al fine di garantire a colui che ha patito un pregiudizio alla salute, dipendente proprio dal contesto lavorativo, un equo trattamento e non, di contro, un ulteriore pregiudizio economico.
Le norme devono sempre essere interpretate nel loro complesso e nella cornice della garanzia costituzionale, tenendo conto dello scopo della disciplina in esame, finalizzata a realizzare una regolamentazione di miglior favore per coloro che hanno subito il più grave pregiudizio di una assenza causata dall'ambiente di lavoro.

ARGOMENTO

Doppio licenziamento e applicazione del *ne bis in idem* nel caso di licenziamento

Cass., sez. Lavoro, 23 ottobre 2018, n. 26815

AUTORE
SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

Un direttore di banca viene licenziato perché, abusando della propria posizione, aveva incaricato i colleghi di fare la spesa per suo conto in orario di servizio o di timbrare al suo posto il cartellino mentre era assente dal lavoro.
La questione si era chiusa con l'annullamento del provvedimento di licenziamento (Cass., sez. Lavoro, 6 novembre 2014, n. 23669).
In data 5.12.2014 la banca irroga un nuovo licenziamento al direttore, specificando puntualmente i singoli episodi oggetto della condotta contestata con il primo provvedimento.

La Corte di Appello di Venezia, nel confermare la decisione del Tribunale di Padova che aveva dichiarato nullo e ritorsivo il secondo licenziamento, rilevava che i fatti contestati non erano altro che mere esplicazioni del precedente *modus operandi* sui quali si era già espresso e consumato il potere sanzionatorio del datore di lavoro.
Il principio di consunzione, ricorda la sentenza della Corte di Cassazione, esaurisce il diritto del datore di lavoro di esercitare il potere disciplinare per gli stessi fatti oggetto di una precedente pronuncia giudiziale *(ne bis in idem).*
Il potere disciplinare del datore di lavoro non viene meno invece, quando la seconda contestazione abbia ad oggetto fatti che pur della stessa indole dei precedenti, siano avvenuti in circostanze diverse e successive sia di tempo che di luogo.
Ciò detto, nel caso di specie, essendo il secondo licenziamento una duplicazione del primo, gli Ermellini dichiarano illegittima la condotta datoriale, rigettano il ricorso del datore di lavoro e confermano la sentenza di merito.

ARGOMENTO

Tipizzazione dell'illecito disciplinare

Cass., sez. Lavoro,
17 ottobre 2018, n. 26013

AUTORE
BARBARA BRUSASCA
Consulente del Lavoro
in Milano e in Pavia

Il fatto contestato nel caso di specie, l'aver ingiuriato i colleghi, può essere *ex ante* inquadrabile tra le condotte che legittimano l'adozione di provvedimenti disciplinari conservativi ed espulsivi.
Il contratto collettivo di riferimento inserisce l'ingiuria ai colleghi tra le condotte punibili con sanzioni conservative salvo che la condotta stessa possa costituire una più grave mancanza e per questo essere sanzionata con il provvedimento espulsivo del licenziamento.
La Corte distrettuale nel confermare l'annullamento del licenziamento contenuto nella sentenza del Tribunale, parte dal presupposto errato della tipizzazione delle specifiche ipotesi di illecito. Nel contratto collettivo di riferimento non c'è un elenco tipizzato di condotte cui corrispondono altrettante sanzioni.
L'indicazione contenuta nella lettera k) dell'art. 40 del Ccnl, dove si fa salva l'eventualità che la stessa condotta, per modalità e quant'altro, possa rientrare tra quelle punibili con sanzioni espulsive, consente di far rientrare la fattispecie delle ingiurie ai colleghi tra quelle sanzionabili con il licenziamento così come avvenuto nel caso esaminato.

La Suprema Corte accoglie quindi il ricorso della società cassando la sentenza della Corte d'Appello di Milano.

ARGOMENTO

Reintegra del lavoratore licenziato per mancato rispetto dei principi di anzianità e carichi di famiglia

Cass., sez. Lavoro,
25 ottobre 2018, n. 27094

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

La sentenza in esame, emessa dalla Corte di Cassazione, si basa sul ricorso presentato da un'azienda che era stata condannata dalla Corte di Appello di Napoli alla reintegra e al risarcimento di una dipendente licenziata per giustificato motivo oggettivo dovuta ad una riorganizzazione aziendale. Il licenziamento individuale veniva considerato illegittimo, anche se non discriminatorio, perché violava i principi di buona fede e correttezza in quanto la lavoratrice licenziata, a parità di mansioni, possedeva maggiori carichi di famiglia e anzianità di servizio.
L'azienda, con il ricorso in Cassazione, sosteneva che non ci fosse fungibilità completa tra le mansioni svolte dalla lavoratrice licenziata ed il collega, per cui non vi era stata alcuna preferenza del secondo rispetto alla prima. Inoltre, il datore di lavoro addebitava alla corte territoriale un'ingerenza nell'organizzazione dell'attività di impresa.
La Corte di Cassazione ha dapprima precisato che, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro non deve necessariamente provare l'andamento economico negativo dell'azienda, essendo sufficienti le ragioni inerenti l'attività produttiva, per cui la scelta imprenditoriale che comporta la soppressione di un posto di lavoro non è sindacabile nei profili di congruità ed opportunità. La Cassazione sottolinea però che se la riduzione del personale non verte su una soppressione *tout court* della posizione lavorativa, ma avviene in uno specifico reparto, è necessario che il datore di lavoro effettui una valutazione comparativa tra lavoratori di pari livello ed occupati in posizioni di piena fungibilità, per cui la Corte territoriale aveva correttamente applicato i principi di buona fede e correttezza senza in alcun modo minare la libertà di scelta imprenditoriale.

La Cassazione rigettava il ricorso, facendo sì che, in assenza di parametri stabiliti da accordi sindacali, anche nei casi di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo, si applichino i principi dettati in caso di licenziamenti collettivi.

ARGOMENTO

Licenziamento collettivo: la comunicazione ai sindacati è obbligatoria e deve essere tempestiva

Cass., sez. Lavoro, 13 novembre 2018, n. 29183

AUTORE
ANDREA DI NINO
Consulente del Lavoro in Milano

La Corte di Cassazione ha determinato come il datore di lavoro che intenda cessare l'attività e licenziare tutti i dipendenti – salvo un gruppo individuato ai fini dei relativi adempimenti di liquidazione – debba effettuare la comunicazione alle organizzazioni sindacali e ai competenti uffici per il lavoro, prevista dall'articolo 4, comma 9, della Legge n. 223/1991, a pena di inefficacia del licenziamento. La procedura deve avvenire anche se i criteri di scelta adottati – determinati dalla chiusura dell'attività – risultano essere i medesimi per tutti i lavoratori coinvolti. La norma in oggetto prevede espressamente che, a seguito di licenziamento collettivo, il datore di lavoro debba trasmettere all'Ufficio regionale del lavoro e della massima occupazione competente, alla Commissione regionale per l'impiego e alle organizzazioni sindacali l'elenco dei lavoratori licenziati, con l'indicazione per ciascun soggetto del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell'età, del carico di famiglia, nonché la puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta. La comunicazione deve avvenire per iscritto ed entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi.

La Suprema Corte, nel caso specifico, ha deliberato nei confronti di un'azienda che, pur avendo comunicato il recesso ai lavoratori il 10 ottobre 2013, inviava le comunicazioni all'Ufficio regionale per il lavoro e all'Inps in data 9 gennaio 2014 e alle organizzazioni sindacali il 4 marzo 2014: il licenziamento riguardava tutti i lavoratori, fatto salvo un ristretto gruppo di tecnici coinvolti nelle operazioni di liquidazione, e risultava dettato dalla medesima causale, con la conseguenza che il datore di lavoro aveva ritenuto irrilevante l'espletamento delle comunicazioni in oggetto nei termini previsti. Nei fatti la comunicazione era dunque avvenuta, ma non con i criteri di tempestività prescritti dalla norma: la Corte, nella sentenza, specifica come tale adempimento sia finalizzato a dare evidenza dei criteri di scelta adottati e delle modalità applicative propedeutiche alla procedura di licenziamento, per dovere di trasparenza nei confronti del lavoratore licenziato e per fornirgli gli strumenti per contestare, eventualmente, la misura espulsiva. Ciò, a detta della Corte, deve avvenire "*anche in ipotesi di un unico criterio selettivo che riguardi tutti i lavoratori e in un contesto di cessazione dell'attività e di azzeramento del personale. In tal tale caso, infatti, anche solo la gradualità delle operazioni di chiusura, e la permanenza, sia pur temporanea, di taluni lavoratori, finalizzata al completamento delle operazioni ultimative, richiede la applicazione di criteri di scelta predeterminati controllabili da tutti i soggetti interessati*".

Nella fattispecie in esame, dalla sentenza emerge come la contestualità tra comunicazione dei recessi e informativa alle parti sociali sui criteri di scelta si giustifichi come strumento per le organizzazioni sindacali – e, di conseguenza, anche per i singoli lavoratori – ai fini del controllo sulla correttezza nell'applicazione dei criteri da parte del datore di lavoro, anche in un'ottica di possibile richiesta di revoca del licenziamento ritenuto illegittimo. Ne consegue che non è ammissibile un'accezione elastica di detta contestualità, in mancanza della quale il lavoratore potrebbe trovarsi nella paradossale situazione di dover impugnare il licenziamento senza la previa conoscenza dei criteri di scelta che l'hanno determinato: la comunicazione deve dunque avvenire nei tempi prescritti dalla norma, corredata dalle modalità di attuazione dei criteri di scelta e la comparazione tra tutte le professionalità del personale in servizio rispetto allo scopo perseguito, senza che assuma rilievo l'unicità del criterio adottato ancorché concordato con le organizzazioni sindacali.