

# Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 8

SOMMARIO



● IL PUNTO.....PAG. 2

**DOTTRINA**

● TRASFERTA E TRASFERTISMO: LE CONFERME DELLA CASSAZIONE DOPO LA PRONUNCIA A SEZIONI UNITE di **LUCA VANNONI**..... PAG. 4

● MODIFICHE AI RAPPORTI IN SOMMINISTRAZIONE A TERMINE di **ROBERTO CAMERA**..... PAG. 7

● IL RIFIUTO DEL LAVORATORE AL TRASFERIMENTO: LIMITI E CONSEGUENZE di **MASSIMILIANO TAVELLA**..... PAG. 11

● ATTIVITÀ ISPETTIVA E CONTRATTI CERTIFICATI: NUOVE INDICAZIONI DALL'ISPettorATO di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 13

● PROVVEDIMENTI CIGO: RIBADITI GLI OBBLIGHI DI MOTIVAZIONE E DI SUPPLEMENTO DI ISTRUTTORIA di **ALBERTO BORELLA**..... PAG. 18

● LA NON PERCORRIBILITÀ DELLA VIA GIUDIZIARIA NELLA STABILIZZAZIONE DEI RAPPORTI DI PUBBLICO IMPIEGO di **PAOLO PALMACCIO**..... PAG. 22

● GDPR - SEMPRE MEGLIO CHE MAI di **ANDREA MERATI**..... PAG. 24

● DIRIGENTI: PREVIDENZA ED ASSISTENZA SANITARIA INTEGRATIVE di **ALESSANDRO PROIA**..... PAG. 25

● CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA E TUTELA DELLA PRIVACY DEL LAVORATORE RISPETTO ALLA SUA VITA FAMILIARE E PRIVATA di **ANTONELLA ROSATI**..... PAG. 31

**RUBRICHE**

● **SENZA FILTRO**  
LA STORIA DI H.  
di **ANDREA ASNAGHI**.....PAG. 38

● **UNA PROPOSTA AL MESE**  
UNA SANATORIA (A METÀ) SUL MERCATO DI BRACCIA E CUORI  
di **ANDREA ASNAGHI**.....PAG. 40

PAG. 34

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

**SENTENZE**

Niente licenziamento per chi fuma la sigaretta elettronica sul posto di lavoro di **PATRIZIA MASI**.....PAG. 43

Limiti all'esercizio del diritto di critica da parte del rappresentante sindacale nei confronti del datore di lavoro di **ANGELA LAVAZZA**.....PAG. 43

Ferie nella P.A.: se e quando spetta un'indennità per il mancato godimento delle ferie di **MORENA MASSAINI**.....PAG. 44

Licenziamento per superamento del periodo di comportamento: natura e oneri a carico del datore di lavoro di **MORENA MASSAINI**.....PAG. 44

Pagamento delle ferie da parte della Cassa Edile solo se vi sono gli accantonamenti del datore di lavoro di **MORENA MASSAINI**.....PAG. 45



**Direttore Responsabile**  
POTITO DI NUNZIO

**Redattore Capo**  
D. MORENA MASSAINI

**Redazione**  
ANDREA ASNAGHI  
RICCARDO BELLOCCHIO  
STELLA CRIMI  
ALESSANDRO PROIA

**Segreteria di Redazione**  
MARINA DUCCI

**Progetto e Realizzazione Grafica**  
ELENA DIZIONE

**Sede:** Via Aurispa 7, 20121 - Milano.  
Tel. 0258308188 www.consulentidellavoro.mi.it  
**Editore:** Consiglio Provinciale dei Consulenti  
del Lavoro di Milano, Via Aurispa, 7, 20121  
- Milano Tel. 0258308188 - Fax.0258310605  
info@consulentidellavoro.mi.it  
PEC ordine.milano@consulentidellavoropec.it

Mensile - Registrazione Tribunale di Milano  
n. 19 del 30 gennaio 2015

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

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

**Sezione Studi e Ricerche:**  
**Coordinatore Riccardo Bellocchio**

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

**Sezione Semplificazione normativa:**

**Coordinatore Andrea Asnaghi**

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

**Sezione Formazione e aggiornamento  
professionale: Coordinatrice Stella Crimi**

Gabriele Badi, Francesca Bravi,  
Simone Colombo, Alessandro Cornaggia,  
Isabella Di Molfetta, Donatella Gerosa,  
Caterina Matarca, Luca Paone,  
Roberto Picci, Isabella Prati,  
Alessandro Proia, Maria Grazia Silvestri,  
Marianna Tissino, Enrico Vannicola.

Con il sostegno di



Unione Provinciale di Milano

Come oramai da qualche anno, è consuetudine per la nostra categoria incontrarsi per la *Summer School* a Treia, in provincia di Macerata, delizioso borgo medioevale, cerniera tra un mondo antico e un mondo proiettato sul futuro. Un futuro - della categoria - sul quale l'Ordine di Milano ha aperto, anche in vista dell'appuntamento della *Summer School*, un dibattito interno che ha toccato numerosi temi partendo da un dato storico riguardante la Legge n. 12/1979, istitutiva del nostro ordine, che ha tagliato il traguardo dei 40 anni e sul quale si tornerà poco oltre.

Quella del 2018 è la sesta edizione della *Summer School*, prevista nei giorni dal 30 agosto al 1° settembre, e vede impegnati in modo particolare i Presidenti dei Consigli provinciali e i Dirigenti nazionali di categoria nella discussione ed elaborazione di strategie utili per dare risposte adeguate alle esigenze delle imprese e del mercato del lavoro.

I temi sui quali viene chiesto di dare un contributo ai 106 Dirigenti sono i seguenti: il ruolo del Consulente del Lavoro, l'importanza della comunicazione istituzionale e del *marketing* professionale, la gestione dei rapporti con il Legislatore e gli Enti pubblici, la formazione e gli insegnamenti da trasmettere ai praticanti, gli strumenti di promozione della professione messi a disposizione dalla Fondazione Studi, i nuovi obiettivi della Fondazione Consulenti per il Lavoro, il sostegno all'ampliamento e all'informatizzazione delle attività di studio attraverso i servizi promossi dall'Enpacl e dalla Fondazione UniversoLavoro.

Le riflessioni della tre giorni saranno poi condivise con i 27000 consulenti del lavoro attivi sul territorio

nazionale con l'obiettivo di rendere ciascun iscritto all'Ordine - dal praticante al giovane abilitato fino al professionista più esperto - capace di trasformare quel ricco bagaglio professionale di cui dispone in nuove opportunità di lavoro e di sviluppo dello studio.

Operativamente, i partecipanti svilupperanno le proprie riflessioni e gli interventi utilizzando il metodo *host - open space technology* - un sistema innovativo che stimolerà idee, confronti e proposte sui temi centrali per la categoria e che convoglieranno nella "Carta di Treia" che si prefigge l'ambizioso obiettivo di diventare "un manifesto sul futuro della professione" e che sarà presentato a conclusione dei lavori.

Il CPO di Milano, in vista dell'incontro, ha avviato le riflessioni al proprio interno. Sicuramente il momento storico è propizio per effettuare un'analisi sulla portata della Legge 12 e soprattutto per fermarsi e valutare se è ancora attuale o se necessita di qualche modifica. Modifiche che si palesano necessarie e non procrastinabili per fronteggiare efficacemente le sfide che la Categoria deve affrontare, *rectius*, sta già affrontando. Le sfide portano con sé inevitabilmente dei cambiamenti... Professione che cambia significa anche operare un cambiamento istituzionale della struttura del nostro ordine? L'attuale organizzazione su base provinciale è adeguata alle nostre sfide?

Ma da dove nasce l'esigenza di cambiamento?

La quotidiana osservazione degli scenari di lavoro che i Consulenti del lavoro devono gestire ci dice che la presenza, l'impulso, il condizionamento operato dalla tecnologia è sempre più forte e pressante. ➔

L'onda tecnologica - in rapidissima ed inarrestabile evoluzione - coinvolge tutti gli ambiti professionali gestiti dai Consulenti del lavoro. Si pensi, giusto per fare qualche esempio, al trattamento delle presenze e delle retribuzioni sul libro unico del lavoro, alla digitalizzazione dei dati e alla loro gestione attraverso l'impiego di algoritmi; alla gestione dei dati sulle assenze per malattia da parte dell'Inps o delle denunce nel settore agricolo; alla fatturazione dei soggetti con partita IVA che presto passerà tutta sul digitale. Un mondo del lavoro fatto di dati, numeri, flussi telematici, algoritmi, *blockchain* che gestiscono contratti di lavoro *standard* senza l'ausilio di un'"interfaccia umana"..... i Consulenti del lavoro sono pronti, anche economicamente, per rispondere adeguatamente ad un processo evolutivo che verrà gestito (*anche o forse addirittura soprattutto*) dai grandi gruppi di elaborazione dotati di mezzi sicuramente differenti? Occorre prevedere anche *nuovi interventi formativi* per stare al passo con i tempi: la formazione del capitale umano passerà sempre più attraverso i canali *on line*.

L'altro grande *item* emerso dalle riflessioni interne concerne il tema della legalità, tema sul quale è stato posto fortemente l'accento dal presidente del CPO di Milano, Potito di Nunzio, in occasione del giuramento dei Consulenti del lavoro neo abilitati (v. Sintesi di luglio 2018) e oggetto di dibattito anche durante il recente *Festival del lavoro* che si è svolto a fine giugno nel capoluogo lombardo. Una grossa funzione professionale ed in particolare dei Consulenti del lavoro può essere quella di svolgere una funzione di garanzia, a cavallo fra la tutela del cliente e quella della pubblica amministrazione. Vanno rafforzati meccanismi che portano alla certificazione dei

contratti e all'asseverazione.

Il CPO di Milano non si è posto, tuttavia, solo domande, ma ha anche cercato di dare delle risposte e profilare delle soluzioni che non possono che partire da una revisione della nostra legge n. 12 soprattutto sul piano istituzionale. Un'affermazione severa e importante *ma necessaria* se non ci si vuole arrendere ad una prospettiva di *débâcle* della categoria, e dotata di grande spirito pratico e lungimirante che punta ad una figura professionale più evoluta e al passo con le sfide che dobbiamo affrontare.

Un "Ordine 2.0" - Doppia abilitazione e nuovi controlli da *authority* del mercato.

Queste le parole chiave che connotano le azioni da compiere. Dunque, in sintesi:

- formazione per tutti e controlli severi: chi svolge la professione di Consulente del lavoro, a qualunque albo sia iscritto, deve svolgere la formazione prevista per tale attività (con criterio di reciprocità fra gli ordini). Formazione e controllo con conseguenti sanzioni per la mancata formazione;
- introduzione di una abilitazione per gli amministratori del personale compresi i direttori del personale: l'idea è quella di dare corpo e un riconoscimento formale a professionisti amministrativi che svolgono attività amministrativa con riferimento alla esperienza maturata nel settore;
- previsione di una abilitazione "forte" per il professionista laureato, conseguita dopo un periodo di praticantato e un esame di Stato. L'abilitato o il laureato che oltre a svolgere l'attività di amministrazione vuole dedicarsi anche alla professione di Consulente del lavoro che concerne tutti i nuovi servizi legati al possesso di credenziali nei confronti dell'amministrazione pubblica, politiche attive, ecc., deve aver

superato un esame ed essere iscritto nella categoria di professionista del lavoro. I compiti riservati al professionista (in via esclusiva) - unico referente professionale del datore di lavoro - si concentreranno sul controllo dei contratti, (Asseco), sulla gestione di procedure di due *diligence*, sullo sviluppo delle credenziali necessarie per svolgere servizi per il lavoro etc.;

- modifica della normativa Enpac: tutti i professionisti e gli abilitati che svolgono l'attività di Consulenti del lavoro, che siano dipendenti o partita iva, soci o amministratori di società, devono obbligatoriamente versare i contributi all'Enpac; ipotizzabile anche un obbligo di versamento in percentuale sul reddito derivante dall'attività svolta dai CED. L'obiettivo è quello di garantire risorse all'ente e coperture assicurative e previdenziali proprie;
- l'ordine deve essere strutturato come un'*authority* nel campo delle relazioni umane. Se il capitale umano è fondamentale occorre avere una *authority* che lo governi e lo controlli, arrivando fino al dettaglio delle varie situazioni trovando soluzioni e proposte. Un'*authority* che abbia anche il potere di infliggere sanzioni e cancellazioni;
- implementare la possibilità per i professionisti di fare contratti di rete o di sviluppare in forma consortile la propria attività; al contempo mettere in atto pratiche efficaci per intercettare la pratica di "prestanome formale".

Queste sono alcune idee che la dirigenza milanese porterà a Treia per confrontarsi con tutti i colleghi d'Italia sul futuro della professione. Un più dettagliato resoconto sarà offerto sul prossimo numero di Sintesi per avviare la discussione e raccogliere le idee di tutti i colleghi.

# Trasferta e trasfertismo: le conferme della Cassazione dopo la pronuncia a Sezioni Unite

## Introduzione

L'art. 7-*quinquies*, aggiunto in sede di conversione del D.l. n. 193/2016, ha previsto a titolo d'interpretazione autentica in materia di determinazione del reddito di lavoratori in trasferta e trasfertisti, che il co. 6, art. 51, Tuir, si interpreti:

*“nel senso che i lavoratori rientranti nella disciplina ivi stabilita sono quelli per i quali sussistono contestualmente le seguenti condizioni:*

- a) *la mancata indicazione, nel contratto o nella lettera di assunzione, della sede di lavoro;*
- b) *lo svolgimento di un'attività lavorativa che richiede la continua mobilità del dipendente;*
- c) *la corresponsione al dipendente, in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi, di un'indennità o maggiorazione di retribuzione in misura fissa, attribuite senza distinguere se il dipendente si è effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta”.*

Per togliere ogni ulteriore dubbio, il secondo comma dell'art. 7-*quinquies* prende anche in considerazione il caso contrario, prevedendo che *“ai lavoratori ai quali, a seguito della mancata contestuale esistenza delle condizioni di cui al comma 1, non è applicabile la disposizione di cui al comma 6 dell'art.*

*51 del testo unico di cui al citato decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986, è riconosciuto il trattamento previsto per le indennità di trasferta di cui al comma 5 del medesimo art. 51”.*

La natura interpretativa della disposizione consente di applicarla, retroattivamente, anche ai giudizi in corso: senza tale qualificazione, il suo ambito di efficacia rimarrebbe viceversa limitato soltanto alle situazioni verificatesi dopo la sua entrata in vigore.

L'intervento di riforma trova le sue ragioni nel contenzioso sorto in materia di trasferta/trasfertismo, a seguito di un indirizzo giurisprudenziale, originato a partire dal 2012 dalla nota sentenza n. 396/2012 della Cassazione e via via consolidatosi, in aperto contrasto con la prassi emanata da Ministero del lavoro, Inps e Agenzia delle entrate/Ministero delle finanze (in particolare il messaggio Inps n. 27271/2008 e la nota del Ministero del Lavoro n. 8287/2008, che hanno solo parzialmente indirizzato l'azione di accertamento visto che il contenzioso è stato poi originato da verbali ispettivi).

Da una parte, infatti, la Corte di Cassazione iniziò ad affermare che il regime del trasfertismo (art. 51, co. 6, Tuir) non richiedeva per la sua applicazione che le indennità e le maggiorazioni ivi previste fossero →

corrisposte in maniera fissa e continuativa, anche indipendentemente dall'effettuazione della trasferta e dal tipo di essa: la norma indica come eventuale tale rigida continuità ("anche se"), mentre concentra il proprio nucleo precettivo, in rapporto a quello del precedente comma, nel dato relativo a un'erogazione corrispettiva dell'obbligo contrattuale assunto dal dipendente di espletare normalmente le proprie attività lavorative in luoghi sempre variabili e diversi e, quindi, al di fuori di una qualsiasi sede di lavoro prestabilita. Secondo tale indirizzo, quindi, il regime della trasferta era inapplicabile ai cd. trasfertisti ontologici, cioè quei lavoratori che per le caratteristiche strutturali della loro prestazione non hanno una sede di lavoro fissa e prevalente: i regimi del co. 5 e del co. 6 non potevano essere oggetto di "scelta", ma conseguenza della modalità di lavoro. Con la conseguenza dell'assoggettabilità dell'indennità di trasferta erogata a lavoratori itineranti nella misura del 50%, anche se erogata solo in occasione delle trasferte.

Viceversa, a livello di prassi, si dava spazio a una maggior conformabilità dell'istituto della trasferta, e delle sue esenzioni, anche ad attività che di per sé comportassero sempre la variabilità del luogo di lavoro (si pensi all'autotrasporto, all'edilizia e all'installazione). I principi della produzione di prassi sono ora stati recepiti dal D.l. n. 193/2016, chiudendo quindi il contrasto sorto.

Tuttavia, rimaneva un'ultima questione in attesa di conferma, cioè l'effettiva natura interpretativa del D.l. n. 196/2016, risolta positivamente in favore di tale qualificazione, dopo i legittimi dubbi della Cass., 18 aprile 2017, n. 9731, dalla pronuncia enciclopedica a Sezioni Unite n. 27093/2017.

Risulta particolarmente interessante, per poter testare gli effetti della Cass. SS.UU. n. 27093/2017 sul contenzioso pendente relativo all'applicabilità del regime del trasfertismo in luogo di quello della trasferta, analizzare le recenti sentenze della Suprema Corte: l'intervento del D.l. n. 193/2016, art. 7-quinquies (convertito con Legge n. 225/2016), pur essendo stato espressamente qualificato come atto "di interpretazione autentica", inizialmente ha suscitato alcune perplessità all'interno della stessa Corte per il suo

presunto carattere innovativo – situazione che avrebbe precluso la sua applicabilità ai giudizi in corso - fugate, come detto, dalla pronuncia a sezioni unite.

### La Suprema Corte digerisce i principi delle Sezioni Unite

Quindi, per poter considerare definitivamente chiuso, almeno per il passato, il complicato contenzioso sorto in materia, non restava che attendere le prime pronunce, soprattutto di legittimità, che applicassero le nuove norme interpretative retroattivamente, cioè per le cause innescate prima che entrasse in vigore il D.l. n. 193/2016.

Attesa dissolta con pronuncia della Corte di Cassazione n. 16579/2018, nella quale ha dovuto affrontare gli effetti di una riqualificazione ispettiva di indennità, trattate dal datore di lavoro come connesse a trasferte (esenti totalmente entro le soglie del co. 5, art. 51 Tuir), in favore del regime da trasfertista, con un'imponibilità al 50%, che determinava una richiesta di contributi pari a circa 34.000 euro.

Come esito del giudizio di merito, la Corte di Appello di Torino aveva ritenuto corretto quanto deciso dall'Inps in quanto *"l'attività aziendale comporta(va) continui spostamenti di tutti i dipendenti... in cantieri di lavoro sempre diversi... che le attività svolte in sede (...) costituiscono una porzione ridottissima delle attività (...) che l'azienda eroga(va) per tali spostamenti, per tutti i giorni lavorati fuori sede, una indennità giornaliera, sotto la voce "indennità trasferta Italia" di importo variabile"*.

Nello stesso tempo, cadendo in un grossolano errore, la Corte di Appello aveva ritenuto non dovuti i contributi in relazione ai "rimborsi chilometrici" erogati ai lavoratori che effettuavano viaggi per motivi di lavoro, al di fuori del comune in cui aveva sede l'azienda, con la propria autovettura. Nel momento in cui il lavoratore viene qualificato come trasfertista, non risultano applicabili le disposizioni previste (nel comma 5 relativo alla trasferta) sull'esenzione da imponibilità dei rimborsi per le spese di trasporto. Come si vedrà di seguito, con la revisione della natura delle indennità, il problema di fatto non si pone in quanto tornando al regime della trasferta i rimborsi chilometrici rivivono nella loro imponibilità.

La Cassazione, ribaltando il giudizio di Appello, ➤

infatti ha considerato utilizzabile retroattivamente il disposto del D.l. n. 193/2016, in quanto l'attività svolta in trasferta era soltanto prevalente e non continuativa e non comportava la corresponsione di un'indennità di trasferta in misura fissa.

L'argomento decisivo, nelle proprie motivazioni, è rappresentato dalla presa atto di quanto disposto dalla Cass. SS.UU. n. 27093 del 15 novembre 2017, nel confermare la natura retroattiva del D.l. 22 ottobre 2016, n. 193, art. 7 *quinquies* (convertito dalla Legge 1 dicembre 2016, n. 225): l'autoqualificazione come norma di "interpretazione autentica" dell'art. 51, co. 6, del Tuir *"risulta conforme ai principi costituzionali di ragionevolezza e di tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, oltre che all'art. 117 Cost., co. 1, sotto il profilo del principio di preminenza del diritto e di quello del processo equo, consacrati nell'art. 6 della CEDU"*.

Secondo le Sezioni Unite, il D.l. n. 193/2016 ha integrato la norma con un significato non solo compatibile con il suo tenore letterale, ma più *"aderente alla originaria volontà del legislatore, con la finalità di porre rimedio ad una situazione di oggettiva incertezza del dato normativo, determinata da un persistente contrasto tra la giurisprudenza di legittimità, le Pubbliche Amministrazioni del settore e la variegata giurisprudenza di merito"*.

A margine della stringata motivazione della questio-

ne centrale del giudizio, la Suprema Corte ha poi sottolineato come i rimborsi chilometrici versati dal datore di lavoro ai dipendenti, in occasioni di trasferte fuori del territorio comunale devono essere documentati per poter essere considerati connessi alle spese di viaggio da questi sostenute: ai fini dell'esclusione dall'imponibile contributivo, l'onere probatorio del datore di lavoro è assolto "documentando i rimborsi chilometrici con riferimento al mese di riferimento, ai chilometri percorsi nel mese, al tipo di automezzo usato dal dipendente, all'importo corrisposto a rimborso del costo chilometrico sulla base della tariffa Aci" (Cass., n. 2419/2012).

Di pochi giorni precedente è la sentenza Cass. civ. sez. Lavoro, 20 giugno 2018, n. 16263, con esito pressoché identico: dopo aver dato rilevanza agli elementi fattuali accertati nei gradi di merito – in particolare, all'indicazione della sede di lavoro nelle lettere di assunzione, alla mancata erogazione dell'indennità in caso di trasferte nell'ambito del comune sede di lavoro e in caso di assenze per ferie, permessi, malattia - ha ritenuto applicabile il co. 5 dell'art. 51 (trasferta) in luogo del co. 6 (trasfertismo). Infatti, ai sensi del D.l. n. 193 del 2016, applicabile retroattivamente, per la qualificazione come trasfertista devono essere contestualmente presenti le 3 condizioni indicate in tale norma.

# Modifiche ai rapporti in Somministrazione a termine

**C**ambia ancora il contratto di somministrazione di lavoro a termine.

Rispetto alla versione prevista dal D.l. n. 87/2018 (cd. Decreto Dignità), la legge di conversione (Legge n. 96/2018) ha modificato alcune disposizioni riguardanti la somministrazione di lavoro, utilizzata dalle aziende per sopperire agli aumenti estemporanei della produzione lavorativa. Queste le modifiche che la legge Dignità ha apportato alla somministrazione di lavoro.

## Limite massimo Somministrati

Il legislatore ha introdotto, nella legge di conversione, un limite - non presente nella vecchia versione del D.lgs. n. 81/2015 e neanche nel D.l. n. 87/2018 - all'utilizzo dei lavoratori somministrati. In pratica, viene limitato l'uso di lavoratori somministrati a termine. Detto limite era presente esclusivamente per i lavoratori somministrati a tempo indeterminato (art. 31, co. 1) e non anche per i lavoratori somministrati a termine. Il nuovo limite, previsto dal legislatore, è dato dalla commistione tra lavoratori diretti e lavoratori somministrati in capo all'impresa utilizzatrice. Dal 12 agosto 2018 (data di vigenza della Legge n. 96/2018), la sommatoria tra dipendenti a tempo determinato e lavoratori somministrati a termine non potrà eccedere complessivamente il 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'impresa utilizzatrice al 1° gennaio dell'anno di stipulazione dei predetti contratti (per i contratti stipulati nel 2018, si dovrà effettuare il calcolo al 1° gennaio 2018). Qualora l'utilizzatore abbia iniziato l'attività nel corso dell'anno, il limite percentuale si computa sul numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al momento della stipulazione del contratto di

somministrazione di lavoro.

Nel caso in cui il calcolo porti ad un valore decimale, si dovrà procedere con l'arrotondamento: sino a 0,49 il valore decimale non dovrà essere preso in considerazione; con decimale uguale o superiore a 0,50, si dovrà calcolare l'unità intera superiore (*esempio: con 54 lavoratori a tempo indeterminato, il 30% è uguale a 16,20 che, in virtù dell'arrotondamento previsto dalla legge, diventano 16 lavoratori; con 56 lavoratori a tempo indeterminato, il 30% è uguale a 16,80 che, in virtù dell'arrotondamento, diventano 17 lavoratori assumibili a termine e/o utilizzabili in somministrazione*).

La nuova regola entra in vigore esclusivamente qualora non vi sia una diversa previsione contrattuale. In pratica, se l'utilizzatore ha disciplinato, attraverso la sua contrattazione collettiva di riferimento (sia essa nazionale, territoriale e aziendale) i limiti all'utilizzo del contratto a tempo determinato diretto e in somministrazione, è questo il limite che dovrà continuare ad essere applicato e non anche quello summenzionato. Ciò sta a significare che qualora la contrattazione collettiva, applicata dall'azienda utilizzatrice, preveda un qualsivoglia limite (percentuale o meramente numerico) all'utilizzo dei lavoratori in somministrazione, sarà questo quello che dovrà essere preso in considerazione per il rispetto di quanto previsto dal nuovo art. 31, co. 2, del D.lgs. n. 81/2015.

Solo la mancanza di una norma contrattuale farà scattare l'applicazione di quanto previsto dal legislatore. Ricordo due evidenze fondamentali da verificare:

- La prima è che la contrattazione collettiva da prendere in considerazione è quella applicata dall'utilizzatore e non dall'agenzia di somministrazione →

(datore di lavoro del lavoratore somministrato).

- La seconda: per considerare valida la disposizione contrattuale, questa deve “nascere” da una contrattazione che rispetti quanto previsto dall’art. 51 e cioè si deve trattare di un contratto collettivo nazionale o territoriale, stipulato da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale ovvero da un contratto collettivo aziendale stipulato dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Inoltre, la norma che ha disciplinato l’inserimento del limite dei lavoratori somministrati a termine ha fatto salvo il limite disposto dall’art. 23 del D.lgs. n. 81/2015 e cioè il limite massimo previsto per i soli lavoratori a tempo determinato “diretti” cioè quelli assunti direttamente dall’azienda (il 20% dei lavoratori del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza al 1° gennaio dell’anno di assunzione). Qui l’applicazione della disposizione normativa è alquanto complessa ed è il caso che intervenga il Ministero del Lavoro e/o dell’Ispettorato del lavoro con una circolare esplicativa, al fine di chiarire i dubbi in merito. Ciò in considerazione del fatto che, per quanto la norma prescriva il “fermo restando il limite disposto dall’art. 23”, lo stesso art. 23 dispone: “Salvo diversa disposizione dei contratti collettivi”; quindi - a mio avviso - il limite complessivo di lavoratori a termine, sia essi assunti direttamente dall’impresa che utilizzati con un rapporto di somministrazione a tempo, dovrà essere calcolato tenendo presente ciò che è prescritto dalla contrattazione collettiva applicata dall’impresa e solo in mancanza di essa da quanto prescritto dal nuovo comma 2, dell’art. 31.

In ogni caso, sono esentati dal computo dei limiti quantitativi i lavoratori somministrati a tempo determinato che rientrano in una di queste categorie:

1. lavoratori in mobilità (di cui all’art. 8, co. 2, della Legge 23 luglio 1991, n. 223);
2. soggetti disoccupati che godono da almeno 6 mesi di trattamenti di disoccupazione non agricola o di ammortizzatori sociali;
3. lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati (ai sensi dei numeri 4) e 99) dell’art. 2 del regola-

mento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014).

In questa ultima categoria (lavoratori svantaggiati o molto svantaggiati), rientrano tutti quelli individuati dal Decreto 17 ottobre 2017 del Ministero del lavoro. Vediamo, in particolare, chi sono questi lavoratori che – ripeto – sono da escludere dal computo per il raggiungimento della percentuale massima di lavoratori in somministrazione a tempo determinato e che, quindi, potranno essere utilizzati senza limiti da parte dell’utilizzatore.

### Lavoratori svantaggiati

Per essere compresi nella categoria dei lavoratori svantaggiati, i soggetti devono soddisfare almeno una delle seguenti condizioni.

#### Impiego

Non avere un impiego regolarmente retribuito da almeno 6 mesi. Si tratta di coloro che, negli ultimi 6 mesi:

- non hanno prestato attività lavorativa riconducibile a un rapporto di lavoro subordinato della durata di almeno 6 mesi;
- hanno svolto attività lavorativa in forma autonoma o parasubordinata dalla quale derivi un reddito che corrisponde a un’imposta lorda pari o inferiore alle detrazioni spettanti ai sensi dell’art. 13 del Tuir di cui al D.P.R. n. 917/1986.

#### Età anagrafica

- Avere un’età compresa tra i 15 e i 24 anni;
- Aver superato i 49 anni di età.

#### Istruzione e formazione

Non possedere un diploma di scuola media superiore o professionale (livello ISCED 3) o aver completato la formazione a tempo pieno da non più di 2 anni e non avere ancora ottenuto il primo impiego regolarmente retribuito.

Sono inoltre svantaggiati coloro che non hanno conseguito un diploma di istruzione secondaria superiore o una qualifica o un diploma di istruzione e formazione professionale rientranti nel terzo livello della classificazione internazionale sui livelli di →



istruzione, nonché coloro che hanno conseguito una delle suddette qualificazioni da non più di due anni e non hanno avuto un primo impiego regolarmente retribuito da almeno 6 mesi.

### **Situazione familiare**

È un lavoratore svantaggiato un adulto che vive solo con una o più persone a carico, ovvero chi ha compiuto 25 anni di età e sostiene da solo il nucleo familiare in quanto ha una o più persone a carico ai sensi dell'art. 12 del Tuir di cui al D.P.R. n. 917/1986.

### **Settori e professioni con tasso di disparità uomo-donna**

Determina la condizione di lavoratore svantaggiato l'essere occupato in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato (per l'anno 2018 la norma di riferimento è il Decreto interministeriale del 10 novembre 2017).

Sono svantaggiati inoltre coloro che sono occupati nei settori e nelle professioni caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna e che appartengono al genere sottorappresentato.

### **Minoranze etniche e linguistiche**

Rende lavoratori svantaggiati:

- l'appartenere a una minoranza etnica di uno Stato membro UE e avere la necessità di migliorare la propria formazione linguistica e professionale o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso ad un'occupazione stabile;
- l'appartenere alle minoranze storicamente insediate sul territorio italiano ai sensi della Legge n. 482/1999 e a quelle minoranze che risultino ufficialmente riconosciute in Italia sulla base di specifici provvedimenti, se si dimostra la necessità di migliorare le proprie competenze linguistiche e professionali o la propria esperienza lavorativa per aumentare le prospettive di accesso a un'occupazione stabile.

### **Lavoratori molto svantaggiati**

Per essere compresi nella categoria dei lavoratori

molto svantaggiati, i soggetti devono soddisfare almeno una delle seguenti condizioni:

- privi da almeno 24 mesi di impiego regolarmente retribuito;
- privi da almeno 12 mesi di impiego regolarmente retribuito e appartenenti ad una delle seguenti categorie dei lavoratori svantaggiati: avere un'età compresa tra i 15 e i 24 anni o appartenere a una minoranza etnica o linguistica.

### **Applicazione delle regole dei Contratti a termine ordinari**

Altra modifica, di forte impatto per la somministrazione di lavoro a termine, è presente all'interno del comma 2 dell'art. 34 ("Disciplina dei rapporti di lavoro"). Laddove viene precisato che *"In caso di assunzione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e lavoratore è soggetto alla disciplina di cui al capo III, con esclusione delle disposizioni di cui agli articoli 21, co. 2 (stop and go), 23 (numero complessivo contratti a termine) e 24 (diritti di precedenza)"*.

Ciò sta a significare che al contratto di somministrazione si devono applicare le seguenti regole previste per i contratti a tempo determinato diretto:

1. La durata massima dei contratti in somministrazione a termine non potrà superare i 24 mesi (ad esclusione delle agenzie di somministrazione che applicano contratti collettivi che hanno previsto una diversa disposizione in merito);
2. Nel caso di ricorso al contratto di somministrazione di lavoro con una durata superiore a 12 mesi, deve essere indicato, esclusivamente da parte dell'utilizzatore, una delle seguenti causali:
  - a. esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività;
  - b. esigenze di sostituzione di altri lavoratori;
  - c. esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria;
3. Il primo contratto di somministrazione a termine, di durata non superiore a 12 mesi, può essere stipulato senza la specifica di una delle causali previste al punto 2;
4. Per quanto la normativa disponga che il rap- →

porto di lavoro tra somministratore e lavoratore debba soggiacere alle regole previste per il contratto a termine “diretto”, le proroghe continueranno ad essere definite dalla contrattazione collettiva applicata dall’Agenzia di somministrazione. L’evidenza è contemplata nel secondo periodo del secondo comma, dell’art. 34 del TU sui contratti di lavoro, laddove viene espressamente indicato che *“Il termine inizialmente posto al contratto di lavoro può in ogni caso essere prorogato, con il consenso del lavoratore e per atto scritto, nei casi e per la durata previsti dal contratto collettivo applicato dal somministratore”*;

5. Le proroghe effettuate dopo i primi 12 mesi devono prevedere una delle causali indicate al punto 2;
6. Nel rispetto della durata massima, il rapporto di somministrazione potrà prevedere, al pari del contratto a tempo determinato diretto, una cd. “prosecuzione di fatto”, cioè un ulteriore periodo di massimo 30 giorni se il contratto in scadenza è stato inferiore a 6 mesi ovvero massimo 50 giorni se il contratto in scadenza è stato pari o superiore a 6 mesi. Ricordo che durante la prosecuzione di fatto, il lavoratore ha diritto di ricevere una maggiorazione retributiva del 20% per i primi 10 giorni e del 40% per ciascun giorno ulteriore.;
7. L’agenzia di somministrazione dovrà corrispondere una maggiorazione contributiva pari all’1,40% sul primo contratto a termine ed una maggiorazione dell’1,90% per ogni rinnovo del contratto in somministrazione a termine. Ciò sta a significare

che la maggiorazione dell’1,90% si deve corrispondere esclusivamente dal secondo contratto in somministrazione a termine, mentre la maggiorazione dell’1,40% vige per tutto il primo contratto a termine, proroghe comprese;

8. Qualora il lavoratore ritenga illegittimo il contratto di somministrazione a tempo determinato stipulato, deve impugnare, con qualsiasi atto, anche di natura extragiudiziale, il contratto entro 180 giorni dalla cessazione del singolo contratto.

Ricordo, ulteriormente, che le nuove disposizioni sono immediatamente operative, in quanto il legislatore non ha previsto una norma transitoria per rimandare la vigenza delle modifiche.

### Somministrazione fraudolenta

Nella legge di conversione è stato inserito, all’interno dell’art. 2 (*Modifiche alla disciplina della somministrazione di lavoro*) il co. 1-bis che ha reintrodotto la somministrazione fraudolenta (ora disciplinata dall’art. 38-bis del D.lgs. n. 81/2015). La sanzione si realizza allorché la somministrazione di lavoro viene posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore.

La sanzione si applica sia all’agenzia di somministrazione che all’utilizzatore e prevede la pena dell’ammenda di 20 euro per ciascun lavoratore somministrato coinvolto e per ciascun giorno di somministrazione.

# Il rifiuto del lavoratore al trasferimento: limiti e conseguenze

Il trasferimento del lavoratore subordinato è la tipica manifestazione dei poteri organizzativo e direttivo attraverso cui il datore di lavoro dispone il mutamento tendenzialmente definitivo del luogo di lavoro nell'ambito della stessa azienda. Trattandosi di atto unilaterale recettizio e tenuto conto del principio del *favor praestatoris*, l'art. 2103 del Codice Civile così come novellato dall'articolo 13 della Legge n. 300/1970, ha disciplinato la materia al fine di realizzare il bilanciamento dei contrapposti interessi ascritti ai soggetti coinvolti nell'operazione di trasferimento. A tale riguardo in linea generale, da un lato la norma codicistica appena citata dispone che il trasferimento risulta legittimo solo se assunto in presenza di comprovate "ragioni tecniche, organizzative e produttive", dall'altro la copiosa giurisprudenza in materia ha statuito che il controllo giurisdizionale delle ragioni che legittimano il trasferimento del lavoratore subordinato deve essere diretto ad accertare che vi sia corrispondenza tra il provvedimento adottato dal datore di lavoro e le finalità tipiche dell'impresa, e, trovando un preciso limite nel principio di libertà dell'iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 della Costituzione, non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore. Inoltre, sul datore di lavoro non incombe l'onere di dimostrare il carattere inevitabile del trasferimento riguardo all'inutilizzabilità del lavoratore nell'unità produttiva originaria ma è sufficiente riscontrare la fondatezza delle ragioni che costituiscono il presupposto del provvedimento. Tralasciando in questa sede ogni riferimento sui limiti posti dalla normativa al trasferimento di particolari figure professionali, per ragioni familiari o riguardanti lavoratori investiti di specifiche cariche politiche e sindacali, appare evidente che ordinariamente, il trasferimento, implicando un mutamento sostanziale

e definitivo delle condizioni generali del rapporto di lavoro, impatta direttamente sulla sfera personale/familiare del lavoratore divenendo, nella maggior parte dei casi, fonte di contenzioso.

L'Ordinanza della Corte di Cassazione Sezione Lavoro (n. 16697 del 25 giugno 2018) da cui prende spunto la presente riflessione contribuisce ad ampliare la già copiosa produzione giurisprudenziale in materia con specifico riferimento alle modalità di opposizione all'ordine di trasferimento.

La questione sottoposta alla Suprema Corte riguarda il licenziamento di una lavoratrice cui era stato notificato un provvedimento di trasferimento presso altra sede produttiva durante il periodo di astensione facoltativa. La lavoratrice, ricevuto il provvedimento di trasferimento, ne contestava la legittimità inviando nota al datore di lavoro nella quale sosteneva il difetto delle ragioni tecniche ed organizzative, nonché l'incompatibilità del mutamento logistico con le sue condizioni di famiglia, essendo madre di due bambini molto piccoli. Al termine del periodo di astensione facoltativa, la dipendente, dopo aver fruito di un periodo di assenza per malattia, si presentava presso la sede di lavoro originaria, ma la sua prestazione veniva rifiutata sulla base della circostanza che la stessa risultasse ormai in forza presso una diversa unità produttiva a seguito di trasferimento a suo tempo comunicato dall'azienda.

Nei giorni a seguire il datore di lavoro trasmetteva alla dipendente lettera di contestazione per assenze arbitrarie dal lavoro concedendole 5 giorni per le giustificazioni del caso. La lavoratrice, respingendo ogni addebito, motivava la propria condotta sostenendo di aver prontamente offerto le proprie energie lavorative al datore di lavoro, mettendosi a disposizione dello stesso presso la sede originaria e quindi di avere corretta- ➔

mente adempiuto ad ogni obbligo. Dopo circa un anno dalla data di contestazione sopra richiamata e delle relative giustificazioni, il datore di lavoro inviava alla lavoratrice comunicazione nella quale veniva sancita la conclusione del rapporto “per recesso dal contratto di lavoro subordinato”, avverso cui veniva proposto ricorso da parte della dipendente. Nel primo grado di giudizio, il provvedimento datoriale, inquadrato giuridicamente come un licenziamento disciplinare, veniva ritenuto illegittimo per difetto del requisito dell'immediatezza, con conseguente condanna del datore di lavoro alla reintegra della dipendente ed al risarcimento del danno, commisurato alle retribuzioni maturate dall'epoca del recesso fino all'effettiva reintegra.

Appare utile ricordare che nel licenziamento disciplinare, l'immediatezza del provvedimento espulsivo si configura quale elemento costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro, in quanto la tardività è generalmente qualificata come manifestazione di volontà del datore di lavoro di rinunciare ad irrogare la sanzione disciplinare, oppure come acquiescenza o tolleranza, elementi che inducono ad escludere la sussistenza della “giusta causa” di licenziamento *ex art.* 2119 c.c.. Avverso la sentenza di primo grado, il datore di lavoro proponeva ricorso presso la Corte di Appello che, accogliendone il gravame, riformava la decisione, interpretando la lettera di recesso quale presa d'atto dell'avvenuta risoluzione del contratto da parte della dipendente (dimissioni), sulla base di quanto previsto dal Regolamento aziendale. In pratica, a parere dei giudici di secondo grado, il trasferimento non poteva essere semplicemente contestato per via stragiudiziale, stante il pregiudizio arrecato con il rifiuto, all'organizzazione datoriale e considerato che il provvedimento di trasferimento avrebbe potuto essere contrastato con l'impugnazione in via d'urgenza e/o avvalendosi della facoltà di ricorso al Consiglio di Amministrazione prevista nel Regolamento aziendale in opposizione alla declaratoria d'ufficio delle dimissioni. La lavoratrice ricorreva quindi in Cassazione, denunciando che il rifiuto implicitamente opposto al provvedimento di trasferimento doveva essere ritenuto legittimo e non poteva giustificare alcuna risoluzione del rapporto, in quanto proporzionato all'illegittimo comportamento del datore.

La Suprema Corte, con l'Ordinanza in commento, nel confermare la sentenza di appello statuisce che, ai fini della valutazione complessiva della fattispecie, la mancata presa di servizio da parte della dipendente in assenza di impugnativa, risulta assorbente rispetto ad ogni ulteriore interpretazione del comportamento tenuto dalle parti del rapporto. In particolare, per la Corte non viene ritenuta rilevante ai fini del giudizio, la regolare erogazione della retribuzione da parte del datore di lavoro durante il periodo di assenza della dipendente, né può essere considerata come esimente la circostanza che, all'epoca dei fatti, l'azione della lavoratrice diretta a contestare il provvedimento datoriale non fosse soggetta ad alcun termine di decadenza.

Ad ulteriore supporto di quanto statuito, la Cassazione, richiama un orientamento ormai consolidato della stessa Corte secondo cui, il trasferimento adottato dal datore di lavoro in violazione dell'art. 2103 cod. civ., quindi in assenza di comprovate “ragioni tecniche, organizzative e produttive”, non giustifica in via automatica il rifiuto del dipendente all'osservanza del provvedimento e quindi la sospensione della prestazione lavorativa. Il rifiuto del lavoratore al provvedimento di trasferimento illegittimo deve, infatti, secondo la Suprema Corte essere valutato, sotto il profilo sanzionatorio, alla luce del disposto dell'art. 1460, co. 2, c.c. secondo il quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte non inadempiente non può rifiutare l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto stesso è contrario alla buona fede.

La verifica delle circostanze rientra nei poteri del giudice di merito ed è insindacabile in sede di legittimità. In estrema sintesi, nella fattispecie in esame, le conseguenze derivanti dal comportamento della lavoratrice sull'organizzazione aziendale sono state ritenute, dalla Suprema Corte, assorbenti rispetto all'inadempimento datoriale. La Cassazione, dunque, nel vagliare il caso specifico, pur non ponendosi sostanzialmente in contrasto con l'orientamento giurisprudenziale prevalente in tema di trasferimento del lavoratore, opera una interessante comparazione tra gli interessi contrapposti del rapporto rilevando una alterazione del sinallagma, tenuto anche conto della mancata attivazione da parte della lavoratrice degli strumenti previsti, dalla legge e dal contratto, a garanzia della stessa in caso di trasferimento illegittimo.

# Attività ispettiva e contratti certificati: nuove indicazioni dall'Ispettorato<sup>1</sup>

L'INL dirama la circolare n. 9/2018, che pare rivolta per lo più alle proprie sedi territoriali, per chiarire i rapporti fra le attività di vigilanza e la certificazione dei contratti. In presenza di contratti certificati è infatti preclusa la possibilità di verbalizzare direttamente con efficacia immediata eventuali violazioni, che dovranno essere accertate solo per via giudiziale e dopo l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione avanti la sede di certificazione inizialmente adita dalle parti. Dal testo complessivo pare trasparire una certa insofferenza verso l'attività di certificazione, vista quasi come un intralcio all'attività ispettiva e non, invece, come utile strumento sussidiario di legalità.

## Gli effetti della certificazione rispetto all'attività ispettiva

La certificazione dei contratti di lavoro è un istituto previsto dagli artt. 75 ss., D.lgs. n. 276/2003, e consiste in una procedura volontaria, ad opera delle parti sottoscriventi un contratto in cui sia dedotta una prestazione di lavoro, volta a sottoporre il contratto all'esame di una commissione qualificata e istituita a norma di legge, che ne esamina il contenuto al fine di asseverarlo sia in termini di qualificazione del rapporto, sia rispetto a eventuali clausole particolari, nonché sugli eventuali effetti fiscali, previdenziali e assicurativi previsti dalle pattuizioni contrattuali. Come più volte sottolineato<sup>2</sup>, uno dei vantaggi offerti dalla certificazione, almeno per quello che qui tratteremo, è l'efficacia della stessa non solo nei confronti delle parti sottoscriventi (in genere, lavoratore e datore di lavoro), ma anche nei confronti dei terzi.

Fra i terzi vanno sicuramente annoverati anche gli Enti della P.A. (si ricorda che può essere richiesta – e in genere lo si fa – l'efficacia della certificazione non

solo per gli aspetti giuridici e contrattuali, ma anche ai fini fiscali, assicurativi e previdenziali). La valenza della certificazione, pertanto, permane fino al momento in cui dovesse essere accolto con sentenza di merito un eventuale ricorso contro la certificazione, con il peso dell'onere probatorio trasferito con particolare rilievo sulla parte che adisce l'autorità giudiziaria.

Anche rispetto alle attività di vigilanza, la certificazione rende temporaneamente inefficace un accertamento ispettivo: prima di procedere alla verbalizzazione di irregolarità o all'irrogazione di sanzioni o provvedimenti inerenti il contratto certificato (per la sola parte che è stata oggetto di certificazione, qualora la stessa non sia globale) l'Ispettore è infatti onerato di un doppio passaggio:

- inizialmente dovrà promuovere una conciliazione presso la Commissione di certificazione che, a suo tempo, ha esaminato e asseverato il contratto in contestazione, presentando istanza nei modi e tempi previsti dalla Commissione;
- solo all'esito di tale conciliazione, ove esso fosse negativo, potrà promuovere l'azione giudiziale, ➔

1. Già pubblicato con modifiche redazionali, ne "Il Giurista del lavoro", Euroconference Ed., luglio 2018.

2. Sia concesso per brevità espositiva il rimando a: A.

Asnaghi, *La certificazione dei contratti di lavoro: fattispecie, benefici, legittimità*, La circolare di lavoro e previdenza, n. 12-13/2018.

nella quale, peraltro, il giudice adito dovrà tenere conto del comportamento delle parti mantenuto nella sede conciliativa.

Una decisa limitazione, che però trova la sua motivazione nel ruolo e nell'importanza assegnata dalla legge alla certificazione come strumento sussidiario di buona prassi volto a prevenire il contenzioso e a promuovere legalità.

La circolare INL n. 9/2018 si occupa proprio del rapporto fra conciliazione e attività ispettiva, muovendosi sul doppio binario della certificazione in concomitanza con l'attività ispettiva e dei rimedi (*rectius*, dell'impugnazione) contro un atto certificatorio da parte degli Enti di vigilanza.

Si tratta di due aspetti legati da tempistiche differenti, in quanto nel primo caso la certificazione non è ancora giunta a compimento all'atto dell'ispezione, mentre nel secondo caso l'accertamento è postumo rispetto a un contratto già certificato: ripercorreremo le indicazioni dell'INL – che sembrano indirizzate in prevalenza alle proprie diramazioni territoriali<sup>3</sup> – seguendo pedissequamente lo schema dallo stesso utilizzato.

### Attività ispettiva in pendenza di certificazione

L'Ispettorato prende in considerazione i casi in cui all'avvio di un'ispezione si sia in presenza di un contratto non ancora certificato, con due sottocasi piuttosto particolari:

1. il contratto è stato sottoposto a certificazione precedentemente all'inizio dell'ispezione, ma all'atto della stessa il procedimento non si è ancora concluso;
2. l'istanza per la certificazione del contratto è stata presentata solo dopo l'avvio dell'ispezione.

Partiamo dall'analisi del secondo caso, che risulta essere di immediata definizione: un accertamento è stato avviato e solo in seguito ad esso le parti decidono di far certificare un contratto. Sembrerebbe, in

tutta obiettività, un'azione tardiva di contrasto, o di difesa postuma, verso la potestà accertativa, e pertanto sembra corretto che, in tal caso, il tempestivo avviso da parte dell'organo ispettivo alla Commissione di certificazione non possa che portare alla sospensione del procedimento, che potrà riprendere solo al termine dell'ispezione e che non potrà, evidentemente, non tener conto degli esiti dell'accertamento<sup>4</sup>.

Un po' più complessa risulta invece la prima fattispecie, ovvero se l'istanza di certificazione sia stata presentata dalle parti in maniera autonoma prima dell'ispezione, che tuttavia interviene quando l'*iter* di certificazione non si sia ancora definito<sup>5</sup>.

Qui le osservazioni della circolare appaiono meno condivisibili, in quanto il caso è sostanzialmente parificato dall'INL a quello appena esaminato: secondo l'INL, infatti, analogamente al caso precedente, il personale ispettivo svolge la propria attività senza alcun effetto preclusivo sulla stessa e, anzi, avendo cura di informare la Commissione di certificazione, adempimento che secondo l'INL sarebbe "*funzionale alla sospensione del procedimento certificatorio*", come previsto dai regolamenti di alcune commissioni. Per giustificare tale passaggio, viene fatto riferimento al potere (previsto dall'art. 78, D.lgs. n. 276/2003) delle autorità pubbliche a cui si rivolgono gli effetti della certificazione di presentare osservazioni sulla certificazione di cui la Commissione deve tenere conto, in sede di motivazione del provvedimento finale.

Le osservazioni dell'INL a questo proposito non sembrano, a chi scrive, particolarmente puntuali. In particolare, il potere di rendere osservazioni alle Commissioni di certificazione (sempre possibile anche e a maggior ragione in presenza di un accertamento ispettivo) non può essere confuso con alcun obbligo da parte della Commissione di sospendere il procedimento certificatorio sino al termine delle attività ispettive.

Invero, alcune Commissioni hanno previsto tale →

3. La circolare in argomento, nel proprio *incipit*, parla esplicitamente di "*indicazioni operative*" e per tutta l'estensione del documento esplicita non tanto interpretazioni di diritto, quanto piuttosto istruzioni pratiche sulle modalità di comportamento delle sedi, in seguito ad "*alcune richieste di parere provenienti dal territorio*".

4. Solitamente, infatti, viene richiesto alle parti di dichiarare se il contratto è già stato sottoposto a precedenti certificazioni

o a ispezioni: un'eventuale risposta invertebra in tal senso inficerebbe radicalmente l'intero procedimento di certificazione.

5. La certificazione non è certo un procedimento "istantaneo" e, a seconda del tipo di contratto posto all'esame della Commissione, richiede un esame del contratto e della documentazione prodotta, un'audizione delle parti, eventuali integrazioni e, infine, l'emissione motivata del provvedimento, risultando (giustamente, in un'ottica di garanzia e serietà) un procedimento laborioso e articolato.

situazione nel loro regolamento<sup>6</sup> e ad esso devono pertanto attenersi. Tuttavia, nella direttiva sulle ispezioni del 18 settembre 2008 era esplicitamente previsto che l'accertamento dovesse concentrarsi, in particolare, sui contratti “che non siano già stati sottoposti al vaglio di una delle commissioni di certificazione (...) in quanto positivamente certificati o ancora in fase di valutazione”. Il passaggio prevedeva, pertanto, una zona di rispetto non solo per il contratto già certificato, ma anche per quello che volontariamente e spontaneamente<sup>7</sup> avesse già iniziato il percorso asseverativo. Vi era, sostanzialmente, in quel passaggio, una forma di rispetto e di “parità di dignità” fra azione certificativa e azione ispettiva, che, invece, nella circolare in commento, l'INL sembra relativizzare. Ritorneremo sul punto in sede conclusiva, ma vorremmo solo qui notare che – a dispetto di quanto contenuto nella circolare – qualora non vi fosse una previsione esplicita in tal senso nel proprio regolamento – “una commissione di certificazione non ha alcun obbligo di sospendere la certificazione”, ma, al più, di accogliere le osservazioni che volesse farle pervenire l'organo accertatore. Il che ha anche un senso, perché diversa è la fase di mera produzione di osservazioni e, se vogliamo, di *warning* degli Enti su determinate certificazioni magari su aspetti o situazioni controverse (che possono essere rilevate anche in fase di accertamento), diverso è pretendere una sospensione della certificazione. Uno dei significati del passaggio succitato della Direttiva Sacconi del 2008 era proprio quello di impedire l'eventualità, magari remota ma forse anche no, che in seguito alla presentazione di istanze di certificazione si producessero, in luogo delle predette osservazioni (facoltà che risulta pochissimo utilizzata dagli Enti), ispezioni di contrasto alla certificazione, il che avrebbe depresso irrimediabilmente l'istituto.

### L'impugnazione della certificazione per via giudiziale e la conciliazione obbligatoria preventiva

In presenza di un contratto certificato, gli effetti

dello stesso permangono fintanto che non sia stato accolto un rimedio giudiziale, unica via esperibile per un ricorso contro la certificazione.

Nel ripercorrere anche la narrazione della circolare in commento, ricordiamo che il ricorso giudiziale è possibile per due ordini di motivi, che approdano a *iter* procedurali del tutto differenti:

1. un ordine di motivi attiene al processo di formazione della certificazione, cioè per aspetti di natura formale o procedurale; in tali casi si prevede un ricorso al TAR e le fattispecie ipoteticamente interessate (ma sono casistiche che l'INL stesso riconosce del tutto residuali) riguardano la violazione di norme di legge o di regolamento che disciplinano il procedimento certificatorio o il fatto che la certificazione non trovi alcun fondamento negli elementi forniti dalle parti (cd. “eccesso di potere”) o, ancora, qualora la sede non sia territorialmente competente a certificare il contratto;
2. un ordine di motivi, che saranno posti alla valutazione del giudice ordinario (del lavoro), è invece di carattere sostanziale e attiene a un'errata qualificazione giuridica del contratto o, più frequentemente, a una difformità fra la situazione che è stata descritta in contratto (il cd. “programma negoziale”) e ciò che si è concretamente realizzato fra le parti.

In tale secondo ambito, l'eventuale accoglimento del ricorso da parte del giudice avrà effetto temporale dalla conclusione del contratto, qualora si trattasse di un'errata qualificazione del contratto, mentre in caso di diverso concreto atteggiarsi delle modalità di esecuzione concrete del contratto, la decorrenza sarà dalla data, accertata in giudizio, in cui tale scostamento abbia avuto inizio.

L'INL rende anche puntuali indicazioni sulla sede giudiziale da adire in casi più complessi (criteri che sono validi a prescindere se il contratto o la fattispecie impugnata sia certificata o meno), ove non sempre essa è di facile individuazione: in caso di molteplicità di lavoratori impiegati in diverse sedi, il foro adito →

6. Ad esempio, le Commissioni di certificazione istituite presso i Consigli Provinciali degli ordini dei Consulenti del lavoro hanno previsto la sospensione nel loro regolamento; tuttavia va anche notato che il regolamento è stato stipulato, a norma di legge, a livello nazionale su intesa del Ministero del lavoro

e del Consiglio Nazionale, per cui sembra in un certo senso che tale passaggio sia stato “desiderato” (se non imposto) in sede di stipula.

7. Spontaneità che sembrerebbe invece venir meno nell'altro caso esaminato in precedenza, ovvero ad azione ispettiva già avviata prima dell'istanza.

sarà quello relativo al luogo ove ha sede legale l'azienda, in caso in un contratto di appalto sarà quello della dipendenza dell'azienda (che può essere anche un cantiere presso cui si è svolto il rapporto di lavoro).

Qualora il territorio di competenza per il ricorso non fosse lo stesso della sede territoriale procedente, la stessa trasmetterà alla sede competente tutta la documentazione, onde quest'ultima possa agire in giudizio su delega della sede originaria.

Analogo trasferimento di competenza fra Uffici avverrà in caso di proposizione di istanza di conciliazione presso la sede di certificazione del contratto che si intende impugnare.

Si ricorda infatti che, come anticipato all'inizio del presente contributo, prima di poter adire l'autorità giudiziaria, anche l'organo di vigilanza che volesse impugnare un contratto certificato deve obbligatoriamente promuovere un'istanza di conciliazione presso la Commissione di certificazione che a suo tempo ha provveduto a certificare il contratto, istanza proponibile secondo le procedure proprie di ciascuna Commissione di certificazione.

A tal proposito, la richiesta di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata della conciliazione e per i 20 giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza.

Se tali sono i percorsi procedurali che vengono correttamente rappresentati dalla circolare n. 9/2018, desta tuttavia più di una perplessità l'atteggiamento complessivo di fondo, su cui esprimeremo nel prossimo paragrafo alcune considerazioni.

Resta solo da aggiungere, qui, che l'INL ricorda come il verbale conclusivo al termine dell'ispezione che abbia prodotto rilievi sui contratti certificati deve contenere l'espressa avvertenza che la propria efficacia è condizionata ai passaggi obbligatori suddetti (conciliazione prima ed eventuale giudizio poi).

### Osservazioni critiche e conclusioni

Riducendo all'osso, come abbiamo fatto nelle righe precedenti, le istruzioni trasmesse dall'INL alle sue diramazioni territoriali (istruzioni che dovrebbero

peraltro valere per qualsiasi organismo di vigilanza in materia di lavoro, data la competenza attribuita in via generale all'INL sulla materia, in termini di interpretazione e indirizzo), chi scrive non può esimersi dal rilevare alcune dolenti note che si ricavano dal tono complessivo della circolare e da quanto non detto, soprattutto se si confrontano le istruzioni dell'INL con il nuovo corso che solo 10 anni prima il Ministro del lavoro aveva tentato di dare alle ispezioni con la già citata direttiva del 2008 (la seconda in tutta la storia repubblicana).

Della pretesa (fra le righe, diciamo almeno dell'aspettativa) del tutto infondata dell'Ispettorato per cui all'avvio del procedimento ispettivo si sospenda la procedura di certificazione abbiamo già detto, così come della scarsa, se non nulla, attività di collaborazione e monitoraggio dell'operato delle Commissioni di certificazione, anche attraverso la proposizione di osservazioni in fase di certificazione<sup>8</sup>.

Ma ancor più deludenti sono i passaggi rispetto all'impugnazione della certificazione. Nella direttiva ispezioni (e in altri documenti di egual spessore emanati all'epoca) viene detto chiaramente che i contratti certificati (o anche in fase di certificazione già avviata) non saranno oggetto di accertamento *“salvo che non si evinca con evidenza immediata e non controvertibile la palese incongruenza tra il contratto certificato e le modalità concrete di esecuzione del rapporto di lavoro”*. Insomma, l'ispettore è invitato a “girare al largo” dal contratto certificato (o certificando), a meno di macroscopica difformità (*“evidenza immediata e non controvertibile”, “palese incongruenza”*) fra il contratto e il suo svolgimento concreto<sup>9</sup>.

Ma di tale atteggiamento prudentiale e rispettoso nei confronti della certificazione in tutta la circolare n. 9/2018 non si fa assolutamente menzione: sembra quasi darsi per scontato che ciascun ispettore sappia sempre e incontrovertibilmente quel che fa; e di quanto questa affermazione possa talvolta rivelarsi ottimistica ogni operatore ne ha personale esperienza.

Tuttavia, ciò si rivela a maggior ragione nell'assoluta sufficienza con cui viene trattato l'argomento della ➔

8. La domanda di fondo è se qualcuno sia deputato in maniera stabile a leggere e a confrontarsi sulla documentazione inviata (obbligatoriamente) dalle Commissioni di certificazione agli Enti oppure, come spesso succede, ci si limiti a un burocratico fenomeno di “passacarta”.

9. Peraltro, tale indirizzo viene disposto nell'ambito di un'economia di gestione dell'ispezione, dove le limitate risorse degli organi di vigilanza (di cui i vertici non mancano mai di dolersi in ogni occasione pubblica) vengono strategicamente riservate ai casi che non siano già stati in qualche modo vagliati.



conciliazione obbligatoria avanti la Commissione di certificazione, conciliazione esperita ai sensi dell'articolo 410 c.p.c., e la cui obbligatorietà è stata ribadita dal cd. Collegato lavoro (art. 31, Legge n. 183/2010). Non vi è una parola, non una, non solo nella circolare, ma negli atti emanati nel tempo dalle Direzioni ispettive, per indirizzare il comportamento degli ispettori o dei funzionari delegati in questa fase di confronto che il Legislatore ha voluto, con tutta evidenza, statuire con una duplice finalità:

- permettere un confronto in sede di certificazione che ricostruisse le motivazioni delle parti ed eventualmente scoprisse cosa non fosse andato a buon fine già nella fase di certificazione, offrendo momenti di confronto sulle modalità di certificazione e anche un osservatorio sul funzionamento di alcune di esse<sup>10</sup>;
- addivenire a una deflazione del contenzioso giudiziale anche su questi temi, proprio con l'ausilio della Commissione<sup>11</sup>.

E ben si può immaginare, nel caso in cui la sede di certificazione non sia coincidente – sotto l'aspetto territoriale – con quella dell'ufficio precedente, con quale spirito un funzionario di altro ufficio possa andare a conciliare e a confrontarsi basandosi sull'operato di un altro collega verso cui sarebbe palesemente imbarazzato qualora ritenesse di non confermarne pedissequamente le tesi (a questo proposito, chi scrive ritiene un errore strategico che alla conciliazione non siano, di regola, deputati i medesimi ispettori che hanno formulato i rilievi). Resta abbastanza evidente, a chi scrive, che il tutto venga vissuto – e invitato a vivere – da parte dell'INL come un mero passaggio formale-burocratico da sbrigare in fretta e furia per poter arrivare (finalmente!) al giudizio, in totale dispregio di ogni tentativo efficacemente deflattivo, che tuttavia starebbe nella finalità

della norma in argomento e, in fondo, dello stesso articolo di riferimento del codice di procedura civile. Senza contare che tali norme, ad esempio, prevedono espressamente che il giudice debba tenere conto del comportamento complessivo tenuto dalle parti nel passaggio conciliativo (che quindi non può essere inteso come meramente formale).

Insomma, ci chiediamo se, rispetto alla certificazione o ad altre buone prassi qualificate, l'azione di vigilanza venga concepita (come secondo noi dovrebbe essere) come un *primum inter pares*, oppure se si voglia attribuire una supremazia assoluta all'ispezione, trattando attività sussidiarie deflative e di legalità quasi come un fastidioso inciampo da sopportare e da cui liberarsi con impazienza. Non è solo una questione procedurale, ma è anche una profonda riflessione culturale sul ruolo dell'ispezione e della vigilanza: solo pochi anni fa qualcuno ci annunciava - con parole quali "*clima psicologico positivo e collaborativo*", "*logica di servizio e di trasparenza anche nei confronti dei datori di lavoro ispezionati*", "*abbandono di impostazioni di carattere formale e burocratico per sanzionare fenomeni di regolarità sostanziale*"<sup>12</sup> - un diverso clima e metodo degli accertamenti, ma soprattutto negli ultimi anni quello spirito sembra sia stato abbandonato e sostituito da una certa rigidità, che, peraltro, non sembra comunque aver prodotto significativi risultati in tema di contrasto all'illegalità più diffusa e scientifica.

Non c'è, ovviamente, alcun dispregio dell'attività ispettiva, sempre utile e doverosa, ma solo il rammarico di veder in parte smarrito un senso di collaborazione costruttiva che può contribuire alla crescita del Paese e del sistema lavoro.

All'annuncio che "la guerra è finita" qualcuno sembra sempre purtroppo restio a deporre il fucile.

10. Permane forte il dibattito sulle attività di controllo a cui potrebbero o dovrebbero essere sottoposte le Commissioni di certificazione, al fine di prevenire eventuali abusi. Sia permesso il rimando a A. Asnaghi, *La certificazione dei contratti di lavoro: quis custodiet custodes?*, Sintesi, giugno 2017, reperibile in [www.consulentidellavoro.mi.it](http://www.consulentidellavoro.mi.it). Su questo aspetto, non è secondaria, anche, la mancata promozione a tutt'oggi da parte ministeriale dell'elaborazione continua di buone prassi condivise in materia di certificazione dei contratti di lavoro.

11. Ad esempio, si potrebbe radicare un confronto - ed eventualmente una conciliazione - se non sull'argomento diretto del dibattere, almeno su aspetti secondari, ma non meno importanti, quali la decorrenza del provvedimento, oppure gli effetti fiscali e previdenziali, ancora, determinati profili sanzionatori. L'articolo 412 c.p.c. prevede, peraltro, che possano essere trovate soluzioni conciliative anche parziali.

12. Sono espressioni che abbiamo estrapolato dalla citata direttiva ispezioni del 2008.

# Provvedimenti Cigo: ribaditi gli obblighi di motivazione e di supplemento di istruttoria

Ci sono circolari che tra le righe ci dicono molto di più di quanto parrebbe ad una prima lettura e da questo punto di vista il recente **messaggio Inps del 29 marzo 2018 n. 1396** pare sia passato sotto traccia.

Le indicazioni di prassi con cui l'Istituto torna ad affrontare alcune rilevanti tematiche sulla gestione delle "Istanze di cassa integrazione salariale ordinaria. Congruità della motivazione dei provvedimenti di rigetto", lasciano infatti trasparire una realtà che, a dir poco, deve definirsi disarmante.

Ma andiamo con ordine.

## Il messaggio Inps n. 1396 del 29 marzo 2018

L'intervento - e lo si dice a chiare lettere in premessa - nasce dalla constatazione che alla Direzione Centrale continuano a pervenire ricorsi indirizzati al Comitato Amministratore della Gestione per le Prestazioni Temporanee ai Lavoratori Dipendenti, con i quali risultano impugnati (si intuisce troppi) provvedimenti di rigetto istanze di Cigo in quanto

*caratterizzati da una motivazione scarna e insufficiente, che non dà conto degli elementi documentali e di fatto presi in considerazione nel corso dell'istruttoria e posti a fondamento del provvedimento adottato.*

Da qui la necessità di richiamare, esplicitamente, chi di dovere al rispetto dei vigenti principi e delle attuali procedure, peraltro oggetto di disamina in prece-

deni interventi di prassi, il cui contenuto viene sostanzialmente riproposto *in toto*.

In primo luogo viene rammentato l'obbligo della **motivazione** che dovrà essere esplicitata in tutti i provvedimenti Cigo, sia di accoglimento che di reiezione, secondo quanto stabilito dall'art. 11, co. 1, del D.M. n. 95442 del 15 aprile 2016.

*Il provvedimento di concessione della Cigo o di rigetto, totale o parziale, della domanda deve contenere una motivazione adeguata che dia conto degli elementi documentali e di fatto presi in considerazione, anche con riferimento alla prevedibilità della ripresa della normale attività lavorativa.*

Il nuovo messaggio, oltre a ricordare le indicazioni di prassi contenute nella circolare Inps n. 139 del lontano 1° agosto 2016, sottolinea come questo obbligo sia più in generale previsto per tutti i provvedimenti della PA sia per normativa vigente, art. 3 delle Legge n. 241/1990, nonché per giurisprudenza costante, stabilendo che - in un'ottica di garantire al destinatario del provvedimento il pieno esercizio del diritto di difesa - questi debbano recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato l'adozione del provvedimento in relazione alle risultanze dell'istruttoria, in modo da rendere possibile all'azienda la ricostruzione del percorso logico giuridico seguito dal deci- ➔

sore e comprensibili le ragioni sottese alla determinazione assunta.

Strettamente connesso all'obbligo di motivazione è anche il secondo aspetto affrontato dall'intervento dell'Istituto che riguarda il **supplemento di istruttoria**, disciplinato in questo caso dal successivo secondo comma dell'art. 11 del sopra citato D.M. n. 95442 del 15 aprile 2016.

*In caso di supplemento di istruttoria, l'Inps può richiedere all'impresa di fornire, entro 15 giorni dalla ricezione della richiesta, gli elementi necessari al completamento dell'istruttoria e può sentire le organizzazioni sindacali di cui all'art. 14 del decreto legislativo n. 148 del 2015 che hanno partecipato alla consultazione sindacale.*

Anche in questo caso non scorgiamo particolari novità rispetto a quanto già oggetto del precedente messaggio Inps n. 1856 del 3 maggio 2017.

L'Istituto invita infatti, nuovamente, le sedi competenti ad attivare obbligatoriamente il cosiddetto supplemento di istruttoria in tutte le ipotesi in cui si ritenga di dover rigettare la domanda di concessione del trattamento di integrazione salariale ordinaria per carenza di elementi valutativi.

Tra questi si cita esplicitamente il caso della produzione di un file CSV non conforme alle istruzioni tecniche, invitando la Sede a segnalare in modo preciso e puntuale gli errori che non consentono l'elaborazione (impossibilità di lettura compresa) del file stesso.

In questi casi dovrà essere assegnato all'azienda un termine di 15 giorni per consentirne la ripresentazione in forma corretta del file CSV, precisando che tale file si considererà utilmente ricevuto anche se pervenuto oltre il termine assegnato all'azienda purché entro la data di adozione del provvedimento. In sostanza si ribadisce che il termine di 15 giorni non è perentorio ma ordinatorio.

Principio che, per inciso, vale non solo per il file CSV (che peraltro dovrebbe essere prossimamente abolito in quanto sostituito dall'Uniemens) ma per qualunque altro documento integrativo presentato dall'azienda, su richiesta della Sede, in fase di supplemento d'istruttoria.

Esperiti questi passaggi - ribadiamo considerati obbligatori secondo l'Istituto - qualora si giunga ad un provvedimento di reiezione per carenza documentale, occorrerà nella motivazione del provvedimento stesso:

- dare atto dell'avvenuta attivazione del supplemento di istruttoria;
- dare espressa indicazione degli esiti della stessa, con riguardo all'eventuale mancato riscontro alla richiesta di integrazione documentale entro il termine assegnato o, comunque, entro la data di adozione del provvedimento;
- riportare anche gli estremi della comunicazione con la quale la sede ha trasmesso alla azienda la richiesta stessa.

È sostanzialmente solo quest'ultima precisazione la novità contenuta del messaggio n. 1396/2018, ovvero l'obbligo di indicare "tempi e strumenti" con cui l'azienda è stata invitata all'integrazione della documentazione presentata, anche se chi scrive dubita che un eventuale ricorso che contestasse la mancanza di tali informazioni porti il Comitato Amministratore della Gestione per le Prestazioni Temporanee anche solo ad un rinvio della pratica alla Sede competente per una regolarizzazione, meramente formale, dell'istruttoria.

Ovviamente, prosegue ancora l'Istituto, ove emergano più elementi che giustifichino il rigetto dell'istanza, si raccomanda che tutte le circostanze vengano evidenziate nel provvedimento di reiezione, sia per rendere più completa ed esaustiva la motivazione, sia per consentire all'azienda un'adeguata difesa avverso la decisione a lei sfavorevole.

Questo perché, ove non venissero evidenziate tutte le ragioni poste a fondamento del provvedimento di rigetto e l'unica motivazione esplicitata risultasse insufficiente al vaglio del Comitato, quest'ultimo si vedrebbe costretto al "rinvio" alla Sede (escludendo pertanto implicitamente l'accoglimento del ricorso sulla base di tale carenza)

*per l'emanazione di un nuovo ed ulteriore provvedimento di reiezione che espliciti le motivazioni non evidenziate nell'originaria de-*



*terminazione assunta, con evidente aggravio dell'iter procedimentale.*

In presenza invece di vizi pregiudiziali - ovvero quelli che, in quanto tali, non richiedono una valutazione nel merito dell'istanza (ad esempio: domande presentate fuori termine, mancato assolvimento degli obblighi di comunicazione e consultazione sindacale, superamento dei limiti massimi di fruizione dell'integrazione salariale) - l'istanza andrà respinta indicando i soli motivi pregiudiziali in quanto gli stessi risultano assorbenti rispetto ad ogni altra eventuale motivazione di rigetto.

### **Poco o nulla di nuovo sotto il sole**

Nell'illustrare il nuovo procedimento di concessione già nell'estate del 2016 con la **circolare Inps n. 139 del 1° agosto 2016** l'Istituto aveva richiamato l'attenzione sulla necessità che il provvedimento di concessione o di reiezione totale o parziale della Cigo dovesse contenere *“una congrua **motivazione**, che menzioni gli elementi documentali e di fatto presi in considerazione e le ragioni che hanno determinato l'adozione del provvedimento, anche in relazione alla prevedibilità ex ante della ripresa dell'attività, come successivamente illustrato”*.

Principi peraltro noti e stranoti in quanto codificati, ormai da quasi tre decenni, nell'art. 3 delle Legge n. 241/1990 il quale prevede che *“Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”*.

Chiara la *ratio* ovvero rendere possibile al destinatario del provvedimento la ricostruzione del percorso logico giuridico seguito dall'ente decisore così da rendergli comprensibili le ragioni sottese alla determinazione assunta e di permettergli un effettivo contraddittorio e così di approntare la propria difesa, costituzionalmente tutelata, con piena cognizione di causa.

In riferimento invece al **supplemento di istruttoria**, era giusto l'inizio 2017 quando l'Istituto con il **messaggio Inps n. 1856 del 3.5.2017** aveva affrontato il caso di reiezione delle istanze di concessione del trattamento di integrazione salariale ordinaria per carenza di elementi valutativi, rammentando che prima di procedere al rigetto è necessario attivare la procedura di cui all'art. 11, co. 2, del D.M. n. 95442 che impone alla Sede competente di concedere all'azienda un termine di 15 giorni per sanare le carenze documentali dell'istanza o della relazione tecnica. Quanto sopra nel rispetto della suddetta previsione normativa ma, soprattutto, in un'ottica deflattiva di un possibile contenzioso.

In questo caso il nuovo intervento di prassi si era reso necessario in quanto nella circolare n. 139/2016 si parlava non di obbligo ma di generica *“facoltà in capo alla Sede territoriale competente di avviare una richiesta di integrazione di dati e/o notizie”*.

Proseguiva il messaggio n. 1856/2017 segnalando infine che, ove risulti comunque necessario al termine del supplemento di istruttoria emanare un provvedimento di reiezione, dovrà essere data specifica indicazione dell'avvenuta attivazione della predetta ulteriore fase istruttoria, riportando nella motivazione del provvedimento gli esiti della stessa a garanzia e corredo della completezza e correttezza del procedimento istruttorio e decisorio.

Indicazioni precise ed in alcun modo travisabili.

### **Considerazioni finali**

Abbiamo in premessa accennato a come dall'attenta lettura del messaggio Inps n. 1396 del 29 marzo 2018 emerga una realtà a dir poco desolante.

E se è vero che gli atti emanati dall'Amministrazione contenenti precise direttive o istruzioni in ordine alle modalità di comportamento, hanno come destinatari gli Uffici interni all'Amministrazione, che pertanto alle predette devono attenersi, non si fa fatica a scorgere una sonora tirata di orecchie per i responsabili dei procedimenti.

È basta evidenziare alcuni passaggi del recente intervento per rendersene conto. →

*Al riguardo si richiama **quanto già precisato**, circa la congruità della motivazione, con circolare n. 139 del 1 agosto 2016 e **si ricorda** che la motivazione stessa, ai sensi dell'art. 3 delle legge n. 241/90 e s.m. nonché per giurisprudenza costante, deve recare l'indicazione dei presupposti di fatto e delle ragioni giuridiche che hanno determinato l'adozione del provvedimento in relazione alle risultanze dell'istruttoria ...*

*Si fa presente inoltre che, **come già illustrato** con il messaggio n. 1856 del 3 maggio 2017, in tutte le ipotesi in cui si ritenga di dover rigettare la domanda di concessione del trattamento di integrazione salariale ordinaria per carenza di elementi valutativi, è obbligatorio attivare la procedura di cui all'art. 11, comma 2, del D.M. n. 95442 ...*

*Considerato che **le predette istruzioni sono già operative** in virtù di quanto previsto dalla circolare n. 139/2016 e dal messaggio n. 1856/2017 sopra richiamati, le stesse devono essere applicate a tutte le istanze non ancora definite e, quindi, in corso di istruttoria nonché, in via di autotutela, alle domande definite ed oggetto di ricorso non ancora deciso.*

Lascia onestamente basiti che a distanza di quasi venti mesi dalla circolare del 2016 e quasi un anno dal successivo messaggio del 2017 le direttive dell'Istituto in materia di Cigo necessitano di una bella rinfrescata.

Come è possibile che chiare indicazioni di prassi, che, rammentiamolo ancora una volta, altro non sono che la individuazione delle concrete regole di comportamento cui i destinatari, interni all'Am-

nistrazione, devono attenersi, siano state disattese dai propri Uffici e dai propri funzionari a tal punto da allarmare l'Istituto Nazionale della Previdenza dell'eccessivo contenzioso?

È possibile che un Direttore di Sede, a cui la norma affida la responsabilità della concessione o meno della integrazione salariale, non conosca il significato di **“motivazione”** e che firmi provvedimenti che proprio sulla mancanza o carenza di questa vengano impugnati?

È possibile che non conosca ancora la corretta procedura di **“supplemento di istruttoria”** e che il suo operato possa prestare il fianco a censure tali da minarne la sua legittimità?

La cosa lascia basiti al punto da chiedersi se fu giusta la scelta di eliminare le Commissioni Provinciali Cigo per affidare all'esclusiva competenza alle Sedi Inps territorialmente competenti tutta la responsabilità di un atto così importante.

Ma altrettanto lecito è domandarsi se i funzionari macchiati di tali nefandezze (la firma del provvedimento è sì del Direttore ma è altrettanto noto che la pratica viene affidata a funzionari con specifiche competenze) siano stati richiamati, sospesi o quanto meno sia stati oggetto di un provvedimento disciplinare?

Questo non è dato sapere anche se, trattandosi di Pubblica Amministrazione, chi scrive nutre qualche perplessità che si sia agito con la necessaria fermezza. Una cosa però è certa: nei nostri Uffici non avremmo mai tollerato da parte di un dirigente una simile incompetenza e avremmo preso provvedimenti **“seri”**, *bypassando* stucchevoli note interne.

# La non percorribilità della via giudiziaria nella stabilizzazione dei rapporti di pubblico impiego

L'approssimarsi delle scadenze legate all'attuazione della "Legge Madia" nei vari Enti ed Amministrazioni del comparto pubblico, e l'intensificarsi delle incertezze di stabilizzazione del rapporto, legate anche al periodico ripresentarsi dei problemi di copertura finanziaria dei relativi interventi, sta spingendo molti lavoratori precari del pubblico impiego (sia singolarmente che organizzati) a tentare la via del contenzioso con la pubblica amministrazione per giungere alla conversione del rapporto.

Questo sulla base della cosiddetta "sentenza Mascolo" della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Corte Giust., 26 novembre 2014, cause riunite nn. 22/2013, 61/2013, 63/2013, 418/2013), che ha dichiarato l'illegittimità della normativa nazionale, nella misura in cui in essa mancassero: la possibilità di trasformare il rapporto operando la "stabilizzazione", previsioni in tema di rapido espletamento delle procedure concorsuali e criteri trasparenti per verificare se il rinnovo dei contratti a termine corrispondesse a esigenze reali e temporanee e fosse idoneo a raggiungere l'obiettivo perseguito.

È tuttavia il caso di chiedersi se, al di là dei facili trionfalismi di qualche organizzazione sindacale, tale richiamo sia corretto e soprattutto applicabile.

Muoviamo le mosse, in sostanza, dalla valutazione della compatibilità tra le norme riguardanti l'accesso al pubblico impiego (artt. 36, co. 4 del D.lgs. n. 29/1993 – come modificato dall'art. 7 del D.lgs. n. 546/1993 – art. 22, co. 8 del D.lgs. n. 81/1998 e da ultimo l'art. 36 del D.lgs. n. 165/2001) che obbligano alla procedura concorsuale e la clausola 5 della Dir. 1997/70/CE (che recepisce l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso tra UNICE, CEEP e CES), laddove stabilisce che gli stati membri debbano prevedere misure di contenimento degli abusi ed adeguate sanzioni nei confronti dei relativi attori tali da scoraggiare l'effettuazione dei medesimi.

In applicazione di tale direttiva è stato emanato nel 2001 il D.lgs. n. 368, che prevedeva in caso di specifiche fattispecie di abuso del ricorso al tempo determinato, la trasformazione del rapporto da contratto a termine in lavoro a tempo indeterminato; impostazione che è stata poi confermata dall'art. 19, co. 2 del D.lgs. n. 81/2015, nonché oggetto di recenti modifiche (per taluni versi più restrittive) da parte del cosiddetto "Decreto Dignità".

Tale norma, tuttavia, non trova attuazione ai rapporti stipulati nel pubblico impiego sia per motivi sistematici (l'art. 36 del D.lgs. n. 165/2001 è nor- ➔

ma speciale ed in quanto tale prevale sulle disposizioni del D.lgs. n. 368/2001 prima e del D.lgs. n. 81/2015 poi), sia in quanto configgente con l'art. 97 della Costituzione poiché altrimenti lesivo del principio di buon andamento della pubblica amministrazione, come affermato da costante giurisprudenza costituzionale (sent. n. 190/2005, n. 34 e n. 205/2004 e n. 1/1999).

Né può affermarsi la violazione dell'art. 3 della Costituzione poiché l'ordinamento comunque prevede sanzioni a ristoro del soggetto abusato (sent. Corte Costituzionale n. 89/2003).

D'altra parte la stessa Corte di Giustizia, prima con sentenze 15 aprile 2008 (causa C-268/06) e 23 aprile 2009 (cause C-378/07, C-379/07 e C-380/07) e da ultimo con ordinanza 1 ottobre 2010 e sentenza 26 gennaio 2012 (cause C-3/10 e C-586/10) ha chiarito che la citata clausola 5 della Dir. 1997/70/CE non è suscettibile di "autoapplicazione", ma richiede l'intervento del Legislatore nazionale, il quale ben può prevedere misure di prevenzione degli abusi e sanzionatorie differenti in ragione del tipo di rapporto di lavoro, purché adeguate all'interesse che si intende tutelare.

Chiarita la compatibilità tra la clausola 5 della citata Dir. CE e le norme regolanti l'accesso al pubblico impiego, va inoltre osservato come l'attuale ordina-

mento, quale fissato proprio dal D.lgs. 25 maggio 2017 n. 75, preveda una serie di misure atte al superamento del precariato nella pubblica amministrazione, così rispondendo proprio ai criteri di cui alla sentenza citata in apertura.

Misure, che, va ricordato, non possono risolversi in una mera cooptazione nel pubblico impiego di chiunque si trovi in condizioni di precariato, ma devono prevedere requisiti e condizioni stringenti sia in tema di condizioni di accesso dal lato della pubblica amministrazione (come stabilità finanziaria e definizione dei piani di fabbisogno triennale), sia dal lato delle procedure di selezione degli aventi diritto.

Quanto sopra in ossequio alla costante giurisprudenza costituzionale in tema di deroghe alla modalità concorsuale di accesso al pubblico impiego (tra le tante: sent. n. 213, n. 150 e n. 9 del 2010, n. 363 e n. 81 del 2006, n. 194/2002, n. 320/1997, e n. 363 e n. 205 del 1996). Da qui, una serie di vincoli e paletti che rendono del tutto impraticabile la via giudiziaria per l'accesso diretto al lavoro pubblico.

Al precario che non rientrasse nelle misure di stabilizzazione, pertanto, non potrà che presentarsi l'opzione del risarcimento del danno (questa sì percorribile giudizialmente), nelle misure e secondo i criteri fissati dalla Sentenza a SS.UU. della Cassazione n. 5072/2016.

# GDPR - Sempre meglio che mai

## L'Ordine dei Consulenti del Lavoro

A fine luglio è giunta sul mio schermo la circolare n. 1150 del Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro che, dopo aver concesso due lunghi mesi di elucubrazioni e diatribe a grossi esperti e umili naviganti, stabilisce che "la co-titolarietà del Trattamento è ruolo fisiologico per il Consulente del lavoro" (pag. 4 – par. Conclusioni). Però, poche righe prima, si legge che quello di Responsabile del Trattamento "È un ruolo facoltativo che il Consulente del lavoro può assumere".

Questo mi ricorda il primo incontro formativo che ho tenuto presso ANCL su questa materia, in tal frangente dissi che il Consulente poteva scegliere il ruolo da assumere; naturalmente ne ottenni giusta contestazione: si richiede a un professionista che entri nella pratica delle cose e intervenga con un parere. Da quel giorno in poi, supportato da altri esimi pensieri raccolti tra eventi formativi e incontri esplicativi col Garante, ho sempre affermato che il ruolo del Consulente del Lavoro è quello di Responsabile del Trattamento.

Rimango di tale avviso. Credo sia la posizione più negoziabile e meno impegnativa dal punto di vista della gestione dei rapporti con l'azienda cliente, nonché con i dipendenti della stessa (interessati) che, nel caso di titolarità o co-titolarietà avrebbero diritto a indirizzare le proprie richieste, senza intermediari, al Consulente del Lavoro (art. 26 par. 3 del Regolamento EU 679/2016). Naturalmente tale rapporto dovrà essere istituito con un degno documento di nomina del consulente a Responsabile del Trattamento, non raffazzonato, non cervelloletto o copiato dal compagno di banco, ma concreto e delineato rispetto a diritti e doveri delle parti. Essendo un contratto (come indica l'art. 28 par. 3 del Regolamento Europeo) può dirimere efficacemente tutti i dubbi e i timori di assoggettamento indebito che alza la Circolare del Consiglio Nazionale.

## Il Consiglio dei Ministri

L'altra grande sorpresa tardiva è il varo dell'adeguamento del D.lgs n. 196/2003 (vi risparmio il titolo vero perché sarebbero tre righe di *spleen* nella sua accezione meno romantica). È arrivato molto prima della sua scadenza rego-

lare e contiene delle prese di posizioni interessanti (lo so è una legge ma, in questo caso sposta le sue prerogative prescrittive alle decisioni di un altro: il Garante; tra qualche riga esplico), anche coraggiose, sicuramente inaspettate. Però dovremo ancora attendere per comprenderne l'effettiva portata e le ricadute reali su adempimenti e pratica. Viene finalmente considerata l'occorrenza di semplificazione per le micro, piccole e medie imprese: è previsto che il Garante promuova modalità facilitate di adempimento degli obblighi del Titolare del trattamento. In aggiunta, è prevista l'adozione di disposizioni specifiche per la disciplina dei dati relativi alla salute, demandate, anche qui, ai provvedimenti del Garante.

Ma il bello arriva con un luminoso periodo di 8 mesi per l'attuazione a pieno regime dei poteri di indagine affidati al Garante della *privacy*. In particolare, le Commissioni parlamentari hanno chiesto una sorta di moratoria per l'attività ispettiva e sanzionatoria. Impallidisco immaginando la possibilità di un'altra primavera densa di ritardatari impazziti ed esperti improvvisati. Conforta il pensiero che avremo un Garante fresco, riposato e arzillo al risveglio dal letargo estivo (se fossi in lui avrei scelto *Balmaceda*) in cui è caduto dopo il 25 maggio.

## Saluti estesi

Ancora molto ci sarà da fare (rimangono aperte voragini che riguardano, tra le altre, *cybersecurity*, controllo a distanza del lavoratore e modalità di utilizzo degli strumenti informatici mobili e no) ma resto ancorato all'idea che questo Regolamento debba essere preso come occasione di riordino e avanzamento delle questioni di gestione documentale e informatica. Il pericolo vero non è la Guardia di Finanza ma avere una macchina che funziona male, perde carburante e resta in panne proprio nel momento più bello del viaggio (traduco: un'organizzazione in cui si fatica a trovare i documenti, ci sono *computer* lenti più *vintage* degli arredi e, quando arriva la fine del mese, il *server* s'inchioda due giorni in bagno, a causa di un attacco virale).

Chiudo questo periodo di interventi in attesa di tutti i chiarimenti, i regolamenti e i provvedimenti che seguiranno nei prossimi mesi, magari ci si ritrova quest'inverno, nella speranza che il Garante non abbia una ricaduta boreale.



# Dirigenti: Previdenza ed assistenza sanitaria integrative

**{** Il terzo contributo del 2018 di Sintesi dedicato alla figura del dirigente offre una panoramica delle caratteristiche delle forme di assistenza sanitarie integrative e previdenziali previste dai maggiori Ccnl.

L'assistenza sanitaria integrativa rappresenta una forma di tutela che permette l'integrazione o sostituzione della sanità pubblica per quel che riguarda le prestazioni sanitarie e i servizi medico-sanitari, attraverso l'intervento dei fondi sanitari integrativi. Può aderirvi il singolo in autonomia, oppure in forma collettiva se rientrando all'interno dei diritti previsti dai Ccnl, o dai contratti integrativi della singola azienda. Gli enti che erogano i servizi di sanità integrativa possono presentarsi nella forma di fondi sanitari integrativi, come quelli che andremo a trattare, assicurazioni sanitarie, o casse e società di mutuo soccorso. A seconda dell'ente erogante, la sanità integrativa offre la possibilità ai propri iscritti di ricevere un rimborso totale o parziale delle prestazioni medico-sanitarie erogate presso la propria struttura ospedaliera o ambulatoriale di fiducia.

La *previdenza complementare* è una forma di previdenza fiscalmente agevolata che si aggiunge a quella obbligatoria ma non la sostituisce, va a integrare la normale pensione erogata dallo Stato. La si può ottenere perché si è scelto di versare del denaro in un fondo, come quelli creati per i dirigenti, e l'obiettivo è quello di mantenere inalterato il tenore di vita anche quando, ormai anziani, si ritireranno dal lavoro.

È fondata su un sistema di finanziamento a capitalizzazione, per ogni iscritto viene creato un conto individuale nel quale affluiscono i versamenti che vengono poi investiti nel mercato finanziario da gestori specializzati

(in azioni, titoli di Stato, titoli obbligazionari, ecc.) e che producono, nel tempo, rendimenti variabili in funzione dell'andamento dei mercati e delle scelte di gestione.

I fondi di previdenza complementare dei dirigenti sono di tipo "chiuso", ossia basati su accordi fra organizzazioni imprenditoriali e sindacali, a cui possono accedere solo i lavoratori a cui viene applicato un Ccnl di cui le summenzionate organizzazioni sono firmatarie. Durante la vita lavorativa è prevista una contribuzione obbligatoria, anche a carico dei datori di lavoro, che, al raggiungimento, da parte dei dirigenti, di determinati requisiti anagrafici e contributivi, diventerà una vera e propria pensione aggiuntiva. Spesso questi fondi pensione permettono, in determinate situazioni, di ottenere anticipi e riscatti, e indennità in caso di invalidità permanente.

## Previdai

Previdai è un fondo pensione preesistente, cioè istituito antecedentemente all'emanazione della normativa che per la prima volta ha disciplinato in modo organico il sistema della previdenza complementare, precisamente nel 1989.

Si tratta di una forma di previdenza che provvede all'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio, a cui possono aderire, in maniera volontaria, tutti i dirigenti delle imprese che applicano il Ccnl per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi sottoscritto da Confin- ➔

dustria e Federmanager, o da un diverso Ccnl, sottoscritto da almeno una di tali parti. In tal caso, l'adesione è vincolata al preventivo assenso dell'altra parte, risultante dalla sottoscrizione di specifico accordo.

Come premesso, il Fondo, che non ha fini di lucro, ha lo scopo di consentire agli iscritti di disporre, all'atto del pensionamento, di prestazioni pensionistiche complementari del sistema obbligatorio. A tale fine, esso provvede alla raccolta dei contributi, alla gestione delle risorse nell'esclusivo interesse degli iscritti, e all'erogazione delle prestazioni secondo quanto disposto dalla normativa in materia di previdenza complementare.

Il Fondo si articola in tre comparti di investimento: Assicurativo, caratterizzato da garanzie di rendimento minimo, consolidamento dei risultati a fine anno e coefficienti di conversione in rendita predeterminati; Bilanciato e Sviluppo, questi ultimi caratterizzati da diverse percentuali massime di esposizione in titoli azionari e da un modello di gestione attivo, che ha permesso anche nei negli anni peggiori della crisi di chiudere in positivo. Gli iscritti possono suddividere liberamente la propria posizione, per ottenere la migliore risposta alle loro esigenze previdenziali.

Altre interessanti peculiarità del Fondo sono costituite dalla possibilità di poter gestire le risorse tramite lo strumento assicurativo tradizionale (riservata ai fondi preesistenti), dall'opzione concessa a dirigenti e aziende di versare quote aggiuntive rispetto a quanto stabilito dal contratto, senza limite di massimale, e da quella che permette agli associati non in attività di mantenere l'iscrizione e integrare la propria posizione con versamenti volontari a loro carico, cosa di non poco conto considerando la forte mobilità che caratterizza la categoria dirigenziale.

Il Fondo è finanziato tramite contributi versati dai datori di lavoro e dai lavoratori, e dal conferimento, integrale o parziale, del Tfr.

I dirigenti iscritti al Previdai sono ripartiti in differenti classi, in base alla data di prima iscrizione alla previdenza obbligatoria e alla titolarità, o meno, di una posizione pensionistica complementare. A seconda della categoria di appartenenza, e in caso di conferimento del Tfr, cambia il calcolo della relativa quota.

La base per il calcolo dei contributi e le aliquote a carico dell'impresa e del dirigente sono, invece, ugua-

li per tutti gli iscritti: 4% della retribuzione utile al calcolo del Tfr, fino a 150.000 euro annui ed escludendo eventuali compensi e indennizzi percepiti per effetto di dislocazione all'estero, e con un contributo annuo minimo a carico azienda di 4.800 euro, per i dirigenti in servizio alla data del 1° gennaio 2010, o con anzianità dirigenziale superiore a 6 anni.

I beneficiari delle prestazioni in caso di decesso dell'iscritto sono il coniuge, ovvero i figli, ovvero i genitori, se già viventi a suo carico. In mancanza di tali soggetti, o di diverse disposizioni dell'iscritto, la posizione resta acquisita al Fondo.

L'azienda deve dichiarare trimestralmente al Previdai gli importi dei contributi dovuti per ciascun dirigente, ed eventuali importi contributivi relativi ai premi di produttività, che, se destinati alla previdenza complementare, non concorrono alla formazione del reddito di lavoro dipendente (anche se eccedenti i limiti di deducibilità *ex* D.lgs. n. 252 del 2005) e dell'imponibile delle prestazioni al momento della loro erogazione. I versamenti dei contributi vanno effettuati dal datore di lavoro con cadenza trimestrale, anche per la quota a carico del dirigente, con bonifico bancario.

Normalmente, le prestazioni vengono erogate al momento della cessazione del rapporto di lavoro per pensionamento, e, sussistendo i requisiti, la prestazione può essere erogata interamente in rendita vitalizia, oppure in parte in rendita e in parte in capitale, i "vecchi iscritti", invece, hanno la facoltà di percepire l'intera prestazione in capitale. L'entità della prestazione pensionistica è determinata in funzione della contribuzione versata e dei rendimenti della gestione selezionata.

È possibile richiedere un'anticipazione fino al 75% della posizione individuale maturata, costituita da tutti i versamenti effettuati e dal risultato di gestione; in qualsiasi momento per spese sanitarie conseguenti a gravissime condizioni relative a sé, al coniuge e ai figli, e dopo 8 anni di iscrizione per l'acquisto o la ristrutturazione della prima casa propria o dei figli. Dopo 8 anni di iscrizione e per altre esigenze, è possibile chiedere un'anticipazione fino al 30%.

Sono previsti, inoltre, il riscatto parziale della posizione per inoccupazione non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, quelli totali per inoccupazione superiore a 48 mesi, invalidità permanente ➔

con riduzione di capacità lavorativa a meno di 1/3, o iscritti pensionati non in servizio, e il riscatto parziale o totale per cause diverse e cessazione dell'attività lavorativa. Con il rispetto di determinati requisiti, l'iscritto può anche richiedere la rendita integrativa temporanea anticipata (RITA), a valere sull'intera posizione individuale maturata, o su parte di essa.

I dirigenti iscritti a Previdai possono richiedere l'adesione dei propri familiari fiscalmente a carico, determinando liberamente l'ammontare e la periodicità della contribuzione.

Per quanto attiene alla fiscalità, i contributi versati al Fondo sono deducibili dal reddito complessivo fino a 5.164,57 euro per ogni anno, mentre non è deducibile dal reddito complessivo il Tfr annualmente destinato alla forma pensionistica complementare, in quanto, all'atto del versamento al Fondo, non è soggetto a tassazione.

Le prestazioni erogate da un fondo pensione, siano esse in capitale in unica soluzione, in rendita vitalizia ovvero anticipate vengono tassate in modo differenziato a seconda del periodo di accumulo degli importi versati. Per il dettaglio della relativa fiscalità è possibile consultare le tabelle pubblicate nel portale istituzionale del Fondo ([www.previdai.it](http://www.previdai.it)).

## Fasi

Fasi è un fondo di assistenza sanitaria integrativa, costituito nel 1981 e dedicato ai dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi, e si rivolge, altresì, ai dirigenti di aziende che applicano Ccnl diversi, ma, comunque, sottoscritti da Confindustria o Federmanager. La sua finalità è quella di erogare ai dirigenti volontariamente iscritti, in servizio o in pensione, e ai loro nuclei familiari, prestazioni integrative dell'assistenza fornita dal Servizio Sanitario Nazionale, nell'ambito di un sistema di mutualità e solidarietà intergenerazionale.

Il Fasi oggi assiste più di 120 mila dirigenti, è convenzionato con circa 3.000 strutture sanitarie pubbliche e private accreditate presso il Servizio Sanitario Nazionale, e rappresenta uno dei maggiori fondi del settore in Europa; è particolarmente attento all'area odontoiatrica, e ulteriori misure adottate nel Fasi riguardano il potenziamento delle prestazioni nell'area chirurgica e in quelle dei servizi socio-sanitari.

Il Fondo, che non ha fini di lucro, fornisce servizi di

assistenza sanitaria integrativa in forma diretta e in forma indiretta. Nel primo caso, provvedendo al pagamento della parte di propria competenza, sulla base di convenzioni amministrative con strutture sanitarie che concordano con il Fasi condizioni economiche di favore rispetto a quelle normalmente applicate; nel secondo caso, rimborsando le spese effettivamente sostenute dall'iscritto in Italia e all'estero, nei limiti previsti dalle tariffe indicate in un apposito nomenclatore-tarifario. Sono anche previste forme di assistenza in convenzione, che garantiscono all'assistito grandi vantaggi in quanto, tramite accordi amministrativi, vengono fissate condizioni economiche di maggior favore rispetto a quelle normalmente applicate.

Altra peculiarità del Fondo è quella di offrire, agli assistiti appartenenti a specifiche fasce di età, la possibilità di effettuare gratuitamente, una volta all'anno, test di screening per la diagnosi precoce, nelle strutture sanitarie convenzionate in forma diretta.

I contributi dovuti al Fasi, determinati in un importo fisso da corrispondersi per ogni dipendente in servizio iscritto al Fondo e alle dipendenze dell'azienda nel primo giorno di ciascun trimestre, devono essere versati in quote trimestrali entro la fine del secondo mese di ciascun trimestre.

Il contributo dovuto dai dirigenti in servizio viene versato dal datore di lavoro, unitamente al contributo aziendale, dopo aver effettuato la relativa trattenuta sulla retribuzione; a questi fini il dirigente è tenuto a comunicare all'azienda la propria iscrizione. È previsto anche un contributo per l'assistenza sanitaria dei dirigenti pensionati, commisurato a un importo fisso moltiplicato per il numero complessivo dei dirigenti in forza, anche se non iscritti al Fondo.

Per i dirigenti, anche pensionati, che si iscrivono o reiscrivono al Fondo è dovuta una quota di ingresso di 500 euro, maggiorata a 1.500 in alcuni casi particolari, mentre l'iscrizione è gratuita per i dirigenti neo promossi, ovvero assunti per la prima volta con la qualifica di dirigente, se la domanda di iscrizione è inoltrata al Fondo entro sei mesi dalla nomina o dall'assunzione e per i titolari di pensione di reversibilità di pensionato iscritto al Fondo e dai titolari di pensione ai superstiti di dirigente iscritto al Fondo.

Il contributo annuo a carico delle imprese, dovuto per ciascun dirigente in servizio iscritto, è pari a 1.872 →

euro, a cui si aggiungono 960 euro a carico del dirigente; il contributo annuo a carico delle imprese per i dirigenti pensionati, dovuto per ciascun dirigente alle dipendenze, anche se non iscritto al Fasi, è pari 1.272 euro (1.590 euro per le aziende per le aziende che iscritte a forme di assistenza sanitaria integrativa sostitutiva del Fasi a favore dei soli dirigenti in servizio).

Per i dirigenti che si iscrivono al Fondo nel corso del trimestre di calendario, l'azienda è tenuta a corrispondere al Fasi i ratei mensili della quota trimestrale a partire dalla data di decorrenza dell'iscrizione (primo giorno del mese successivo a quello dell'invio al Fondo della richiesta da parte del dirigente).

Il Fasi fa parte di un più complesso sistema, costituito anche dalla gestione separata di sostegno al reddito per i dirigenti disoccupati (GSR), e dal FasiOpen, il fondo di assistenza sanitaria integrativa aperto ai lavoratori d'azienda non dirigenti. Sono obbligatoriamente iscritti alla GSR le imprese che applicano il Ccnl per i dirigenti di aziende produttrici di beni e servizi stipulato da Confindustria e Federmanager, che devono versare al Fondo un contributo di 200 euro annui per ciascun dirigente iscritto all'assicurazione obbligatoria contro la disoccupazione involontaria dell'Inps in forza nel mese di gennaio.

Relativamente alla fiscalità, l'importo dei contributi versati dall'azienda e dal dirigente in servizio è interamente deducibile dal reddito dell'interessato fino al limite annuo di 3.615,20 euro, mentre non rileva fiscalmente la quota che l'azienda versa a titolo di solidarietà per i dirigenti in pensione. Conseguentemente, le spese mediche sono detraibili solo per la quota eccedente l'importo rimborsato dal Fondo. I dirigenti pensionati, che successivamente alla cessazione del rapporto lavorativo hanno deciso di iscriversi o di mantenere l'iscrizione al Fondo, non possono usufruire della deduzione dei contributi versati Fasi.

Maggiori informazioni sono reperibili sul portale istituzionale del fondo ([www.fasi.it](http://www.fasi.it)).

### Mario Negri

Il Fondo Mario Negri, costituito nel 1956, gestisce i trattamenti previdenziali complementari previsti dai Ccnl dei dirigenti delle aziende commerciali, dei trasporti, dei servizi, ausiliarie e del terziario avanzato, nonché dei dirigenti degli alberghi, delle

agenzie marittime e dei magazzini generali, stipulate da Manageritalia con Confcommercio, Confetra e le organizzazioni aderenti alle due confederazioni espressamente autorizzate. I dirigenti di aziende appartenenti ad altre categorie possono essere iscritti al Fondo solo con il consenso delle suddette organizzazioni e su delibera del consiglio di amministrazione.

Una delle principali prestazioni erogate dal Fondo è la pensione di vecchiaia, reversibile solo in favore dei superstiti indicati quali aventi diritto alla pensione indiretta, che spetta al dirigente che, alla data della domanda, possa far valere nel Fondo almeno 15 anni di anzianità contributiva e percepisca la pensione di vecchiaia o di anzianità da parte della previdenza obbligatoria. Dal 2009 l'anzianità contributiva minima è ridotta a 14 anni e, successivamente, di un ulteriore anno ogni biennio fino al limite di 5 anni. La liquidazione della pensione di vecchiaia sotto forma di rendita è consentita se l'importo mensile da erogare è pari, almeno, al 50% dell'assegno sociale. Nel caso in cui venga meno l'obbligo di contribuzione al Fondo prima della maturazione di tutti i requisiti per il pensionamento, l'iscritto con anzianità contributiva minima conserva il diritto alla pensione di vecchiaia per 10 anni dalla maturazione dell'età pensionabile.

La pensione di invalidità, anch'essa reversibile esclusivamente in favore dei superstiti indicati quali aventi diritto alla pensione indiretta, è prevista in favore degli iscritti con almeno 5 anni di anzianità contributiva, che contraggano un'invalidità permanente tale da comportare il definitivo abbandono del lavoro e una riduzione permanente della capacità lavorativa pari, almeno, al 60%.

In caso di decesso del dirigente in attività di servizio, con almeno 5 anni di anzianità contributiva, il Fondo eroga la pensione indiretta al coniuge, ai figli legittimi, naturali riconosciuti, legittimati o adottivi di età inferiore ai 18 anni. In mancanza di coniuge e figli con diritto a pensione, questa spetta ai genitori, se a carico. In alternativa, gli aventi diritto alla pensione indiretta possono chiedere il riscatto della posizione individuale. La prestazione suddetta spetta in caso di decesso, in favore degli eredi o dei diversi beneficiari designati dall'iscritto stesso, sempreché il dirigente non abbia esercitato, al momento dell'iscrizione o successivamente (anche a modifica della scelta inizia- ➔

le), l'opzione per il riscatto della posizione maturata. L'iscritto che, prima di aver maturato il requisito dell'anzianità contributiva per il diritto ai trattamenti pensionistici, cessa di lavorare nei settori contrattuali che prevedono l'iscrizione al Fondo, può richiedere, trascorsi 12 mesi, il riscatto della propria posizione, purché non sia stato nuovamente assunto con qualifica di dirigente presso azienda tenuta al versamento dei contributi al Fondo.

Altre peculiarità del fondo sono costituite dalla possibilità di richiedere, a particolari condizioni, una rendita integrativa temporanea anticipata (RITA), l'anticipazione della posizione individuale, sussidi per i figli minori con grave disabilità, mutui finalizzati all'acquisto dell'abitazione e borse di studio per i figli degli iscritti. La misura dei contributi dovuti per gli iscritti è fissata dai contratti collettivi di lavoro.

I contributi dovuti al Fondo, ridotti in caso di assunzione di dirigenti di prima nomina, si compongono di una parte ordinaria, che affluisce nel conto individuale dell'iscritto, e di una parte integrativa aziendale, che affluisce in un conto generale separato, e vengono calcolati su una retribuzione convenzionale annua, attualmente pari a 59.224,54 euro.

Per quanto riguarda la fiscalità dei contributi, a quelli versati al Fondo Mario Negri non si applica il limite annuo di deducibilità previsto per la generalità dei fondi pensione. Conseguentemente, il datore di lavoro, in qualità di sostituto d'imposta, diminuisce l'imponibile fiscale del dirigente di un importo pari alla trattenuata operata e non lo incrementa, neppure in parte, con riferimento ai contributi a carico dell'azienda.

Da luglio del 2007 è possibile destinare al Fondo Mario Negri anche il Tfr. Per le quote di Tfr sono state create due linee di investimento, una che garantisce all'iscritto di ottenere una prestazione che non potrà essere inferiore alla somma delle quote di Tfr versate, la seconda, di tipo bilanciato, che prevede la possibilità di ottenere rendimenti maggiori, ma anche oscillazioni negative.

Ulteriori informazioni sono reperibili nel portale web del Fondo ([www.fondonegri.it](http://www.fondonegri.it)).

### **Mario Besusso (Fasdac)**

Fasdac, o Fondo Mario Besusso, è il fondo di assistenza sanitaria per i dirigenti di aziende commercia-

li. È un soggetto collettivo senza scopi di lucro fondato nel 1948 a cui i dirigenti dei settori interessati sono obbligatoriamente iscritti, che garantisce, ai dirigenti stessi, a quelli pensionati, ai proscrittori volontari e ai familiari che al momento della fruizione delle prestazioni stesse siano in regola con le vigenti condizioni di assistibilità, prestazioni integrative di quelle fornite dal Servizio Sanitario Nazionale.

L'assistenza sanitaria integrativa ha inizio dalla data di nomina o dall'assunzione del dirigente, sempre che l'azienda ne dia comunicazione al Fondo entro 30 giorni, altrimenti essa decorrerà dalla data della comunicazione stessa.

Il Fondo eroga prestazioni in forma diretta attraverso un proprio network di strutture convenzionate distribuite su tutto il territorio nazionale. L'utilizzo di tale forma è particolarmente vantaggiosa per gli assistiti in quanto non devono anticipare l'intero onere della prestazione, ma sono tenuti a corrispondere alla Struttura la sola quota di compartecipazione a loro carico, ove prevista. Le principali prestazioni sanitarie erogate in forma diretta sono: visite specialistiche, ricoveri medici e chirurgici, analisi cliniche e accertamenti diagnostici, terapie fisiche e riabilitative, cure odontoiatriche, e prestazioni di prevenzione.

Fasdac garantisce agli assistiti, altresì, la libertà di rivolgersi a strutture sanitarie e/o professionisti di propria fiducia, anche non convenzionati col Fondo, in Italia o all'estero, tranne che per i programmi di prevenzione (non usufruibili in forma indiretta); in questo caso l'assistito corrisponderà l'intero onere della prestazione, inoltrando successivamente la richiesta di rimborso tramite l'associazione territoriale Manageritalia. Il Fondo provvederà al rimborso, nella misura stabilita dal nomenclatore tariffario.

Una peculiarità del Fondo è sicuramente quella di mettere a disposizione dei propri iscritti, che desiderano conoscere anticipatamente l'entità del rimborso per determinate prestazioni sanitarie da fruire in forma indiretta, la possibilità di avvalersi, tramite le associazioni territoriali Manageritalia, del servizio di "prevenzione dei rimborsi", sia a carattere medico-chirurgico che odontoiatrico, al fine di evitare spiacevoli sorprese nella fase di liquidazione degli stessi. Nella forma indiretta, infatti, si rileva da sempre un'ampia variabilità di costi anche con riferimento a una medesima presta- ➔

zione erogata nello stesso territorio.

Il contributo annuo a carico delle imprese, da versare trimestralmente, dovuto per ciascun dirigente in servizio iscritto, è pari a 4.561,84 euro, di cui 859,08 euro a carico del dirigente. Le aziende non iscritte alle organizzazioni datoriali firmatarie del Ccnl applicato pagano un contributo aggiuntivo di 137,82 euro ogni anno. In merito al trattamento fiscale di contributi versati a Fasdac, essi non concorrono alla formazione del reddito dei dirigenti, mentre quelli versati direttamente dagli altri iscritti non in servizio (prosecutori volontari, pensionati, superstiti, inabili ed invalidi), essendo di natura volontaria non sono deducibili o detraibili ai fini IRPEF.

Per conoscere tutte le prestazioni sanitarie garantite dal Fondo, e ottenere qualsiasi altra informazione su di esso, è possibile consultare il portale istituzionale ([www.fasdac.it](http://www.fasdac.it)).

### Antonio Pastore (Previr)

L'Associazione senza fini di lucro Antonio Pastore, fondata nel 1997, è oggi un ente bilaterale costituito da Manageritalia e Confcommercio, e il suo ruolo è quello di organizzare forme di previdenza integrativa individuale e di garanzie di rischio a favore dei dirigenti a cui si applica il Ccnl del settore Terziario, Trasporti, Alberghi, Agenzie Marittime, o Magazzini Generali.

L'Associazione, a partire dal 1998, ha sottoscritto con primarie compagnie assicuratrici una serie di convenzioni, susseguitesi nel tempo, per l'erogazione di diverse prestazioni assicurative, ossia: il pagamento, al termine del periodo di contribuzione, di un capitale comprensivo dei premi versati e della rivalutazione realizzata anno per anno dalle apposite gestioni finanziarie; l'erogazione, nel caso di premorienza del dirigente, di una somma ai beneficiari per sopperire a eventuali problemi economici derivanti dall'improvvisa mancanza del reddito del dirigente; il riconoscimento di una rendita qualora l'assicurato perda definitivamente l'autosufficienza, di un indennizzo per invalidità permanente conseguente a malattia, e dell'esonero dal versamento dei premi assicurativi in caso di invalidità permanente totale, di grado pari o superiore al 66%, conseguente a malattia o infortunio.

Garanzia molto interessante è la cd. "polizza ponte", che prevede che la società assicuratrice corrisponda, al dirigente licenziato o dimessosi per giusta causa, direttamente ai fondi Mario Negri e Mario Besusso, all'Associazione Antonio Pastore, e al Centro di formazione management del Terziario, i contributi a essi dovuti, per un periodo massimo di 12 mesi dalla data di perdita dell'impiego.

Completa l'elenco delle prestazioni assicurative la "tutela legale", cioè una garanzia di rimborso delle spese sostenute dall'iscritto in caso di un contenzioso con terze persone, fisiche e giuridiche. La copertura vale per vertenze che possono sorgere nella vita di tutti i giorni, con esclusione di quelle legate all'attività professionale, al diritto di famiglia e alla responsabilità civile obbligatoria della circolazione.

L'importo dei contributi da versare trimestralmente all'Associazione viene calcolato prendendo a riferimento una retribuzione convenzionale annua, di ammontare diverso a seconda del settore economico di appartenenza del dirigente.

In caso di assunzione, o nomina, di un dirigente, è prevista, previo accordo col dirigente stesso, l'applicazione della contribuzione ridotta di durata massima prestabilita dal Ccnl sulla base dell'età anagrafica del dirigente e fino al compimento dei 48 anni di età. Tale agevolazione è prevista anche per l'assunzione di dirigenti privi di occupazione che abbiano compiuto 55 anni di età, ma per una durata limitata a 12 mesi. L'intero importo del contributo pagato all'Associazione da datore di lavoro e lavoratore risulta fiscalmente imponibile. Il dirigente può usufruire della detrazione per oneri (19% su un importo massimo di euro 530,00) per la parte di premio avente per oggetto le garanzie caso morte, invalidità da malattia ed esonero pagamento premi. Limitatamente ai premi per assicurazioni aventi per oggetto il rischio di non autosufficienza nel compimento degli atti della vita quotidiana, si applicherà il massimale di euro 1.291,14, al netto dei premi aventi per oggetto il rischio di morte o di invalidità permanente.

Per ulteriori approfondimenti, è possibile consultare il portale web dell'Associazione ([www.associazione-pastore.it](http://www.associazione-pastore.it)).

## ADRIANA STOLFA ANALIZZA IL CONCETTO DI LAVORO E TECNOLOGIA: LA NUOVA SFIDA NELL'AMBITO DEL BILANCIAMENTO TRA RISERVATEZZA E CONTROLLO

# Corte di Giustizia Europea e tutela della privacy del lavoratore rispetto alla sua vita familiare e privata<sup>1</sup>

L'Autrice si propone di esaminare i pronunciamenti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia di tutela della *privacy* del lavoratore e del suo diritto al rispetto della vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>2</sup>.

### Vita privata e corrispondenza

L'Art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo tutela il diritto di ogni individuo al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

La giurisprudenza della CEDU è più volte tornata sul concetto di "vita privata e familiare", ammettendo che essa ricomprenda anche il diritto a sviluppare la propria identità sociale all'interno della collettività. Sulla rilevanza della professione quale mezzo di realizzazione sociale e personale rientrante nella nozione di vita sociale privata si è pronunciata la CEDU nel caso **Bigaeva c. Grecia**<sup>3</sup> in cui la ricorrente, di origine russa, non era stata ammessa all'esame per l'iscrizione all'Albo degli avvocati, nonostante avesse conseguito

regolarmente la laurea in Giurisprudenza, completato il praticantato e ottenuto il brevetto da avvocato.

La Corte, nel caso di specie, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della Convenzione sulla base della considerazione che i problemi di nazionalità erano stati sollevati solo al termine della pratica forense, inficiando così gli sforzi professionali della ricorrente e procurandole inaccettabili contraccolpi sulla sua vita privata.

Sempre in relazione alla nozione di vita privata quale strumento per garantire all'individuo lo sviluppo della sua personalità in ambito sociale e lavorativo si è diffusamente espressa anche la Grande Camera della CEDU nel caso **Barbulescu c. Romania**<sup>4</sup>, ovvero il caso di un *Sales Engineer* rumeno che aveva creato, su richiesta del suo datore di lavoro, un *account* ad uso aziendale per intrattenere rapporti con la clientela e che, successivamente, era stato licenziato per aver utilizzato tale *account* per comunicazioni personali, nonostante fosse esplicitamente vietato. La Grande Camera ha ritenuto che le restrizioni della vita professionale possano rientrare nel campo →

1. Sintesi dell'articolo pubblicato in *Lav.giur.*, 5/2018, pag. 530 dal titolo *La tutela della privacy sul luogo di lavoro: gli orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo*.  
2. Il 4 maggio 2016, a conclusione di una lunga trattativa iniziata nell'anno

2012, è stato emanato il nuovo Reg. UE 2016/679 in materia di protezione dei dati personali che, nel sostituire la Dir. 95/46/CE, ha integralmente ridisegnato la normativa in materia di *privacy*, che è entrato in vigore a partire lo scorso 25 maggio 2018 in tutti gli stati membri,

introducendo una serie di nuovi adempimenti a carico delle aziende.  
3. CEDU, 28 maggio 2009, *Bigaeva c. Grecia*, ricorso n. 26713/2005.  
4. CEDU Grande Camera, 5 settembre 2017, *Barbulescu c. Romania*, ricorso n. 61496/2008.

di applicazione dell'art. 8, in quanto è proprio nel corso della vita lavorativa che gli individui hanno la più significativa opportunità di sviluppare le relazioni con il mondo esterno.

La Grande Camera si è poi soffermata anche sulla nozione di corrispondenza, ritenendo che sia le comunicazioni telefoniche che quelle via *e-mail* siano senz'altro coperte dalla protezione riconosciuta dall'art. 8. (anche quando le comunicazioni vengano inviate dal *computer* di proprietà del datore di lavoro). Anche nel caso **Copland c. Regno Unito**<sup>5</sup> la ricorrente aveva lamentato una violazione della propria vita privata e della propria corrispondenza a causa dei controlli disposti dal datore di lavoro sull'utilizzo di telefono, *internet* e posta elettronica nel corso dell'orario di lavoro. La Corte, pur avendo riconosciuto la sussistenza, in determinati casi, del diritto datoriale al controllo dell'attività svolta dai propri dipendenti, ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 8 della Convenzione in quanto la sorveglianza sulle comunicazioni della lavoratrice aveva, nella fattispecie, costituito un'illegitima ingerenza nell'esercizio del diritto dell'interessata al rispetto della sua *privacy* e della sua corrispondenza e che tale ingerenza non era prevista dalla legge, non essendovi alcuna disposizione normativa di diritto interno che la disciplinasse.

### Principi generali per l'equo bilanciamento e loro applicazione

La Grande Camera della CEDU, nella già citata pronuncia **Barbulescu c. Romania**, ha chiarito quali sono i principi generali che devono instradare l'interprete: 1) preventiva informazione al lavoratore dei possibili controlli; 2) natura ed estensione del monitoraggio sia con riguardo al grado di intrusione nella *privacy* del dipendente che all'estensione spazio-temporale del medesimo; 3) legittimità o meno dei motivi adottati dal datore di lavoro; 4) adozione dei metodi e delle modalità di monitoraggio meno intrusivi

possibili; 5) conseguenze del controllo per il dipendente e modalità di utilizzo da parte del datore di lavoro dei dati risultanti dalle operazioni di controllo in coerenza con le finalità dichiarate; 6) riconoscimento al lavoratore di idonee garanzie.

Del medesimo avviso la Corte è stata anche nella risoluzione del caso **Antović e Mirković c. Montenegro**<sup>6</sup>.

La fattispecie riguardava due professori universitari che avevano lamentato una violazione della *privacy* a causa della decisione assunta dall'Università del Montenegro di installare videocamere di sorveglianza nelle aule universitarie al fine di proteggere l'integrità del patrimonio dell'Università, oltre che l'incolumità delle persone.

La Corte ha in primo luogo escluso che la mera circostanza che la prestazione lavorativa venga svolta in un luogo pubblico possa comportare *sic et simpliciter* l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'art. 8, in quanto comporterebbe un'illecita restrizione del diritto alla *privacy* del lavoratore pubblico.

In secondo luogo, pur ritenendo in linea di principio legittime le finalità perseguite dal legislatore montenegrino, ha ritenuto che esse non fossero di rilevanza tale da poter giustificare le misure restrittive adottate dall'Università nei confronti dei propri lavoratori dipendenti, giudicando illegittimo il bilanciamento tra i due opposti interessi, in quanto si sarebbero potute perseguire le medesime finalità in modo meno invasivo.

Altro caso recentissimo e degno di nota è indubbiamente **Lopez Ribalda c. Spagna**<sup>7</sup>; il datore di lavoro, gestore di un supermercato, aveva riscontrato una serie di incongruenze tra le scorte di magazzino e gli incassi di fine giornata e per tale motivo, sospettando condotte illecite dei dipendenti e al fine di scongiurare ulteriori lesioni del patrimonio aziendale, aveva installato all'interno del negozio dei dispositivi di videoripresa. →

5. CEDU, 3 aprile 2007, *Copland c. Regno Unito*, ricorso n. 62617/2000.  
6. CEDU, 18 novembre 2017, *Antović e Mirković c. Montenegro*,

ricorso n. 70838/2013.  
7. CEDU, 9 gennaio 2018, *Lopez Ribalda c. Spagna*, ricorso n. 1874/2013.



Alcune telecamere erano state collocate ai varchi d'uscita, in posizione visibile a tutti, mentre altre in posizione occulta e in modo da poter vigilare indiscriminatamente su tutti i dipendenti di volta in volta addetti alla cassa.

Grazie ai filmati venivano individuati, e in un secondo tempo licenziati, i responsabili della condotta illecita.

Questi ultimi adivano le corti nazionali, lamentando una violazione del loro diritto alla *privacy* ma le loro pretese venivano rigettate in quanto la condotta datoriale era giudicata lecita e proporzionata rispetto all'entità dei fatti e al fine perseguito dal datore di lavoro.

È proprio sul rispetto del principio di proporzione che si sofferma questa pronuncia della Corte di Strasburgo che, diversamente da quanto ritenuto dalle Corti nazionali, ha giudicato illegittima la condotta datoriale in quanto essa ha colpito indistintamente tutti i dipendenti e si è pertanto rivelata sproporzionata rispetto al fine da perseguire.

La Corte ha quindi ritenuto che i giudici nazionali

abbiano per errore omesso di sanzionare tale sproporzione, fallendo il giudizio di bilanciamento tra gli opposti interessi in gioco.

Del tutto discordante la determinazione della Corte in un altro caso, per certi versi molto simile, **Kopke c. Germania**<sup>8</sup> in cui il datore di lavoro aveva rilevato una serie di ammanchi all'interno del deposito di bevande di un supermercato e aveva deciso di installare una serie di telecamere nascoste nel magazzino sulla postazione della cassa.

I sospetti, diversamente dal caso spagnolo, si erano concentrati solo su due dipendenti per cui i controlli difensivi erano stati effettuati solo su di loro.

Pertanto le modalità adottate dal datore di lavoro per perseguire le finalità dichiarate sono state giudicate legittime e proporzionate, avendo la Corte ritenuto che l'azienda avesse adottato le misure restrittive meno invasive rispetto a quelle disponibili e giudicato, conseguentemente, legittimo il bilanciamento operato dalle corti nazionali.

<sup>8</sup> CEDU, 5 ottobre 2010, *Kopke c. Germania*, ricorso n. 420/2007.



## LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

# Le clausole contrattuali di mediazione e conciliazione: loro efficacia e operatività

## I. LA MEDIAZIONE “CONCORDATA”

### 1.1. Premesse

Come noto, oltre ai casi in cui l'avvio del procedimento di mediazione rappresenta un obbligo per le parti in quanto condizione di procedibilità *ex lege*, esistono altre forme di mediazione: quella volontaria, quella ordinata dall'Autorità giudiziaria e l'ipotesi di mediazione cd. «concordata»<sup>1</sup>.

Del resto, sono particolarmente diffuse (da vari anni) le clausole contrattuali che contemplano l'obbligo per le parti di rivolgersi ad un mediatore al fine di esperire il tentativo di conciliazione prima dell'avvio del giudizio<sup>2</sup>. Nella pratica sono largamente utilizzate anche le clausole «*multistep*», ovvero le clausole compromissorie che prevedono il tentativo di conciliazione prima di dare avvio al giudizio arbitrale propriamente detto<sup>3</sup>.

### 1.2. Le clausole di mediazione nel D.lgs. n. 28/2010

Il quinto comma dell'art. 5 del D.lgs. n. 28/2010 si occupa del caso in cui la mediazione sia prevista dalla parti tramite una clausola di mediazione o conciliazione presente nel contratto, nello statuto o nell'atto costitutivo dell'ente, recuperando in parte quanto previsto dal D.lgs. n. 5/2003<sup>4</sup>. Qualora il tentativo non risulti esperito, pur in presenza di tale clausola, «il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6»<sup>5</sup>. Si dispone che «allo stesso modo il giudice o l'arbitro fiss[i] la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi»<sup>6</sup>. È fondamentale sottolineare che «la doman- ➔

1. *Ex pluribus*: M. Caradonna, *La mediazione civile: novità e dubbi interpretativi*, Corr. trib., 2010, fasc. 45, pag. 3792; C. M. Ferri, *Manuale della nuova mediazione e conciliazione giudiziale*, Wolters Kluwer, Milano, 2014; G. Spina, *Mediazione civile*, Altalex, 2016.  
2. Sul tema: M. Curti, *Profili processuali delle clausole di conciliazione*, Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, pag. 1039; F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Cedam, Padova, 2008, pagg. 373 e ss. Come rilevato da un risalente *dictum*, si tratta di «un accordo sulla comune utilizzazione di uno strumento conciliativo (...) allo scopo di consentire alle parti stesse una rapida definizione della lite» (Pret. Prato, 21 luglio 1987, *Toscana lav. giur.*, 1988, pag. 373). Si rinvia altresì a: P. Gianniti – R. Piccione, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*,

Utet, Torino, 2012, pagg. 179 e ss.

3. Sul punto: M. Rubino – Sammartano, *International Arbitration, Law and Practice*, Wolters Kluwer, London, 2001, pag. 39. Si rinvia inoltre a R. Barberio, *Dopo la mediazione ... l'arbitrato*, R. Barberio - D. Lupo - A. Sirotti Gaudenzi, *Mediazione e conciliazione delle liti. Rapporti con la giurisdizione e l'arbitrato*, Experta, Forlì-Trento, 2011, pag. 293, il quale scrive: «non era facilmente sospettabile che la mediazione, ritenuta a torto parente derelitta dell'arbitrato, potesse rivelarsi il suo migliore veicolo culturale».

4. Il sesto comma dell'art. 60 prevedeva quanto segue: «qualora il contratto ovvero lo statuto della società prevedano una clausola di conciliazione e il tentativo non risulti esperito, il giudice, su istanza della parte interessata proposta nella prima difesa, dispone

la sospensione del procedimento pendente davanti a lui fissando un termine di durata compresa tra trenta e sessanta giorni per il deposito dell'istanza di conciliazione davanti ad un organismo di conciliazione ovvero quello indicato dal contratto o dallo statuto. Il processo può essere riassunto dalla parte interessata se l'istanza di conciliazione non è depositata nel termine fissato. Se il tentativo non riesce, all'atto di riassunzione è allegato il verbale di cui al comma 2. In ogni caso, la causa di sospensione si intende cessata, a norma dell'art. 297, co. 1, c.p.c., decorsi sei mesi dal provvedimento di sospensione». Sul tema: P. Bartolomucci, *La clausola di conciliazione e il nuovo processo societario*, Dir. prat. soc., 2004, pag. 45.  
5. Art. 5, comma quinto, D.lgs. n. 5/2010.  
6. *Ibidem*.

da è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti ad un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'art. 4, co. 1<sup>7</sup>, fatta salva la possibilità per le parti di «concordare successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto»<sup>8</sup>. Ad avviso di chi scrive, sembra che la previsione si possa applicare a tutte le ipotesi di clausole di mediazione o di conciliazione<sup>9</sup>, dato che la locuzione utilizzata dal legislatore prescinde dal fatto che le parti abbiano o meno richiamato un organismo di mediazione all'interno della clausola<sup>10</sup>.

Non si indica la «sanzione» prevista nel caso in cui alcuna delle parti non presenti la domanda di mediazione, ma sul punto appare possibile aderire alla tesi espressa da un'autorevole voce<sup>11</sup>, la quale ritiene che l'inosservanza di tale prescrizione rappresenti un reale ostacolo alla prosecuzione del giudizio<sup>12</sup>. Inoltre, un problema particolare si pone con riferimento alla «clausola *multistep*», alla quale non sembra potersi applicare quanto previsto dal quinto comma dell'art. 5, laddove appaia chiara la comune volontà delle parti di affidare il tentativo di conciliazione allo stesso arbitro, anziché ad un diverso mediatore<sup>13</sup>.

## 2. VALORE ED EFFICACIA DELLE CLAUSOLE NELL'ANALISI DELLA GIURISPRUDENZA PRECEDENTE AL D.LGS. N. 28/2010

### 2.1. Natura delle clausole

Per comprendere la portata «rivoluzionaria» delle disposizioni introdotte nel 2010, appare utile analizzare gli orientamenti giurisprudenziali precedenti alla riforma. In passato, la Cassazione si è occupata della natura delle cd. «clausole di mediazione o di conciliazione»<sup>14</sup>. Si è rilevato che tali clausole, con le quali le parti conferiscono ad un terzo il solo incarico di esperire un tentativo di conciliazione, per le eventuali controversie che insorgano sull'interpretazione e sull'esecuzione di un determinato contratto, non implicherebbero affatto rinuncia alla tutela giurisdizionale<sup>15</sup>. A questo proposito, si deve evidenziare la netta distinzione rispetto alla diversa ipotesi di compromesso per arbitrato irrituale (in cui il terzo ha il compito di definire la contesa in via transattiva con effetto vincolante per i contraenti)<sup>16</sup>. Sulla base di tali premesse, si giungeva ad affermare che il mancato esperimento del tentativo previsto pattiziamente non fosse affatto di ostacolo alla proponibilità e procedibilità dell'azione giudiziaria<sup>17</sup>. Pertanto, secondo la (diffusa) opinione passata<sup>18</sup>, →

7. *Ibidem*.

8. *Ibidem*.

9. U. Carnevali, *La nuova mediazione civile*, *Contratti*, 2010, fasc. 5, pag. 439.

10. Sul punto: V. Cuffaro, *Spontaneità della conciliazione e obbligatorietà della mediazione*, *Corr. mer.*, 2011, fasc. 1, pag. 5, il quale peraltro sottolinea che «la presenza di clausole conciliative o di preventivo accordo bonario determina una improcedibilità relativa, giacché solo alla parte è consentito di formulare l'eccezione, senza che il giudice possa rilevarla d'ufficio».

11. M. Rubino - Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, sesta edizione, Cedam, Padova, 2010, pag. 17. Tale impostazione è confermata da C. Besso (a cura di),

*La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 331; P. Gianniti - R.

Piccone, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, cit., pag. 179.

12. Incidentalmente, si rinvia ad un *dictum* contenente interessanti epifanie: Trib. Milano, 17 luglio 2009, *Trust*, 2009, fasc. 6, pag. 649. La dottrina evidenzia che «la clausola di mediazione diventa oggi previsione avente carattere obbligatorio e determina la sospensione (seppur temporanea) del processo instaurato in violazione della stessa» (P. Gianniti - R. Piccone, *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, cit., pag. 179).

13. Si veda: U. Carnevali, *op. cit.*, pag. 439.

14. L'argomento è stato più ampiamente trattato R. Barberio - D. Lupo - A. Sirotti

Gaudenzi, *Mediazione*

*e conciliazione delle liti*, cit., 2011.

15. Cass. Civile, sez. I, 3 dicembre 1987, n. 8983, *Mass. Foro it.*, 1987.

16. In effetti, la decisione, di natura negoziale, che li conclude è sfornita dell'elemento che caratterizza l'arbitrato rituale, ossia l'attitudine a divenire «sentenza» a seguito del deposito del lodo. Tuttavia, rispetto al procedimento di mediazione, è pur presente un qualche elemento decisorio (Cass. Civile, sez. I, 28 aprile 2010, n. 10221, *Mass. Foro it.*, 2010).

17. Cass. Civile, sez. I, 3 dicembre 1987, n. 8983, cit.

18. Si richiama: A. Castagnola - F. Delfini, *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2010, pag. 108. dicembre 2009, *ivi*, 2009).

il mancato esperimento del tentativo di conciliazione non avrebbe comportato l'improcedibilità, neppure temporanea<sup>19</sup>, dell'azione giudiziaria promossa senza il previo esperimento del concordato tentativo di conciliazione<sup>20</sup>.

Conseguenza di tale impostazione è che la clausola di mediazione o conciliazione, prima della riforma<sup>21</sup>, non potesse essere ritenuta vessatoria ai sensi dell'art. 1341 c.c.<sup>22</sup> (o abusiva ai sensi delle disposizioni ospitate dal cd. «codice del consumo»<sup>23</sup>), in quanto non derogativa della competenza, né contenente ostacoli reali alla proposizione della domanda giudiziaria<sup>24</sup>.

## 2.2. Il valore meramente obbligatorio delle clausole di mediazione prima dell'entrata in vigore del D.lgs. n. 28/2010

La Suprema Corte<sup>25</sup> ha evidenziato che l'inosservanza di clausole contrattuali che impongano alle parti, prima di promuovere l'azione giudiziaria, l'esperimento di un tentativo di amichevole componimento della lite non comportano l'improcedibilità, neppure temporanea, dell'azione giudiziaria promossa senza aver ottemperato all'obbligo previsto, dato che tali clausole non implicano una rinuncia alla tutela giurisdizionale<sup>26</sup>. Pertanto, prima della novella del 2010, si tendeva ad affermare esclusivamente che l'inosservanza del patto potesse determinare, fra le parti, conseguenze di carattere «sostanziale», quale l'obbligazione del risarcimento del danno eventualmente prodotto<sup>27</sup>, ma non avesse rilevanza nell'ordinamento processuale<sup>28</sup>, tanto da spingere un'autorevole voce a coniare un ὄξύμωρον (ossimoro), definendo la clausola una ipotesi di «mediazione facoltativamente obbligatoria»<sup>29</sup>.

2.3. Particolari ipotesi controverse

Nel 2001 la Corte di Cassazione ha affermato che non ci si deve limitare al *nomen* imposto dalle parti, dovendosi effettuare un'analisi in senso soggettivo delle previsioni contrattuali<sup>30</sup>.

È bene, infatti, evidenziare che quella che viene indicata come «clausola compromissoria» sia in realtà una clausola con cui le parti si impegnano ad esperire un tentativo di conciliazione. Nel caso concreto si era analizzata una clausola contenuta in un contratto che prevedeva quanto segue: «per tutte le controversie resta incaricata una commissione di arbitro che dovrà essere composta dal presidente del tribunale o da un suo delegato, da un tecnico di un ente territoriale e da un tecnico di parte; resta convenuto che per adire la magistratura ordinaria dovrà comunque essere esperito il tentativo dell'arbitrato»<sup>31</sup>. →

19. M. Curti, *Obbligatorietà e pregiudizialità delle clausole di conciliazione*, Foro pad., 1999, I, col. 235. Si veda inoltre: I Pagni, *Mediazione e processo nelle controversie civili e commerciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti*, Società, 2010, fasc. 5, pag. 619.  
20. Cass. Civile, sez. I, 3 dicembre 1987, n. 8983, cit. Più recentemente, si è affermato come «ogni deroga all'esercizio del diritto costituzionale di agire giudizio a tutela dei propri diritti soggettivi [fosse] insuscettibile sia di estensione analogica, sia di interpretazione estensiva, tant'è vero che persino le prescrizioni legali di obbligatorietà di un tentativo di conciliazione preventivo non danno luogo ad improcedibilità ove tale sanzione processuale non sia espressamente prevista» (Trib. Siena, 3 aprile 2014, *Pluris*, 2014).  
21. Sugli effetti della novella del 2010, in particolare, cfr.: C. Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale*, cit., pag. 331.  
22. Sul tema, si richiama l'eccellente intervento di P. Bartolomucci, *Arbitrato e conciliazione nelle controversie del consumo, pulitintorie e turismo*, A. Buonfrate – C. Giovannucci Orlandi (a cura di), *Codice degli arbitrati, delle conciliazioni e di altre ADR*, Utet, Torino, 2006, pag. 283 (in particolare, si vedano le pagg. 292 e ss.).  
23. Cfr.: P. Bartolomucci, *La clausola di conciliazione nei contratti dei consumatori tra vessatorietà e garanzia di accesso alla giustizia*, Contratti, 2003, fasc. 1, pag. 101.  
24. Infatti, la clausola di limitazione delle azioni giudiziali, quantomeno sotto il profilo temporale è stata

reputata abusiva *iuris et de iure* ai sensi dell'art. 1469 *quinquies*, secondo comma, n. 2, c.c. (oggi art. 36, secondo comma, n. 2, del codice del consumo). Pertanto, se la clausola fosse così interpretata, dovrebbe esserne rilevata d'ufficio l'inefficacia e/o la nullità, con la conseguenza che l'azione spiegata sarebbe comunque proponibile (Trib. Taranto, sez. Ginosca, 25 novembre 2008, *Platinum*, 2013; Trib. Lamezia Terme, 23 dicembre 2009, *ivi*, 2009).  
25. Cass. civ. Sez. III, 28 novembre 2008, n. 28402, *Imm. e propr.*, 2009, fasc. 2, pag. 117. La decisione della Suprema Corte è stata richiamata recentemente da: Trib. Torre Annunziata, 30 maggio 2013, inedita (secondo cui «costituisce (...) orientamento giurisprudenziale consolidato che il patto che preveda l'obbligo di esperire il tentativo di amichevole composizione di una lite non comporta alcuna preclusione all'esercizio dell'azione giudiziaria, atteso che i presupposti processuali per la validità del procedimento, rispondendo ad esigenze di ordine pubblico, possono trovare ragione di sussistenza soltanto nella legge e non nell'autonomia privata, per cui soltanto il legislatore può derogare al principio del libero ed incondizionato esercizio dell'azione civile, ove non ricorra un patto compromissorio o una rinuncia all'azione stessa, e imponere condizioni di procedibilità»). Naturalmente, il *dictum* reso dal Giudice campano si riferisca ad una clausola inserita in un contratto precedente all'entrata in vigore della riforma del 2010.  
26. Nell'occasione la Suprema Corte ha evidenziato quanto segue: «è indubbio che una previsione contrattuale non possa mai precludere l'esercizio di una azione giudiziaria,

ma nulla osta a che una previsione contrattuale possa, invece, differire nel tempo l'esercizio dell'azione stessa, come nel caso di specie, subordinando quest'ultima all'infuocato esperimento del tentativo di conciliazione. Se la legge ordinaria è una fonte idonea a istituire tentativi obbligatori di conciliazione, anche il contratto, nella misura in cui tra le parti ha forza di legge, deve reputarsi una fonte del diritto altrettanto idonea. La previsione del tentativo di conciliazione, legale o volontaria, non solo non contrasta con la Costituzione, ma addirittura risulta conforme alla stessa (...). Inoltre, soppesando da un lato l'interesse generale a perseguire tutte le strade che possano portare a un contenimento del contenzioso giudiziario e dall'altro l'altrettanto preminente interesse a non sopprimere i mezzi di tutela giurisdizionale ordinaria, dovrebbe attribuirsi prevalenza al primo dal momento che questo non implica una rinuncia definitiva al secondo ma semplicemente un differimento cronologico, nell'interesse dello stesso asserito titolare del diritto che si intende far valere».  
27. Difficilmente configurabile, peraltro, secondo attente voci (M. Cicogna – G. Di Rago – G. N. Giudice, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Maggioli, Rimini, 2010, pag. 375, i quali si riportano all'esperienza anglosassone. Sul tema, si rinvia a: Trib. San Remo, 27 agosto 1998, *Foro pad.*, 1999, I, col. 234.  
28. Cass. Civile, sez. III, 17 dicembre 1986, n. 7626, *Rass. equo canone*, 1987, pag. 193.  
29. Sic: F. Cuomo Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, cit., pag. 373.  
30. Cass. Civile, sez. I, 27 gennaio 2001, n. 1191, *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, I, pag. 13, con nota di M. Curti.  
31. *Ibidem*.



I Giudici della Suprema Corte, a tal proposito, hanno affermato che una clausola del genere «non configura un vero e proprio arbitrato, rituale o irrituale»<sup>32</sup>. La stessa, infatti, non può che essere interpretata nel senso che le parti abbiano previsto una specie di tentativo di conciliazione, sulla base della proposta formulata dalla commissione<sup>33</sup>, prima di potersi rivolgere al giudice secondo le regole ordinarie.

#### 2.4. Segue. Le clausole «multistep»

Come anticipato<sup>34</sup>, si stanno diffondendo le clausole compromissorie che prevedono l'esperimento di un

tentativo di conciliazione prima dell'inizio del giudizio arbitrale<sup>35</sup>.

Il modello, di derivazione anglosassone<sup>36</sup>, si è affermato anche nel nostro Paese<sup>37</sup>. Ad esempio, la Camera arbitrale di Milano ha elaborato una clausola *standard* che prevede la «tappa» obbligatoria della mediazione, prima di instaurare il giudizio innanzi agli arbitri<sup>38</sup>.

Analizzando le istituzioni arbitrali di respiro internazionale, si segnala che la Corte arbitrale europea di Strasburgo ha predisposto una clausola «*multi-step*» particolarmente completa, che può offrire garanzie, grazie al rinvio ad un regolamento noto per la sua efficacia<sup>39</sup>.

32. La formula esaminata, considerata nel suo complesso, fa emergere chiaramente che le parti non hanno voluto rinunciare alla tutela giurisdizionale, ma solo prevedere, prima di poter adire il giudice ordinario, un fase di carattere obbligatorio, finalizzata alla ricerca di una soluzione extragiudiziale della controversia. Nell'espressione «tentativo di arbitrato», utilizzata nella clausola, il termine arbitrato è evidentemente usato non nel suo significato tecnico, atteso che l'arbitrato comporta una rinuncia alla tutela giurisdizionale, avendo una funzione sostitutiva rispetto ad essa. Dato che le parti hanno voluto mantenere la possibilità di adire la magistratura ordinaria, deve escludersi che la clausola in questione configuri un vero e proprio arbitrato, rituale o irrituale (Cass. Civile, sez. I, 27 gennaio 2001, n. 1191, cit.).

33. O, *rectius*, dal collegio arbitrale.

34. Si rinvia al par. 1.1. di questo saggio.

35. Isdaci, *Terzo rapporto sulla diffusione della giustizia alternativa in Italia*, Global Print, Milano, pag. 165.

36. Negli U.S.A., ad esempio, si parla, quindi, di *sequence* di formule di «ADR»

(M. Rubino – Sammartano, *Il diritto dell'arbitrato*, cit., pag. 31).

37. Incidentalmente: F. Carbone, *Introduzione alla conciliazione*, Temi rom., 2005, fasc. 3, pag. 139.

38. Si veda la clausola «*multistep*» della Camera arbitrale di Milano del seguente tenore: «Le parti sottoporranno le controversie derivanti dal presente contratto al tentativo di conciliazione previsto dal Servizio di conciliazione della Camera arbitrale di Milano. Nel caso in cui il tentativo fallisca, le

controversie derivanti dal presente contratto o in relazione allo stesso, saranno risolte mediante arbitrato secondo il Regolamento della Camera arbitrale di Milano, da un arbitro unico/tre arbitri, nominato/i in conformità a tale Regolamento». Anche la Camera di Commercio di Firenze ha predisposto, sin dall'entrata in vigore del D.lgs. n. 5/2003, alcuni modelli, utilizzabili soprattutto nell'ambito delle controversie societarie.

39. Questo è il testo: «*Any dispute between the parties relating to or arising from this contract shall be submitted to a procedure of mediation conducted by a sole mediator, appointed and proceeding in accordance with the Mediation Rules of this body by the local branch – if any – of the Mediation Centre for Europe, the Mediterranean and the Middle East having its seat in Strasbourg, which Rules are in force at the date of filing of the application for mediation. In the event of the mediation proceedings not taking place or being unsuccessful, any dispute arising from said relationships between the parties shall be determined in accordance with the Arbitration Rules and the Internal Rules of the European Court of Arbitration – being part of the European Centre of Arbitration having its seat at Strasbourg (in force at the time the application for arbitration is filed), with right to appeal – unless forbidden by the applicable procedural law – including for wrong choice of the substantive law and for errors of substantive law and errors of fact, by way of rehearing by an appellate arbitral tribunal (if so allowed by the applicable procedural law), of which adoption of this clause constitutes acceptance. The arbitration proceedings will be conducted according to the provisions of the said Rules by a sole arbitrator who will be appointed, if the dispute is domestic, by the local*

*Chapter – if any – of the European Court of Arbitration and in the absence of a local Chapter, as well as to all non domestic disputes, by the Central Registrar competent for that area: Strasbourg for Northern and Central Europe; Valencia for disputes between parties belonging even one of them to Southern Europe, the Mediterranean and the Middle East (as to France, the Department of Provence, Alpes, Côte d'Azur, les Bouches du Rhône, Var, Roussillon and Languedoc) Portugal, the Balkans, Romania, Bulgaria, Ukraine, the Black Sea and in general all the countries of Eastern Europe. The parties undertake to keep, and to cause their Counsel, advisors, managers, employees and agents to keep strictly confidential the dispute, the facts, the documents, the evidence and the award. The parties agree to conduct and to cause their Counsel to conduct themselves in a manner which limits the duration of the proceedings to six months, and to avoid the production of documents and the calling of witnesses who are unnecessary or irrelevant, restraining motion practices, avoiding delays, vexatious or repetitive conduct and in general any overlawyering and accepting to pay to the other parties all legal costs caused by a breach of such commitment, even in case of final success in the dispute. Each party further undertakes to promptly reimburse the other parties which should pay its share of any advance requested by the European Court of Arbitration or by its local competent Chapter – if any – for the proceedings and to recognise that the other parties shall be entitled to an ex parte summary judgment, or other summary proceedings, against it for such repayment. The parties request the arbitrator to issue as soon as possible an interim award for the part of a claim or cross claim which is undisputed or manifestly grounded».*

**SENZA FILTRO**Rubrica impertinente di **PENSIERI IRRIVERENTI**di **ANDREA ASNAGHI**

Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

## La storia di H.

**D**a quando per Sintesi abbiamo ideato questa rubrica, che mi onoro di condurre (con qualche incursione dell'amico Alberto Borella, sempre gradita ed autorevole), la nostra mitica Redattore capo, Morena Massaini, mi rimprovera un piglio sempre negativo, critico, talvolta polemico: "mai una bella notizia, mai un commento positivo".

Bisogna dire che una rubrica dal titolo "Senza filtro" non può che rappresentare una specie di "licenza di uccidere" (o quantomeno di colpire duro) e, del resto, essa è nata dalla constatazione delle mille cose che non vanno – il più delle volte per umana stupidità - e che fanno salire il sangue alla testa, non solo d'estate ma anche nel più freddo degli inverni; per di più, non è che Governi, Istituzioni ed Enti non ci mettano del loro, anzi, sembra quasi di assistere ad una gara ove si riesce sempre (e non è facile...) ad inventare cose ancora più astruse e deleterie di prima. D'altronde, non ci sorprende scoprire ogni volta la ricchezza della saggezza popolare, un cui detto ricordava che "non c'è limite al peggio".

Tuttavia, non essendo abbastanza folle dal non ascoltare un consiglio che viene da sì amabile e profonda persona (pensando a Morena – o, come la chiamano i nostri giovani, "la mitica Massaini" – viene alla mente la pubblicità di una nota marca di pasta: "se non la conosci, non sai cosa ti perdi"), vi racconto questo mese una storia positiva: la storia di H.

H. è un giovane universitario, studia molto – e riesce bene - ma ad un certo punto della sua carriera accademica (perfettamente in corso) decide di pagarsi gli studi, per non pesare su sua madre, che è una semplice (anche se bravissima) impiegata.

Così cerca un'occupazione e risponde all'inserzione di una nota catena commerciale, passa i colloqui e viene assunto *part-time*, a tempo determinato, come com-

messo alle vendite. Lavora con serietà e passione, con il sorriso che caratterizza da sempre la sua persona. Viene notato per la sua precisione e dedizione, e anche se non opera nel suo campo di studi (per lui sono tutte cose nuove) viene messo a coordinare un reparto. Un giorno un cliente si sente in dovere di mandare una lettera di ringraziamento per un commesso (che è H. ovviamente) che lo ha trattato davvero bene, che è stato così gentile e premuroso anche se non si trattava nemmeno del suo reparto. Succede altre volte.

I colleghi di lavoro gli vogliono bene e lavorano volentieri con lui.

Non è uno *yes man*, non è un leccapiedi, non è un ruffiano o un piaggiatore; è semplicemente una persona che vive bene e lavora bene, e crea benessere attorno a sé. Anche se non è il lavoro del futuro, anche se non è l'occupazione della sua vita, anche se è solo per mantenersi agli studi.

Alla scadenza del tempo determinato, anche se è ben chiaro pure per il datore di lavoro che quello non è il lavoro della vita di H., il rapporto viene trasformato a tempo indeterminato (benché potesse essere ancora prorogato a lungo): uno così non si lascia andare, neanche nella grande catena commerciale internazionale dove, in fondo, sei poco più di un numero.

Torniamo agli studi: oltre agli esami, H. partecipa (lavorandoci di notte) a dei concorsi, dove manda proprie idee, progetti, disegni: è per fare esperienza, per cimentarsi, e alla fine, nel mondo dorato (da fuori e/o da arrivati) e crudele (di dentro e/o all'inizio carriera) dell'architettura, qualcuno lo noterà.

Per intanto studia e lavora.

Non è un santo, un monaco, un eremita: H. ha la ragazza e gli amici, esce con loro, si diverte, fa le cose che fanno normalmente i giovani, compreso far arrabbiare o preoccupare la madre (per lo più per cose →

futili: si sa come sono fatte le mamme...); insomma, una vita normale.

Se vogliamo raccontarla tutta, non è che H. abbia avuto proprio tutte cose facili ed in discesa nella vita. Suo padre lo ha abbandonato prima che lui diventasse adolescente, sentendo il richiamo della sua terra di origine, con tutti i problemi economici ed affettivi che ciò può comportare, una fragilità nelle ossa gli ha ammazzato due grandi passioni (il ballo e lo sport) e gli ha seminato un po' di chiodi in una gamba, più volte rioperata, il nonno a cui era legatissimo è mancato dopo lunga e angustiosa malattia.

Insomma, è anche uno che ha sofferto ed è stato provato, ma non si è arreso, non si è lamentato, si è dato da fare aiutando, come poteva, la sua famiglia e chi aveva bisogno di lui.

Mi è venuta in mente la storia di H. (verissima in ogni singola virgola che precede) mentre ripensavo al Decreto Dignità da poco emanato dal Governo attuale e, soprattutto, alla frase che ho letto di uno degli ispiratori (se così possiamo dire) delle norme in esso contenute, il Prof. Pasquale Tridico, che sul Corriere della Sera del 9 luglio 2018 ha dichiarato in un articolo che *“le leggi non creano occupazione, ma possono aumentare o diminuire i diritti e la dignità del lavoro e legata al diritto”*.

Questo concetto (quante volte l'ho sentito...) che il lavoro è un qualcosa che trova la sua ragione ultima o un suo preciso scopo di esistere nel diritto che lo regola è, a mio avviso, profondamente sbagliato e velleitariamente ideologico.

Non ho mai pensato che non si debbano mettere puntuali leggi a tutela del lavoratore, e comunque regolatrici del mercato del lavoro e delle sue dinamiche, tuttavia la dignità del lavoro promana dalla dignità della persona, che nel lavoro trova una sua precisa espressione.

Il lavoro senza dignità non è tanto quello che sta fuori dalle regole (sia che il fuorilegge sia il datore o il lavoratore) ma è quello in cui le persone non si riconoscono, quello in cui imprenditore o lavoratore sono numeri, interessi, freddi diritti, messi contro, irricognoscibili all'uno le esigenze e le prospettive dell'altro.

Abbiamo un sistema lavoro intriso di diritti, *totem* intoccabili che solo a metterne in discussione qualcuno (o qualche modalità di sua realizzazione) si viene tacciati per reazionari e sfruttatori; ma alla qualità autentica del

lavoro e delle relazioni, chi ci pensa? Ad un approccio culturale al lavoro e alla mentalità con cui viverlo, da una parte e dall'altra, nessuno mette mano? Davvero si pensa che dalla moltiplicazione dei diritti e dal contenzioso più acerbo possa venire qualcosa di buono? O non ne proviene, invece, solo la scontentezza e la rabbia, se alla fine non si giunge mai alla vittoria finale? E quale vittoria è l'annientamento del (presunto) avversario?

Ecco, alla fine la lezione della storia di H., molto più efficace di mille disquisizioni cattedratiche (che si riconoscono soprattutto per il loro essere sterilmente accademiche: e quale guaio peggiore del non misurarsi mai con la realtà ma solo con le proprie proiezioni mentali...): lavorare con dignità è sapere ciò che si fa e perché lo si fa, non lasciarsi sfruttare – certo – ma soprattutto mettere se stessi nella propria attività, creare bellezza ed utilità anche nel fare cose semplici (e non idealmente proprie); vale per i lavoratori come (e forse ancor di più) per gli imprenditori. Che è diverso dall'accatastare diritti, rimostranze, scuse, protezioni improprie, sotterfugi e scorciatoie.

Il valore del lavoro di H. (la sua dignità) gli è stato riconosciuto ma era un valore per egli stesso, per la faccia che uno porta a casa la sera ed il cuore con cui si addormenta e si sveglia. Perché forse, e glielo auguro di cuore, H. “avrà successo” un domani, ma il suo vero successo H. lo sta vivendo già adesso. Ed ha costretto anche l'impersonale multinazionale a guardarlo, a riconoscerlo, senza alcun decreto posticcio, ideologico, fanfalone, acchiappaconsensi. Perché la dignità chiama, in genere, dignità e sa farsi riconoscere; perché ho visto molto raramente, forse mai, un imprenditore serio lasciarsi scappare un bravo lavoratore per il puro “gusto del disimpegno” (e se non è un imprenditore serio, oltre al fatto che raccoglierà ciò che semina, non è meglio lavorare per qualcun altro?). Perché le costrizioni portano sotterfugi, il sospetto porta sospetto, gli ingabbiamanti forzosi portano precarietà maggiore (come probabilmente purtroppo accadrà con il poco dignitoso – per contenuti e per modalità di realizzazione - Decreto Dignità).

Cosa dite? Che in fondo sono comunque finito a criticare qualcosa/qualcuno?

Ma via, cosa sarebbe la vita senza un po' di pepe...

## UNA PROPOSTA AL MESE

di ANDREA ASNAGHI  
Consulente del Lavoro in Paderno DugnanoUna sanatoria (a metà)  
sul mercato di braccia e cuori

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

**N**on finiremo mai di ripetere – sperando ardentemente che ci sia un momento in cui i fatti ci smentiscano – che il mercato del lavoro di questo Paese è ampiamente drogato da una serie di contratti illeciti ed abusati.

Ciò che particolarmente colpisce è il fenomeno delle estesissime somministrazioni illecite o appalti fittizi, quale espediente per diminuire (in modo truffaldino e, talvolta, illusorio, perché il committente spesso non è conscio di ciò che rischia comunque) il costo del lavoro e diversi oneri e doveri datoriali connessi al lavoro subordinato.

Il fenomeno si sviluppa già a partire dalla fine degli anni '70 e a poco o nulla sono valsi i vari interventi normativi volti a regolare (attraverso l'introduzione del lavoro interinale, prima, e poi della somministrazione) la flessibilità buona di un'intermediazione di manodopera garantita, senza contare un'incomprensibile lassismo (non comprenderemo mai se per insipienza o per preciso indirizzo) verso la repressione di fenomeni così alla luce del sole e diffusi che anche un cieco potrebbe percepirli agevolmente.

Né possiamo dirci particolarmente soddisfatti se il novello Decreto Dignità ha reintrodotta la fattispecie penale della somministrazione fraudolenta (maldestramente abrogata dal *Jobs Act*), dato che tale reintroduzione appare a sé sante e staccata da un disegno sistematico volto all'intercettazione seria del fenomeno interpositorio; e ciò sia perché nel medesi-

mo Decreto nel frattempo si penalizza, almeno in parte, la somministrazione, sia perché non si valorizza una diversa esposizione della fattispecie, la quale purtroppo è stata riproposta nella formulazione sostanzialmente identica alla precedente (anzi, con un carico sanzionatorio minore!), un testo che obiettivamente qualche problema interpretativo ed applicativo in passato l'aveva dato.

Ma nell'ottimismo costruttivo che ci porta a vedere la parte mezza piena del bicchiere, è comunque un primo passo avanti il fatto che l'interposizione fraudolenta di manodopera torni ad avere attenzione sotto il versante penale.

Senonché si pongono alcuni problemi di gestione dell'apparato sanzionatorio di non facile soluzione, a cavallo di una norma prima depenalizzata e poi nuovamente individuata quel reato.

Non solo, ma anche in costanza della norma precedente, come detto, poca (quantomeno, non sufficiente) attenzione pare - a chi scrive - sia stata posta da parte del versante ispettivo per intercettare e reprimere in maniera coerente ed efficace il fenomeno. Vorremmo pertanto proporre una possibile soluzione, che ricalca in parte la logica dell'art. 54 del D.lgs. n. 81/2015, per mettere un punto fermo e, per così dire, di ripartenza: una sanatoria sulla somministrazione illecita.

Quando si parla di sanatoria, condono, emersione, →



stabilizzazione *et similia*, spesso si rende l'impressione di un patetico colpo di spugna, una resa di fronte all'illegalità, quasi un "premio" verso chi ha fino ad allora abusato ed ora, con comodità, può mettersi a posto. Tuttavia è anche chiaro che una sanatoria può costituire un messaggio forte, un punto di svolta, quasi l'ultima spiaggia offerta prima di conseguenze peggiori, certo un indice anche di debolezza (per non essere riusciti ad intervenire diversamente sul fenomeno) ma insieme una possibilità di emersione tanto più efficace quanto più emerge la volontà e la possibilità di non ripetere gli errori del passato e di non concedere gli stessi spazi di manovra prima tollerati.

Immaginiamo perciò una sanatoria sulla somministrazione illecita e tutti i fenomeni ad essa connessi (appalti o distacchi fittizi, ad esempio – ricordiamo che il distacco è frequentissimamente utilizzato anche nel settore pubblico per aggirare il divieto di subappalto), con alcuni passaggi obbligatori:

- a) Una transazione con il singolo lavoratore in una sede conciliativa *ex artt.* 410 e segg c.p.c. o presso una commissione di certificazione *ex art.* 76 e segg. D.lgs. n. 276/2003, che sani tutti gli aspetti eventualmente connessi all'interposizione fittizia, con il pagamento al lavoratore di una somma di almeno 100 euro in ragione di anno o frazione di anno (in questi termini, completamente esente sotto il profilo fiscale e previdenziale) ed il contemporaneo versamento di una somma di pari importo (100 euro in ragione di anno o frazione) a titolo forfettario sanzionatorio<sup>1</sup>.
- b) La transazione deve inoltre prevedere l'assunzione del lavoratore, a tempo indeterminato e con un orario esattamente uguale alla prestazione del lavoratore (e comunque per un *part-time* non inferiore al 40 %) e l'impegno del datore di lavoro a non recedere dal rapporto per un periodo di 12 mesi dall'assunzione, se non per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.
- c) Una contestuale (entro 5 giorni dalla transazione) denuncia di emersione, in cui il datore di lavoro

- (pseudo-committente) segnali il rapporto sanato, compresi gli estremi della conciliazione e del datore di lavoro interposto (o somministratore fittizio).
- d) La denuncia di cui al punto precedente deve inoltre prevedere l'impegno, come clausola sostanziale, del datore di lavoro, per un periodo di 5 anni a partire dalla data della transazione, a non incorrere in violazioni per attività riguardanti la somministrazione illecita, l'appalto o il distacco fittizi o altre forme di irregolare intermediazione di manodopera.
  - e) A fronte degli adempimenti integrali di cui ai punti precedenti, che devono intervenire spontaneamente prima dell'avvio di un'attività ispettiva, di un accertamento formale o di una denuncia di qualsiasi tipo agli Enti competenti, si prevedrebbe l'abbuono di ogni sanzione amministrativa o penale riguardante l'intermediazione illecita e fraudolenta relativamente a ciascun lavoratore regolarizzato.
  - f) La regolarizzazione in argomento dovrebbe infine avere una data precisa di scadenza (e non essere aperta *ad libitum*), ipotizzabile nell'arco di tre/sei mesi dall'eventuale approvazione di una simile norma, in modo da costituire una sorta di esperibilità *una-tantum* di condono e non una possibilità sempre aperta.

Lo scopo della proposta è quello di far emergere rapporti costituiti magari nel tempo e di difficile sistemazione; non è infrequente che il datore di lavoro (certo, non sempre così "innocente") sia addirittura ricattabile dall'interpositore o quantomeno inserito in un circolo vizioso da cui parrebbe difficile altrimenti uscire.

Del resto, il dilagare di soggetti che hanno offerto sul mercato manodopera in maniera fittizia ha creato non poche vittime fra i datori, certo non solo per ignoranza (inescusabile, peraltro) della norma; ma sicuramente a tale situazione ha non poco contribuito l'apparente validità formale di tali soggetti, dotati di "regolari" posizioni Inps ed Inail, con il Durc in ordine (cosa che significa poco o nulla, come ben sanno gli addetti ai lavori), con tanto di iscrizione al registro imprese e che operano alla luce del sole, ➔

1. Le somme esposte sono puramente indicative e servono a mero scopo esemplificativo: si dovrebbe in ogni caso trattare di somme minimali tali da non scoraggiare la presa in considerazione della possibilità di sanare il passato.

magari anche con certificazioni di qualità o qualche “presentazione autorevole”. La domanda velenosa su cui molti imprenditori sono caduti è infatti la seguente: “ma se tutto ciò è vietato, come mai lo fanno tutti e in maniera così palese?” (Domanda a cui ci piacerebbe che desse risposta chi doveva e poteva reprimere simili fenomeni).

Dello svantaggio di una qualsiasi soluzione di sanatoria abbiamo già detto.

Vediamo invece quali sarebbero i possibili vantaggi di una proposta simile:

1. La sanatoria darebbe la possibilità a chi ha sbagliato – sono le aziende e gli imprenditori, la parte (tendenzialmente) sana e propulsiva della nostra economia - di sanare integralmente la propria posizione, con il preciso impegno di non “ricaderci” più nel presente e nell’immediato futuro. In un periodo di leggera ripresa dell’economia, pare apprezzabile la possibilità di mettersi a posto con una somma esigua (rispetto al diverso e ben più alto rischio in caso di verifica o contenzioso).
2. La sanatoria sarebbe rivolta *alle sole imprese committenti*, senza alcuno sconto sanzionatorio per i soggetti interpositori (o falsi appaltatori che dir si voglia). Quindi verso coloro che hanno lucrato o intendono continuare a lucrare sull’affitto illecito di manodopera, che non hanno alcuna scusante, vi sarebbe un atteggiamento giustamente inflessibile e repressivo. Non solo, la denuncia del rapporto, compreso il nome del soggetto somministratore, farebbe emergere in modo chiaro i nomi di chi elude in modo sistematico la legge, costruendo catene di sfruttamento. Senza contare, a questo proposito, “l’effetto domino”: l’emersione infatti avrebbe un effetto trascinante, in quanto anche chi non fosse particolarmente convinto di aderire alla sanatoria subirebbe il pesante e concreto rischio di essere colpito dagli accertamenti “di ritorno” che verrebbero subitaneamente effettuati verso i somministratori fraudolenti emersi.
3. La regolarizzazione del rapporto di lavoro permetterebbe ai lavoratori impiegati nelle somministra-

zioni illecite di acquisire una maggiore stabilità occupazionale, nonché di fruire dei medesimi trattamenti degli altri addetti dell’azienda: non di rado, infatti, la somministrazione illecita si accompagna a trattamenti retributivi (e conseguenti contribuzioni) depressi o viziati da poste elusive (trasferte e rimborsi fittizi, ad esempio, oppure denuncia di orari di lavoro minimi). È vero che con la conciliazione avverrebbe una rinuncia, per il passato, al ristoro di retribuzioni o trattamenti percepiti quasi sicuramente inferiori al dovuto, ma è altrettanto vero che tali azioni in di ardua praticabilità (senza contare che, in ogni caso, i lavoratori che non ritenessero di conciliare conserverebbero la piena facoltà di recupero dei propri diritti interamente).

4. Con i versamenti delle sanzioni forfetarie si costituirebbe un piccolo fondo che andrebbe ad incrementare le risorse da destinare all’attività ispettiva. Per fare dei numeri, diciamo che se 200.000 lavoratori (un’esigua parte di quelli impiegati in tali modalità fraudolente) venissero regolarizzati a questo modo (con una media di due anni cadauno, quindi con un versamento di 200 euro a testa) ci sarebbe un introito di 40 milioni di euro, in pratica ci si potrebbero impiegare – a occhio e croce – 160/200 ispettori per un quinquennio (una piccola *task-force* dedicabile, in prima battuta, ad estirpare il fenomeno della falsa somministrazione?), oppure potenziare gli strumenti della forza ispettiva attuale.
5. Se si raggiungesse una certa massa critica, l’afflusso di risorse contributive e fiscali ora sottratte allo Stato permetterebbe una manovra complessiva di alleggerimento del costo del lavoro.

In definitiva, se a prima vista una sanatoria potrebbe tale ipotesi sembrare una “resa” (tuttavia, sarebbe così diversa dalla resa a cui purtroppo assistiamo quotidianamente verso tale malaffare?) in realtà potrebbe costituire, per un Esecutivo che volesse davvero mettere mano in modo serio alla repressione del fenomeno e mantenere un atteggiamento coerente, un vero punto di svolta.



## ARGOMENTO

### “Niente licenziamento per chi fuma la sigaretta elettronica sul posto di lavoro”

La Corte di Cassazione ha statuito l'illegittimità del provvedimento espulsivo nei confronti del lavoratore che fuma la sigaretta elettronica durante il proprio turno di lavoro; il vizio del fumo infatti, laddove consenta almeno in parte il proseguimento della propria attività lavorativa, non è incompatibile con essa. Il provvedimento adottato dalla società, operativa nel settore della ristorazione per scuole, aziende e ospedali è stato ritenuto eccessivo essendo il fatto di per sé, pur materialmente sussistente, non giudicabile alla stregua

di un inadempimento contrattuale. Infatti il codice disciplinare di cui al contratto collettivo individua distintamente come ipotesi passibile di sanzione conservativa la contravvenzione al divieto di fumare o il fumare nei locali riservati alla clientela. Tale disposizione ha reso inutile il richiamo dell'azienda a due precedenti disciplinari (utilizzo del telefono cellulare durante il proprio turno di lavoro) e ha consentito alla Suprema Corte di affermare che tali precedenti non potevano giustificare una sanzione espulsiva.

Cass., Ord.  
27 giugno 2018, n. 16965

**AUTORE**  
PATRIZIA MASI  
Consulente del Lavoro in Milano

## ARGOMENTO

### “Limiti all'esercizio del diritto di critica da parte del rappresentante sindacale nei confronti del datore di lavoro”

Per la Cassazione propone ricorso un avvocato interno di una S.p.a. avverso la sentenza della Corte di Appello di Roma che aveva accertato la sua responsabilità nei fatti contestati, la loro gravità e l'assenza di intenti ritorsivi e/o discriminatori alla base del suo licenziamento. La S.p.a. aveva contestato al dipendente di aver redatto un documento relativo all'applicazione, all'ufficio legale della società stessa, della Legge n. 247/2012 e del Regolamento degli uffici pubblici, utilizzando notizie riservate e diffondendo, o contribuendo a diffondere, tale documento, poi pervenuto ad un giornalista.

Nella sentenza, la Suprema Corte riafferma che l'esercizio del diritto di critica, costituzionalmente tutelato, incontra, all'interno del rapporto di lavoro, limiti non dissimili da quelli previsti in generale per la manifestazione del pensiero, cioè quello della continenza formale, attinente il modo di esposizione del pensiero critico e quello della continenza sostanziale, attinente la veridicità, pur

valutata secondo il parametro soggettivo della veridicità percepita dall'autore dei fatti denunciati. Prosegue la Suprema Corte nell'affermare che i fatti narrati devono corrispondere a verità, sia pure non assoluta ma soggettiva, e l'esposizione dei fatti deve avvenire in modo misurato, cioè deve essere contenuta negli spazi strettamente necessari all'esercizio del diritto di critica. Inoltre, tali limiti debbono essere valutati con particolare rigore laddove la criticità sia avanzata nell'ambito di una azione sindacale. Nella specie, la sentenza impugnata non aveva verificato né valutato il contenuto del documento redatto dal dipendente ed il contesto indubbiamente sindacale, *stante l'iscrizione al sindacato del dipendente seppur da pochi giorni*. Come osservare anche dalla Cassazione con sentenza n.7471 del 2012, il lavoratore che sia anche rappresentante sindacale se, quale lavoratore subordinato, è soggetto allo stesso vincolo di subordinazione degli altri dipendenti, si pone, in relazione all'attività di sindacalista, →

Cass., sez. Lavoro,  
10 luglio 2018, n. 18176

**AUTORE**  
ANGELA LAVAZZA  
Consulente del Lavoro in Milano



su un piano paritetico con il datore di lavoro, con esclusione di qualsiasi vincolo di subordinazione, giacché detta attività, espressione di una libertà costituzionalmente garantita dall'art. 39 Cost., in quanto diretta alla tutela degli interessi collettivi dei lavoratori nei confronti di quelli contrapposti del datore di lavoro, non può essere subordinata alla volontà di quest'ultimo.

Tuttavia, l'esercizio da parte del rappresentante sindacale del diritto di critica, anche aspra, nei confronti del datore di lavoro, sebbene garantito dagli artt. 21 e 30

Cost., incontra i limiti della correttezza formale, sostanziale e della veridicità.

Ne consegue che solo ove tali limiti siano superati con l'attribuzione all'impresa datoriale od a suoi dirigenti di qualità apertamente disonorevoli e di riferimenti denigratori non provati, il comportamento del lavoratore può essere legittimamente sanzionato in via disciplinare.

In definitiva, la Suprema Corte cassa la sentenza impugnata, rinviando ad altro giudice per un ulteriore esame della controversia.

## ARGOMENTO

### “ Ferie nella P.A.: se e quando spetta un'indennità per il mancato godimento delle ferie ”

Un lavoratore della USL ricorre in giudizio per ottenere il pagamento della indennità sostitutiva per ferie non godute nel rapporto di impiego con qualifica dirigenziale intercorso nel periodo dicembre 1993 - marzo 2003. Secondo la Corte Territoriale adita il lavoratore, giusto quanto previsto dal Ccnl applicato, non avrebbe allegato né provato le circostanze ostative che impediscono il godimento delle ferie, in quanto costitutive del diritto alla predetta indennità.

La vicenda approda in Cassazione laddove i Giudici

esprimono un principio analogo a quanto contenuto in altre sentenze, in particolare si v. Cass., n. 4855 del 2014, secondo la quale nel caso di dipendente della Pubblica Amministrazione il mancato godimento del periodo di ferie non dà diritto automaticamente ad un ristoro economico se non nel caso in cui sia provato dal lavoratore che il mancato godimento delle ferie sia stato cagionato da eccezionali e motivate esigenze di servizio o da cause di forza maggiore. Il ricorrente vede così negate le proprie pretese anche in sede di Cassazione.

Cass., Ord. sez. Lavoro,  
30 luglio 2018, n. 20091

**AUTORE**

MORENA MASSAINI  
Consulente del Lavoro in Milano

## ARGOMENTO

### “ Licenziamento per superamento del periodo di comporto: natura e oneri a carico del datore di lavoro ”

La Corte di Cassazione torna ancora sul tema del licenziamento per superamento del periodo di comporto per malattia riprendendo sul punto quanto già più volte in passato dichiarato (si veda Cass., 26 maggio 2005, n. 11092): il recesso per superamento del periodo di comporto è assimilabile non già ad un licenziamento disciplinare, sebbene ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, causale di licenziamento a cui si fa riferimento anche per le ipotesi di im-

possibilità della prestazione riferibile alla persona del lavoratore diverse dalla malattia.

Solo impropriamente, continua la Corte, riguardo ad esso, si può parlare di contestazione delle assenze, non essendo necessaria la completa e minuta descrizione delle circostanze di fatto relative alla causale e trattandosi di eventi, l'assenza per malattia, di cui il lavoratore ha conoscenza diretta.

Quali le ricadute operative sul datore di lavoro? Ne →

Cass., sez. Lavoro,  
17 agosto 2018, n. 20761

**AUTORE**

MORENA MASSAINI  
Consulente del Lavoro in Milano



consegue che questi non deve indicare i singoli giorni di assenza, potendosi ritenere sufficienti indicazioni più complessive, idonee ad evidenziare un superamento del periodo di comportamento in relazione alla disciplina contrattuale applicabile, come l'indicazione del numero totale delle assenze verificatesi in un determinato periodo, fermo restando l'onere, nell'eventuale sede giudiziaria, di allegare e provare, compiutamente, i fatti costitutivi del potere esercitato.

Sempre la Corte aggiunge che secondo l'ormai consolidato indirizzo interpretativo (cfr., tra le altre, v. Cass. n. 24525/2014, n. 12031/1999 e n. 9869/1991), ai sensi

dell'art. 2110 c.c. il licenziamento per superamento del periodo di comportamento costituisce *una fattispecie autonoma di licenziamento*, vale a dire una situazione di per sé idonea a consentirlo, diversa da quelle riconducibili ai concetti di giusta causa o giustificato motivo. Nell'art. 2110, co. 2, c.c. si rinviene un'astratta predeterminazione (legislativo-contrattuale) del punto di equilibrio fra l'interesse del lavoratore a disporre d'un congruo periodo di assenze per ristabilirsi a seguito di malattia od infortunio e quello del datore di lavoro di non doversi fare carico a tempo indefinito del contraccolpo che tali assenze cagionano all'organizzazione aziendale.

## ARGOMENTO

### “ Pagamento delle ferie da parte della Cassa Edile solo se vi sono gli accantonamenti del datore di lavoro ”

Con l'ordinanza in esame la Corte di Cassazione ribadisce che l'obbligo della Cassa Edile di pagare ai lavoratori ferie, gratifiche natalizie e festività infrasettimanali non deriva dalla mera istituzione del rapporto di lavoro, ma sorge con il pagamento da parte del datore di lavoro degli accantonamenti relativi, che origina il rapporto delegatorio tra le parti.

Ne consegue che, ove il datore di lavoro sia inadempiente nei confronti della Cassa Edile in ragione del suo fal-

limento, i lavoratori hanno diritto di chiamare in giudizio *in bonis* il datore di lavoro o di insinuarsi direttamente nel suo fallimento per recuperare le somme retributive spettanti. Non possono, tuttavia, agire nei confronti della Cassa neppure qualora sia stata ammessa al passivo fallimentare anche per le somme dovute ai lavoratori, salvo che tali somme siano state dalla medesima effettivamente riscosse. Si veda in tal senso da ultimo Cass., 28 gennaio 2015, n. 1604.

Cass., Ord. sez. Civ. VI,  
9 luglio 2018, n. 17961

#### AUTORE

MORENA MASSAINI  
Consulente del Lavoro in Milano