



Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA N. 9



IL PREPENSIONAMENTO DEL CONTRATTO DI ESPANSIONE: POTENZIALITÀ E PRIME CRITICITÀ DI UN ESODO "AGILE"

DI ANTONELLO ORLANDO PAG. 4

Dottrina

◆ **Piani di Welfare ad personam e la presunzione di abuso del diritto**

DI ALBERTO BORELLA PAG. 8

◆ **Contenzioso previdenziale in salita per le aziende**

DI MAURO PARISI PAG. 12

◆ **Il Ccnl di categoria va applicato sino alla sua scadenza definita**

DI GABRIELE FAVA PAG. 14

◆ **Il nuovo regime dei "lavoratori impatriati": una visione d'insieme**

DI VINCENZO FAVALORO PAG. 16

◆ **Animali fantastici e dove trovarli: il "co.co.org."**

DI ANDREA ASNAGHI PAG. 18

◆ **La Corte di Giustizia dichiara l'obbligo di istituire sistemi di misurazione dell'orario**

di lavoro giornaliero

DI SABRINA PAGANI PAG. 26

◆ **Condotte extralavorative quali fattispecie giustificatrici del licenziamento**

DI LUCA DI SEVO PAG. 27

◆ **Troppo tempo su Facebook: giusto il licenziamento del lavoratore**

DI ANTONELLA ROSATI PAG. 28

Rubriche

◆ **IL PUNTO** PAG. 2

◆ **HR&ORGANIZZAZIONE**
 Lean office una terapia per l'organizzazione dello studio
 DI ANDREA MERATI PAG. 32

◆ **LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE**
 Impugnazione delle delibere condominiali e procedimento di mediazione
 DI D. MORENA MASSAINI PAG. 34

◆ **SENZA FILTRO**
 Cassa edile: Un'utilità relativa e quei fastidiosi comportamenti a dubbio di legittimità
 DI RICCARDO BELLOCCHIO E ANDREA ASNAGHI PAG. 36

◆ **UNA PROPOSTA AL MESE**
 Inail e gli infortunati: il datore di lavoro può avere voce in capitolo o deve solamente pagare come Pantalone?
 DI ANDREA ASNAGHI PAG. 40

Sentenze

◆ **Licenziamento disciplinare: non è rilevante l'assoluzione in sede penale circa i fatti oggetto di contestazione** DI ANDREA DI NINO PAG. 43

◆ **Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a part time a turni: orario di lavoro non modificabile unilateralmente dal datore di lavoro** DI STEFANO GUGLIELMI PAG. 44

◆ **Risarcimento del danno professionale derivante da demansionamento in assenza di mobbing** DI ROBERTA SIMONE PAG. 45

◆ **Licenziamento illegittimo se non viene accertata la possibilità di reimpiego del dipendente divenuto inabile** DI LUCIANA MARI PAG. 46

◆ **Licenziamento disciplinare: rilevanza della violazione del rapporto fiduciario** DI ELENA PELLEGGATTA PAG. 46

◆ **La buona fede legittima il rifiuto di eseguire una prestazione non concordata** DI SILVANA PAGELLA PAG. 48

◆ **Licenziamento nullo e inapplicabilità dello Statuto dei Lavoratori** DI PATRIZIA MASI PAG. 48

◆ **Il g.m.o. del licenziamento si sostanzia in ogni modifica della struttura organizzativa dell'impresa** DI ANGELA LAVAZZA PAG. 49

◆ **Ferie durante il congedo straordinario: giusta causa di licenziamento** DI RICCARDO BELLOCCHIO E ALESSIA ADELARDI PAG. 49

◆ **Abuso nell'utilizzo dei permessi per handicap: legittimo il licenziamento per giusta causa** DI CLARISSA MURATORI PAG. 50

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
ELEONORA IACOBELLI

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
redaz.sintesi@gmail.com
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 Brogгинi, Marco Cassini,
Alberta Clerici, Gabriele Corra,
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 Matarca, 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



Unione Provinciale di Milano

L'INPS DALLA MEMORIA CORTA

Dedico questo editoriale allo stato di salute dell'Istituto e ai suoi sintomi di invecchiamento.

Perdere la memoria è un sintomo da non trascurare. Digitando in rete il sintomo, leggo sul sito dell'Humanitas (noto Ospedale e centro universitario milanese) quanto segue:

“La **perdita della memoria** consiste nella **difficoltà di ricordare eventi passati**, recenti o meno. Il disturbo potrebbe comparire per un certo lasso di tempo o perdurare divenendo cronico (condizione legata all'avanzare dell'età).

Un **trauma cranico**, **stress** psicofisico, **sostanze stupefacenti o alcoliche**, carenze vitaminiche o una terapia antitumorale possono **favorire l'insorgenza del disturbo**.

Solo individuando la **causa** scatenante la **perdita della memoria** è possibile approntare cure e trattamenti adatti.

Quando la **perdita della memoria** ha gravi ripercussioni sulla vita di tutti i giorni è consigliato un consulto medico.”

Un po' di preoccupazione viene a leggere quanto riportato nel sito, anche perché le malattie associate a tale sintomo sono importanti e le ometto per non spaventare ulteriormente il presunto malato. Tuttavia una visita medica andrebbe fatta, considerato anche che l'Inps di medici ne ha tanti al suo servizio.

Scherzi a parte, la vicenda nasce dalla circolare Inps n. 121/2019 e dal messaggio successivo n. 3447 del 24 settembre 2019 relativo al versamento degli arretrati della contribuzione addizionale della Napsi dovuto nei casi di rinnovo del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato.

La circolare detta istruzioni per il versamento della contribuzione arretrata e relativa al periodo 14 luglio 2018 (data di entrata in vigore del D.L. n. 87/2018) ed agosto 2019 (data di emanazione della circolare Inps). In tale circolare l'Inps stabilisce che gli arretrati debbano essere versati entro il 30 settembre 2019. Con il messaggio citato, invece, concede proroga di un mese portando la scadenza al 31 ottobre 2019. Ed è proprio questa disposizione che mi fa preoccupare sullo stato di salute dell'Inps, perché l'Istituto non ricorda la Delibera del proprio Consiglio di Amministrazione n. 5 del 23 marzo 1993 e del D.M. 7.10.1993 che ne ha dato esecutività (non mi risultano abrogazioni). Tale delibera riguarda la regolamentazione della materia relativa alla denuncia ed al versamento delle contribuzioni previdenziali ed assistenziali all'Istituto nazionale della previdenza sociale delegificata ai sensi dell'art. 10 del decreto-legge 30 dicembre 1987, n. 536, convertito nella Legge 29 febbraio 1988, n. 48.

Si legge nella circolare che “il Consiglio, con detta delibera adotta nell'esercizio del potere di delegificazione attribuitogli dall'art. 10 del D.L. 30.12.1987, n. 536 convertito nella Legge 29.2.1988, ▶



n. 48, ha regolato rilevanti aspetti inerenti le modalità per l'assolvimento degli adempimenti contributivi da parte dei datori di lavoro.

Si illustrano, pertanto, di seguito i principi dettati con la delibera.

1) Modifiche in campo normativo aventi riflessi sulla misura ed il versamento delle contribuzioni previdenziali ed assistenziali.

Il primo criterio adottato dal Consiglio è scaturito dalla considerazione che in occasione della introduzione di novità in materia contributiva - sempre più frequenti ed il più delle volte disposte con decreto-legge a ridosso delle scadenze previste - sono a disposizione dell'Istituto tempi ristrettissimi per dare notizia delle innovazioni e per fornire le indicazioni, complesse e minuziose, per la compilazione della modulistica, il rispetto delle quali è alla base di una corretta gestione delle posizioni contributive aziendali, e dei datori di lavoro per adeguare le proprie procedure e provvedere ai conseguenti adempimenti contributivi.

In tali casi è stata, quindi, ravvisata una vera e propria situazione di impossibilità oggettiva ad adempiere nei termini agli obblighi di legge, in particolare per le imprese che si avvalgono di tecnologie informatiche.

In relazione a quanto sopra è stato fissato il criterio per il quale in presenza di innovazioni normative aventi riflessi sulla misura ed il versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, **la sistemazione delle partite connesse con i mutamenti in campo contributivo può essere effettuata entro il giorno 20 (oggi 16) del terzo mese successivo a quello di emanazione da parte di questa Direzione Generale delle relative istruzioni applicative ed operative, con la maggiorazione sulle eventuali differenze contributive dovute dei soli interessi al tasso legale.**

Per l'attuazione della disposizione di cui trattasi, in occasione del sopraggiungere delle citate innovazioni, con apposita circolare verranno fornite le indicazioni in merito ai contenuti delle nuove disposizioni ed alle modalità con le quali i datori di lavoro dovranno adeguarsi nell'assolvere agli obblighi di denuncia e versamento delle contribuzioni previdenziali ed assistenziali dovute a questo Istituto.

La sistemazione delle partite di cui sopra, da espletare entro il giorno 20 (oggi 16) del terzo

mese successivo a quello di emanazione della predetta circolare, ove dia luogo al versamento di differenze contributive, comporta l'applicazione sulle somme dovute a tale titolo degli interessi al tasso legale.”

A questo punto un po' di considerazioni sono necessarie:

- 1) Impiegare oltre un anno per dare disposizioni operative è davvero fuori da ogni logica. Pretendere poi che a seguito delle istruzioni impartite il 9 settembre 2019 le aziende e i loro consulenti debbano sistemare tutte le pendenze nello stesso mese di settembre, al sottoscritto, onestamente sembra paradossale. Però, dopo aver fatto notare all'Inps che l'operatività sarebbe stata pressoché impossibile, ecco la proroga di un mese. Ma le case di *software* non sono ancora pronte per effettuare i conguagli e per sistemare le retribuzioni già nel mese di settembre;
- 2) Da sempre, invece, l'Inps aveva adottato, correttamente, il disposto di cui alla delibera del Cda richiamata e tra l'altro **senza neanche chiedere gli interessi legali**. Non si comprende perché in questo caso specifico non sia stata tenuta in considerazione. Avrebbe dato più ampio respiro senza mettere in ambascie le aziende, le case di *software* e i consulenti. Una dimenticanza? La voglia di far cassa subito? Da notare che il mancato versamento è dipeso esclusivamente da assenze di istruzioni Inps;
- 3) Quando riusciremo a lavorare con serenità senza l'angoscia degli adempimenti repentini e senza vessazioni? È chiedere troppo? Eppure l'Inps sta investendo molto nella *customer care*. Ma se questi sono i risultati!!!!;
- 4) Non sarebbe un brutto messaggio leggere un *errata corrige* con la quale l'Inps annuncia che gli arretrati (compreso settembre 2019) possano essere sistemati con il versamento delle contribuzioni di novembre entro il 16 dicembre 2019.

Riporto, senza commento, due commi dell'art. 97 della nostra Costituzione:

“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione.

Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari.”



Il prepensionamento del contratto di espansione: POTENZIALITÀ E PRIME CRITICITÀ DI UN ESODO “AGILE”

LA PLATEA DEI BENEFICIARI

Il contratto di espansione, approvato nel nostro ordinamento dopo essere nato come emendamento alla Legge di conversione del 28 giugno 2019, n. 58 del Decreto Crescita, dà la possibilità, fino al 2020, alle imprese con un organico superiore a mille unità lavorative di gestire processi di reindustrializzazione e riorganizzazione che dovranno comportare una modifica strutturale volta al progresso e allo sviluppo tecnologico.

A valle dei chiarimenti forniti dal Ministero del Lavoro con circolare n. 16/2019, permangono parecchie incertezze interpretative e applicative, nonostante l'evidente interesse delle grandi aziende sul tema.

Le aziende (unica società e non gruppi di imprese) con più di 1.000 dipendenti attraverso un accordo sindacale siglato in sede ministeriale avranno accesso a un istituto “poliforme” che prevede:

- un obbligo assunzionale di risorse a tempo indeterminato (anche sotto forma di apprendistato di II tipo);
- un obbligo di formazione (adeguatamente certificata) sui temi innovativi propri del contratto di espansione;
- la possibilità di ricorrere a un massimo di 18 mesi di Cigs in parte derogatoria rispetto i criteri generali (con particolare riferimento alla durata massima di 24 mesi nel quinquennio mobile);
- la possibilità di impiantare uno scivolo prepensionistico di durata massima pari a 5 anni, attraverso una procedura di licenziamento collettivo non oppositiva con godimento della indennità di disoccupazione.

Un primo punto di attenzione, in mancanza di una previsione normativa specifica, riguarda l'individuazione dell'insieme di imprese che potranno accedere al contratto di espansione: a parte il limite dimensionale, ci si chiede infatti se ulteriore - non esplicito - requisito è quello dell'essere soggetti o meno alla cassa integrazione guadagni straordinaria. Si potrebbe infatti desumere, data l'inclusione dell'intervento di cassa integrazione tra le misure contemplate dal contratto di espansione e, il tenore letterale della circolare n. 16/2019 del Ministero del Lavoro (in particolare alla fine di pag. 2), una accessibilità riservata solamente agli imprenditori soggetti alla Cigs. Un'analisi più letterale della norma renderebbe lecito tuttavia il coinvolgimento, nel rispetto dei limiti delle risorse disponibili, di tutti gli interlocutori aziendali che rientrino nel limite dimensionale, unico vero limite esplicito previsto dalla norma, presumendo, inoltre, che coloro che non sono soggetti alla cassa straordinaria potrebbero essere destinatari del solo beneficio pensionistico, oltre all'impegno assunzionale e formativo o, ancora, ricorrere a tale strumento mediante un fondo di solidarietà bilaterale, invocato al comma 6 del nuovo articolo 41, anche se esplicitamente solo per l'opzione dello scivolo pensionistico.

Adottando questa prospettiva, il richiamo alla procedura di consultazione sindacale nelle modalità e termini previste dall'articolo 24, D.lgs. n. 148/2015, ricoprirebbe un valore meramente procedurale ai fini delle tempistiche e delle modalità di dialogo con ►



IL PREPENSIONAMENTO DEL CONTRATTO DI ESPANSIONE: POTENZIALITÀ E PRIME CRITICITÀ DI UN ESODO “AGILE”

il Ministero del Lavoro, lasciando aperte le relative differenze rispetto alla versione “fisiologica” della Cigs accessibile alle imprese con un organico inferiore ai mille dipendenti. La circolare n. 16/2019 ai parr. 1 e 5 ha specificato che per le imprese fuori dal campo della Cigs l'utilizzo dello scivolo di cui al co. 5 sarà possibile ricorrendo ai fondi di solidarietà bilaterali, senza ribadire esplicitamente il requisito generale di accesso (applicazione della Cigs) per l'utilizzo del contratto di espansione.

La procedura (art. 24 del testo unico sugli ammortizzatori sociali) prevede una comunicazione alle proprie rappresentanze sindacali (Rsa/Rsu e organizzazioni sindacali di comparto nazionali, comparativamente più rappresentative) con richiesta di esame congiunto presso il Ministero del Lavoro nel caso di imprese multilocalizzate su più regioni. Il contratto di espansione, di natura “gestionale”, integra al suo interno, analogamente a una procedura di licenziamento collettivo ex artt. 4 e 24 della L. n. 223/1991, aspetti di riduzione oraria e di gestione degli esuberanti.

Gli elementi contenuti nell'accordo, enucleati dal comma 2 del nuovo art. 41, consistono in:

- numero dei lavoratori da assumere a tempo indeterminato, anche in apprendistato di II tipo, con relativa programmazione cronologica delle assunzioni;
- un progetto di formazione e riqualificazione certificato;
- riduzione oraria dei lavoratori in organico e platea dei lavoratori interessati dal prepensionamento quinquennale.

Il testo della norma, sul terzo punto, sembra porre una gerarchia di utilizzo che parte dallo scivolo pensionistico (co.5), per poi consentire l'integrazione salariale “solo per i lavoratori che non si trovano nella condizione di beneficiare” di tale prepensionamento. Sul tema, la circolare del Ministero del Lavoro, sopra citata, non sembra sciogliere gli interrogativi rimasti, anche in ordine al computo delle 1.000 unità (ad esempio, nel

caso degli apprendisti), per cui si auspicano ulteriori e più incisivi chiarimenti di prassi.

GLI OBIETTIVI DEL CONTRATTO DI ESPANSIONE

Il contratto di espansione prende il posto dall'assai poco diffuso contratto di solidarietà espansiva, che nonostante numerosi tentativi di rilancio e *restyling* non aveva mai preso piede, rispetto al più fortunato fratello maggiore (difensivo, oggi tipizzato come causale Cigs). Il primo comma del nuovo art. 41 del D.lgs. n. 148/2015 prevede “l'assunzione di nuove professionalità” utilizzando così una connotazione generica, più ampia rispetto ai concetti di “mansione” o “qualifica”. Sarebbe stato, forse, più efficace introdurre un riferimento alla “specializzazione”, determinando minori dubbi interpretativi e lasciando meno spazio alla genericità e alla discrezionalità sulle risorse da arruolare. Il contratto di espansione siglato da TIM nei primi giorni dello scorso agosto, contiene, ad esempio, un esplicito riferimento a sei aree professionali, con attenzione specifica per specialisti in ambito *Big Data*, sviluppo *IT* e progettisti con spiccata tendenza all'innovazione tecnologica. Nel caso concreto di un contratto di espansione già siglato presso il Ministero del Lavoro sono state, dunque, esplicitate le sole aree professionali, più generiche rispetto a figure contrattuali specifiche individuabili nel contratto collettivo applicato.

LO SCIVOLO PENSIONISTICO QUINQUENNALE

Le imprese che sottoscrivono il contratto di espansione, nel biennio 2019-2020, potranno creare uno scivolo che avvicini i lavoratori alla pensione. Non è espressamente previsto un nesso di proporzionalità uno a uno fra il numero dei dipendenti assunti e il numero dei dipendenti esodati, lasciando intendere che saranno i firmatari dell'accordo sindacale ad individuare l'equilibrio fra lavoratori in entrata e in uscita.

Le caratteristiche di questo prepensionamento sono almeno in parte mutate dall'esperienza dei fondi di solidarietà bilaterali e ➤



IL PREPENSIONAMENTO DEL CONTRATTO DI ESPANSIONE: POTENZIALITÀ E PRIME CRITICITÀ DI UN ESODO “AGILE”

da quella della isopensione Fornero, introdotta dalla Legge n. 92/2012. Quest'ultima, ex articolo 4, co. 1 - 7-ter, a seguito della Legge n. 205/2017, consentiva, fino al 2020, ai datori di lavoro che avessero sottoscritto i relativi accordi sindacali, di accompagnare i propri dipendenti fino a 7 anni di distanza dal traguardo pensionistico, partendo dalla cessazione del rapporto e non più solo fino a 4 anni.

Il comma 5 del nuovo art. 41, invece, stabilisce che il datore di lavoro erogherà, a coloro che sigleranno l'accordo e saranno esodati, una indennità pari alla pensione maturata al momento della cessazione, della durata massima di 60 mesi fino alla decorrenza della pensione di vecchiaia. Nel caso in cui il dipendente consegua anche la Naspi il datore di lavoro integrerà, per il periodo di parallela decorrenza della stessa, l'importo della indennità di disoccupazione fino a raggiungere il valore della rata di pensione maturata al momento di recesso. Nel caso in cui il dipendente, prima della decorrenza della pensione di vecchiaia, maturi i requisiti di accesso a pensione anticipata, il datore di lavoro unirà al valore dell'indennità mensile anche quello della contribuzione correlata. Non sembra sufficientemente chiaro se il trattamento “simil-pensionistico” erogato a carico del datore di lavoro sarà distribuito su 12 o 13 mensilità, visto che l'art. 41 parla di “indennità mensile”, senza richiamare le 13 rate previste sia per la pensione sia per la isopensione Fornero.

La contribuzione correlata non sarà riconosciuta nel caso di esodo diretto alla pensione di vecchiaia, “congelando” la propria pensione che non riceverà altri contributi oltre quelli della Naspi del primo biennio, risultando così penalizzato rispetto all'esodo Fornero. Su un periodo massimo di 5 anni, il datore di lavoro non verserà i contributi nei primi 24 mesi in caso di percezione contemporanea della Naspi, limitandosi alla sola rata di pensione e aggiungendo la contribuzione correlata a partire dall'esaurimento

dell'indennità (non più tardi del venticinquesimo mese dello scivolo) fino alla maturazione dei requisiti, realizzando un risparmio più contenuto rispetto all'isopensione.

Durante la finestra trimestrale della pensione anticipata, il datore riconoscerà solo l'indennità mensile fino alla decorrenza della pensione; tale ricostruzione sistematica integra il dato letterale della norma che, *ad litteram*, sospenderebbe qualsiasi erogazione da parte del datore al raggiungimento “del diritto a pensione”. Il co. 5 non fa espressamente riferimento alle modalità di versamento della pensione, lasciando negli operatori il pesante dubbio che, nel silenzio della norma, sia possibile unicamente versare in unica soluzione il costo non banale costituito dalle rate di pensione e gli eventuali contributi correlati; nel caso dell'isopensione Fornero, invece, si ricorda che l'art. 4 della L. n. 92/2012 prevede esplicitamente entrambe le alternative, consentendo sia il pagamento in unica soluzione, sia la rateizzazione mensile con garanzia fideiussoria (a tutela del dipendente).

Il co. 6 del nuovo art. 41 consente di poter utilizzare il nuovo scivolo anche attraverso i fondi di solidarietà bilaterale, che a tal fine non avranno alcuna necessità di recepire con apposite modifiche dei propri ordinamenti il nuovo istituto, rendendolo da subito operativo dopo l'iter sindacale del contratto di espansione di una azienda legittimamente rientrante nel perimetro del fondo di settore. Infine, l'art. 41, co. 9 ribadisce che i requisiti per conseguire il diritto all'accesso a pensione, certificato al momento dell'adesione alla procedura di prepensionamento, per i lavoratori che partecipino allo scivolo quinquennale, non potranno subire modifiche da parte delle successive norme e riforme pensionistiche. Tale clausola anti-esodati si caratterizza come del tutto innovativa rispetto agli strumenti di esodo vigenti (non è attiva nel caso della Isopensione o dell'Ape aziendale).

IL PREPENSIONAMENTO DEL CONTRATTO DI ESPANSIONE: POTENZIALITÀ E PRIME CRITICITÀ DI UN ESODO “AGILE”

Sotto un altro aspetto, il prepensionamento che viene offerto dall'istituto viene legato all'interesse preventivo espresso dai dipendenti e al recesso concordato. Con lo strumento dello “scivolo” i lavoratori avranno, infatti, la possibilità di raggiungere la pensione di vecchiaia o, se ottenibile prima, la pensione anticipata, godendo di un accompagnamento che potrà arrivare fino a 5 anni con la garanzia di vedersi certificato il proprio diritto a pensione anche a tutela di possibili variazioni future (decisamente poco inconsuete, visto il ritmo frequente delle riforme previdenziali degli ultimi anni). Anche questa forma di prepensionamento, però, non appare priva di punti critici. Proprio per favorirne maggiormente l'utilizzo, poteva essere esplicitamente prevista un'armonizzazione tra la disciplina in esame e quella del cumulo contributivo, come modificato dalla Legge n. 232/2016, non operativo per l'isopensione Fornero (Messaggio Inps n. 2475/2017) né per le prestazioni dei fondi di solidarietà bilaterali. Se pensiamo ai grandi soggetti interessati al contratto di espansione (Telecom, Vodafone, Wind-TRE, Enel, Eni, etc.) appare del tutto usuale riscontrare molteplici “pezzi” contributivi nei dipendenti delle ri-

spettive società, afferenti alle varie gestioni previdenziali speciali (Fondo Telefonici, Elettrici, Postali, senza dimenticare l'ex Inpdap nel caso di società che abbiano acquisito dipendenti pubblici). Data l'assenza di ogni specifica normativa, risulta difficile aspettarsi che, in sede di prassi regolatoria Inps, si possa arrivare a consentire ai soggetti che aderiranno al prepensionamento quinquennale l'utilizzo del cumulo contributivo, che spesso riveste un'importanza fondamentale per poter raggiungere il requisito contributivo necessario ad accedere alla pensione anticipata, evitando al dipendente l'ingente spesa (non raramente rovesciata sull'azienda) di una ricongiunzione onerosa.

Il contratto di espansione si presenta dunque come un ambizioso strumento: di rinnovamento, di ricambio generazionale, di formazione e di avvicinamento alla pensione. Necessita tuttavia - a oggi - di maggiori chiarimenti di prassi che consentano alle imprese di comprendere la quantificazione dei costi nonché le modalità di versamento della provvista economica, senza dimenticare i dettagli di quantificazione del trattamento mensile aziendale e, soprattutto, l'utilizzabilità o meno del cumulo gratuito contributivo.

Piani di Welfare ad personam E LA PRESUNZIONE DI ABUSO DEL DIRITTO

Con la risposta n. 10 del 25 gennaio 2019 l'Agenzia delle Entrate fornisce alcune interessanti indicazioni sui piani di *welfare* aziendali e il concetto di categoria. Il caso riguarda una società con un amministratore unico che, oltre ad avvalersi di 12 dipendenti diretti (un direttore di sala, cinque addetti alla sala, cinque addetti alla cucina e uno alla cassa), occupa sia un lavoratore in somministrazione a tempo determinato con mansioni di addetto alla sala che uno stagista extracurricolare, anch'egli svolgente le predette mansioni. Il piano di *welfare*, adottato mediante uno specifico regolamento aziendale, prevede la messa a disposizione di tre tipi di *benefit*, rientranti nell'ambito dell'art. 51, co. 2, lett. f) e f-bis), del Tuir, diversificati in base a categorie omogenee.

In particolare, si dispone che:

- la categoria dei "manager", composta dall'amministratore unico e dal direttore di sala, avrà diritto all'assistenza domiciliare ai familiari anziani ed alla frequenza a un corso privato di lingua per i figli;
- gli "addetti alla sala" (esclusi quindi gli addetti alla cucina ed alla cassa) avranno accesso ad un servizio di *check-up* cardiaco.

Viene precisato che il regolamento aziendale, seppur predisposto unilateralmente, è vincolante per l'azienda per tutta la sua durata temporale in quanto la manifestazione di volontà del lavoratore di aderirvi produce diritti e obblighi a carico delle parti.

In relazione a quanto precede, l'interpellante pone tre quesiti, chiedendo:

1. se sia possibile applicare il regime di esclusione da imposizione sul reddito di lavoro dipendente previsto dal citato articolo 51, comma 2, lettere f) e f-bis), del Tuir anche a favore dei titolari di

reddito di lavoro assimilato al lavoro dipendente nonché al lavoratore in somministrazione;
2. se, con specifico riferimento all'offerta ai beneficiari della categoria "manager" di un corso privato di lingua (fuori dal circuito scolastico), sia possibile far rientrare il predetto benefit - ai fini dell'esclusione dal reddito - nella previsione di cui alla lettera f-bis) così da consentire l'acquisto diretto del corso da parte dei beneficiari e il successivo rimborso del datore di lavoro dietro presentazione di idonea documentazione fiscale;
3. la conferma dell'effettiva "negozialità" del regolamento aziendale allegato per fruire della piena deducibilità del costo sostenuto dal reddito d'impresa, ai sensi dell'articolo 95 del Tuir, quale spesa relativa a benefit utilizzabili da categorie omogenee di dipendenti senza incorrere nella limitazione del 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi come previsto dal successivo articolo 100 del Tuir.

IL PARERE DELL'AGENZIA DELLE ENTRATE

Queste le risposte fornite alla società istante dall'Agenzia delle Entrate:

1. i benefit offerti agli "addetti alla sala" (per i quali è previsto un servizio di check-up cardiaco presso una struttura sanitaria convenzionata) rientrano nell'ambito dell'articolo 51, comma 2, lettera f), del Tuir.

L'Amministrazione finanziaria ha in più occasioni precisato che, affinché si determini l'esclusione dalla formazione del reddito di lavoro dipendente, devono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni:

a) le opere e i servizi devono essere messi a disposizione della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti;

b) le opere e servizi devono riguardare esclusi ➤

PIANI DI WELFARE AD PERSONAM E LA PRESUNZIONE DI ABUSO DEL DIRITTO

sivamente erogazioni in natura e non erogazioni sostitutive in denaro;

c) le opere e i servizi devono perseguire specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale o culto.

Ritenuta la ricorrenza delle condizioni richiamate ai punti b) e c), l'interpello si concentra sul concetto di "generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti" verso cui i servizi sono messi a disposizione. Più volte è stato precisato - da ultimo con circolare del 28 marzo 2018, n. 5/E - che, a prescindere dall'utilizzo dell'espressione "alla generalità dei dipendenti" o "a categorie di dipendenti", non va riconosciuta l'applicazione delle disposizioni elencate nel comma 2 dell'articolo 51 del Tuir *ogni qual volta le somme o i servizi ivi indicati siano rivolti ad personam, ovvero costituiscano dei vantaggi solo per alcuni e ben individuati lavoratori.*

Seppur vero che, nel caso di specie, i servizi welfare non sono offerti "alla generalità dei dipendenti" (ricordiamo che sono esclusi dal piano gli addetti alla cucina ed alla cassa) è da ritenere - prosegue l'Agenzia - che i lavoratori "addetti alla sala" configurino una "categoria di dipendenti" in quanto *tale espressione non va intesa soltanto con riferimento alle categorie previste nel codice civile (dirigenti, operai etc.), bensì a tutti i dipendenti di un certo tipo (ad esempio, tutti i dipendenti di un certo livello o di una certa qualifica, ovvero tutti gli operai del turno di notte ecc.), purché tali inquadramenti siano sufficienti a impedire in senso teorico, come detto, che siano concesse erogazioni ad personam in esenzione totale o parziale da imposte.* Il parere espresso estende inoltre il regime di non concorrenza al reddito di lavoro, sia all'addetto alla sala titolare di un contratto di somministrazione che allo stagista con mansioni di addetto alla sala, **in quanto titolare di un reddito assimilato a quello di lavoro dipendente** ai sensi dell'articolo 50, comma 1, lettera c), del Tuir.

2. i benefit offerti all'"amministratore unico" della società e al "direttore di sala" (assi-

stenza domiciliare familiari; frequenza corso privato di lingua per figli) non rientrano nell'ambito del citato articolo 51, comma 2, lettere f) e f-bis).

In riferimento alla posizione dell'**amministratore unico** i benefici vengono disconosciuti in quanto si ritiene incompatibile il ruolo di amministratore *con la condizione di lavoratore subordinato alle dipendenze della società.* Perché tale rapporto si configuri quale rapporto di lavoro dipendente è richiesto che la prestazione di lavoro sia svolta, con qualsiasi qualifica, alle dipendenze e sotto la direzione di altri (articolo 49, comma 1, del Tuir). È pertanto necessaria la compresenza logica e giuridica di almeno due soggetti e l'esistenza di un rapporto ineguale, in cui cioè uno dei due soggetti si trovi in una posizione di subordinazione per ragioni di organizzazione e divisione del lavoro. Una dipendenza che si configura, come ben sappiamo, solo a fronte di un effettivo assoggettamento all'altrui potere direttivo, di controllo e disciplinare.

Stessa conclusione per **l'unico direttore di sala** per il quale l'erogazione dei beni welfare configura, secondo l'Agenzia, un'offerta *ad personam* anche nella considerazione che i servizi aventi finalità di educazione e istruzione (frequenza corso privato di lingua per i figli), nonché di assistenza sociale e sanitaria (assistenza domiciliare ai familiari anziani), non sono riconosciuti, neanche in misura graduata, agli altri destinatari del Regolamento del piano Welfare Aziendale, ovvero agli addetti alla sala, in favore dei quali è previsto il solo servizio di *check-up* cardiaco.

3. i costi relativi ai benefit riconosciuti ai soggetti di cui alle lettere a) e b) [manager e addetti sala - NdA] nell'ambito del Regolamento del piano di Welfare Aziendale sono deducibili, ai sensi dell'articolo 95, comma 1, del Tuir.

Qui l'interpello conferma la posizione già espressa con la circolare del 15 giugno 2016, n. 28/E, dove era stato evidenziato come solo nei casi in cui l'erogazione dei benefit avvenga in conformità a disposizioni di ➤



PIANI DI WELFARE AD PERSONAM E LA PRESUNZIONE DI ABUSO DEL DIRITTO

contratto, di accordo o di un regolamento che configuri l'adempimento di un obbligo negoziale, viene a determinarsi la deducibilità integrale dei relativi costi da parte del datore di lavoro ai sensi dell'articolo 95 del Tuir (anziché nel solo limite del 5 per mille stabilito dall'articolo 100).

Nel caso di un piano *welfare* previsto da un regolamento, affinché lo stesso configuri l'adempimento di un obbligo negoziale, questo deve essere non revocabile né modificabile autonomamente da parte del datore di lavoro, altrimenti si tratterebbe nella sostanza di un atto qualificabile come volontario. Nel caso di specie l'istante ha precisato che il proprio regolamento ha durata annuale, è vincolante per tutta la sua durata temporale ed è previsto il suo rinnovo tacito in assenza di disdetta di una delle due parti. Addirittura se ne prevede esplicitamente la possibilità di modifica solo *in melius* tenendo conto delle esigenze e dei suggerimenti dei lavoratori con finalità di miglioramento dell'offerta e della fruizione di servizi *welfare*.

OSSERVAZIONI CRITICHE

Se le risposte fornite ai quesiti 1 e 3 trovano la nostra condivisione, meno convincenti appaiono le posizioni espresse circa l'esclusione dei benefici fiscali per l'amministratore unico nonché per l'unico direttore di sala.

Per quanto riguarda l'**amministratore unico** non possiamo non evidenziare la contraddizione per la quale, nel medesimo interpellato, si ritengono beneficiari delle agevolazioni sia il lavoratore con contratto di somministrazione (sul quale peraltro non nutrivamo alcun dubbio) che anche lo stagista in quanto titolari di un "*reddito assimilato a quello di lavoro dipendente*" e, si escluda al contempo l'amministratore unico il cui reddito ha la medesima connotazione fiscale.

Per quest'ultimo infatti si fa un discorso diverso, di verifica della subordinazione - di tipo quindi civilistico e non fiscale - anche se le conclusioni, nel caso di specie, possono essere sostanzialmente condivise: chi decide per sé non può ricevere agevolazioni dallo

Stato. Dissentiamo invece ove si intendesse applicare il requisito della subordinazione al caso di un consiglio di amministrazione, ritenendo che per i consiglieri senza poteri di rappresentanza - titolari come richiesto dalla norma di un reddito assimilato a quello di lavoro dipendente - sussista il diritto di accesso al *welfare* ancorché non inquadrabili civilisticamente quali lavoratori subordinati. La regola generale non può e non deve essere toccata: i beneficiari sono i titolari di redditi sia da lavoro dipendente che assimilati.

Non condivisibili invece le conclusioni sull'**unico direttore di sala** che, per come espresse, portano alla creazione di inaccettabili presunzioni di abuso del diritto oltre che a prevedere, in via amministrativa, l'introduzione di requisiti non previsti dalla norma.

Rammentiamo innanzitutto quanto espresso dalla citata circolare A.d.E. n. 5/E/2018, con la quale fu a suo tempo precisato che l'espressione "categoria di dipendenti" *non va intesa soltanto con riferimento alle categorie previste nel codice civile (dirigenti, operai etc.), bensì a tutti i dipendenti di un certo tipo (ad esempio, tutti i dipendenti di un certo livello o di una certa qualifica, ovvero tutti gli operai del turno di notte ecc.), purché tali inquadramenti siano sufficienti a impedire in senso teorico, come detto, che siano concesse erogazioni ad personam in esenzione totale o parziale da imposte.*

E rileggiamo ora le conclusioni espresse nell'interpello del 25 gennaio 2019, n. 10 dove si afferma che *all'unico direttore di sala non è applicabile il regime di favore previsto dalla più volte richiamata lettera f) dell'articolo 51 del Tuir, dal momento che l'erogazione dei beni welfare in suo favore configura, ad avviso della scrivente, un'offerta ad personam, anche in considerazione della circostanza che i servizi aventi finalità di educazione e istruzione (frequenza corso privato di lingua per i figli), nonché di assistenza sociale e sanitaria (assistenza domiciliare ai familiari anziani) non sono riconosciuti, neanche in misura graduata, agli altri destinatari del Regolamento del Piano Welfare Aziendale anno 201X, ov-*



PIANI DI WELFARE AD PERSONAM E LA PRESUNZIONE DI ABUSO DEL DIRITTO

vero agli addetti alla sala, in favore dei quali è previsto il solo servizio di check-up cardiaco.

Due sarebbero secondo l'Amministrazione finanziaria le circostanze che impedirebbero il riconoscimento dei benefici:

- il fatto che il beneficiario sia l'unico direttore di sala in forza all'azienda;
- il fatto che la tipologia di *welfare* prevista per la categoria "manager" sia diversa da quella prevista per le altre categorie.

A cui consegue il seguente corollario:

- se in azienda è presente un unico lavoratore per categoria (un solo operaio, un impiegato, un lavoratore ultra50enne, un operaio del turno di notte), allo stesso non potrà mai riconoscersi un intervento *welfare ad hoc* ma la provvidenza dovrà essere prevista – anche in misura differenziata ma comunque prevista – per almeno un'altra categoria di lavoratori. Se ad esempio all'unico lavoratore ultra50enne volessimo riconoscere un *check-up* cardiaco, qualora ciò non fosse previsto anche a favore di altri lavoratori, la cosa con molta probabilità verrebbe considerata dall'Agenzia delle Entrate un'offerta *ad personam*. Qualora però assumessimo un secondo lavoratore rientrante nella medesima categoria, ecco che i benefici fiscali verrebbero riconosciuti, per essere nuovamente negati qualora uno dei due si dimettesse o venisse licenziato.

Una conclusione che risulta contraddetta dalla stessa Agenzia che sostiene che l'individuazione della categoria deve essere sufficiente ad *impedire in senso teorico che siano concesse erogazioni ad personam in esenzione totale o parziale da imposte*. Chiariamo una cosa: una categoria "in senso teorico" è tale anche quando non vi è alcun lavoratore in forza all'azienda. Del resto nulla vieta di prevedere piani *welfare*, anche differenziati, per categorie ancora non presenti ma che si presume lo saranno in un futuro. Rileviamo analoga incoerenza nel sostenere che vadano disconosciute le agevolazioni ogni qual volta le somme o i servizi *welfare*

siano rivolti *ad personam*, ovvero *costituiscano dei vantaggi solo per alcuni e ben individuati lavoratori*. Non è certo un caso che il termine "lavoratori" venga utilizzato al plurale, a conferma e dimostrazione che il possibile abuso dell'istituto non dipende dalla ridotta o ridottissima dimensione della categoria individuata, ma dalla sua creazione *ad hoc*, ed *ex post*, per selezionare quei e solo quei determinati lavoratori.

In un'ottica di controllo di abuso del diritto su casi specifici, sarebbe forse stato preferibile – a parere di chi scrive – evidenziare all'utente un *alert*, non tanto sulla ridotta dimensione della categoria individuata dall'azienda, quanto piuttosto nell'assenza di qualsiasi collegamento finalistico tra la categoria e il *welfare* erogato. Esemplificando riteniamo che sia più probabile un abuso nel riconoscere soltanto ai due lavoratori notturni un abbonamento ferroviario (escludendo al contempo, senza logica alcuna, tutti gli altri lavoratori che utilizzano il treno per recarsi al lavoro), piuttosto che nel caso di un *check-up* medico destinato all'unico lavoratore ultra50enne.

Ma trattasi comunque di verifiche da farsi a posteriori e non per presunzioni inventate dalle solite, discutibili, circolari.

Tutto ciò poi appare in totale contrasto con la finalità del *welfare* che è quello di premiare le aziende che forniscono ai propri lavoratori determinate – diremmo ancor meglio se mirate – tipologie di *benefit* che la stessa legge individua come meritevoli di premialità fiscale e contributiva, proprio in relazione all'importante finalità sociale di tali interventi che lo Stato, sempre di più, non è in grado di garantire.

Per questo sarebbe auspicabile una lettura più elastica del concetto di categoria evitando la creazione di presunzioni che di fatto sviliscono la *ratio* della legge.

Una buona norma a cui si mettono troppe briglie è quasi come non averla fatta.



Contenzioso previdenziale IN SALITA PER LE AZIENDE

■ **Si può essere condannati a versare contributi per lesioni del cd. “minimale”, quando neppure è noto a quanto ammonti? Questo e altri “paradossi” giudiziari terrorizzano le imprese in causa.**

Sia chiaro: pagare i contributi ai lavoratori è un dovere che non ammette eccezioni.

Ma altrettanto doveroso è che i contributi pretesi e versati siano esattamente quelli previsti dalla legge, e non un euro di più. Non sempre è così, però, purtroppo.

Soprattutto una volta che approdano presso i tribunali, le posizioni dei datori di lavoro segnati da richieste degli Istituti si fanno difficili. La sensazione di molti è che le posizioni di Inps ed enti omologhi siano sempre più munite e agevoli di quelle delle aziende che resistono. Sensazioni, probabilmente, dettate dall'ansia delle difese.

Addirittura, quanto alle spese legali, qualcuno ha la percezione che siano concesse con minore generosità allorché a soccombere siano gli Istituti.

Forse solo sensazioni preconcepite, magari da verificare su ampia scala.

Sono comprensibili le preoccupazioni di chi teme che il sistema previdenziale non sia alimentato costantemente, date le note e cospicue esigenze pubbliche. Manco da dire, però, che tale obiettivo solidaristico non può reggersi su decisioni discutibili, quantunque magari molto rapide, che vengono a gravare *tout court* sulle imprese.

Prendiamo un caso molto frequente. Per esempio, ammettiamo che un Istituto previdenziale contesti il **mancato rispetto dei “minimali” di contribuzione da parte del datore di lavoro**, ai sensi dell'art. 1, D.L. n. 388/1989.

In effetti, per legge, ai datori di lavoro non è concesso andare “sotto” gli stringenti parametri di legge e Ccnl nell'erogare la retribuzione e nel versare la relativa contribuzione, dato che la *“retribuzione da assumere*

come base per il calcolo dei contributi di previdenza e di assistenza sociale non può essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi”. Tutto chiaro? Vediamo.

Se un creditore privato cittadino dicesse che un debitore gli ha versato meno del dovuto, ci si aspetterebbe che, quantomeno di fronte al giudice, quel creditore fosse in grado di dimostrare quanto sarebbe quel “dovuto” da versare. La cosa pare di logica stringente e di comune buon senso.

Se invece quel debitore dicesse solamente, *“tu mi hai pagato “X” e quindi mi devi ancora “Y”*”, senza dubbio la prima osservazione del giudice adito sarebbe quella di chiedere al creditore lumi sulla determinazione di “Y”, credito ancora preteso, alla luce di un valore incognito di partenza.

Eppure, in campo previdenziale, la questione del rispetto del “minimale” di retribuzione e contribuzione viene gestita sempre più spesso presso i tribunali come un **mero atto di fede rispetto a ciò che afferma il “creditore” previdenziale**, allorché dovrebbe essere, né più, né meno, che il mero risultato di una operazione matematica.

L'operazione di basilare aritmetica che gli enti previdenziali sono tenuti a dimostrare di fronte al giudice, è la seguente:

**minimale ex art. 1, D.L. 338/1989 -
contribuzione versata effettivamente**

= differenza positiva ancora dovuta

Provato ciò - un risultato di valore positivo (+), in effetti il minimo indispensabile per pretendere qualcosa - non vi è dubbio che quell'ente previdenziale creditore avrà pieno ➤



CONTENZIOSO PREVIDENZIALE IN SALITA PER LE AZIENDE

diritto a quanto richiede. Nel caso contrario, un creditore che non riesca a spiegare puntualmente i propri calcoli, diritti non potrà validamente vantare.

Eppure, accade non di rado che, malgrado non vi sia in atti prova certa del “diminuendo” (nel nostro caso il minimale *ex art. 1, D.L. n. 338/1989*), qualche giudice riesca comunque ad affermare, per esempio, che “*appare pacifico che l’azienda non si sia adeguata al minimale contributivo*” e che abbia versato “*importi inferiori, essendo pertanto tenuta al versamento delle differenze contributive, calcolate con riferimento al minimale*”.

Ma se l’indicazione di quel “minimale”, appunto, manca? Se mancano i conteggi, come si fa ad affermare tanto con sicurezza? Purtroppo non si tratta di casi isolati e molte aziende si vedono rapidamente “rimpalate” da un grado all’altro di giudizio senza essere neppure in grado di fare osservare quanto emerge pianamente *per tabulas*.

Eppure, alla stessa Cassazione e ai tribunali sono, in fondo, del tutto noti i principi contabili del corretto calcolo. Poiché, in effetti e come visto, di un banale “calcolo” si tratta.

Tribunale Milano, sez. Lavoro, n. 1553/2019

“Il principio sancito dalla Suprema Corte è pertanto quello in virtù del quale la base di calcolo della contribuzione non può comunque essere inferiore

alla retribuzione prevista dalle fonti normative e/o convenzionali riferibili al rapporto di lavoro, indipendentemente dal fatto che le parti aderiscano o meno alle associazioni sindacali stipulanti il contratto collettivo, che il contratto sia o meno applicato dall’azienda ai propri dipendenti e che al lavoratore sia dovuta ed effettivamente corrisposta una retribuzione inferiore (Cass. n. 3110/2001, cfr. tra le tante, Cass., sez. Lav., n. 4.56/2002; Cass. sez. Lav. n. 1865/2003, Cass. sez. Lav. n. 16/2012)”

I contenziosi previdenziali sui “minimali” non sono però gli unici che mostrano quanto siano in salita le vie delle difese dei contribuenti. A prescindere dal fatto che l’onere di prova di norma incombe per legge sugli enti di previdenza (*cfr. Cass. n. 9662/2019*), pare essersi oramai **affermata in modo strisciante un’opinione preconçetta di legittimità dell’azione pubblica** e di sostanziale inversione dell’onere probatorio. Ogni tanto, però, vi è da dire, anche i contribuenti hanno la fortuna di trovare attento uditorio.

Per esempio - “giudice a Berlino” - va segnalata, con la speranza che se ne diffonda l’esempio, l’**azione attenta e meticolosa della sezione Lavoro della Corte di Appello di Venezia**, che sa indagare con reale interesse le ragioni sostanziali di “creditori” e “debitori”.

Il Ccnl di categoria va applicato sino ALLA SUA SCADENZA DEFINITA

È illegittimo il comportamento del datore di lavoro che, in maniera arbitraria e senza il consenso delle rappresentanze sindacali, decide di disapplicare il Ccnl di categoria a seguito del recesso dalla propria associazione datoriale.

Lo ha stabilito la Suprema Corte di Cassazione lo scorso 20 agosto 2019 con la sentenza n. 21537, ribaltando le sentenze di merito e accogliendo il ricorso promosso dalla Filctem-Cgil per comportamento antisindacale da parte di una azienda. Quest'ultima, all'indomani della propria fuoriuscita da Confindustria, aveva cessato *tout court* di applicare ai propri lavoratori dipendenti il contratto collettivo del settore gomma, dichiarando di applicare un nuovo e diverso contratto.

Successivamente, il sindacato che aveva all'epoca firmato il contratto del settore gomma aveva lamentato l'antisindacalità del contegno datoriale per essere stato escluso dalle trattative per il nuovo contratto.

Sia all'esito del giudizio di primo grado che all'esito del giudizio di impugnazione, i giudici si erano espressi in senso favorevole all'azienda, sulla scorta della precedente sentenza n. 14511/2013 della Corte di Cassazione, che aveva sul punto affermato l'inesistenza nell'ordinamento di un obbligo a carico del datore di trattare e stipulare contratti collettivi con tutte le OO.SS., rientrando nell'autonomia negoziale dell'azienda la possibilità di sottoscrivere un nuovo contratto collettivo con OO.SS. anche diverse da quelle che avevano trattato e sottoscritto il precedente contratto.

Di conseguenza i giudici del merito, negan-

do la lamentata antisindacalità dell'azienda, avevano ribadito la legittimità della stipula di un nuovo contratto collettivo con OO.SS. in tutto o in parte diverse (anche per settore) da quelle che avevano stipulato il precedente, richiamando espressamente l'orientamento della Suprema Corte in tal senso.

Sottoposta però la questione al vaglio dei giudici di legittimità, questi hanno osservato come nel contratto collettivo di lavoro la possibilità di disdetta spetti unicamente alle parti stipulanti, ossia alle associazioni sindacali e datoriali che di norma provvedono anche a disciplinarne le conseguenze in caso di disdetta. Al singolo datore di lavoro, pertanto, non è consentito recedere unilateralmente dal contratto collettivo, neppure adducendo l'eccessiva onerosità dello stesso ai sensi dell'art. 1467 c.c. in conseguenza ad una propria situazione di difficoltà economica, salva l'ipotesi di contratti aziendali stipulati dal singolo datore di lavoro con sindacati locali dei lavoratori. Ne segue, ha proseguito la Suprema Corte, che non è legittima la disdetta unilaterale da parte del datore di lavoro del contratto applicato, seppure accompagnata da un congruo termine di preavviso. Solo al momento della scadenza contrattuale infatti sarà possibile recedere dal contratto ed applicarne uno diverso, a condizione che ne ricorrano i presupposti di cui all'art. 2069 c.c..

Il Supremo Collegio ha poi specificato come altro consolidato approdo giurisprudenziale fosse quello secondo cui debba essere invece riconosciuta al datore di lavoro la legittima facoltà di recesso da un con- ➤

IL CCNL DI CATEGORIA VA APPLICATO SINO ALLA SUA SCADENZA DEFINITA

tratto collettivo postcorporativo, stipulato a tempo indeterminato e senza predeterminazione del termine di scadenza; ciò in quanto il contratto stesso non può vincolare per sempre tutte le parti contraenti. Diversamente si vanificherebbe la causa e la funzione sociale della contrattazione collettiva, la cui disciplina è su termini temporali non eccessivamente dilatati. Tale principio è valido sempre che - osservano i giudici - il recesso sia esercitato nel rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto.

In altre parole, la Suprema Corte, cassando la sentenza della Corte d'Appello di Torino,

ha statuito la possibilità del recesso da un contratto collettivo alla sola condizione che tale contratto non abbia scadenza; tale facoltà invece non esiste qualora gli accordi collettivi abbiano una durata definita. D'altra parte, nessun principio o norma dell'ordinamento induce a ritenere consentita l'applicazione di nuovo Ccnl prima della prevista scadenza di quello in corso di applicazione che le parti si sono impegnate a rispettare.

Dopo il recesso, prosegue la Corte di Cassazione, confermando quanto in precedenza osservato nel 2013 con la sentenza n. 14511, un nuovo accordo anche con sindacati diversi sarà invece possibile.

Il nuovo regime dei “lavoratori impatriati”: UNA VISIONE D’INSIEME

Come noto, l’art. 5 del D.L. n. 34/2019 (c.d. “Decreto Crescita”) - convertito con modificazioni dalla Legge n. 58/2019 - ha introdotto rilevanti modifiche alla normativa di cui al regime dei c.d. “Lavoratori Impatriati” (art. 16 del D.lgs. n. 147/2015).

Difatti, le novità introdotte dal Decreto in oggetto hanno portato tanto ad una semplificazione delle condizioni di accesso al regime, quanto ad una sostanziale estensione dello stesso sia in termini di misura dell’agevolazione che con riferimento all’ambito temporale. In particolare, i lavoratori che trasferiscono la residenza fiscale in Italia ai sensi dell’art. 2 del Tuir, al fine di beneficiare della rinnovata agevolazione, devono soddisfare i seguenti requisiti (Cfr. art. 16, co. 1, D.lgs. n. 147/2015, così come modificato dal c.d. “Decreto Crescita”):

- non devono essere stati residenti in Italia nei due periodi d’imposta precedenti il predetto trasferimento;
- si impegnano a risiedere in Italia per almeno due anni;
- l’attività lavorativa deve essere prestata prevalentemente nel territorio italiano.

In aggiunta, il Legislatore ha altresì esteso l’applicazione del richiamato regime anche a coloro che intendono avviare un’attività di impresa in Italia a partire dal periodo d’imposta 2020 (comma 1 *bis*).

Pertanto, rispetto alla precedente formulazione:

- è stato ridotto il periodo richiesto di residenza all’estero prima del trasferimento in Italia (da 5 anni si passa a 2 anni fiscali);
- non rileva più il requisito dell’elevata qualificazione e/o specializzazione dei lavoratori e
- non è più richiesto che l’attività sia svolta

presso un’impresa residente o controllata/collegata ad un’impresa italiana.

In aggiunta, va altresì segnalato che i requisiti di cui all’art. 16, co. 2 rimangono sostanzialmente invariati rispetto al passato. Di conseguenza, l’agevolazione in parola, si applica anche ai cittadini di Paesi extra-UE con i quali risulta in vigore una convenzione contro le doppie imposizioni ovvero un accordo sullo scambio di informazioni in materia fiscale con l’Italia, che rispettano i seguenti requisiti:

- sono in possesso di un diploma di laurea;
- hanno svolto continuativamente un’attività di lavoro dipendente, di lavoro autonomo o di impresa fuori dall’Italia negli ultimi ventiquattro mesi o più ovvero
- hanno svolto continuativamente un’attività di studio fuori dall’Italia negli ultimi ventiquattro mesi o più, conseguendo un titolo di laurea o una specializzazione *post* laurea.

Pertanto, in presenza delle condizioni sopra riportate, i redditi di lavoro dipendente, assimilati a quelli di lavoro dipendente e i redditi di lavoro autonomo prodotti in Italia - a partire dal 2020 - concorreranno alla formazione del reddito complessivo:

- limitatamente al 30% del loro ammontare (estendendo di fatto l’attuale esenzione dal 50% al 70%) in tutti i casi “ordinari”;
- limitatamente al 10% del loro ammontare (i.e. esenzione pari al 90%) per i soggetti che trasferiscono la residenza in una delle seguenti regioni: Abruzzo, Molise, Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sardegna, Sicilia;
- limitatamente al 50% del loro ammontare (e non si potrà altresì applicare la riduzione) ➤



IL NUOVO REGIME DEI “LAVORATORI IMPATRIATI”: UNA VISIONE D’INSIEME

ne del 10% nelle ipotesi previste) per i redditi degli sportivi professionisti *ex* L. n. 91/81. Per tali soggetti l’esercizio dell’opzione per il regime speciale comporterà, altresì, il versamento di un contributo pari allo 0,5% della base imponibile.

Tra le novità di maggior interesse va senz’altro sottolineata l’estensione dell’ambito soggettivo (“nuovo” comma 5 *ter*) ai cittadini italiani residenti all’estero, che – pur non essendosi mai iscritti all’Aire (ovvero cancellati dall’Anagrafe della Popolazione Residente) – abbiano avuto la residenza fiscale in un altro Stato ai sensi di una convenzione contro le doppie imposizioni, nei due periodi d’imposta antecedenti il trasferimento (dinamica, verosimilmente, comprovabile attraverso la produzione di apposito certificato di residenza fiscale rilasciato dall’autorità fiscale estera). In particolare, il Legislatore ha voluto estendere tale possibilità non solo ai cittadini italiani non iscritti all’Aire che risulteranno fiscalmente residenti a partire dall’1.1.2020, ma anche a coloro già rientrati in Italia entro il 31 dicembre 2019, garantendo – a questi ultimi – la possibilità di accedere alla precedente agevolazione del 50% con riferimento ai periodi d’imposta per i quali siano stati notificati atti impositivi ancora impugnabili ovvero oggetto di controversie pendenti in ogni stato e grado del giudizio nonché per i periodi d’imposta per i quali non sono decorsi i termini di cui all’art. 43 del D.P.R. n. 600/1973. Non si fa luogo, in ogni caso, al rimborso delle imposte versate in adempimento spontaneo.

Per quanto attiene la durata dell’agevolazione si specifica che, in linea generale, è applicabile per 5 periodi d’imposta, decorrenti dall’anno di trasferimento della residenza fiscale in Italia (1+4). Tuttavia, secondo le nuove disposizioni, il regime di favore potrà trovare applicazione per ulteriori 5 periodi

d’imposta (per un totale di 1+9 annualità), con una riduzione dell’agevolazione al 50% (a partire dal sesto anno di applicazione), nel caso in cui ricorrano le circostanze riportate all’interno del comma 3 *bis*):

- i lavoratori diventino proprietari di almeno un’unità immobiliare di tipo residenziale in Italia, successivamente al trasferimento in Italia o nei dodici mesi precedenti al trasferimento (l’unità immobiliare può essere acquistata direttamente dal lavoratore oppure dal coniuge, dal convivente o dai figli, anche in comproprietà);
- i lavoratori abbiano almeno un figlio minore o a carico, anche in affidato preadottivo.

Nel caso in cui i lavoratori abbiano almeno tre figli minorenni o a carico (anche in affidato preadottivo), l’agevolazione spetta comunque per ulteriori 5 periodi d’imposta, ma il reddito è imponibile in misura pari al 10%.

Infine, per espressa previsione normativa, l’agevolazione di cui al regime speciale dei “lavoratori impatriati”:

- non è cumulabile con altre agevolazioni quali: il regime speciale per il trasferimento di ricercatori e docenti dall’estero (art. 44 del D.L. n. 78/2010) e il regime dei c.d. “neo domiciliati” (art. 24 *bis* del Tuir);
- spetta sempre e comunque nei limiti del regime *de minimis* (art. 8-*bis* del D.L. n. 148/2017 convertito).

Pertanto, considerando l’impatto e la portata della novella normativa - oltre ad attendere opportuni chiarimenti da parte dell’Agenzia delle Entrate soprattutto con riferimento al coordinamento con la precedente disciplina - appare senz’altro consigliabile procedere con analisi “caso per caso” per verificare, *ex ante*, il rispetto delle richiamate condizioni di accesso al regime scongiurando qualsiasi rischio di successivo disconoscimento da parte delle Autorità.



Animali fantastici e dove trovarli: IL “CO.CO.ORG.”*

Dopo i riders, i collaboratori out-bound dei call center. Dopo Torino, Roma. Con la sentenza qui in commento, la giurisprudenza di merito torna a pronunciarsi sull'applicazione dell'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015, confermando l'indirizzo secondo cui la norma avrebbe inteso delineare un tertium genus fra la subordinazione e l'autonomia, sia pure in un caso decisamente non sovrapponibile. Lo sforzo con cui la magistratura cerca una via di approdo fra il rafforzamento delle tutele, previsto dalla norma in questione, e l'autonomia contrattuale delle parti rischia tuttavia di naufragare non solo sul piano teorico-sistematico (ove il dettato normativo potrebbe risultare addirittura contraddittorio) ma anche per le difficoltà nell'applicazione pratica.

UN BREVE RIEPILOGO DELLA NORMA

Pare opportuno, prima del commento alla sentenza, una breve esposizione dell'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015, il c.d. “Codice dei Contratti”, decreto che si pone quale elemento centrale della complessiva riforma lavoristica del *Jobs Act*. Con l'obiettivo di arrivare ad un “superamento” della disciplina del lavoro a progetto, ed in genere (almeno nelle intenzioni) dare “un giro di vite” al ricorso a collaborazioni fittizie, entro le quali si celi in realtà un rapporto di tipo subordinato, la disposizione in argomento ha stabilito quanto segue (si riportano, nell'economia della trattazione, solo i primi due commi e si evidenziano in grassetto alcuni passaggi a nostra cura).

1. *A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.*

2. *La disposizione di cui al comma 1 non trova applicazione con riferimento:*

a) alle collaborazioni per le quali gli accordi collettivi nazionali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale prevedono discipline specifiche riguardanti il trattamento econo-

mico e normativo, in ragione delle particolari esigenze produttive ed organizzative del relativo settore;

b) alle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi professionali;

c) alle attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società e dai partecipanti a collegi e commissioni;

d) alle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal C.O.N.I., come individuati e disciplinati dall'articolo 90 della legge 27 dicembre 2002 n. 289;¹

d-bis) alle collaborazioni prestate nell'ambito della produzione e della realizzazione di spettacoli da parte delle fondazioni di cui al decreto legislativo 29 giugno 1996, n. 367;

d-ter) alle collaborazioni degli operatori che prestano le attività di cui alla legge 21 marzo 2001, n. 74.

Come è evidente, il comma 2 detta alcune eccezioni alla norma del comma 1, il cui rilievo sarà importante nel commento alla sentenza romana qui presa in considerazione, mentre il comma 1 è stato oggetto da subito di differenti interpretazioni dottrinali sulla reale portata della norma, che qui esporremo ►

* Pubblicato con modifiche redazionali su la Circolare di lavoro e Previdenza, n. 31 del 25 luglio 2019.

1. Le disposizioni di cui alle lettere *d-bis*) e *d-ter*) sono state aggiunte da norme successive rispetto al testo ori-

ginario, così come risulta modifica anche la lettera *d*). La lettera *d-ter*) fa riferimento alle attività di soccorso e prevenzione del Corpo nazionale soccorso alpino e speleologico (Cnsas) del Club alpino italiano (Cai).



ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

e che riprenderemo nelle conclusioni.

Un’interpretazione, estrema, portava a considerare il comma in argomento un’estensione (“si applica... *anche* ai rapporti”) di fatto del concetto di subordinazione di cui all’art. 2094 c.c.; altre interpretazioni ponevano l’accento sul mero superamento del contratto a progetto e sull’attenzione non tanto al contenuto formale quanto alle modalità di esecuzione della prestazione, che portavano comunque ad una sorta di “presunzione di subordinazione” al riscontro di attività etero-organizzate (in pratica alla presunzione derivante dalla mancanza di un progetto si sostituiva la presunzione sulle modalità di esercizio del rapporto)², attesa anche la difficoltà a sorprendere molto spesso elementi di vera e propria etero-direzione con la conseguente necessità di fare riferimento ad elementi in qualche modo “sussidiari”; altri ancora ipotizzavano la costituzione di un particolare “sottotipo” di collaborazione, sempre rimanendo nell’ambito dell’autonomia, chiedendosi nel contempo se e quali fossero in concreto le parti di disciplina del lavoro subordinato eventualmente applicabili al rapporto; il tutto fino ad arrivare nell’attuale – con le ultime sentenze – ad enucleare addirittura la volontà del Legislatore di costituire un *tertium genus* fra il lavoro subordinato ed il lavoro autonomo, sia pure nella fase di collaborazione coordinata e continuativa (con il concetto di autonomia nel contempo rafforzato dalla L. n. 81/2017, con la “precisazione” relativamente al contenuto dell’art. 409 c.p.c.).

LA SENTENZA DEL TRIBUNALE CAPITOLINO: FATTI E DECISIONE

La sezione lavoro del Tribunale di Roma, con sentenza n. 23581/2 del 6 maggio 2019 esamina il ricorso di un’azienda che, vedendosi contestare da alcuni collaboratori – inquadrati come tali – la sussistenza di un rapporto subordinato, chiedeva un’azione

di accertamento della natura giuridica autonoma (ed in ogni caso non subordinata) dei rapporti in questione, in particolare richiamandosi al dettato dell’art. 2 del D.lgs. n. 81/2015. I rapporti infatti, secondo la ricorrente, erano perfettamente inquadrabili nel dettato normativo, privi del requisito della subordinazione e peraltro regolati secondo un accordo collettivo nazionale specifico.

Un primo elemento di attenzione è la genesi del contenzioso giurisprudenziale, in questo caso attivato non già dai lavoratori bensì **dall’azienda** che richiedeva un’azione di accertamento della natura del rapporto, azione considerata legittima, dal Tribunale adito, in quanto si rilevava “una pregiudizievole situazione di incertezza relativa a diritti o rapporti giuridici ... non eliminabile senza l’intervento del giudice”, che determinava l’interesse della parte ricorrente ad agire giudizialmente per dipanare la questione. I lavoratori in argomento (sia concessa qui solo una concisa sintesi, per un’analisi più dettagliata delle modalità di estrinsecazione del rapporto si rimanda al testo integrale della sentenza) prestavano la propria attività a favore dell’azienda ricorrente come operatori “out-bound”, con il compito di contattare utenti di una società telefonica che avevano segnalato un disservizio ed avevano richiesto un intervento tecnico; in tale contatto, oltre ad accertarsi del gradimento o comunque della riuscita dell’intervento, proponevano offerte con tariffe più vantaggiose. Il collaboratore sceglieva la clientela da contattare, con un c.d. “ticket” di intervento, dovendo talvolta accertare in via preliminare la consistenza del problema; il contatto veniva realizzato con mezzi e in locali aziendali, in turni di 4 ore, in postazioni che il collaboratore doveva “prenotare”, scegliendo così – di fatto – se e quando effettuare la prestazione. Il rapporto era inquadrato secondo i dettami, richiamati in contratto, dell’Accordo collettivo nazionale ➤

2. Il Ministero del Lavoro, con la propria circolare n. 3/2016, si poneva a cavallo fra la tesi estrema e quella mediana e, con un’opera di semplificazione un po’ troppo forzata e ad uso dell’attività ispettiva, proponeva che dal mero

riscontro di attività inquadrate funzionalmente in una dimensione spazio-temporale determinata dal committente discendesse l’applicazione integrale della disciplina subordinata, in ogni aspetto, compreso quello previdenziale.



ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

per le collaborazioni in *out-bound* che, nell'accordo del 30 luglio 2015 espressamente richiamavano il dettato dell'art. 2 co. 2 lett. a) del D.lgs. n. 81/2015. Il contenzioso nasceva dal fatto che i collaboratori, costituitisi in via riconvenzionale, rivendicavano in particolare l'esistenza di un rapporto subordinato, qualificando la propria attività come mera prestazione di un servizio di *back-office* gestito e diretto dall'azienda senza margini di reale autonomia e con la imposizione di tabelle di turni che riducevano, quasi annullandola, la reale possibilità di scelta; deducevano inoltre la disapplicazione aziendale di alcuni elementi del trattamento previsto dall'Accordo collettivo.

Con la ripresa, spesso anche testuale, di alcuni concetti già espressi dalla Sentenza n. 26/2019 della Corte di Appello di Torino sui “riders”, ma qui ancor più sviluppati a parere di chi scrive, **viene esclusa la subordinazione** semplicemente riscontrando la possibilità del collaboratore di decidere “se e quando” effettuare la prestazione, e quindi facendo decadere (diremmo noi) il sinallagma fondamentale del rapporto di lavoro, che non è lavoro contro retribuzione bensì “*assunzione, da parte del lavoratore, dell'obbligo contrattuale di porre a disposizione del datore di lavoro le proprie energie lavorative*”³. Mancando tale obbligo, tale è lo sviluppo della sentenza romana (e anche di quella torinese), la subordinazione non sussiste.

A questo punto, tuttavia, bisogna interrogarsi sull'applicazione dell'art. 2 del D.lgs. n. 81/2015 che, a parere del giudice romano, “*individua un terzo genere (le co.co.org.) che si viene a porre tra il rapporto di lavoro subordinato di cui all'art. 2094 c.c. e la collaborazione coordinata e continuativa come prevista dall'art. 409 co. 3 c.p.c.*”.

Passando in esame, pertanto, le caratteristiche che devono contemporaneamente sussistere

a mente dell'art. 2 co. 1, la sentenza rileva che a differenza del lavoro autonomo *ex art. 2222 c.c.* e delle collaborazioni coordinate e continuative *ex art. 409 c.p.c.* (che riferiscono di collaborazioni “prevalentemente personali”, senza escludere in assoluto l'utilizzo di ausiliari), il passaggio in questione del *Jobs Act* prevede in via essenziale che le prestazioni siano *esclusivamente* personali⁴. Anche la caratteristica della continuità, come pure nella sentenza torinese, è semplicemente opposta alla non occasionalità e si caratterizza per la reiterazione nel tempo. Tuttavia, come osservato dalla dottrina, tali caratteristiche per quanto indispensabili *non risultano dirimenti* ai fini della qualificazione del rapporto, essendo per lo più riferibili sia a rapporti subordinati che autonomi.

È pertanto l'elemento della **etero-organizzazione** a giocare un ruolo-chiave ai fini della qualificazione della fattispecie. Tale elemento appare, secondo la sentenza, “*certamente qualcosa di più invasivo rispetto al mero coordinamento*” in quanto “*esercizio del potere direttivo e di conformazione (eterodirezione) della prestazione da parte del datore di lavoro*”⁵.

La tripartizione effettuata dalla sentenza prevede pertanto, a cavallo fra il classico rapporto subordinato e la prima forma di lavoro autonomo quale è la collaborazione coordinata e continuativa, il predetto *tertium genus* dell'art. 2 – la collaborazione etero-organizzata – in cui “*il committente determina le modalità della attività lavorativa svolta dal collaboratore*”; qui “*il collaboratore resta <tecnicamente autonomo> ma per ogni altro aspetto, e in particolare per quel che riguarda sicurezza e igiene, retribuzione diretta e differita (quindi inquadramento professionale), limiti di orario, ferie e previdenza, il rapporto è regolato nello stesso modo*” (del lavoro subordinato).

In pratica uno schema secondo la tabella che segue:

3. A cui corrisponde, per soddisfare il sinallagma, l'obbligo datoriale – una volta costituito il rapporto – di utilizzarle effettivamente. Solo da ciò poi discende, come “subsinallagma”, la controprestazione lavoro-retribuzione; peraltro, questo spiega come il diritto alla retribuzione, in diversi casi, possa sorgere anche in assenza dell'effettiva prestazione lavorativa.

4. Al di fuori di un'interpretazione meramente letterale, quale quella operata nel caso

in esame, resterebbe un significativo *vulnus* ai diritti di un collaboratore etero-organizzato escludere dalla tutela più sostanziosa una prestazione che – anche solo in astratto o in via meramente occasionale, cosa non difficile da scrivere contrattualmente – potesse prevedere una sostituzione o un aiuto. Senza contare che anche in alcuni casi particolari di lavoro subordinato, ad esempio il portierato, la sostituzione – sia pure a parti-

colari condizioni – è ammessa.

5. Senza voler essere pedanti, si noti che nel passaggio appena riportato il committente ha lasciato per un attimo il posto al “datore di lavoro” e che si parla di esercizio del “potere direttivo”: forse un sintomo che la fattispecie in questione è particolarmente insidiosa e che scivolare, senza volerlo, da un concetto ad un altro è davvero facile (ed altrettanto rischioso).

ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

RAPPORTO	NORMA DI RIFERIMENTO	SUBORDINAZIONE SÌ/NO	DISCIPLINA APPLICABILE
Subordinato classico	Art. 2094 c.c.	Si	Lavoro subordinato integrale
Co.co.co (etero)organizzato	Art. 2, co. 1, D.lgs. n. 81/2015	No, “tecnicamente autonomo”	Lavoro subordinato integrale
Co.co.co	Art. 409, co. 3 c.p.c.	No, autonomo	Contratto fra le parti

Quindi a differenza della previgente disciplina a progetto, le co.co.org “*non subiscono una mutazione genetica*” e rimangono nell’area del lavoro parasubordinato, con un’assimilazione, ma solo (!) per la disciplina applicabile, al rapporto subordinato.

Soltanto la conclusione risulta particolarmente diversa da quella della Corte di Torino, in quanto ai rapporti presi in considerazione dalla sentenza è stata applicata la disciplina collettiva dell’Accordo Collettivo Assotelecomunicazioni, Assitel, Assocontact, Slc Cgil, Fistel Cisl, Uilcom Uil (da ultimo) del 31 luglio 2017.

Interpretando le esclusioni del co. 2 dell’art. 2, e segnatamente quella di cui alla lettera *a*), secondo la sentenza in commento si rafforza la lettura da essa fatta del comma 1 secondo cui non si è voluto procedere ad una riqualificazione della fattispecie ma solo individuare una disciplina applicabile, che in questo caso è data dalla contrattazione collettiva, la quale – per essere efficacemente utilizzata – deve avere alcune specifiche connotazioni:

1. si deve rivolgere alle co.co.org. (benchè possa estendere la disciplina anche alle co.co.co. propriamente dette);
2. a titolo di garanzia, deve esser stipulata dai soggetti più rappresentativi sul piano nazionale (a parer di chi scrive, vedendo quanto succede sul tema a livello di lavoro subordinato, verrebbe da dire: “auguri e figli maschi”);
3. deve essere giustificata da peculiari esigenze del settore interessato (qui viene fatto un richiamo “sociologico” alla necessità di scongiurare il rischio di delocalizzazione di determinate lavorazioni);
4. la disciplina deve riguardare non solo una parte economica, un “compenso mini-

mo” (qui il riferimento è alla normativa precedente, ma sembra quasi che si voglia mettere le mani avanti rispetto a proposte legislative correnti), ma anche tutele sul piano normativo.

Tanto forte è il rimando normativo che, anche l’eventuale rivendicazione in merito al mancato rispetto di alcune clausole dell’accordo collettivo, determina il diritto del collaboratore non già ad una trasformazione del rapporto ma soltanto alle “*differenze retributive*”.⁶ Per questioni di brevità, evitiamo di richiamare la ricognizione puntuale che nella sentenza viene fatta rispetto all’applicabilità ai rapporti in questione del suddetto accordo collettivo, applicabilità che, in ultima analisi, determina l’accoglimento dell’azione di accertamento aziendale.

ALCUNE CONSIDERAZIONI CRITICHE

Il tema in argomento è particolarmente intricato e già alla comparsa della norma si evidenziarono, dietro l’apparente facilità espositiva, le complicazioni che essa avrebbe portato con sé.

Senza voler riprendere il dibattito dottrinale, prendiamo lo spunto dalla sentenza in commento, e da quella speculare della Corte d’Appello di Torino (la già citata n. 26/2019) per cogliere le complicazioni e le contraddizioni che, a parere di chi scrive, si celano fra le righe delle riflessioni, pur puntuali, dei giudici. Anzi, diremmo subito che proprio il complesso e ben argomentato *iter* logico delle stesse permette di coglierne alcuni nodi critici.

Partiremo da un concetto di fondo, che rimane da sfondo alla sentenza in commento. Il giudice deve tener conto della legge ed in certo senso applicarla ancorchè la stessa pre-

6. Ci si potrebbe chiedere, a questo punto, in un’interpretazione letterale della norma, se anche ad un “co.co.org.” per il quale non sia stato dedotto in contratto alcun riferimento ad un accordo specifico-

co, ma che appartenga ad un settore coperto da accordo, non sia applicabile non già la disciplina del rapporto subordinato ma soltanto quella prevista da quell’accordo nazionale specifico.



ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

sentì marcate contraddizioni, come ben espresso dai giudici torinesi: “Ritenere che una norma di legge non abbia un contenuto precettivo (come pur affermato da autorevole dottrina ...) è una valutazione che si comprende in ambito scientifico ma è preclusa ad un Organo giudicante, il quale è tenuto ad applicare le leggi dello Stato in vigore, anche se si tratta di una **norma di non facile interpretazione** stante il sottile confine tra il dettato della stessa e il disposto dell’articolo 2094 cc.”.

Detto in altre parole, può anche essere che una norma abbia in sé principi di indecifrabilità, ma in qualche modo si deve procedere. Ora, a chi scrive ciò appare come una palese ammissione di chi, il giudicante, rimasto per così dire “con il cerino in mano” deve argomentare alla meno peggio per sbrogliare la matassa. Pienamente comprensibile, e forse anche condivisibile, come atteggiamento, se non fosse che per tentare, disperatamente, di cercare di rendere un senso alla normativa in questione (anche quando un senso, se volessimo citare una famosa canzone, a volte non ce l’ha) si finisca per cadere in contraddizione. E se una critica deve essere rivolta primariamente al Legislatore, in fondo il vero responsabile, non può non destare qualche perplessità anche chi dà luogo ad un’interpretazione che apre più problemi di quelli che risolve.

Anche perché, se davvero il Legislatore non fosse stato colto da un abbaglio o da un senso di pernicioso fiducia nelle proprie espressioni contorte e avesse veramente voluto dar vita ad un terzo genere, ancor più colpevole sarebbe nel non aver ritenuto di dover dare a questo genere (alternativo a quelli classici e già consolidati) una maggiore caratterizzazione di dettaglio, cavandosela semplicisticamente con un riferimento generico alla disciplina del lavoro subordinato (che obiettivamente crea infiniti problemi sul piano pratico, come vedremo).

Una seconda osservazione parte dall’ assunto, presente in entrambe le sentenze e marcatamente spiegato in quella romana, che

non si può parlare di subordinazione in quanto sarebbe mancante il sinallagma originario (offerta contro accettazione della prestazione) che una volta concluso determina l’obbligo della prestazione, con le conseguenze del caso.

Eppure, a ben vedere, nell’evoluzione normativa, già dal 2003 ha visto la luce un rapporto di lavoro subordinato in cui tale elemento manca⁷: il *job on call* o lavoro a chiamata o intermittente, peraltro proprio riproposto anche dal D.lgs. n. 81/2015 (artt. 13-18), quantomeno quando il rapporto non preveda una indennità di disponibilità, cioè un’obbligazione del lavoratore a rispondere alla chiamata. Quindi la legge, e la prassi, ci dicono il contrario: in un’economia sempre più fluida e caratterizzata da lavoretti o da esigenze intermittenti (intermittenti anche per il lavoratore, si badi bene) ben può essere concepito un lavoro che, pur subordinato nella applicazione di “tutele di base”, abbia caratteristiche peculiari, su tutte quella per cui le parti non siano reciprocamente obbligate se non al pagamento della retribuzione ed ai diritti connessi, ma solo se e quando si realizza, estemporaneamente, l’incontro domanda-offerta. E proprio la difficoltà a concepire tale prestazione nell’ambito del classico lavoro subordinato porta a gestire lo stesso in modo del tutto peculiare sia sotto il profilo retributivo (con l’uso quasi obbligato della c.d. paga oraria conglobata) sia di molte altre tutele del lavoro dipendente.

Difatti, a parere dello scrivente, se proprio si volesse individuare una disciplina subordinata da applicare alle co.co.org. genuine (ma questa espressione non sembra quasi un ossimoro?), questa non potrebbe che ricalcare quella del lavoro intermittente, che pare quella che più si attaglia alle modalità della prestazione in questione.

A ben vedere, inoltre, anche altre modalità di esercizio di lavoro subordinato – ad esempio, come non citare lo *smart-working* ►

7. Senza contare che anche il lavoro accessorio è stato definito autorevolmente come una prestazione in cui, in ragione della risibilità quantita-

tiva del rapporto, fosse influente definire, in termini di autonomia o subordinazione, la natura delle prestazioni afferenti la fattispecie.



ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

– rendono superati i criteri classici di distinzione e qualificazione di una prestazione, nei termini di autonomia/subordinazione⁸. La questione delle applicazioni pratiche non è secondaria ma rappresenta il vero nodo critico della disciplina in commento. Se si paragonano le due sentenze di Roma e Torino, mentre la prima “se la cava” perché individua agevolmente il proprio punto di caduta (diremmo l’approdo comodo) facendo un facile riferimento alla disciplina di un accordo collettivo che permette, con le eccezioni del comma 2, di non porsi problemi applicativi, non così quella torinese che (ad esempio) ritiene inapplicabile al rapporto la disciplina sui licenziamenti (con una spiegazione tautologica: non si applicano i licenziamenti perché non è un rapporto di lavoro subordinato; ma non era un rapporto autonomo a cui però si applicava *in toto* la disciplina del lavoro subordinato?) ed in quanto a ferie, malattia e diritti vari si fa poca menzione, poiché si stabilisce “*il trattamento retributivo dei lavoratori dipendenti ma solo riguardo ai giorni e alle ore di lavoro effettivamente prestate*”. Non solo, anche la disciplina del tempo determinato viene, di fatto, esclusa, perché la successione di innumerevoli contratti a termine di un mese cadauno farebbe ricadere (nella subordinazione) il contratto in un tempo indeterminato, senza nessuna possibilità di considerare valido il termine per la semplice cessazione dopo l’ultimo rapporto. Fa poi specie sentir ripetere che il rapporto debba considerarsi subordinato (come fosse una novità) sotto il profilo di igiene e sicurezza sul lavoro: non era già il D.lgs. n. 81/2008 ad aver previsto (art. 3, co. 7) l’applicabilità della norma ai collaboratori coordinati e continuativi “*ove la prestazione lavorativa si svolga nei luoghi di lavoro del committente*” (cioè, diremmo ora, con riferimento alle modalità di etero-organizzazione spaziale della prestazione)? Ma è soprattutto il profilo previdenziale a presentare risvolti problematici, se non con-

traddittori: se il rapporto rimane “tecnicamente autonomo” la disciplina contributiva applicabile dovrebbe essere quella propria del lavoro autonomo, quantomeno delle collaborazioni (Gestione Separata); applicare quella subordinata significa aggrovigliare la materia inutilmente, senza contare che anche le partite Iva, se risultassero prestazioni etero-organizzate ed esclusivamente personali, ricadrebbero sotto la scure dell’art. 2: rimanendo autonome, sotto il profilo fiscale, sarebbero esposte ad una doppia contribuzione?

Un’ultima osservazione (ultima solo per desiderio di concisione) riguarda le esclusioni dalla disciplina prevista al comma 2 dell’articolo. Anche in questo caso la sentenza romana ha gioco apparentemente facile nella propria costruzione logica del *tertium genus*, in quanto esso giustifica l’ipotesi derogatoria ad opera della contrattazione collettiva: se così non fosse, cioè se si rimandasse *tout court* alla costituzione (di fatto) di un rapporto subordinato, “*la contrattazione collettiva non potrebbe disporre così liberamente delle tutele per tali lavoratori*”... “*per irragionevolezza della disparità di trattamento con il lavoro etero-diretto*”.

Eppure, è proprio tale disparità quella che emerge nel raffronto con l’esclusione della lettera a) con quelle delle altre lettere del comma 2, per le quali **nessuna tutela aggiuntiva** o specifica sarebbe prevista.

Ben lungi dalla semplicistica tripartizione che abbiamo schematicamente rappresentato nella tabella di qualche riga sopra, si delinea pertanto ancora spaventosamente un mondo di sottodifferenziazioni dei rapporti parasubordinati e autonomo-personali, che sicuramente (almeno, è auspicabile) non era nelle intenzioni del Legislatore e che l’introduzione delle co.co.org. non aiuta certo a dirimere. E si badi che non sono state inserite in tabella le possibili variabili previdenziali, assicurative e fiscali, perché la moltiplicazione dei casi sarebbe davvero ben più numerosa. ➤

8. Si sente l’esigenza di un adeguamento della normativa alle nuove forme di lavoro: il co.co.org., tuttavia non sembra una risposta coerente.



ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

RAPPORTO	NORMA DI RIFERIMENTO	SUBORDINAZIONE SÌ/NO	DISCIPLINA APPLICABILE
Co.co.co (etero)organizzato	Art. 2 co. 1, D.lgs. n. 81/2015	No, “tecnicamente autonomo”	Lavoro subordinato “integrale”
Partita IVA (etero) organizzata	Art. 2 co. 1, D.lgs. n. 81/2015	No, “tecnicamente autonoma”	Lavoro subordinato “integrale”
Co.co.co (etero)organizzato	Art. 2 co. 2, lett. A, D.lgs. n. 81/2015	No, autonomo	Accordo nazionale specifico
Co.co.co (etero)organizzato	Art. 2 co. 2, lett. b, c, d, d-bis, d-ter, D.lgs. n. 81/2015	No, autonomo	Contratto fra le parti
Co.co.co	Art. 409, co. 3 c.p.c.	No, autonomo	Contratto fra le parti
Co.co.co.	Art. 409, co. 3 c.p.c.	No, autonomo	Accordo nazionale specifico (se comprende anche i co.co.co.)

Chi scrive, inoltre, ha avuto modo di criticare da subito le esclusioni del comma 2, in quanto (almeno apparentemente) mediate dalla disciplina del lavoro a progetto. Ma nella norma previgente esse avevano un senso in quanto il progetto, malgrado le caratterizzazioni che i fautori della norma hanno cercato via via di dargli, rimaneva come elemento esterno (l'oggetto dell'*opus* dedotto in contratto) rispetto alla questione decisiva (cioè la concreta modalità di svolgimento del rapporto) in merito alla subordinazione. Sicché anche la sanzione della conversione in rapporto subordinato in assenza di un progetto si basava inizialmente su una presunzione semplice suscettibile di prova contraria, appunto in merito alle modalità di esercizio, autonomo, della prestazione (solo con la Riforma Fornero si è portato il concetto alla conseguenza estrema della presunzione assoluta, caratterizzando fra l'altro forzatamente il progetto in termini di risultato). Il che era come dire che senza un'attività ben definita (il progetto) si poteva sospettare (presumere) che un rapporto non fosse genuinamente autonomo, ma tale elemento esterno non era ritenuto così caratterizzante in quei rapporti (i professionisti e gli amministratori, in particolare) che si distinguevano dalla regola generale per le normali modalità concrete di esercizio o per le peculiarità della fattispecie.

Ma se ora l'indice è puntato proprio sulle modalità (etero-organizzazione), le esclusioni in argomento ben rischiano di determinare forti disparità di trattamento e di valu-

tazione rispetto a realtà caratterizzate dalla medesima ingerenza e gestione esterna del committente tale da limitare l'autonomia del prestatore. Quindi, al contrario di quanto recita la sentenza romana, veramente si è affidato un enorme potere alle organizzazioni sindacali, quello di escludere da importanti ricadute, regolandoli diversamente ma “a piacere”, diversi settori (e anche la giustificazione sociologica del rischio di delocalizzazione, vista la contaminazione che il fenomeno sta prendendo in ogni ambito della vita economico-produttiva, rischia di essere un'arma a doppio taglio, o meglio una scusa buona per tutte le occasioni).

Esemplifichiamo ora con un'ipotesi limite cosa riteniamo rischioso nella soluzione giuridica proposta dalle sentenze in commento, cioè il co.co.org. come nuova fattispecie (il terzo genere, appunto). Immaginiamo pertanto la richiesta di certificazione (*ex. art. 75 e segg. D.lgs. n. 276/03*) di un contratto autonomo a cui le parti, in ossequio alle teorie di cui sopra, ben lungi dal chiedere l'assenza di etero-organizzazione al contrario la esplicitino, e pongano tutta una serie di regolazioni simil-subordinate al rapporto in questione (magari addirittura con riferimento ad un Ccnl), richiedendo però (sarebbe coerente) il mantenimento della condizione di autonomia (che vorrebbe dire, secondo le sentenze, che al rapporto non si applicherebbe la normativa sul tempo determinato e quella sui licenziamenti, ed inoltre che il rapporto, coerentemente, ➤



ANIMALI FANTASTICI E DOVE TROVARLI: IL “CO.CO.ORG.”

non si conterebbe ai fini della dimensione aziendale in tutto ciò che la normativa prevede a tal fine; né sarebbe sbagliato, nessuno ne ha mai fatto menzione, in caso di partite IVA il mantenimento della fiscalità propria, ad esempio la tassazione sostitutiva riservata ai contribuenti forfettari). Che fare quindi, *quid iuris?* E il povero consulente a cui verrebbe poi dato in gestione amministrativa il rapporto, nell'ipotesi in cui si concordasse nel contratto la contribuzione subordinata, con quale codice denunciare il co.co.org. (che non è un dipendente, perché “tecnicamente autonomo”) ai fini assicurativi?

Con il dissolvimento dell'etero-direzione che caratterizza ormai diversi rapporti di lavoro, in alcune aziende si potrebbero addirittura creare strutture-*monstre*, compagini aziendale legittime (addirittura certificate!) di centinaia di co.co.org. con aggiramento di un discreto mucchietto di norme. Davvero questo era lo scopo del Legislatore?

CONCLUSIONE: IL CO.CO.ORG. È UN ANIMALE FANTASTICO (NEL SENSO DI INVENZIONE DI FANTASIA)

Vorremmo così concludere con simpatia le riflessioni sull'argomento cercando di determinare a quale specie di animale fantastico sia paragonabile il co.co.org. (perché una cosa è certa, o quantomeno abbiamo cercato di evidenziarla: l'invenzione giuridica del terzo genere è destinata ad avere effetti pratici e risvolti teorici rispetto ai quali si possono prefigurare i peggiori voli pindarici e le più intricate ipotesi di gestione).

Inizialmente avremmo paragonato il co.co.org. al sarchiapone⁹ con cui condivide, in fondo, lo scopo deterrente: in un'ipotesi (peraltro, fatta propria dal Ministero) la ricaduta dell'applicazione della disciplina del lavoro subordinato altro non sarebbe, in fondo, che lo “spauracchio” per cercare di limitare il ricorso a collaborazioni non genuine.

Con l'avvento della riflessione giurispru-

denziale in commento, qualcuno ha tirato in ballo l'ircocervo, altro animale mitologico per metà capra e per metà cervo. Tuttavia, il paragone non sembra azzeccato, perché – per quanto inesistente in natura – si potrebbe ben pensare in concreto ad un simile animale, per quanto goffo e sgraziato o comunque un po' impresentabile.

Forse il paragone più calzante resta invece quello con il capricorno, sì proprio quello del segno zodiacale, per metà (la parte anteriore) capra e per metà pesce. Se infatti si esce da una pura raffigurazione mitologica, dove sicuramente la bestia può essere configurata (ed infatti è anche ripetutamente disegnata), nella realtà è davvero poco immaginabile il povero animale, costretto ad arrancare sulla montagna con la parte posteriore a coda di pesce, oppure a nuotare nel mare con tutto l'armamentario anteriore (zampette, corna e pelo compresi) di una capretta. Anzi, solamente ad arrancare in montagna, perché pur nella doppia natura rimane “tecnicamente capra”, come si deduce dal *nomen* utilizzato per definirlo.

È, infatti, il “co.co.org. - terzo genere” un'invenzione bloccata in se stessa se messa in campo concretamente, rimanendo a metà del guado fra l'autonomia e la subordinazione, appartenendo ad entrambe per non far torto a nessuno e per evitare lo scoglio dell'indisponibilità del tipo giuridico, ma con una scelta davvero discutibile.

Stiamo, in fondo, giudicando la teoria del co.co.org con un criterio puramente scientifico: ci insegna l'epistemologia che ad una teoria scientifica non si chiede mai di essere “vera” in se' stessa ma di offrire un modello in grado di comprendere tutto quanto osservato intorno ad un fenomeno e di spiegarlo efficacemente. Il co.co.org. come *tertium genus* non è, per finire, una conclusione scientifica proprio per tale motivo: sono più i problemi che apre che quelli che risolve.

9. Parola presente nel dialetto napoletano, il sarchiapone si palesa come animale inventato in un noto e divertentissimo *sketch* televisivo, più volte ripreso, di Walter Chiari e Carlo Campanini; quest'ultimo

lo usa come espediente, fingendo di averlo con sé in valigia in uno scompartimento ferroviario per impaurire gli occasionali compagni di viaggio e, facendoli sloggiare, poter stare tranquillo e comodo.



La Corte di Giustizia dichiara l'obbligo di istituire sistemi di misurazione DELL'ORARIO DI LAVORO GIORNALIERO

La Corte di Giustizia Europea, con sentenza emessa il 14 maggio 2019, ha dichiarato l'obbligo degli Stati membri di imporre ai datori di lavoro l'istituzione di strumenti di misurazione che consentano la determinazione oggettiva affidabile e accessibile delle ore effettive di lavoro.

Tale sentenza nasce da un contenzioso collettivo sorto in Spagna, dove un sindacato ha promosso giudizio nei confronti di un istituto bancario affinché fosse condannato all'istituzione di un sistema di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero al fine di consentire la verifica delle ore normali e straordinarie effettuate dai dipendenti.

A tal proposito la Corte osserva che, in assenza di un sistema oggettivo, affidabile e accessibile di misurazione dell'effettivo orario di lavoro giornaliero svolto dai lavoratori, non c'è altra via per stabilire il numero di ore di lavoro effettuate, la loro ripartizione nel tempo e il numero di ore straordinarie, di fatto rendendo difficile per i lavoratori far valere i loro diritti in tema di durata massima dell'orario settimanale e periodi di riposo giornalieri e

settimanali di cui agli artt. 3, 5, e 6 della Direttiva 2003/88.

Aggiunge inoltre che tale sistema di misurazione della durata del lavoro giornaliero risulta indispensabile per consentire ai rappresentanti dei lavoratori (Rsu-Rsa) di esercitare il diritto, previsto all'art. 11 della Direttiva europea n. 89/391, di chiedere al datore di lavoro opportune misure e di presentare proposte in materia di protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori.

Spetta agli Stati membri definire le modalità concrete di attuazione di un siffatto sistema, in particolare la forma che esso deve assumere, tenendo conto se del caso delle specificità proprie di ogni settore di attività interessato.

Dunque, in ossequio alla decisione della Corte di Giustizia, occorrerà attendere un intervento legislativo da parte di ogni singolo Stato membro, e quindi anche dell'Italia, che nel rispetto del GDPR, dettagli quanto meno i contenuti operativi dell'obbligo di registrazione dell'orario di lavoro giornaliero, compresa l'individuazione degli strumenti di misurazione da adottare, nonché un idoneo sistema sanzionatorio in caso di inadempimento a tale obbligo.



**FILIPPO OLIVELLI ANALIZZA IL RAPPORTO TRA USO DI SOSTANZE
STUPEFACENTI E LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA**

Condotte extralavorative quali fattispecie giustificatrici DEL LICENZIAMENTO¹

La sentenza oggetto di commento riguarda il caso di un lavoratore licenziato per giusta causa perché arrestato dai Carabinieri con l'accusa di spaccio, poiché durante la pausa di lavoro veniva colto con 25 grammi di sostanza stupefacente, custoditi nella tuta da lavoro riportante il logo aziendale, mentre si apprestava a rientrare nello stabilimento. Ciò comportava un grave danno d'immagine al datore di lavoro poiché una testata giornalistica locale ne riportava con enfasi la vicenda.

In ambito di uso di sostanze stupefacenti e rapporto di lavoro, si può affermare che l'orientamento giurisprudenziale prevalente, quando al caso concreto non sono applicabili pattuizioni collettive specifiche, sia quello che ritiene l'"utilizzo" delle droghe - sia a scopo personale sia per spaccio - un comportamento tale da integrare l'ipotesi di giusta causa di licenziamento. Secondo i giudici di Cassazione, infatti, "la detenzione, in ambito extralavorativo, di un significativo quantitativo di sostanze stupefacenti a fine di spaccio è idonea ad integrare la giusta causa di licenziamento, poiché il lavoratore è tenuto non solo a fornire la prestazione richiesta ma anche a non porre in essere, fuori dell'ambito lavorativo, comportamenti tali da ledere gli interessi morali e materiali del datore di lavoro o da comprometterne il rapporto fiduciario". Altre pronunce confermano la legittimità dell'immediata estinzione del rapporto lavorativo anche a causa del danno d'immagine che ne deriva all'azienda.

Risulta residuale e minoritario, invece, un orientamento che, sulla scorta della distinzione tra spaccio e uso personale, reputa corretto applicare alla seconda ipotesi la sola pena sospensiva.

Tuttavia, la sentenza della Suprema Corte del 2018 n. 21679 si discosta dal consolidato orientamento giurisprudenziale più sopra riportato poiché dà maggior valore alle previsioni della contrattazione collettiva. I giudici della Supre-

ma Corte, infatti, nello stabilire la legittimità o meno del licenziamento, evidenziano come sia stata corretta nel caso in esame l'operazione effettuata dalla Corte d'Appello di assimilare la condotta extralavorativa ad un'altra che prevede l'applicazione della sola pena sospensiva e ritengono di conseguenza che non si sia verificata una situazione tanto grave da incrinare il rapporto fiduciario tra il datore di lavoro e il lavoratore relativamente alla prestazione lavorativa futura. Tuttavia, l'analisi della condotta in oggetto in un'ipotesi simile, per la quale è prevista dalla contrattazione collettiva l'applicazione della sola pena sospensiva, apre una questione rilevante da un punto di vista giuridico e quindi incentrata sull'interpretazione delle pattuizioni del contratto collettivo.

È corretto, secondo l'Autore, regolamentare unitariamente due episodi che la contrattazione collettiva ha, invece, inteso non trattare allo stesso modo.

Comunque sia, appurata l'illegittimità del licenziamento, la Suprema Corte affronta la questione dal punto di vista delle tutele applicabili, cassando la sentenza di secondo grado e sposando la tesi del possibile inquadramento della condotta oggetto di giudizio in quelle contemplate dal contratto collettivo applicabile, per le quali è prevista la sola pena sospensiva. I giudici di Cassazione ritengono che questa possibilità sia stata illegittimamente esclusa per aver fatto, innanzitutto, un'assimilazione errata tra azienda e stabilimento.

Inoltre, essi invitano i giudici del rinvio a tenere in considerazione il non provato discredito subito dalla società; inoltre specificano che è mancato "un accertamento concreto in relazione a tale requisito" perché la diffusione meramente locale del quotidiano che aveva riportato la notizia non avrebbe portato una lesione degli interessi del datore di lavoro, considerando che l'episodio era extralavorativo.

1. Sintesi dell'articolo pubblicato ne *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 6, 2019, pag. 611 dal titolo *L'uso di droghe e la giusta causa di licenziamento*.



**PAOLA SALAZAR E LUCA FAILLA ANALIZZANO L'EVOLUZIONE DELLA
GIURISPRUDENZA IN RELAZIONE ALL'UTILIZZO DEI SOCIAL NETWORK**

Troppo tempo su Facebook: GIUSTO IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE¹

Partendo da una recente sentenza della Suprema Corte, gli Autori analizzano l'evoluzione giurisprudenziale del diritto del lavoro in relazione all'uso delle nuove tecnologie, tra cui soprattutto i *social network* come *Facebook* e *Whatsapp*.

PREMESSA

Le nuove piattaforme hanno un considerevole impatto sull'applicazione di alcune norme di diritto del lavoro quando vengono coinvolti gli strumenti dati in dotazione al dipendente. Ci si riferisce *in primis* al riformato art. 4 dello Statuto dei Lavoratori ma, soprattutto, alla disciplina in materia di *privacy* che ha ricevuto nuovo impulso con l'entrata in vigore del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR).

Il profilo di analisi giuridica è duplice: da un lato l'obbligo di correttezza nell'uso degli strumenti di lavoro, disciplinato attraverso *polices* e regolamenti interni, dall'altro un orientamento, sempre più pronunciato, volto a concedere al datore - nel rispetto della *privacy* - l'uso delle informazioni estrapolate dagli strumenti di lavoro.²

Si entra in un campo a lungo dibattuto dalla giurisprudenza del lavoro ossia l'impatto che alcune condotte *extra-lavorative* possono avere sulla corretta esecuzione della prestazione. Come nei casi³ in cui si afferma che *Facebook* ha delle potenzialità diffamatorie e, per tale ragione, la pubblicazione di *post* coinvolgenti il datore di lavoro può portare al legittimo esercizio del potere disciplinare, oppure come il caso più recente⁴ in cui i giudici arrivano a decretare che un numero eccessivo di accessi a *Facebook* (circa 6.000 nell'arco di 18 mesi) da parte di un lavoratore, durante l'orario di lavoro, può portare

al licenziamento.

In altre circostanze, invece, è l'influenza indiretta del comportamento sul rapporto di lavoro a venire in considerazione.

È in quest'ultima direzione che si è mossa la giurisprudenza negli ultimi anni, arrivando persino a legittimare la creazione di un falso profilo *Facebook* da parte dell'azienda finalizzato a verificare il corretto adempimento delle obbligazioni discendenti dal rapporto di lavoro.⁵

Quello che emerge in modo significativo è che, all'interno di un contesto organizzato come l'impresa, i comportamenti privati, relegati in passato nella sola sfera *extra-lavorativa* (e generalmente irrilevanti) possono oggi elevarsi a fattori di valutazione degli obblighi nascenti dal rapporto di lavoro determinando precise conseguenze.

In molte aziende si stanno diffondendo codici di comportamento finalizzati ad un uso corretto degli strumenti di lavoro - e attraverso essi dei *social network* - contenenti non solo dettami sulla creazione e gestione di un profilo virtuale ma anche regole comportamentali legate alla diffusione di opinioni, affermazioni, giudizi che riguardino il posto di lavoro o informazioni relative al lavoro o acquisite durante il lavoro.

E ciò considerando che alcune notizie o commenti propagati attraverso i *social* possono influire sulla costruzione, o demolizione, della reputazione individuale e aziendale.

Sembra saldo ormai l'approdo giurisprudenziale per cui, ai fini dell'indagine su eventuali comportamenti illeciti realizzati dai dipendenti, il datore possa ritenersi slegato dai vincoli di cui all'art. 4 dello Statuto, purché nel rispetto della buona fede contrattuale. ➤

1. Sintesi dell'articolo pubblicato ne *Il Lavoro nella Giurisprudenza* 6/2019, pagg. 635 e segg. dal titolo *Facebook e rapporto di lavoro: nuove frontiere per i Comportamenti extra-lavorativi*.
2. V. Nota Ministero Lavoro 18 giugno 2015.

3. Cass., sez. Lav., 27 aprile 2018, n. 10280 e Cass. Pen., Sez. V, 3 maggio 2018, n. 40083, Cass. Pen., Sez. V, 14 novembre 2016, n. 4873.
4. Cass., sez. Lav., 1 febbraio 2019, n. 3133.
5. Cass., sez. Lav., 27 maggio 2015, n. 10955.



TROPPO TEMPO SU FACEBOOK: GIUSTO IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE

I LIMITI DEI CONTROLLI DIFENSIVI E LE NUOVE IMPLICAZIONI IN TERMINI DI PRIVACY

Dopo la riforma dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, se possono essere installate apparecchiature di controllo da cui ricavare dati relativi all'attività lavorativa dei lavoratori per evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, è tuttavia possibile utilizzare tali informazioni solo in presenza di accordi sindacali o di autorizzazioni amministrative previste dalla Legge.

In mancanza, si realizza una forma di controllo a distanza, vietato dall'art. 8 dello Statuto, perché lesivo della dignità del lavoratore.

Ma la rilevanza del novellato art. 4 in questa sede si ferma qui e assume invece particolare rilievo l'entrata in vigore del Reg. UE n. 679/2016 (GDPR).

Per quanto riguarda il rapporto di lavoro l'aspetto di maggiore importanza pratica è il richiamo espresso ai principi di liceità (art. 6 del GDPR) e trasparenza che scaturiscono direttamente dal rapporto di lavoro e che sostengono, da un lato, la raccolta dei dati (anche sensibili come previsto dall'art. 9 del GDPR) e il relativo consenso e, dall'altro, la necessità del loro trattamento e della loro conservazione (purché l'interessato ne sia stato informato).

È proprio il principio di trasparenza ad essere il criterio cardine di tutta la nuova disciplina: il consenso tracciabile dell'interessato (come disciplinato dall'art. 7 del GDPR) costituisce il presupposto fondamentale per il lecito trattamento dei dati personali.

A tale fine, la chiarezza dell'informativa (art. 13 del GDPR) sui diritti esercitabili dall'interessato e soprattutto la possibilità di accesso ai dati, attuata attraverso disciplinari interni, costituiscono elementi imprescindibili sia in fase di assunzione, sia in fase di gestione del rapporto di lavoro per la valutazione dei comportamenti anche extra-lavo-

rativi posti in essere proprio attraverso l'uso degli strumenti di lavoro in dotazione.

Paradigmatica risulta una sentenza della Suprema Corte⁶ con cui viene dichiarata la legittimità del licenziamento intimato ad un dipendente per abuso della connessione *Internet* dal *Pc* assegnatogli in dotazione dall'azienda.

Il lavoratore era stato sorpreso a navigare su *Internet* dal computer aziendale per fini strettamente personali in modo sistematico (27 connessioni, della durata complessiva di 45 ore nell'arco di circa due mesi).

La pronuncia presenta due profili di interesse. In primo luogo, è stato chiarito come non vi fosse alcuna infrazione della normativa sulla *privacy*, posto che la società si era limitata a verificare gli accessi indebiti alla rete e i relativi tempi di collegamento senza compiere alcuna analisi dei siti visitati durante la navigazione o della tipologia dei dati scaricati.

In secondo luogo, i giudici di legittimità hanno affermato come nel caso di specie non si sarebbero configurati i presupposti del controllo a distanza della prestazione lavorativa perché si trattava comunque di fattispecie estranea al campo di operatività dell'art. 4.

LA VIOLAZIONE DELL'OBBLIGO DI FEDELTÀ

Dall'analisi dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale di questi ultimi anni emerge un dato di fondamentale che trae spunto proprio dalla sentenza della Cass., sez. Lav., 1 febbraio 2019, n. 3133, con la quale si stabilisce che, nelle ipotesi di uso improprio degli strumenti di lavoro oppure di eccesso nell'uso dei *social network* durante l'orario di lavoro e per finalità estranee alla prestazione lavorativa, non verrebbero in considerazione né questioni di *privacy*, né tantomeno questioni connesse con l'applicazione dell'art. 4 Stat. Lav. ma unicamente la violazione degli obblighi derivanti dal rapporto contrattuale di lavoro. ➤

6. Cass., sez. Lav., 15 giugno 2017, n. 14862. Nell'impostazione dei giudici di legittimità, il dipendente avrebbe, infatti, "realizzato un ampio ed indebito utilizzo dello strumento aziendale, contrario alle regole elementari del vivere comune". La Corte ha inoltre osservato come l'obbligo di diligenza previ-

sto dall'art. 2104 c.c. si sostanzia non solo nell'esecuzione della prestazione lavorativa secondo la particolare natura di essa (diligenza in senso tecnico), ma anche "nell'esecuzione di quei comportamenti accessori che si rendano necessari in relazione all'interesse del datore di lavoro ad un'utile prestazione".

TROPPO TEMPO SU FACEBOOK: GIUSTO IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE

Il lavoratore, per contratto, ha l'obbligo di svolgere una prestazione lavorativa per la quale riceve una retribuzione e ogni comportamento estraneo a tale obbligazione può essere lecitamente sanzionato dal datore di lavoro senza dover chiamare in causa la disciplina dei controlli prevista dallo Statuto dei Lavoratori.

Il datore di lavoro ha la facoltà di appurare la condotta del proprio dipendente e, con le dovute accortezze e per ragioni di sicurezza dei sistemi, anche di verificare il corretto uso degli strumenti concessi unicamente per lo svolgimento della prestazione di lavoro.

Risulta quindi essenziale leggere questi comportamenti alla luce dell'evoluzione dei doveri di diligenza e fedeltà come sanciti dagli artt. 2104 e 2105 c.c.

Da questo punto di vista appare rilevante il caso di un'ordinanza emessa dal Tribunale di Milano⁷: al dipendente venivano contestate due condotte, da un lato avere postato sulla propria pagina *Facebook*, con una didascalia offensiva, alcune foto scattate durante l'orario di lavoro che lo ritraevano all'interno dell'unità produttiva tra due colleghi e, dall'altro, avere fatto uso dell'accesso a *internet* da una postazione di lavoro non sua per finalità estranee all'attività lavorativa (visita di siti pornografici)⁸.

Sul punto è comunque utile rammentare che la portata della nozione di fedeltà contenuta nell'art. 2105 c.c. ha sempre indotto i giudici a considerare rilevanti, sul piano della violazione degli obblighi in capo al lavoratore, non solo i comportamenti direttamente vietati dalla norma, ma anche qualsiasi condotta suscettibile, per natura e per modalità di

esecuzione, di ledere i generali principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.⁹

Ciò ha portato man mano i giudici a ritenere illegittimo qualunque comportamento contrario agli obblighi scaturenti dall'inserimento nell'organizzazione dell'impresa o in conflitto con le finalità e gli interessi della medesima.¹⁰

In determinate circostanze di fatto, gli stessi comportamenti, seppure di scarsa rilevanza sul piano patrimoniale, sono divenuti indice di violazione dell'obbligo di fedeltà e ciò sotto il profilo della sintomaticità rispetto a comportamenti futuri del lavoratore e quindi alla fiducia che può nutrire l'azienda¹¹.

Alla luce di tali valutazioni e tenendo conto della diffusione delle informazioni introdotte in rete, progredisce e si corrobora il paradigma dell'obbligo di fedeltà posto dall'art. 2105 c.c. per le implicazioni derivanti dalle potenzialità lesive di un determinato comportamento e per l'influenza che esso può avere nel più ristretto ambiente di lavoro, regolato da precisi obblighi contrattuali.

SOCIAL NETWORK E COMPORTAMENTI EXTRA-LAVORATIVI

Secondo la ricostruzione giurisprudenziale, anche comportamenti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro sono di fatto ostativi alla prosecuzione del rapporto perché suscettibili di inficiare la futura correttezza dell'adempimento e rivelatori di un particolare disvalore in relazione al legame fiduciario tra lavoratore e datore¹².

Disvalore inteso anche sul piano organizza- ➤

7. Trib. Milano 1 agosto 2014.

8. "(...) ritiene, dunque, il giudicante che entrambi i fatti oggetto di contestazione si configurino quale palese violazione di ciò che la coscienza sociale considera il minimo etico con la conseguenza che ogni questione afferente all'affissione del codice disciplinare diviene irrilevante".

9. Sul punto Cass. 1 giugno 1988, n. 3719, in Riv. it. dir. lav., 1988, II, pag. 978; Cass. 17 febbraio 1987, n. 1711, in Giust. civ., 1987, I, pag. 1437; Cass. 29 luglio 1986, n. 4868, in Mass. giur. lav., 1986, pag. 505).

10. Cass. 30 ottobre 2017, n. 25759 in CED; Cass. 18 settembre 2014, n.19684, in CED; Cass. 4 aprile 2005, n.6957 in Foro it., 1990, I, pag. 989; Cass. 21 luglio 2004, n.13526 in Guida dir., 2004, 36, pag. 47; Cass. 14 giugno 2004, n. 11220, in Guida dir., 2004, 29, pag. 69; Cass. 16 maggio 1998, n. 4952 in Mass.

giur. lav., 1998; Cass. 18 gennaio 1997, n. 512, in Mass. giur. it., 1997.

11. Cass. 9 agosto 2013, n. 19096, in CED: "la valutazione dell'osservanza dell'obbligo di fedeltà, *ex art.* 2105 c.c., deve avere riguardo non solo all'attività concreta ed alla sua lesività attuale, ma anche alla sua natura sintomatica di un atteggiamento mentale del dipendente contrastante con quella leale collaborazione che costituisce l'essenza del rapporto di lavoro subordinato. Conseguo a quanto innanzi che anche la sola previsione della possibilità del verificarsi di effetti dannosi per gli interessi del datore di lavoro, ossia la consapevolezza della potenzialità lesiva della condotta posta in essere, integra gli estremi della intenzionalità dell'infrazione."

12. Cass. 11 luglio 2014, n. 16009, in CED; Cass., sez. Lav., 26 maggio 2001, n. 7185, in Not. giur. lav., 2001.



TROPPO TEMPO SU FACEBOOK: GIUSTO IL LICENZIAMENTO DEL LAVORATORE

tivo, nell'ipotesi in cui la condotta possa elevarsi a modello diseducativo e disincentivante per gli altri dipendenti, se non addirittura ad ipotesi di reato.

Assurge a modello diseducativo, in questo ambito, il caso di un dipendente¹³ il quale, dopo essere stato riassunto a seguito di un precedente contenzioso, aveva postato sulla propria pagina *Facebook* espressioni ingiuriose riferite sia alla società datrice di lavoro sia alle colleghe.

A parere del giudice, nel caso specifico, il comportamento posto in essere dal lavoratore indicava la palese volontà di diffamare sia la società sia parte dei dipendenti¹⁴,

quindi nessuna legittima reazione ad una istigazione del datore di lavoro ovvero dei colleghi poteva giustificare il comportamento del dipendente, che è stato pertanto legittimamente licenziato.

Ciò perché il mezzo scelto – la rete – ha una potenzialità lesiva molto ampia.¹⁵

Ci troviamo quindi su di un piano sostanzialmente nuovo di un comportamento che, proprio a causa della sua ampia visibilità, è particolarmente negativo dal momento che non tiene nella dovuta considerazione i possibili effetti sul piano del decoro e del rispetto altrui¹⁶.

13. Trib. Ivrea 28 gennaio 2015, n. 1008, ord...

14. "(...) con le modalità potenzialmente più offensive dell'altrui reputazione" denotan.do, peraltro, "una mancata percezione della gravità del proprio comportamento e, dall'altro, la volontà di ledere nel modo più ampio possibile l'altrui reputazione: se davvero la pubblicazione dei post fosse stata un gesto istintivo - come

prospettato dal ricorrente - egli avrebbe provveduto immediatamente alla loro eliminazione e non dopo oltre due settimane, come in realtà accaduto".

15. Cass., sez. Lav., 27 aprile 2018, n. 10280; Cass. Pen. n. 4873/2016; Cass., SS.UU., 29 gennaio 2015, n. 31022.

16. Cass. 17 febbraio 2015, n. 3136, in CED.



{ HR&ORGANIZZAZIONE

LEAN OFFICE una terapia per l'organizzazione dello studio

Voglio provare a immaginare uno scenario inconcepibile ed esotico, quasi un paradosso della modernità: persone che lavorano in uno studio professionale per le quali non esistono segnali che indichino la necessità di aggiornarsi e acquisire nuove competenze.

Senza temere lo scherno di chi mi prenderà per squilibrato o sproporzionato, prefiguro un professionista che non immagina l'incremento di conoscenze e competenze dei suoi collaboratori e vede la propria formazione continua come una sequela di caselle vuote, che necessitano d'esser riempite di bollini per ritirare l'accappatoio.

Spenso questa improbabile visione e transito al primo passo da compiersi dopo il riordino tecnico dei documenti di cui si è detto l'ultima volta che vi ho scritto.

LA FORMAZIONE NON È UN MEDICINALE

Gli individui devono sentire autonomamente l'esigenza di migliorarsi e creare possibilità per il proprio futuro: la formazione non deve essere un passaggio obbligato come lo sciroppo per la tosse, deve arrivare dopo una precisa identificazione di ciò che le persone hanno bisogno di saper fare e che l'organizzazione necessita che sappiano per svolgere al meglio il proprio lavoro. Naturalmente non basta individuare le competenze tecniche, si devono comprendere anche tutte quelle doti e abilità che permettano ai collaboratori la maggior autonomia possibile, il miglior uso del tempo e la capacità di discernere fra quello che possono espletare e ciò che invece devono passare ad altri o

direttamente al consulente.

La formazione non è un analgesico che si prende quando si sente il dolore, ma un passaggio preventivo che anticipa le criticità perché le persone siano in grado di risolvere i problemi e fronteggiare gli imprevisti.

Qui possiamo andare a studiare *Bias e Nudges* nei loro più reconditi significati, oppure prendere la scorciatoia della *Spinta Gentile* (Thaler e Sunstein) o dei *Pensieri Lenti e Veloce* (Kahneman) ma, in ogni caso, è necessario partire dai difetti e dagli errori della propria organizzazione e dai bisogni dei collaboratori, per iniziare a cambiare le cose tramite un valido percorso formativo.

COMPRESSE DI ORGANIZZAZIONE SNELLA

Sempre nella puntata precedente si parlava di come dirigere un gruppo di lavoro; parto da lontano, con qualche studio sui comportamenti, in un particolare frangente organizzativo, che spesso non siamo abituati a curare: le riunioni.

Spesso sono inutili passerelle di argomenti e testimonianze (quando non sono lagne) che potrebbero essere tranquillamente risolte in gruppi minori o tramite *e-mail*. È sempre utile chiedersi se e quante persone si devono incontrare, perché le riunioni non siano una perdita di tempo inservibile.

Gli argomenti da trattare vanno comunicati prima, in modo che le persone arrivino preparate, che non debbano balbettare cose di cui non sanno o uscire e rientrare come pazzi forsennati, per andare a recuperare dati che al momento non hanno.





Chi indice la riunione la deve governare: dare un tempo certo di chiusura e determinare la lunghezza e la priorità degli interventi.

La riunione si deve chiudere con un piano di interventi e di assegnazione di compiti, non con generici impegni a fare o a riunirsi di nuovo (sembra che il mondo sia sprofondato nella dilazione, come quando ti dicono “Ci sentiamo domani per metterci d'accordo sull'ora dell'appuntamento”; ma facciamolo adesso, cosa c'è, pensi che nelle prossime diciotto ore possano chiamarti alla Casa Bianca per sostituire Trump?)

Poi, quando siamo diventati bravi su questi concetti di base, possiamo lanciarcì nel vero consiglio di *Lean*: evitare l'effetto gregge (*herd behavior*). Siamo esseri sociali e, in quanto tali, siamo influenzati dai comportamenti degli altri e tendiamo a uniformarci alla maggioranza; pensiamo a una riunione in cui si discute un problema da risolvere, l'effetto gregge induce le persone a uniformarsi all'opinione della maggioranza o a qualcosa che è già stato detto, per pigritia, rinunciando a esprimere un'opinione propria, limitando la molteplicità delle possibili soluzioni del problema.

Una tecnica gratuita è quella di invitare i partecipanti a scriverti una nota personale con le possibili soluzioni, senza ascoltare prima il pensiero degli altri, perché in seguito possa essere esposta.

Il nostro cervello ha precisi tempi di attivazione e tenuta, ha una limitata capacità di elaborare grandi quantità di informazioni: queste caratteristiche, spesso ci spingono ad accettare acriticamente situazioni e condizioni, ci portano a preferire ciò che ci permette di evitare il cambiamento, per non affrontare un rischio o semplicemente per scansare una fatica. Quindi è meglio pensare a riunioni che non si protraggano per oltre due ore o, se proprio ci sono così tante cose su cui lavorare in gruppo riunito, programiamo delle pause e rispettiamo. Per questi stacchi torniamo indietro nel tempo, alla meravigliosa teoria dell'Intervallo (sì, con la maiuscola), quella per cui abbiamo potuto resistere alla repressione della sedia alle elementari, alla pulsione dell'incontro galante alle medie e a alla stoltezza di Renzo Tramaglino alle superiori: staccavamo il cervello, facevamo altro, certo non leggevamo le *mail*.





{ LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

IMPUGNAZIONE DELLE DELIBERE CONDOMINIALI e procedimento di mediazione

Giacomo Ubertalli commenta la sentenza emessa dal Tribunale di Roma (sentenza n. 4927 del 5 marzo 2019) evidenziando come siano due le questioni di fondo analizzate dai giudici e che sono meritevoli di attenzione¹.

Innanzitutto, l'Autore sottolinea che la sentenza viene pronunciata in esito all'impugnazione di una delibera condominiale; trattasi di materia, dunque, che è attratta nell'ambito della mediazione.

D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28

Art. 5 Condizione di procedibilità e rapporti con il processo

1 bis Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di **condominio**, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e sanitaria e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è **tenuto, assistito dall'avvocato, preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione** ai sensi del presente decreto ovvero i procedimenti previsti

dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, e dai rispettivi regolamenti di attuazione ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 128-*bis* del testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'articolo 187-*ter* del Codice delle assicurazioni private di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. (...)

L'Autore, prima di analizzare i due passaggi fondamentali della sentenza, chiarisce che - la prima delibera condominiale viene approvata in data 20 luglio 2016 e la domanda di mediazione viene recapitata al condominio in data 16 settembre 2016.

Qui si inserisce la prima eccezione di inammissibilità dell'impugnazione in quanto, secondo la tesi difensiva del condominio, al procedimento di mediazione non si applicherebbe la sospensione feriale dei termini. Ne discende che la domanda avrebbe dovuto essere proposta entro il 19.08.2016 e cioè ►

1. Sintesi dell'articolo di Ubertalli G., pubblicato ne *Il Quotidiano Giuridico*, 22 agosto 2019, dal titolo *Dopo la mediazione il termine per impugnare la delibera condominiale decorre fin dall'inizio*.



trenta giorni dal 20.07.2016 senza tenere conto della sospensione di agosto;
- inoltre (seconda eccezione del condominio convenuto in giudizio), se anche il termine avesse scontato la sospensione feriale, una volta conclusa la mediazione, esso sarebbe ripreso a decorrere da dove si era fermato, senza ripartire *ex novo*.

La mediazione si conclude negativamente in data 10 novembre 2016 sicché il termine di decadenza per l'impugnazione giudiziale delle delibere sarebbe spirato il giorno 13 novembre 2016 (dal momento che il termine di trenta giorni si era già consumato in gran parte nel periodo precedente alla mediazione), laddove invece l'atto di citazione era stato notificato solo in data 23 novembre 2016.

Premesso il necessario inquadramento del "gioco di date", l'Autore analizza le due seguenti questioni

- 1) l'assoggettabilità del procedimento di mediazione alla sospensione feriale
- 2) l'effetto, interruttivo o sospensivo, che l'avvio di tale procedura ha sui termini di prescrizione e di decadenza.

Alla mediazione si applica la sospensione feriale?

Il Tribunale di Roma risponde affermativamente al quesito in epigrafe, o meglio, quando un'azione è assoggettata ad un termine di decadenza e se essa deve essere preceduta dalla mediazione, ai fini della valutazione della tempestiva attivazione di tale (prima) procedura si tiene conto della sospensione feriale.

La soluzione è senz'altro condivisibile, così la posizione dell'Autore, in quanto *"diversamente ci troveremmo di fronte ad un'evidente sperequazione tra azione civile e mediazione ove solo la prima potrebbe fruire della sospensione dei termini in agosto, peraltro in contraddizione con il generale favor che il nostro ordinamento dedica alla mediazione come strumento di risoluzione alternativa dei conflitti"*.

Sul punto si deve anche tenere presente quanto statuito dalla Suprema Corte (Corte Cost. 2 febbraio 1990, n. 49, in *Foro It.*,

1990, I, 2383): in materia di impugnazione delle delibere condominiali la Corte ha espressamente esteso la sospensione feriale dei termini al termine di decadenza di cui all'art. 1137 c.c..

"A ben vedere, in effetti, ciò che è assoggettato o meno alla sospensione feriale è il termine in sé, non tanto l'atto o la procedura che ne può impedire la decorrenza".

E continua l'Autore: *"In altre parole, poco importa se l'atto interruttivo (in questo caso l'avvio della mediazione) non ha natura processuale se comunque la legge (nel nostro caso si veda l'art. 5, ult. co., D.lgs. n. 28/2010) gli attribuisce l'effetto di interrompere la decadenza: ciò che conta è che il termine sia di natura processuale (e quello previsto dall'art. 1137 c.c., dopo l'intervento della Consulta, lo è)."*

La proposizione della domanda di mediazione ha un effetto interruttivo della prescrizione e della decadenza?

Il Tribunale di Roma aderisce all'ormai consolidata giurisprudenza, sia di legittimità (cfr. Cass. sez. Unite, 22 luglio 2013, n. 17781), sia di merito (cfr. Trib. Sondrio 25 gennaio 2019; Trib. Milano 2 dicembre 2016; *contra*, Trib. Palermo 18 settembre 2015) secondo cui la proposizione della domanda di mediazione ha un effetto interruttivo della prescrizione e della decadenza.

Per quanto concerne la prescrizione, non vi è nulla da sottolineare (il nostro ordinamento ne ammette in generale l'interruzione; cfr. art. 2943 e ss. c.c.). Invece, in merito alla decadenza quanto previsto in materia di mediazione costituisce una vera e propria eccezione al principio di cui all'art. 2964 c.c..

"L'orientamento maggioritario appena citato", così chiude l'Autore, *"pare più aderente all'interpretazione letterale della norma che, mutuando quanto già previsto dall'abrogato art. 40, co. 4, D.lgs. n. 5/2003 in materia di mediazione societaria, con l'espressione "la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza", sembra proprio evidenziare la decorrenza ex novo del termine decadenziale."*





{ SENZA FILTRO

Rubrica impertinente di **PENSIERI IRRIVERENTI**

CASSA EDILE: Un'utilità relativa e quei fastidiosi comportamenti a dubbio di legittimità

Sarà capitato anche a voi, soprattutto se gestite aziende edili, di venire contattati dal vostro cliente con l'affermazione "Buongiorno, ho in cantiere l'ispettore della Cassa edile che mi chiede una serie di documenti, cosa devo fare?" La risposta immediata, presi magari alla sprovvista, può essere "Mi dica quali documenti ha bisogno che glieli preparo". Dopo aver posato il telefono però ci assale un dubbio. Ispettore della Cassa edile. Chi è costui?

Dalle reminiscenze scolastiche non ci sembra che gli ispettori della Cassa edile abbiano reali funzioni ispettive. Ci sovviene comunque l'art. 6 del Decreto legislativo n. 124/2004 recante Razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro, a norma dell'articolo 8 della Legge 14 febbraio 2003, n. 30 e successive modifiche ed integrazioni, il quale recita testualmente: "Le funzioni di vigilanza in materia di lavoro e di legislazione sociale sono svolte dal personale ispettivo in forza presso le direzioni regionali e provinciali del lavoro. Il personale ispettivo di cui al comma 1, nei limiti del servizio cui è destinato e secondo le attribuzioni conferite dalla normativa vigente, opera anche in qualità di ufficiale di Polizia giudiziaria. Le funzioni ispettive in materia di previdenza ed assistenza sociale sono svolte anche dal personale di vigilanza dell'Inps, dell'Inail, dell'Enpals e degli altri enti per i quali sussiste la contribuzione obbligatoria, nell'ambito dell'attività di verifica del rispetto degli obblighi previdenziali e contributivi. A tale personale, nell'eser-

cizio delle funzioni di cui al presente comma, non compete la qualifica di ufficiale o di agente di Polizia giudiziaria". Che magari la Cassa edile rientri tra gli altri per i quali sussiste la contribuzione obbligatoria? E no, direbbe il buon consulente del lavoro, in quanto le Casse edili sono "organismi" costituiti a **iniziativa di una o più associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro** comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, quali sedi privilegiate per: la programmazione di attività formative e l'elaborazione e la raccolta di buone prassi a fini prevenzionistici; lo sviluppo di azioni inerenti alla salute e alla sicurezza sul lavoro; **l'assistenza alle imprese finalizzata** all'attuazione degli adempimenti in materia; ogni altra attività o funzione assegnata loro dalla legge o dai contratti collettivi di riferimento (art. 2, D.lgs n. 81/2008) e non gestiscono contributi obbligatori previsti per legge, ma solo contribuzione legata all'applicazione del Ccnl edile, in quanto la contribuzione obbligatoria è sempre versata all'Inps.

Dunque chi sono queste entità? Sono forse paragonabili all'ispettore dell'azienda alimentare fornitore (gdo) che in forza di un contratto **privato** - appalto di servizi o in questo caso il Ccnl - viene a verificare dal cliente da cui si rifornisce se le patatine che produce sono rispettose delle norme igieniche e di legge per la vendita. Al massimo, se ci sono delle irregolarità, il fornitore non comprenderà la partita prodotta; oppure se l'ispettore è troppo esigente, il cliente interromperà il ►





contratto di fornitura. Così funzionano i rapporti ordinari nel privato. E se qualcosa va storto nei rapporti privati ci si rivolge al giudice per verificare chi ha ragione.

Ma per la Cassa edile purtroppo non è così. Non solo gli ispettori imperversano nei cantieri chiedendo documenti che ricevono solo per mantenere i buoni rapporti tra *partners* contrattuali, ma quando si richiede un Durc (documento unico di regolarità contributiva) le cose si complicano perché molte Casse edili, scrivono pec del seguente tenore *“In riferimento alla richiesta di verifica di regolarità ID n. _____ del _____ con la presente si comunica che ad oggi non è possibile attestare la regolarità contributiva. Come previsto dall’articolo 4 del Decreto interministeriale 30 gennaio 2015, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, si invita a voler regolarizzare la propria posizione entro 15 giorni dalla notifica del presente messaggio di Posta Elettronica Certificata mediante: o risposta alle check list allegate o trasmissione della seguente documentazione riferita agli ultimi 6 mesi, entro 5 giorni dalla notifica del presente messaggio: - lista di documenti omissis. Si precisa che il termine di 5 giorni per la produzione della documentazione richiesta è finalizzato a consentire la verifica di regolarità nei tempi indicati dal Decreto interministeriale sopra citato.*

Si informa sin d’ora che decorso inutilmente il termine di 15 giorni di cui al comma 2 dell’articolo 4 del Decreto interministeriale del 30 gennaio 2015 la risultanza negativa della verifica sarà comunicata ai soggetti che hanno effettuato l’interrogazione con indicazione degli eventuali importi a debito e delle cause di irregolarità.”

Ma come, non sono pubblici ufficiali, non rilasciano verbali a cui si può fare ricorso, come avviene per ogni normale attività pubblica e poi ti bloccano un documento amministrativo? In effetti dopo un primo smarrimento la normativa appare chiara perché il Durc attesta, con un’unica richiesta, la contestuale regolarità dei versamenti nei confronti degli Istituti previdenziali e assicurativi (Inps e Inail) e, per i datori di lavoro del settore edile, nei confronti delle

Casse edili. L’attestazione di regolarità non viene concessa se anche uno solo dei tre enti dichiara l’irregolarità dell’impresa. Per “regolarità contributiva” si intende:

- 1) la correttezza degli adempimenti mensili o, comunque, periodici;
- 2) la corrispondenza tra versamenti effettuati e versamenti accertati dagli Istituti previdenziali come dovuti;
- 3) l’inesistenza di inadempimenti in atto.

Nei confronti della Cassa edile per “regolarità contributiva” si intende il **versamento dei contributi e degli accantonamenti dovuti, compresi quelli relativi all’ultimo mese per il quale è scaduto l’obbligo di versamento all’atto della richiesta di certificazione e la dichiarazione nella denuncia alla Cassa edile, per ciascun operaio, di un numero di ore lavorate e non lavorate non inferiore a quello contrattuale.**

Una regolarità quindi riferita esclusivamente ai versamenti dei contributi e degli accantonamenti dovuti per ciascun operaio, dichiarato alla cassa. E null’altro. Per tutto il resto c’è l’Ispettorato del lavoro o *mastercard* (come recita una pubblicità in voga).

Sono comportamenti che destano più di un sospetto sulla normale attività delle Casse edili perché potrebbero anche scontrarsi con richieste di danni o addirittura denunce penali, secondo i ben informati (un avvocato ci ha citato l’art. 347 del codice penale). Cause che talvolta accadono; cause che talvolta saremmo tentati di promuovere noi, vista la tracotanza ingiustificata di determinate prese di posizione delle “benemerite” Casse edili. Poi, il tempo è poco, le risorse ancora meno, il cliente non vuole rogne etc. etc. E si va avanti in modo inerziale, soffrendo l’ennesimo caso di malaburocrazia.

Ma occorre fare un passo indietro: abbiamo detto che la legge assegna alla Cassa edile il potere di rilascio del Durc o, che è lo stesso, quantomeno la possibilità di mettere un veto (ricordiamoci, solo per puntualizzare, che al possesso del Durc regolare sono legati parecchi e cospicui interessi aziendali). ➤





Ma ci chiediamo: è davvero legittimo tutto ciò? Se le Casse edili non sono enti pubblici, i loro funzionari men che meno, se esse hanno una origine privatistica e rispondono a scopi privatistici, sarà legittimo assegnare loro un compito così importante? È legittimo che gli affari di un'azienda, e informazioni anche riservate, siano messe a disposizione di soggetti privati (anzi nemmeno a disposizione, proprio esplicitamente pretesi, come abbiamo detto più sopra), portatori di interessi particolaristici, che ben potrebbero promuovere non già il bene comune, ma (legittimamente, peraltro: sono enti privati e promuovono ciò che gli pare ...) solo tali interessi? Non è mica fantascienza: le ditte che legittimamente non sono appartenenti al settore edilizia (e anche lì, spesso il settore risulta ipertroficamente gonfiato con attività non propriamente riportabili al concetto classico) a volte devono fare i salti mortali per "convincere" la Cassa edile, che come un vortice ingordo (a mo' di ciclone Dorian) vorrebbe inghiottire tutto ciò che in qualche modo gli passa a tiro.

Abbiamo altrove proposto, a più riprese, che le casse edili dovrebbero stare fuori dal sistema Durc. Le interrogassero, se proprio si vuole, gli enti pubblici preposti al controllo. Enti che sono sottoposti a ben precisi doveri verso il cittadino e non dipendono dall'ubbia di questo o quel funzionario. Senza contare che, sotto sotto, verso le Casse edili ed i Ccnl dell'edilizia si è fatta strada, non si sa con quale ragione reale, una sorta di *erga omnes* strisciante (subdolo, pertanto ancor più pernicioso ed immotivato), di cui sarebbe bene cominciare a discutere, insieme a tante altre cose relative al settore (la contribuzione virtuale, ad esempio). Le Casse edili sono, al più, degli enti bilaterali. Bene, pensate il giorno in cui a qualcuno venisse l'idea (lo diciamo piano e con timore, perché alle idee strampalate siamo purtroppo abituati) di affidare a *tutti* gli Enti bilaterali il compito di validare il Durc? Vi immaginate il disastro (perché già un po' con le sole Casse edili il disastro è sensibile ...)?

Ma, dirà qualcuno, le Casse edili hanno un ruolo importante, la contribuzione (anzi cambiamo termine, così non ci confondiamo con la VERA contribuzione) le QUOTE a loro versate in buona parte riguardano pezzi di retribuzione dei lavoratori (in particolare la gratifica natalizia e le ferie). Perfetto. Eppure, ci chiediamo, nel terzo millennio, con le potenzialità di comunicazione e di controllo, un siffatto sistema ha ancora motivo di esistere? Fosse anche un sistema di garanzia (di cui nutriamo forti dubbi) perché gli edili sì e (per citare categorie a caso) i metalmeccanici, i trasportatori o gli addetti alle pulizie no? Cos'ha di tanto particolare il mondo edile da dover subire una simile complicazione? Perché obiettivamente di complicazione si tratta: ogni mese si debbono effettuare calcoli astrusi e complessi (tanto che la gestione della busta paga in edilizia ha un costo sensibilmente maggiore rispetto a quella di altri settori – per le maggiori case di *software* il "modulo cassa edile" è un pezzo aggiuntivo, fossero automobili si direbbe un *optional*, ovviamente pagato a parte –) per accantonare un pezzettino di tali retribuzioni differite. Lo scopo? Forse i datori di lavoro edili sono più discoli degli altri? Fosse così, strano che a pensarlo sarebbero proprio le associazioni edili di categoria maggiormente rappresentative... Cosa c'è di bello, per un lavoratore edile, nel ricevere un pezzo di retribuzione da una parte e un pezzo dall'altra, due Certificazioni uniche (CU), un mare di carta inutile? O magari anche più di due CU, perché la Cassa edile non esiste, esistono tante Casse edili, organizzate più o meno su scala provinciale, con regole, moduli e prassi anche particolarmente differenti fra loro. Così se un lavoratore in un anno ha fatto quattro mesi a Genova, quattro a Milano e quattro a Bari avrà un *tourbillon* di prestazioni spezzettate che farebbero girare la testa a uno scafato consulente (al lavoratore girano altre cose). Dopo aver fatto l'Italia, facciamo gli italiani, ma le Casse edili no, sono rimaste organizzate un po' nello stile del primo '800 italiano, i tempi del Ducato di Parma e Pia- ➤



enza e del Principato di Lucca e Piombino. Sia sotto il profilo geografico-territoriale, sia sotto il profilo delle corporazioni, ci sembra che il sistema delle Casse edili guardi pesantemente, ad antistoricamente, al passato.

Dobbiamo però qui fronteggiare due obiezioni, di cui daremo subito conto.

La prima è che le Casse edili sono un sistema - quantomeno nelle intenzioni, perché sui fatti avvertiamo una certa distanza - che permette di monitorare un settore. Ma anche ammesso che questa obiezione abbia un senso, la domanda vera non sarebbe se le Casse edili fanno qualcosa di utile in merito, ma se esse sono lo strumento più adatto. Senza voler fare paragoni irriverenti, anche i gruppi di vicinato o le ronde di vigilanza messe in piedi da privati cittadini partono da una buona intenzione (il presidio del territorio), senonché molto spesso i risultati (esattamente come per le casse edili) oscillano fra i due poli dell'abuso e della sopraffazione oppure, all'opposto, della sostanziale inefficacia.

La seconda obiezione è che le Casse edili, soprattutto sul versante sicurezza e formazione, fanno un sacco di cose utili. E questa cosa non ci sentiamo certo di metterla in discussione (anche se qualche iniziativa tal-

volta appare più ad uso e consumo di "amici e conoscenti" che non realmente utile). Solo vorremmo fare notare che lo fanno con un meccanismo particolarmente oneroso e complicato (con tutti i soldi che costano ci verrebbe da dire: "vi piace vincere facile!"). Noi non desideriamo annullare le Casse edili. Vorremmo semplicemente rivoluzionarne il sistema (magari con UNA Cassa edile nazionale, con compiti più minimali); immaginarlo più semplice e moderno, meno costoso, più snello. E soprattutto, riportare la loro funzione a quelle di un qualsiasi altro Ente bilaterale, senza l'attribuzione di responsabilità pubbliche che le Casse edili, a nostro parere, hanno ampiamente dimostrato di non essere in grado di gestire con equilibrio (e che non dovrebbero essere legittimate a fare).

Quello che infatti più ci scoraggia è constatare come tali enti, che dovrebbero aiutare le imprese nella promozione di importanti scopi sociali e normativi, sono proprio coloro che, per la farraginosità del sistema in sé e per le prassi attivate, pongono in essere procedure e comunicazioni che fanno perdere tempo ed aumentano i costi delle imprese. Peggio della più scarsa pubblica amministrazione.



{UNA PROPOSTA AL MESE

INAIL E GLI INFORTUNI: il datore di lavoro può avere voce in capitolo o deve solamente pagare come Pantalone?

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

Pantalone, maschera tipica della commedia veneziana, impersona - con diverse variazioni sul tema - la figura del ricco *pater familias*, che sostiene economicamente la famiglia stessa anche in situazioni paradossali, in un *mix* di sfumature che vanno dalla tirchieria paterna al parassitismo parentale. Così, nella tradizione popolare (quantomeno delle regioni italiane settentrionali) l'espressione “paga Pantalone” si usa per indicare una situazione in cui qualcuno sostanzialmente sostiene oneri spesso senza aver alcun beneficio, una specie di passaggio alla cassa, sempre nelle solite tasche della stessa persona, che sta fra l'ingiustizia e la rassegnazione. Viene in mente anche il Totò di “e io pago!”.

Ma che c'entra lo storico personaggio teatrale-popolare con l'Inail? Andiamo per gradi. L'Inail è, come è noto, l'istituto che si occupa dell'assicurazione obbligatoria per legge rispetto agli eventi “infortunio” e “malattia professionale”, assicurando nei casi predetti le prestazioni e le cure, nonché integrazioni di carattere economico, ai lavoratori, tenendone indenne (salvo esercizio dell'azione di regresso) il datore di lavoro. Il meccanismo di tutto ciò è quello classico del rapporto assicurativo: vi è un assicuratore (l'Inail, appunto), un contraente e pagante (il datore di lavoro), un assicurato (il lavoratore) ed un beneficiario (il lavoratore). Il datore di lavoro, oltre al pagamento, è

onerato da determinati obblighi di denuncia (delle lavorazioni e delle loro variazioni, delle retribuzioni corrisposte, degli eventi di infortunio o malattia professionale, etc.). Il tutto sembrerebbe funzionare in un sistema triangolare in cui (al di là degli altri obblighi di legge) il datore paga l'Inail e l'Inail assicura/paga il lavoratore. Il rapporto “inverso” riguardo a questo flusso prevede solo per il datore di lavoro la possibilità di ricorrere contro le classificazioni dell'attività o le pretese economiche dell'Inail (cioè in buona sostanza ipotizza un contenzioso amministrativo/giudiziale riferito agli obblighi del datore di lavoro) e prevede altresì la possibilità per il lavoratore di ricorrere avverso le decisioni dell'Inail in merito al riconoscimento o meno dell'evento infortunio (o malattia professionale, d'ora in poi citeremo solo il primo per entrambe le fattispecie) o alle prestazioni erogate.

Il fatto è che contro la definizione dell'evento infortunio, non è prevista dal T.U. Inail (D.P.R. n. 1124/1964, tuttora vigente con poche modifiche rispetto all'originale versione, ancorchè ne sia evidente da tempo l'impostazione arcaico-fordista assolutamente inadeguata al modello di lavoro attuale) alcuna possibilità di questione da parte del datore di lavoro. Non solo, ma anche qualora il datore ritenesse di dover intervenire amministrativamente (ad esempio, ai sensi della L. n. 141/90, quale “soggetto terzo in- ➤





teressato al procedimento”), tale facoltà gli verrebbe negata in forza, appunto, del rigido schema triangolare a flusso unidirezionale: datore paga Inail, Inail paga lavoratore. Stop. Analogo destino avrebbero anche ricorsi per via giudiziale.

Il che sembra quasi incredibile (ma è assolutamente vero). Tutto ciò - che come appunto da *incipit* di questo commento, equipara la figura del datore di lavoro a quella del ricco (ma proprio per tale, e talvolta ipotetica, possibilità economica, povero ed abusato) Pantalone - non appare tuttavia equo per tre ordini di motivi.

Il primo è del tutto banale e riguarda un meccanismo di *bonus/malus* tipico del rapporto assicurativo: più incappi in eventi (cioè più costi all'assicurazione), più paghi. Ma anche nelle assicurazioni private (esempio classico che prenderemo a riferimento, la Rc obbligatoria per i veicoli a motore) è prevista una possibilità di contenzioso con cui il contraente possa rivalersi contro (o contestare) le decisioni e l'operato dell'assicuratore.

Un secondo fatto, altrettanto importante ed anche questo in qualche modo previsto come possibilità di contenzioso nelle assicurazioni classiche (ma nell'Inail no) è che l'assicurazione, come detto, interviene verso il lavoratore-assicurato tenendo indenne il datore di lavoro da eventuali azioni risarcitorie dello stesso, magari dovute in forza di legge o contratto. Facciamo un esempio significativo a tale proposito: la definizione di un evento realmente occorso ad un impiegato del settore industria come infortunio lavorativo piuttosto che come extralavorativo, comporta nel primo caso il pagamento di un'indennità per il periodo di assenza a carico dell'Inail mentre nel secondo caso (extralavorativo, quindi malattia) tutta la retribuzione spettante sarà a carico del datore di lavoro (come è noto, l'Inps non interviene per la malattia degli impiegati di tale settore). Ma vi sono anche altre casistiche di incidenza economica: ad esempio facciamo il caso che venga riconosciuto da Inail un

caso “dubbio” di infortunio ad un lavoratore di una ditta artigiana che, in forza di quel riconoscimento, si vedrebbe negare lo “sconto” Inail per artigiani (previsto dall'art. 1, co. 781, della Legge del 27 dicembre 2006, n. 296).

Insomma, i casi suddetti (cui potrebbero aggiungersi molte altre esemplificazioni, che qui non esponiamo solo per esigenze sintetiche) evidenziano inequivocabilmente che la definizione (o meno) dell'evento infortunio ha ricadute economiche, spesso anche significative, per il datore di lavoro. Peraltro, si noti *en passant* che nel secondo esempio proposto, quello dello sconto artigiani, “guadagna” anche l'Inail che, magari a fronte della liquidazione di poche centinaia di euro, vede il datore di lavoro perdere uno sconto ben più significativo (ora, è vero che a pensar male si fa peccato ma un po' di conflitto di interesse si configura, suavia ...).

Ma vi è, a guardar bene, un terzo aspetto peculiare a questo tipo di assicurazione: il rapporto di lavoro è un rapporto dinamico rispetto alla normale staticità dell'evento assicurato e dell'azione risarcitoria. Detto in altre parole, la definizione dell'evento infortunio ha significative ricadute su qualcosa che non è (normalmente) concluso bensì in divenire (il rapporto di lavoro stesso, ovviamente). Se ho un danno ad un'autovettura e si discute di chi è la colpa e/o di quanto sarà l'ammontare economico del danno, la discussione non cambierà nulla all'evento in sé, il danno causato dall'incidente stradale. Se discuto sull'esistenza o meno di un infortunio, invece, ho ricadute significative sulla considerazione di quell'evento nell'ambito del complesso di regole lavorative in corso. Ad esempio, se è un infortunio lavorativo (invece che extralavorativo) nella maggior parte dei casi (fatte salve eccezioni di particolari rapporti o Ccnl) il lavoratore non sarà tenuto ad alcun rispetto della domiciliazione e (di conseguenza) non si potranno richiedere visite di controllo, l'evento potrà non essere compreso ai fini del raggiungimento del periodo di comporto, l'assenza sarà giustifi-





cata invece che ingiustificata. E così via. In tutto questo che possibilità di parola ha il datore di lavoro? Nessuna. Anzi no, una forma striminzita di intervento ce l'ha, può dichiarare in sede di denuncia di infortunio se ritiene che l'evento denunciato dal lavoratore sia vero o no, spiegandone i motivi. Dopo di che, nemmeno in questo caso acquisirà (anche solamente) il diritto di essere sentito da parte dell'Inail, il quale potrà liberamente e a propria insindacabile discrezione decidere.

Tutto questo ci appare davvero iniquo, anche a fronte dei parecchi casi "non del tutto lineari" (per usare un eufemismo) in cui siamo incappati in tanti anni di professione.

La proposta di legge che si sentiamo di avanzare è semplice ed intuitiva e prevede semplicemente di aggiungere un articolo (un 104/bis, ad esempio) al D.P.R. n. 1124/1965 che reciti sostanzialmente qualcosa del tipo:

"Contro la definizione di infortunio o malattia professionale, il datore di lavoro può ricorrere comunicando all'Istituto i motivi per i quali non ritiene giustificabile il provvedimento adottato dall'Istituto. Si applicano a tal fine le medesime

modalità, facoltà e tempistiche dell'art. 104."

Mentre siamo in fase di definizione delle presenti riflessioni, rimbalza nella cronaca, con un discreto risalto, la notizia di quanto accaduto in Francia: un tribunale ha ritenuto sussistere la fattispecie di infortunio sul lavoro (con diritto della vedova al relativo indennizzo da parte del datore di lavoro) riguardante un impiegato commerciale che in viaggio di trasferta lavorativa è stato colto da un infarto (e purtroppo è deceduto) mentre nella propria camera di albergo si intratteneva nottetempo con una *escort*.

Non conosciamo i risvolti esatti della vicenda e della sentenza, che tuttavia dai primi contorni del contesto ci lascia abbastanza basiti. La stessa ci dà tuttavia la possibilità di chiudere con una battuta che è anche un'amara riflessione, rispetto al tema che ci siamo proposti; quello che vorremmo cercare di evitare, approntando la possibilità di intervento proposta, è in buona sostanza che - indipendentemente da chi sia il cornuto - ci sia comunque sempre un sicuro (e talvolta ingiustamente) mazziato: il datore di lavoro.





ARGOMENTO

Licenziamento disciplinare: non è rilevante l'assoluzione in sede penale circa i fatti oggetto di contestazione

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 18883 del 15 luglio 2019, ha rigettato il ricorso proposto da un lavoratore – un medico urologo – che, colpito da licenziamento disciplinare, impugnava il recesso datoriale a seguito della propria assoluzione nel processo penale da cui si vedeva scagionato da ogni accusa circa i fatti avvenuti.

Dette circostanze sono riferite alla triste evenienza della morte di un paziente: il decesso veniva a concretizzarsi dopo che il medico – disponibile in quanto in regime di reperibilità – raggiungeva l'ospedale a tarda notte, attorno all'1.30, dopo circa tre ore dall'essere stato chiamato dagli infermieri in servizio presso il reparto.

L'iter penale ha provato che il ritardo nell'arrivo dell'urologo e, di conseguenza, nell'intervento chirurgico d'urgenza non è stato determinante nell'avvenuta morte del paziente; al contempo, l'Azienda Ospedaliera competente procedeva al licenziamento per giusta causa del medico.

Il licenziamento veniva intimato a seguito di una procedura disciplinare in cui la parte datoriale contestava al medico lavoratore *“l'essersi presentato nel reparto urologia, giorno 10 novembre 2009, solo alle h. 01.30, dopo diverse ore dalla chiamata degli infermieri dello stesso reparto, pur essendo [...] nel turno di pronta reperibilità integrativo; [...] aver ritardato, con il suo comportamento gravemente omissivo*

e professionalmente non etico, l'intervento chirurgico che si presentava necessario ed urgente”.

Il comportamento sopra descritto veniva qualificato da parte del datore di lavoro come violazione del codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni e, segnatamente, dei seguenti obblighi da esso derivanti: *“obbligo di evitare situazioni e comportamenti che possano nuocere agli interessi o alla immagine della pubblica amministrazione; obbligo di adempiere le proprie competenze nel modo più semplice ed efficiente nell'interesse dei cittadini e assumere le responsabilità connesse ai propri compiti; obbligo di non ritardare né affidare ad altri dipendenti il compimento di attività e l'adozione di decisioni di propria spettanza, salvo giustificato motivo”.*

A seguito della contestazione disciplinare ricevuta, il medico esponeva le proprie giustificazioni che, ritenute inidonee e insufficienti da parte dell'Azienda Ospedaliera, non risultavano tali da evitare il successivo licenziamento.

Impugnando tale provvedimento, il lavoratore trovava soddisfazione in I grado, salvo poi subire il rigetto delle proprie motivazioni a seguito dell'appello del datore di lavoro. Questo avveniva in quanto la Corte d'Appello assumeva *“l'autonomia tra il procedimento penale concluso con l'assoluzione in relazione all'imputazione di omicidio colposo, e il procedimento disciplinare la cui contestazione non consisteva nell'aver cagio-*

Cass., sez. Lavoro,
15 luglio 2019, n. 18883

AUTORE
ANDREA DI NINO
Consulente del Lavoro in Milano



nato la morte del paziente”.

Distinguendo, dunque, i due *iter* – quello penale da un lato e quello disciplinare dall’altro – di cui il medico era stato oggetto, i giudici di II grado acclaravano come il comportamento omissivo rappresentato dal rilevante ritardo dell’intervento chirurgico costituiva la “violazione delle norme comportamentali [...] che nel settore pubblico possono intendersi come specificazioni dei generali obblighi di diligenza e fedeltà dei lavoratori ex artt. 2104 e 2105 cod. civ.”.

Inoltre, veniva specificato come la contestazione disciplinare non risultasse assimilabile all’accusa relativa al processo penale, ma come procedimento del tutto autonomo da qualsivoglia imputazione e teso esclusivamente a consentire al lavoratore di esercitare il proprio diritto di difesa.

In definitiva, si determinava come “con riguardo al licenziamento disciplinare, non è rilevante l’assoluzione in sede penale circa i fatti oggetto di contestazione, bensì l’idoneità della condotta a ledere la fiducia del datore di lavoro, al di là della sua configurabilità come reato”. La Corte d’Appello osservava inoltre come non vi fosse pregiudizialità tra il procedimento penale e quello meramente disciplinare, in quanto ciò che veniva contestato al lavoratore non consisteva nell’aver procurato la morte del paziente, bensì nella violazione degli obblighi connessi al proprio rapporto di lavoro.

Preso atto della pronuncia dei giudici di Appello, la Corte di Cassazione rigettava il ricorso del medico e condannava lo stesso al pagamento delle relative spese, convalidando il licenziamento.

ARGOMENTO

Trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a part time a turni: orario di lavoro non modificabile unilateralmente dal datore di lavoro

Il datore di lavoro, in occasione della trasformazione del rapporto di lavoro subordinato da tempo pieno a parziale, ha assegnato al lavoratore un orario di lavoro a turni con turnazione comunicata periodicamente e con orari differenti.

All’opposizione del lavoratore, nei primi due gradi di giudizio i giudici di merito hanno condannato la società che affermava l’accordo sull’articolazione dell’orario di lavoro essere riferito esclusivamente alla turnazione e non al suo orario interno.

La Corte di Appello ha precisato che il richiamo contrattuale ai turni aveva valore solo di specificazione dell’inserimento della prestazione lavorativa in detti turni e non già la possibilità unilaterale del datore di lavoro di mutare di volta in volta l’orario di lavoro rispettando solo la durata settimanale della prestazione a tempo parziale pattuita. Il datore di lavoro promuove ricorso in Cassazione, la quale sentenza che l’indicazione

dell’art. 5 della Legge n. 863/1984 è chiara e prescrive che la distribuzione dell’orario di lavoro ridotto va fatta con riferimento al giorno, alla settimana, al mese ed all’anno e che deve essere indicata per iscritto.

La *ratio* della norma è quella di vietare una variazione dell’orario di lavoro che non consenta al lavoratore di programmare la prestazione lavorativa in base alle sue esigenze di vita, ove tale prestazione fosse assoggettata a modifiche non solo giornaliere, ma anche settimanali, dell’orario di lavoro. L’interpretazione del contratto sottoscritto tra le parti deve certamente ricercare la volontà espressa dalle stesse, *ex art.* 1362 e 1366 Codice Civile, cui ha fatto espresso riferimento la società ricorrente, tuttavia tale interpretazione non può essere effettuata in violazione di quanto previsto da norme imperative di legge.

Il ricorso del datore di lavoro è quindi respinto.

Cass., sez. Lavoro,
10 luglio 2019, n. 18555

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano





ARGOMENTO

Risarcimento del danno professionale derivante da demansionamento in assenza di mobbing

La Corte di Appello di Roma, in parziale accoglimento dell'appello della lavoratrice, riformava parzialmente la sentenza di primo grado, riconoscendo le differenze retributive da marzo a ottobre 2002 derivanti da un erroneo inquadramento contrattuale del datore di lavoro, Fondazione Enasarco. Confermava invece il demansionamento da giugno 2003, per il quale il primo grado aveva anche riconosciuto un risarcimento danni alla professionalità, e sanciva il rigetto dell'ipotesi di *mobbing*.

Su tale aspetto, in particolare, la Corte aveva precisato che le condotte poste in essere dal datore di lavoro, esaminate nel complesso, non provavano un comportamento vessatorio: un malfunzionamento della postazione informatica (risoltosi nella stessa giornata) e due sanzioni disciplinari (di cui solo una si era rivelata illegittima) erano giudicati fatti che, anche esaminati singolarmente, non erano di per sé rilevanti né potevano confermare una "presunta direttiva datoriale di isolare la ricorrente".

Ulteriormente, la Ctù aveva stabilito che l'asserita "patologia ansioso-depressiva riscontrata a carico della ricorrente non risultava correlabile a condotte datoriali".

La lavoratrice ricorre in via principale contro la non configurabilità del *mobbing* per violazione e falsa applicazione degli artt. 2, 32 e 41, co. 2, Cost., degli artt. 2087, 2049 e 2103 c.c., dell'art. 9 della Legge n. 300 del 1970 e dell'art. 2697 c.c., affermando che la Corte d'Appello, "perseverando in tale erronea impostazione", aveva preso in esame solo alcuni episodi, omettendo l'analisi di altri fatti ritenuti decisivi dalla ricorrente per la trattazione della causa.

Quanto all'unica sanzione disciplinare ritenuta legittima, tra le due comminate, la lavoratrice dichiara che l'affissione del codice disciplinare era avvenuta in data successiva all'episodio contestato e che dunque doveva ritenersi illegittima. Fondazione Enasarco ri-

corre incidentalmente asserendo che le mansioni che la Corte aveva riconosciuto "dequalificanti" e alla base del riconoscimento del demansionamento, erano contenute della prestazione lavorativa già prima del 2003. Inoltre, sostiene che la quantificazione del danno professionale derivante dal predetto demansionamento sia stato ritenuto sussistente *in re ipsa* in assenza di motivazione e che in tal senso non "vi erano allegazioni sul punto idonee a dimostrarlo, neppure in via presuntiva e indiziaria".

In relazione al primo motivo del ricorso principale, la Corte di Cassazione rileva che il ricorrente erroneamente riconduce le risultanze processuali (la non configurabilità del *mobbing*) ad una falsa applicazione di legge, mentre tale aspetto attiene al risultato della valutazione del giudice di merito e come tale è censurabile solo "sotto l'aspetto del vizio di motivazione", posto che gli stessi fatti elencati dal ricorrente nel ricorso, sono *sic et simpliciter* i medesimi "che la Corte d'appello ha ritenuto non provati" e che "non è stato riportato il contenuto specifico [...] onde consentire a questo giudice di legittimità di poterne apprezzare la rilevanza e la concludenza".

Quanto alla contestazione della data di affissione del codice disciplinare, la Corte constata che trattasi di "nuova questione [...] che non risulta trattata nella sentenza impugnata" e da ciò ne deriva l'inammissibilità per novità della censura.

Relativamente al ricorso incidentale, la Corte precisa che Enasarco avrebbe dovuto impugnare la liquidazione del risarcimento a titolo di danno alla professionalità già nell'appello al primo grado, nel quale risultava già soccombente, non potendo più ora procedere in tale sede.

La Corte di Cassazione conclude dichiarando la soccombenza di entrambe le parti processuali, con rigetto del ricorso principale e di quello incidentale, e compensazione delle spese di lite.

Cass. Ord., sez. Lavoro, 25 luglio 2019, n. 20210

AUTORE
ROBERTA SIMONE
Consulente del Lavoro in Milano





ARGOMENTO

Licenziamento illegittimo se non viene accertata la possibilità di reimpiego del dipendente divenuto inabile

Lil datore di lavoro che licenzia un dipendente divenuto inabile deve effettuare, affinché tale recesso sia legittimo, un adeguato accertamento sulla possibilità di reimpiegarlo nell'impresa, anche per mansioni mai prestate dall'interessato.

È quanto ha statuito la Corte di Cassazione nella sentenza in oggetto, secondo la quale non si ha giustificato motivo oggettivo di licenziamento solo perché l'invali-

dità permanente rende impossibile lo svolgimento della mansione per cui il lavoratore è stato assunto, ma spetta al datore di lavoro una rigorosa verifica della diversa utilizzabilità all'interno dell'impresa ed eventualmente di dimostrare l'impossibilità di impiegare il dipendente in mansioni equivalenti o inferiori all'interno dell'assetto organizzativo stabilito dall'imprenditore stesso.

Cass., sez. Lavoro,
6 luglio 2019, n. 19025

AUTORE
LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

Licenziamento disciplinare: rilevanza della violazione del rapporto fiduciario

La vicenda prende avvio dal licenziamento disciplinare comminato dalla società il 29 luglio 2014 alla lavoratrice che, durante il suo rapporto di lavoro come apprendista presso la società datrice, accedeva non autorizzata a *files* contenenti dati riservati.

In primo grado, la Corte di Bologna riconosceva la sussistenza dell'illecito disciplinare contestato di accesso non autorizzato ai dati contenuti nel Lul, ma non riscontrava adeguata prova della loro stampa. Ritenendo pertanto sproporzionata la sanzione alla condotta, annullava il licenziamento per giusta causa ma, impiegando la società meno di 15 dipendenti, stanziava il pagamento di una somma a favore della lavoratrice a titolo di indennità di preavviso e risarcitoria.

In secondo grado, la Corte d'Appello di Bologna rigettava i reclami principale e incidentale, rispettivamente proposti dalla società e dalla lavoratrice avverso la sentenza di primo grado.

Infine, entrambe le parti impugnavano la decisione della Corte d'Appello.

La Suprema Corte rigetta il ricorso e confer-

ma la condanna della società alla rifusione, in favore della controricorrente, delle spese del giudizio, oltre il rimborso per spese generali e accessorie di legge.

Il ricorso alla Suprema Corte, è stato presentato dalle parti per i seguenti 6 motivi, oggetto del giudicato finale.

1. Nel primo motivo si fa menzione della violazione o falsa applicazione degli articoli sul recesso per giusta causa, la diligenza e l'obbligo di fedeltà: per esclusione della giusta causa di licenziamento, portano ad una sproporzione della sanzione.
2. Nel secondo motivo si chiede di accertare la violazione o falsa applicazione degli articoli sul recesso per giusta causa, la diligenza e l'obbligo di fedeltà per una mancata valutazione in concreto della gravità della condotta illecita della lavoratrice, ossia se la consapevole inosservanza delle disposizioni poteva ledere irreparabilmente il rapporto di fiducia tra le parti.
3. Con il terzo motivo, si sostiene che siano state ignorate le risultanze istruttorie, assolutamente chiare nel comprovare l'illecita condotta della lavoratrice, di cui in ►

Cass., sez. Lavoro,
17 luglio 2019, n. 19264

AUTORE
ELENA PELLEGGATA
Consulente del Lavoro in Milano





particolare è stata omessa la valutazione degli elementi soggettivi e l'intensità del dato intenzionale, emergente dalla prodotta relazione tecnica di informatica forense, evidenziante la sistematica e deprecabile violazione delle regole di accesso a dati riservati e specialmente ai libri unici del lavoro di altri dipendenti, del tutto trascurata.

4. Nel quarto motivo, viene contestata l'incidenza del rateo di Tfr sulla sola indennità di natura risarcitoria e non anche sull'indennità sostitutiva del preavviso, di cui omesso l'esame e della dedotta non incidenza sulla base di computo del Tfr.
5. Con il quinto motivo, la società ricorrente contesta la liquidazione dell'indennità in cinque mensilità per non corretta valutazione di gravità della condotta della lavoratrice, delle dimensioni aziendali e del numero di dipendenti occupati, meno di 15.
6. Infine, con il sesto motivo, si deduce un'omessa valutazione di un fatto decisivo, in riferimento all'erronea condanna alla rifusione delle spese di primo grado per la valutazione non corretta della mancata accettazione da parte della società delle proposte conciliative formulate dal giudice nelle due fasi per la pendenza del procedimento penale su denuncia della lavoratrice, poi archiviato.

Si pronuncia la Suprema Corte sui primi due punti, impugnati dalle parti, e chiarisce che la clausola generale della giusta causa è una clausola elastica che deve essere di volta in volta interpretata, portando il giudice a chiedere se la decisione è stata presa in modo incoerente rispetto agli *standard*, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale. La sanzione disciplinare deve poi essere proporzionale alla gravità dei fatti contestati. Sul terzo punto la Suprema Corte chiarisce che non ricorre né violazione né falsa applicazione degli artt. 115 c.p.c. sulla

disponibilità delle prove e 116 c.p.c. sulla valutazione delle stesse: tali articoli sono infatti applicabili se il giudice di merito abbia posto a base della decisione prove non dedotte dalle parti, ovvero disposte d'ufficio al di fuori dei limiti legali, o disatteso, valutandole secondo il suo prudente apprezzamento, delle prove legali, ovvero considerato come facenti piena prova, recependoli senza apprezzamento critico, elementi di prova soggetti invece a valutazione, e non è risultato essere questo il caso.

Il quarto motivo, relativo a violazione e falsa applicazione di norme per erronea interpretazione della critica di contestata incidenza del rateo di Tfr sulla sola indennità risarcitoria ai sensi dell'art. 8 L. n. 604 del 1966, e non anche sull'indennità sostitutiva del preavviso, è inammissibile in quanto manca di specificità. Il quinto motivo, sull'erronea liquidazione dell'indennità risarcitoria in cinque mensilità, è ritenuto parimenti inammissibile. Infatti, in caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo per il quale non sia applicabile la disciplina della cosiddetta stabilità reale, è noto che la determinazione, tra il minimo e il massimo, della misura dell'indennità risarcitoria è incensurabile in sede di legittimità, siccome spettante al giudice di merito, in quanto sia congruamente argomentata, come nel caso di specie.

Infine, il sesto motivo, relativo all'omessa valutazione di un fatto decisivo, in riferimento all'erronea condanna alla rifusione delle spese di primo grado, è infondato. La liquidazione delle spese processuali rientra nei poteri discrezionali del giudice del merito, potendo essere denunciate in sede di legittimità solo violazioni del criterio della soccombenza o liquidazioni che non rispettino le tariffe professionali, con obbligo, in tal caso, di indicare le singole voci contestate, in modo da consentire il controllo di legittimità senza necessità di ulteriori indagini.



ARGOMENTO

La buona fede legittima il rifiuto di eseguire una prestazione non concordata

La Corte di Appello di Trieste con sentenza del 9 aprile 2018 reintegra una lavoratrice licenziata nel marzo del 2015 dalla propria azienda per essersi rifiutata di svolgere la prestazione nel nuovo orario 7:00-14:00, diverso da quello 6:00-13:00 concordato, che aveva trovato conferma in una precedente sentenza tra le parti.

La questione, portata all'attenzione della Suprema Corte, rientra nella più ampia tematica dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., per i rapporti a prestazioni corrispettive come quello di lavoro.

In particolare il lavoratore può legittimamente rifiutarsi di eseguire la prestazione qualora l'inadempimento dell'altra parte sia particolarmente grave e tale da incidere sul

rapporto sinallagmatico.

In questo caso il giudice di merito ha correttamente valutato la non contrarietà a buona fede del rifiuto, tenendo conto delle concrete circostanze di fatto, della gravità dell'inadempimento aziendale, dell'incidenza delle scelte datoriali sulle esigenze di vita e familiari del lavoratore, nonché delle ragioni tecniche e produttive alla base della scelta.

Nel caso concreto, tali circostanze sono state di fatto riscontrate anche alla luce di un precedente giudicato sul punto già intervenuto tra le parti. In tal senso la lavoratrice "si è fatta giustizia da sola" adeguando il suo comportamento al contenuto di una sentenza passata in giudicato.

Cass., sez. Lavoro,
19 luglio 2019, n. 19579

AUTORE
SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

Licenziamento nullo e inapplicabilità dello Statuto dei Lavoratori

Il Tribunale di Catania aveva dichiarato l'illegittimità del trasferimento e del licenziamento di una lavoratrice avvenuto nel 2008 in mancanza del superamento del periodo di comporto e aveva disposto la reintegra della stessa nonché il pagamento delle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento e fino all'effettiva reintegra. La Corte di Appello, accogliendo parzialmente il ricorso datoriale, confermava l'illegittimità del licenziamento, ma concedeva alla società, in alternativa alla riassunzione, il pagamento del danno, ritenendo applicabile il regime sanzionatorio di cui all'art. 8 della Legge n. 604 del 1966 e non l'art. 18 della Legge n. 300 del 1970, in ragione dell'assenza del requisito dimensionale (almeno 15 dipendenti) dell'azienda. La lavoratrice ricorreva in Cassazione sulla base, tra gli altri, del seguente motivo: violazione e/o falsa applicazione degli artt.

1418 c.c., 2110, co. 2 c.c., 18 della Legge n. 300 del 1970 e 8 della Legge n. 604 del 1966, in quanto il licenziamento, pur essendo sottratto alla tutela di cui all'art. 18 della L. 300 del 1970 per mancanza del requisito dimensionale, si pone in violazione dell'art. 2110 c.c., ed in quanto nullo rende il recesso come mai intervenuto, determinando la continuità del rapporto di lavoro (mai cessato), a prescindere dalle dimensioni aziendali. La Corte dichiara fondato il motivo. Premettendo che il licenziamento intimato prima del maturarsi del periodo di comporto debba senz'altro ricondursi alla categoria negoziale della nullità, gli effetti del licenziamento dichiarato nullo non possono essere disciplinati, in via di estensione analogica, dalla normativa dettata dall'art. 8 della Legge n. 604 del 1966, recando quest'ultima esclusivamente la disciplina per la diversa ipotesi dell'annulla- ➤

Cass., sez. Lavoro,
22 luglio 2019, n. 19661

AUTORE
PATRIZIA MASI
Consulente del Lavoro in Milano





mento del licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo. Pertanto, come nel caso di specie, nei rapporti di lavoro ai quali non si applica l'art. 18 della Legge n. 300 del 1970, gli effetti del licenziamento dichiarato nullo ai sensi dell'art. 2110, co. 2 c.c. sono regolati, in assenza di un'espressa regolamentazione, da quella ge-

nerale del codice civile, essendo pertanto obbligatoria la reintegra nel posto di lavoro.

Su tali presupposti la Corte accoglie il ricorso proposto dalla ricorrente e rinvia alla Corte di Appello di Catania, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche in merito alle spese del giudizio di legittimità.

ARGOMENTO

Il g.m.o. del licenziamento si sostanzia in ogni modifica della struttura organizzativa dell'impresa

La vicenda processuale riguarda il ricorso della società avverso la pronuncia della Corte di Appello di Palermo, che aveva accolto l'impugnazione del lavoratore al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il lavoratore ha esposto alla Corte la non ricorrenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento in quanto il bilancio della società nell'anno antecedente al licenziamento aveva registrato un utile di esercizio ed una riduzione delle passività. I risultati di gestione erano rimasti positivi e pertanto non erano sufficienti a dimostrare una congiuntura sfavorevole decisiva sull'andamento dell'attività, tanto da imporre la risoluzione del rapporto di lavoro con il lavoratore. La società aveva provveduto alla trasformazione del rapporto di lavoro di altri dipen-

denti da *full time* a *part time* e a fronte del rifiuto del lavoratore ad accettare la trasformazione del rapporto di lavoro in *part time*, aveva dato corso al licenziamento.

La Suprema Corte nell'affermare che le scelte relative alla gestione dell'impresa competono esclusivamente al datore di lavoro, conferma che in sede giudiziale il controllo della sussistenza del giustificato motivo oggettivo si sostanzia nella verifica dell'effettività e non pretestuosità della ragione obiettiva, per come dichiarata dall'imprenditore. Inoltre, in termini di riferibilità e coerenza del recesso rispetto alla riorganizzazione, la Suprema Corte rileva che non è ammissibile sindacare sulle scelte di gestione aziendale in quanto riservate all'imprenditore.

Il ricorso è accolto.

Cass., sez. Lavoro,
18 luglio 2019, n. 19302

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

Ferie durante il congedo straordinario: giusta causa di licenziamento

L'utilizzo improprio del congedo straordinario, previsto dall'articolo 42 del D.lgs n. 151/2001, è un tema che è stato spesso dibattuto in sede di contenzioso. Con la sentenza n. 19580/2019, la Corte di Cassazione ha dovuto decidere in merito ad un licenziamento per giusta causa di un dirigente, avvenuto in seguito a dimostrati periodi di assenza del lavoratore, che usufruiva

del congedo straordinario per assistere il padre disabile, per godere dei giorni di ferie lontano dal familiare.

Il tema era stato affrontato dapprima dalla Corte di Appello di Milano, la quale aveva ritenuto il licenziamento privo di giusta causa, condannando l'azienda al pagamento di una somma a titolo di indennità sostitutiva del preavviso. Secondo la Corte di Appello, ➤

Cass., sez. Lavoro,
19 luglio 2019, n. 19580

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





un lavoratore che usufruisce del congedo straordinario non deve esercitare un'assistenza al disabile ininterrotta per tutta la giornata e per tutti i giorni, per cui la partecipazione a delle giornate di ferie è legittima. Con il ricorso in Cassazione, la società ha contestato che, anche se l'assistenza al disabile non debba essere necessariamente continuativa, utilizzare il congedo straordinario per andare in ferie rappresenta un abuso ai danni del datore di lavoro; con ciò non si intendeva rendere impossibile l'utilizzo di giorni di ferie al lavoratore, ma sottolineare la possibilità del lavoratore di richiedere e fruire del congedo straordinario in maniera frazionata. Infatti, il lavoratore si era assentato per dieci giorni consecutivi, recandosi in Puglia, molto distante dall'abitazione del padre in provincia di Bergamo, oltre che in alcune giornate concentrate nei mesi da giugno ad agosto 2015. Inoltre, la società, con il secondo motivo di ricorso, ha sostenuto la giusta causa del licenziamento, proprio a causa degli allontanamenti ripetuti del dirigente dal familiare disabile.

La Corte di Cassazione, con riguardo al primo motivo di ricorso, ha affermato che la Corte territoriale ha erroneamente ritenuto

che l'assistenza al disabile non debba essere continuativa ed ininterrotta: infatti la disciplina del congedo straordinario determina, oltre che la necessità della convivenza, che si realizzi anche un intervento assistenziale permanente e continuativo in favore del disabile. La norma, infatti, non prevede di utilizzare il congedo per esigenze differenti da quelle previste, poiché l'assenza del lavoratore comporta comunque un sacrificio organizzativo per il datore di lavoro, giustificato solo in presenza di esigenze riconosciute dal Legislatore come meritevoli di superiore tutela. Se l'assenza dal lavoro non comporta l'assistenza al disabile viene meno il diritto alla fruizione del congedo straordinario e si violano i doveri di correttezza e buona fede nei confronti del datore di lavoro e dell'Ente assicurativo. Per questo anche il secondo motivo di ricorso deve essere accolto, essendoci i requisiti per giustificare un licenziamento per giusta causa.

La Cassazione rimanda al giudice di rinvio la verifica in concreto se l'allontanamento dal disabile abbia comunque preservato le finalità primarie del congedo straordinario, che devono comunque avere carattere continuativo e globale nella relazione del disabile.

ARGOMENTO

Abuso nell'utilizzo dei permessi per handicap: legittimo il licenziamento per giusta causa

La Corte d'Appello di Bologna conferma la legittimità del licenziamento per giusta causa comminato nei confronti di un lavoratore per abuso dei permessi *ex art. 33, co. 3, Legge n. 104 del 5 febbraio 1992*.

Nel mese di settembre 2015, ed in particolare nelle giornate coperte da permesso per assistenza al disabile, il lavoratore non si era mai spostato dalla propria abitazione per un arco temporale compreso tra le 6,30 e le 21,00.

La ricostruzione degli eventi era stata possibile in seguito ad un'indagine investigativa incaricata dal datore di lavoro.

Non solo, ma ad aggravare la posizione del dipendente, erano state le sue dichiarazioni rese in sede di giustificazioni *ex art. 7, Legge n. 300 del 20 maggio 1970*, in cui aveva affermato di prestare ogni volta una "regolare assistenza alla zia come era abitudine, ad eccezione di alcune ore della giornata". Soccombente anche nel secondo grado il lavoratore propone ricorso in Cassazione, adducendo gli stessi motivi d'impugnazione di quelli proposti per la decisione di primo grado: erronea valutazione delle risultanze probatorie sulla base del fatto che ➤

Cass., sez. Lavoro,
9 luglio 2019, n. 18411

AUTORE
CLARISSA MURATORI
Consulente del Lavoro in Milano





solo in due dei quattro giorni richiesti, tra agosto e settembre, il lavoratore non si era recato presso l'abitazione della zia, e che comunque nell'indagine investigativa tramite appostamento, effettuato anche presso la strada cui era ubicata la casa del familiare, non si era individuato con esattezza il numero civico da sorvegliare.

La Corte di Cassazione, nel dichiarare l'innammissibilità del ricorso in quanto i motivi d'impugnazione sono i medesimi di quelli proposti nel merito, riafferma e ricorda il ruolo del giudice territoriale.

Egli esercita le sue funzioni secondo quanto stabilito dall'art. 116 del c.p.c., valutando le prove secondo il suo libero e prudente apprezzamento.

La verifica sull'operato del giudice di merito da parte della Corte di Cassazione, per con-

solidato orientamento, è configurabile solo ove emerga obliterazione degli elementi che avrebbero potuto portare ad una diversa decisione, ovvero dove si riscontri la mancanza di un procedimento logico che ha indotto il giudice ad un certo convincimento.

Nella fattispecie rappresentata la Corte di Cassazione ritiene che il giudice territoriale in maniera logica e congruente, dopo l'analisi di tutti gli elementi di prova, sia addivenuto ad una decisione del tutto coerente con il contesto, non costituendo incidenza determinante l'errore di due numeri civici quale sede dell'appostamento, trattandosi, come riferito da testimoni, di strada molto stretta e a senso unico con numeri civici adiacenti tra loro.

Viene pertanto ribadito il generale principio secondo cui il sindacato nel merito della causa non è consentito in sede di legittimità.