

# Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N.4

SOMMARIO



● IL PUNTO..... PAG. 2

**GLI ORIENTAMENTI DEL CENTRO STUDI**

● ORIENTAMENTO 2: CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI: IL CALCOLO DELLE MENSILITÀ RISARCITORIE E LA NOZIONE DI "ULTIMA RETRIBUZIONE DI RIFERIMENTO PER IL CALCOLO DEL TFR"..... PAG. 4

**DOTTRINA**

● IL REGISTRO NAZIONALE DEGLI AIUTI DI STATO: IL SOLITO LAVORO FATTO A METÀ di **ALBERTO BORELLA**..... PAG. 9

● REGOLAMENTO EUROPEO PER LA PROTEZIONE DEI DATI: RUOLI, NOMINE, CONTRATTI E MANDATI di **ANDREA MERATI**..... PAG. 12

● INAIL, UN ISTITUTO PIENO DI STORIA di **PAOLA DURASTANTE**..... PAG. 14

● RISARCIBILE IL DANNO NON PATRIMONIALE FATTO VALERE DOPO TRE ANNI di **GABRIELE FAVA E EMILIO ASCHEDEMINI**..... PAG. 16

● L'OBBLIGO DI FEDELITÀ NEL RAPPORTO DI LAVORO di **MASSIMILIANO TAVELLA**..... PAG. 18

● LA NATURA DEI FONDI PARITETICI INTERPROFESSIONALI ALLA LUCE DELLA NORMATIVA EUROPEA E OBBLIGHI COLLEGATI di **PAOLO PALMACCIO**..... PAG. 20

● LA SOGLIA DI PUNIBILITÀ DELL'OMESSO VERSAMENTO DELLE RITENUTE CONTRIBUTIVE A CARICO DEL DIPENDENTE di **SABRINA PAGANI**..... PAG. 22

● VIOLAZIONE DELLO JUS VARIANDI E RIFIUTO DEL LAVORATORE DI ADEMPIERE di **LAURA DI NUNZIO**... PAG. 24

● WELFARE AZIENDALE E ABUSO DEL DIRITTO di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 27

● UBER PERDE L'APPELLO IN INGHILTERRA: AUTISTI DIPENDENTI di **ANTONELLA ROSATI**..... PAG. 32

● UTILIZZO DEL VELO ISLAMICO, CAPI DI VESTIARIO, APPARTENENZA RELIGIOSA: QUESTIONI DI DISCRIMINAZIONE SECONDO LA CGUE di **LUCA DI SEVO**..... PAG. 34

● IL RUOLO DEI CONSULENTI DEL LAVORO NELL'INCLUSIONE DEI LAVORATORI CON DISABILITÀ NEI CONTESTI AZIENDALI di **LUCIANA MARI**..... PAG. 38

**LE RISPOSTE DEL CENTRO STUDI**

● TASSAZIONE APPLICABILE AI PRESTITI AI DIPENDENTI..... PAG. 44

**SENTENZE**

Valutazione della immediatezza della contestazione disciplinare di **RICCARDO BELLOCCHIO E ALESSIA ADELARDI**..... PAG. 46

Obbligazioni pecuniarie nascenti da un unico rapporto di lavoro: riflessi processuali di **PATRIZIA MASI**..... PAG. 46

Indennizzo per malattia professionale contratta per stress lavorativo e inabilità permanente di **ANGELA LAVAZZA**..... PAG. 47

Forma della disdetta di accordi di premio aziendale convenuti in sede sindacale di **STEFANO GUGLIELMI**..... PAG. 48

Straining e risarcimento del danno a favore del lavoratore di **LUCIANA MARI**..... PAG. 48

Il valore probatorio della mail "tradizionale" di **SILVANA PAGELLA**..... PAG. 49

**RUBRICHE**

**SENZA FILTRO**  
GLI ESCAPOLOGI FISCALI E DEL LAVORO: UNA NUOVA (O FORSE NEMMENO TANTO) "PROFESSIONE" di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 40

**UNA PROPOSTA AL MESE**  
PER UNA REVISIONE ED UNIFORMITÀ DELL'OFFERTA CONCILIATIVA E DELLA TASSAZIONE DELL'INDENNITÀ DI LICENZIAMENTO di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 42

PAG. 36

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

PAG. 50



**LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO: UN DIALOGO A PIÙ VOCI A TRE ANNI DAL JOBS ACT**

**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](http://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](mailto:info@consulentidellavoro.mi.it)  
[PEC.ordine.milano@consulentidellavoropec.it](mailto: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 Corra, 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

In occasione del Convegno organizzato da Ordine, Ancl e Inps sul tema "Inps: il nuovo Protocollo e la gestione dei rapporti con l'Istituto" del 10 aprile u.s. sono stati presentati i contenuti del protocollo Inps sottoscritto, in pari data, nello spirito di una reciproca e fattiva collaborazione che, oramai da anni, connota i rapporti nell'area milanese.

Il protocollo risponde all'esigenza di realizzare, pur nel riconoscimento delle consolidate modalità di interlocuzione diretta tra Consulenti del Lavoro e Inps dell'area metropolitana di Milano, ulteriori soluzioni idonee ad agevolare l'accesso dei Consulenti del Lavoro ai servizi pubblici ed alle informazioni di loro interesse in possesso delle PP.AA.; è anche interesse dell'Istituto favorire e rendere più fluida la relazione con gli iscritti e le relative Rappresentanze, per la gestione di problematiche del processo di riscossione della contribuzione obbligatoria e di quella normata dalla contrattazione collettiva di lavoro.

Gli ottimi risultati raggiunti con i passati accordi sottoscritti fra le parti hanno aperto la strada per consolidare le pregresse esperienze. In questa occasione si sono ripresi i documenti precedenti ed è stato confermato che il principale canale di comunicazione con l'Istituto è il cassetto bidirezionale che consente all'Istituto di garantire tempi certi di risposta. Le novità, invece, possono così riassumersi: l'appuntamento presso l'ordine dei consulenti avverrà in modalità remota e telematica con l'utilizzo dell'applicativo skype (o altra modalità); è stato attivato un nuovo gruppo di lavoro su Facebook denominato "Inps Milano con i Consulenti" a cui è possibile iscriversi a seguito di semplice richiesta inviata all'Ordine indicante la mail dell'account di FB; infine, ci sono novità anche sul "preavviso di accertamento". Al fine di garantire, infatti, un migliore servizio la direzione di Milano si impegna ad inviare il preavviso di accertamento entro 3 giorni dalla data di rilascio del Durc negativo e successivamente a dare risposta al riscontro inviato dal consulente, sia tramite cassetto che tramite PEC, entro i successivi 5 giorni.

L'osservanza della procedura di comunicazione prevista nel protocollo consentirà di gestire le problematiche in tempi certi. Il protocollo e l'allegato, relativo alle modalità di comunicazio- ➔

ne, sono stati inseriti nella *home page* del sito dell'Ordine rispettivamente ai seguenti link:

<http://consulentidellavoro.mi.it/wp-content/uploads/2018/04/Protocollo-intesa-INPS.pdf>

<http://consulentidellavoro.mi.it/wp-content/uploads/2018/04/Modalita-di-comunicazione-INPS.pdf>

ai quali si rimanda per una attenta lettura.

In questo numero abbiamo anche il piacere di pubblicare l'Orientamento n. 2 del Centro Studi dell'Ordine di Milano, con una introduzione del Presidente Potito di Nunzio, presentato in anteprima nel corso del Convegno *“Licenziamenti illegittimi e sanzioni: l'evoluzione normativa, la giurisprudenza più recente e la conciliazione stragiudiziale”*

organizzato in collaborazione tra Ordine di Milano, Ancl Milano e il Sole 24 Ore ai quali hanno partecipato gli Avvocati Falasca e Zambelli e, per il Centro Studi di Milano, Riccardo Bellocchio e Andrea Asnagli, coordinatori, rispettivamente, delle sezioni “Studi e Ricerche” e “Semplificazione”: tributiamo uno speciale ringraziamento a tutti coloro che hanno partecipato ai lavori.

L'Orientamento n. 2 ha analizzato, nel contratto a tutele crescenti, il meccanismo di calcolo delle mensilità risarcitorie e la nozione di “ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr”.

Nel presente numero di Sintesi sono pubblicati anche gli interventi integrali di tutti i relatori al convegno.

FERMA  
— LA —  
DATA

## A Milano il Festival del Lavoro 2018

A **giugno**, e precisamente il **28 - 29** e **30**, tieniti libero, cancella tutti i tuoi impegni perchè la città di Milano ospita il Festival del Lavoro 2018 al MiCo – Milano Congressi. Come ogni anno un appuntamento irrinunciabile per gli attori del mercato del lavoro e per i rappresentanti della società civile con dibattiti, approfondimenti sulle ultime novità normative e riflessioni per il rilancio dell'economia del nostro Paese e dell'occupazione dei più giovani; tali temi saranno al centro dell'edizione 2018.

Il **Festival del Lavoro di Milano** si conferma per essere un importante momento di formazione a 360° gradi per la Categoria e non solo. I partecipanti, infatti, nel corso della tre giorni potranno confrontarsi sui temi più rilevanti dell'**agenda politico-economica** nazionale, dalle sfide dell'**innovazione tecnologica al welfare**, passando per **fisco, previdenza, tutela del lavoro autonomo, politiche attive**. Un'occasione per noi Milanesi di tornare al **MiCo - Milano Congressi** che si colloca di diritto fra i più grandi centri congressuali d'Europa e del mondo.



### E ORA ALCUNE INDICAZIONI OPERATIVE!

Partecipando al ricco programma di dibattiti e confronti previsti dal cartellone del Festival del Lavoro 2018 sarà possibile acquisire **14 crediti formativi**, di cui **10 ordinari** e **4 deontologici**, validi ai fini della formazione continua obbligatoria. La rilevazione delle presenze in entrata e uscita nei tre giorni della manifestazione avverrà a cura del Consiglio provinciale dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano: a tale fine è necessario presentare il **DUI**, Documento Unico Identificativo, che può essere richiesto o rinnovato nell'apposita sezione del sito dei Consulenti del Lavoro.

# IL CALCOLO DELLE MENSILITÀ RISARCITORIE E LA NOZIONE DI “ULTIMA RETRIBUZIONE DI RIFERIMENTO PER IL CALCOLO DEL TFR” NEL CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

**C**ome spesso accade, cambiano le leggi ma non il modo di legiferare. Non si riesce mai a leggere una norma chiara e immediatamente applicabile priva quindi di incertezze interpretative. Con l'introduzione in Italia del contratto a tutele crescenti, il legislatore ha previsto, quale sanzione a fronte di un licenziamento illegittimo, il solo risarcimento del danno da calcolarsi in ragione di due mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità. La retribuzione, specifica il legislatore, da prendere in considerazione è “l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto”. Ed è proprio questa ultima precisazione che non trova concordi i vari operatori: consulenti del lavoro, avvocati e giudici. Sicuramente meglio della indefinita “mensilità globale i fatto”; però è sul termine “ultima” retribuzione che il dibattito si sviluppa. Deve intendersi la retribuzione dell'ultimo mese di lavoro oppure

la retribuzione dell'ultimo anno, visto che il TFR matura per ogni anno di servizio? E per anno, quello intero precedente la data di cessazione del rapporto oppure quello solare (12 mesi indietro dalla data di cessazione)? E per retribuzione si deve prendere in considerazione esclusivamente la retribuzione fissa oppure ogni altro elemento variabile e/o in natura?

Qualche giudice si è già espresso ma non in maniera univoca e quindi i dubbi ancora restano.

Il Centro Studi dei Consulenti del Lavoro di Milano, che mi onoro di coordinare, dopo ampia discussione ha elaborato un proprio orientamento che ha pubblicato nelle pagine della Rivista Sintesi di Aprile 2017, organo del Consiglio dell'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano.

Voglio qui pubblicamente ringraziare tutti i componenti del Centro Studi per la complessa attività di divulgazione scientifica che svolgono mensilmente a beneficio non solo dei colleghi Consulenti del Lavoro ma della intera collettività. →

ORIENTAMENTO N. DUE

# Contratto a tutele crescenti: il calcolo delle mensilità risarcitorie e la nozione di "ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr"

Il D.lgs. n. 23 del 4 marzo 2015 ha introdotto nell'ordinamento giuslavoristico la disciplina delle c.d. "Tutele crescenti", che ha comportato, fra le altre cose, una diversa modalità di quantificazione dell'indennizzo in caso di licenziamento illegittimo per i lavoratori soggetti al regime delle "tutele crescenti", ovvero gli assunti (o confermati) dalla data del 7 marzo 2015, nonché i lavoratori già assunti a tempo indeterminato il cui datore di lavoro, dopo tale data, abbia superato il limite dimensionale di cui all'art. 18 L. n.300/1970, co. 8 e 9.

In particolare, rispetto a quanto previsto dagli art. 8 L. n. 604/1966 e 18, L. n. 300/1970 (tuttora in vigore per gli assunti a tempo indeterminato sino al 6 marzo 2015), con il D.lgs. n. 23/2015 cambia la base di calcolo delle mensilità di retribuzione costituenti l'indennità risarcitoria spettante ai lavoratori a tutele crescenti in caso di accertata illegittimità del licenziamento loro intimato.

Anziché ad un certo numero di mensilità "dell'ultima retribuzione globale di fatto", invero, l'indennità risarcitoria spettante al lavoratore a tutele crescenti è commisurata ad un certo numero di mensilità "dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto".

A tale parametro si fa riferimento costante in tutto il Decreto in argomento:

- all'art. 2, co. 2 e 3 (reintegrazione con risarcimento

e indennità sostitutiva al reintegro);

- all'art. 3, co. 1 (indennità economica per licenziamento illegittimo di aziende con il requisito dimensionale di cui all'art. 18, L. n.300/70, co. 8 e 9);
- all'art. 3, co. 2 (indennità economica massima in caso di "reintegro minore");
- all'art. 4, co. 1 (indennità economica per vizi formali del licenziamento);
- all'art. 6, co. 1 (offerta di conciliazione);
- all'art. 9 (indennità di licenziamento per datori minori, che non arrivano al requisito dimensionale di cui all'art. 18, L. n. 300/70, co. 8 e 9).

È opportuno specificare che per quanto concerne l'art. 9 vi è un rimando diretto agli articoli precedenti con quantificazione ridotta ad un mese per anno di servizio entro un massimo di sei mensilità.

Si osservi inoltre che per quanto concerne l'art. 6 il testo normativo è lievemente differente rispetto a tutti gli altri, in quanto viene indicato il criterio della "mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto", omettendo il riferimento all'ultima retribuzione. Si ritiene tuttavia che un'interpretazione sistematica del testo legislativo induce a considerare il calcolo della mensilità di riferimento di cui all'art. 6 in senso non differente da quella degli articoli precedenti. La dizione infatti è contenuta nel medesimo testo di legge e fa riferimento ad indennità della stessa natura, rispetto alle ➔

quali l'importo previsto per l'offerta di conciliazione, che è sempre commisurato ad un certo numero di mensilità lorde in relazione alla concreta anzianità di servizio, si differenzia dall'indennità risarcitoria solo per il *quantum* (trattandosi di un numero di mensilità inferiore) e per il vantaggio di non essere soggetta a tassazione alcuna.

Si tratta, evidentemente, di una scelta precisa del legislatore nella direzione di disancorarsi dalla nozione di "*ultima retribuzione globale di fatto*", fonte di notevoli dubbi e contrasti interpretativi (mai del tutto risolti) su quali elementi retributivi ne entrino a far parte in mancanza di una definizione legale precisa, ed interpretata dalla giurisprudenza prevalente come comprensiva di ogni compenso avente carattere anche non continuativo, purchè non occasionale (cfr. per tutte Cass. 16 settembre 2009 n. 19956).

Il nuovo criterio di calcolo introdotto dal decreto in esame, invece, che ha come base *l'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto*, richiama implicitamente l'art. 2120 c.c., che è utile qui considerare nei primi due commi:

*"In ogni caso di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, il prestatore di lavoro ha diritto a un trattamento di fine rapporto. Tale trattamento si calcola sommando per ciascun anno di servizio una quota pari e comunque non superiore all'importo della retribuzione dovuta per l'anno stesso divisa per 13,5. La quota è proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno, computandosi come mese intero le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni.*

*Salvo diversa previsione dei contratti collettivi la retribuzione annua, ai fini del comma precedente, comprende tutte le somme, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese".*

Alla nozione di *retribuzione* da prendere a riferimento per il calcolo del Tfr derivante dal testo di legge si aggiunge quella eventualmente fornita, in deroga, dalla contrattazione collettiva, la quale frequentemente disciplina, e talvolta con esattezza,

quali siano le poste retributive utili per il calcolo del Tfr e quali invece siano quelle escluse. Si può pertanto riconoscere nella norma in argomento il tentativo di soddisfare l'esigenza di una maggior certezza del diritto, individuando un valore numerico quanto più incontrovertibile possibile, o quantomeno solo residualmente discutibile.

Tuttavia, affrancati la maggior parte dei dubbi su quali elementi retributivi considerare al fine dell'indennità in questione, appare utile una riflessione sulla collocazione temporale di tali elementi, ovvero su come individuare la retribuzione "ultima" di riferimento per il calcolo del Tfr.

La necessità di identificare un criterio condiviso per effettuare il calcolo delle predette indennità acquista molteplici valenze: non solo, come ovvio, per la quantificazione in sé dell'indennità in caso di contenzioso giudiziale, ma anche per l'ambito stragiudiziale in cui la determinazione dell'*offerta di conciliazione* è utile a determinare sia la validità stessa dell'offerta - di cui comunque resta facoltativa l'accettazione, senza conseguenze di sorta - sia il corretto limite di esenzione dal punto di vista fiscale dell'importo offerto al lavoratore in tale ambito.

### Nozione di ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto

Si tratta pertanto di attribuire all'espressione normativa il significato più corretto, e quindi di identificare la retribuzione "ultima" di riferimento, che farà da base di calcolo alle indennità *de quibus* ed inoltre rapportarla al termine di mensilità.

La riflessione appare tutt'altro che scontata - e mette in luce nuove difficoltà interpretative - in quanto la norma si basa sostanzialmente sull'utilizzo congiunto, da parte del legislatore, di termini con significati normali differenti:

- con "mensilità", infatti, si è soliti indicare la retribuzione mensile composta da tutti gli elementi fissi di retribuzione individuati dalla contrattazione collettiva e/o individuale (ma questo non sembra, evidentemente il dato richiesto dal legislatore);
- con "retribuzione utile ai fini del Tfr" si entra in un meccanismo di calcolo e considerazione individuato con una certa precisione; ➔

- infine, il termine “ultima” pone una serie di problemi rispetto all’individuazione temporale.

Il meccanismo civilistico di maturazione del Tfr su base annua è noto e incontrovertibile.

Ai sensi dell’art. 2120 c.c., lo stesso infatti viene maturato e accantonato per ogni anno prendendo come base di calcolo “*tutte le somme compreso l’equivalente delle prestazioni in natura, corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro, a titolo non occasionale e con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese*”. Il principio di omnicomprensività della “retribuzione parametro” così sancito può essere derogato dalla contrattazione collettiva, che però non può mutare né il periodo di riferimento della retribuzione considerata per il calcolo del Tfr (che è l’anno civile 1° gennaio – 31 dicembre, salvo il più corto periodo del rapporto di lavoro avviato o cessato in corso d’anno) né il rapporto di computo tra retribuzione e Tfr (ovvero 1/13,5).

In relazione alla questione in esame, ciò che è fonte di dubbi interpretativi è tuttavia l’ampiezza del rinvio implicito all’art. 2120 c.c. che la nuova normativa sul contratto a tutele crescenti effettua al fine di quantificare il risarcimento del danno pari ad un certo numero di mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr, ossia se esso riguardi:

- tale norma nella sua interezza, e quindi richieda di prendere a riferimento l’ultima retribuzione effettivamente presa a base per il calcolo dell’accantonamento annuo di Tfr, oppure
- solo i parametri che l’art. 2120 c.c. fornisce per individuare gli emolumenti retributivi che formano la base di calcolo del Tfr.

Come si vede, si esclude in radice che come ultima retribuzione utile per il calcolo del Tfr si possa fare riferimento alla sola retribuzione del mese di cessazione (o del mese precedente) attesa l’estrema variabilità della stessa, specialmente laddove vi siano inseriti elementi caratteristici della fine del rapporto che snaturerebbero il calcolo con elementi di aleatorietà tali da costituire sperequazioni inaccettabili.

Nel primo caso, si dovrebbe ritenere che l’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr sia costituita da tutte le spettanze effettivamente maturate

dal lavoratore nel corso dell’anno civile di cessazione del rapporto (e quindi tra il 1° gennaio e l’ultimo giorno di lavoro) oppure in un diverso periodo ritenuto ugualmente significativo ai fini di quanto in argomento, e considerate utili per gli accantonamenti del Tfr, ed individuare la mensilità da utilizzare a base di calcolo per l’indennità risarcitoria suddividendo la somma complessiva così ottenuta per il numero di mesi effettivamente lavorati nell’anno civile di cessazione del rapporto. Cosicché nel computo della retribuzione in questione dovrebbero essere considerate, oltre alle retribuzioni e ai *fringe benefits*, anche tutti gli emolumenti effettivamente spettanti al lavoratore ed utili per l’accantonamento del Tfr se non espressamente esclusi dal Ccnl concretamente applicato, quali ad esempio i premi, gli equivalenti delle prestazioni in natura e le competenze di fine rapporto e quindi l’indennità ferie non godute, Rol maturate e non liquidate nonché l’eventuale indennità sostitutiva del preavviso.

Nel secondo caso, si dovrebbe invece ritenere che i criteri forniti dall’art. 2120 c.c. (ovvero dalla contrattazione collettiva che vi abbia derogato) rilevino per la determinazione della base di calcolo dell’indennità risarcitoria in materia di tutele crescenti solo al fine di individuare in astratto quali voci della retribuzione costituiscono la base di calcolo dell’indennità stessa (e quindi tutti gli emolumenti in astratto utili - nel singolo caso di specie - ai fini degli accantonamenti del Tfr). Mentre l’ultima retribuzione non potrà che essere quella annua in atto al momento della cessazione del rapporto (appunto l’ultima), perché solo di una retribuzione su base annua si può prendere in considerazione un certo numero di mensilità.

Si tratta sostanzialmente di mettere a confronto un metodo, per così dire, “storico-ricostruttivo” con un metodo di tipo sostanzialmente “proiettivo”, tenendo presente che i due metodi hanno ciascuno un pregio e come contraltare, un difetto.

Il metodo storico, infatti, permette di valorizzare, specie se la considerazione viene effettuata in un lasso di tempo abbastanza lungo, l’incidenza di tutte le componenti variabili intervenute nel periodo (ad es. *bonus*, elargizioni in natura, provvigioni, retribuzioni va- ➔

riabili, indennità e maggiorazioni) ma, per quanto appaia più aderente al significato letterale della norma, rischia di non essere parametrato all'ultima retribuzione del lavoratore all'atto del licenziamento, il che potrebbe portare anche a squilibri di notevole dimensione (sia a favore che a sfavore del lavoratore) specie se sia da poco intervenuta una modifica corposa del trattamento (si pensi, ad esempio, ad una trasformazione da tempo pieno a *part-time* o viceversa).

Il metodo proiettivo - al contrario e anzi all'esatto opposto del precedente - valorizza in pieno l'ultima retribuzione (ovviamente considerata includendo o escludendo quanto incluso/escluso dalla norma o dalla contrattazione collettiva) ma in tal modo perde l'effettivo sviluppo della retribuzione nel tempo, che potrebbe anche costituire una quota importante della retribuzione, specie in un periodo in cui si è registrata una forte tendenza ad ancorare una parte anche consistente del trattamento economico a criteri di variabilità e produttività o, ancora, con l'individuazione di *benefit* in natura o, infine, con la percezione di maggiorazioni retribuzione costanti che vengono spesso inserite dalla contrattazione per la considerazione ai fini del Tfr.

Proprio il confronto fra questi due metodi ci porta a considerare come equo e rispondente in maniera più precisa alla volontà del legislatore - in termini di esattezza, quanto più possibile, della determinazione dell'indennità risarcitoria, ma senza perdere in efficacia - **un mix fra i due metodi**, per quanto più laborioso di un calcolo immediato, in modo da attenuare il più possibile le punte di discrepanza più elevate presenti in ciascuno dei due metodi alternativi.

Ai fini della valorizzazione della retribuzione utile ai fini del Tfr, per la retribuzione normale (proiettata) si tratterà di prendere la retribuzione di base del lavoratore all'atto del licenziamento (includendo o escludendo gli eventuali elementi che la compongono secondo le previsioni legali /o contrattuali, e quindi arrivando alla, eventualmente diversa, retribuzione base RBT), moltiplicare la stessa per il numero di

mensilità in atto in azienda e dividerla per 12<sup>1</sup>, trovando così la prima parte che compone la nozione ed il calcolo dell'importo richiesto dalla legge.

in formula:  $RBT \times m : 12 = RMP$  (retribuzione mensile di proiezione, ove "m" è il numero di mensilità)

Poi si osserverà un periodo di riferimento a ritroso del mese di cessazione del rapporto (ed escluso lo stesso), che si ritiene congruo essere di 12 mesi (essendo il Tfr calcolato su base annua), nel quale si sommeranno tutti gli altri elementi (diversi ovviamente dalla retribuzione base) utili al calcolo del Tfr, sempre in stretto ossequio alla disciplina legale e contrattuale) dividendo l'importo per 12 o per il minor numero dei mesi presi a considerazione (se il rapporto è durato meno).

La considerazione su base annuale permette di avere come campo di osservazione il periodo caratteristico in cui si forma la retribuzione, solitamente su base annua, includendovi così con una certa media tutti gli elementi caratteristici che in maniera periodica/ricorrente la compongono.

in formula:  $EUT(M) : M^2 = QRM$

dove EUT è la somma degli elementi utili ai fini del Tfr (con esclusione della retribuzione base), M è il numero di mesi<sup>3</sup> presi ad osservazione (di regola 12, ma potrebbero essere minori se il rapporto è stato di durata inferiore) e QRM è la quota di retribuzione mensile storicizzata.

Trovati questi due elementi con i predetti metodi distinti, basterà sommarli per trovare infine l'ultima retribuzione utile di riferimento per il calcolo del Tfr (URT) (contemplata dalla norma in argomento).

$RMP + QRM = URT$

In assenza di elementi variabili o significativi nel periodo considerato, si evidenzia che, più semplicemente,  $RMP = URT$ .

1. Si noti che in ossequio al principio di "mensilità" previsto dalla norma, nelle determinazioni suddette il riferimento va sempre

riportato a mese, che a nostro avviso altro non può essere che il rapporto fra la retribuzione individuata in un certo periodo divisa per il numero

dei mesi dai quali tale periodo è composto.

2. Come nota n. 1.

3. Come nota n. 1 e 2.

# Il Registro nazionale degli aiuti di Stato: il solito lavoro fatto a metà

**T**ra le tante difficoltà che i professionisti si trovano ad affrontare ve ne è una particolarmente insidiosa, ovvero la predisposizione per i propri clienti della dichiarazione “*de minimis*” ovvero una attestazione circa l’ammontare degli aiuti di importo minore – quelli, per intenderci, che i singoli Stati possono concedere alle imprese senza violare le norme sulla concorrenza<sup>1</sup> - da rendersi in forma di atto notorio ai sensi del D.P.R. n. 445 del 28 dicembre 2000. Le difficoltà sono note, *in primis* perché la verifica riguarda sia l’esercizio finanziario in corso e i due precedenti, ma soprattutto perché la ricerca è a 360 gradi (non limitata quindi al solo campo lavoristico) e spesso coinvolge professionisti diversi.

È stata di conseguenza salutata con grande favore la notizia dell’operatività - a seguito alla pubblicazione del Decreto interministeriale n. 115 del 31 maggio 2017 a firma del Ministero dello Sviluppo Economico, del Ministero Economia e Finanze e del Ministero Politiche Agricole Alimentari e Forestali - del Registro nazionale degli aiuti di Stato di cui all’art. 52 della L. n. 234/2012.

## Il Regolamento attuativo del Registro

L’idea di fondo è estremamente semplice:- creare un database degli aiuti di Stato in base alle informazioni inserite dalla Autorità responsabile; - attivare una banca dati degli aiuti concessi grazie alle informazioni inserite dal soggetto concedente; - infine, rendere disponibili queste informazioni ai soggetti coinvolti nella procedura di concessione.

## Le disposizioni per il funzionamento del Registro

Il Regolamento nasce con due specifiche finalità:

1. definire le modalità operative per la raccolta, la gestione e il controllo dei dati e delle informazioni relative agli aiuti di Stato, agli aiuti *de minimis* ed agli aiuti SIEG;
  2. individuare i contenuti specifici in riferimento agli obblighi di effettuazione di controlli propedeutici alla concessione e alla erogazione degli aiuti.
- Al fine di raggiungere gli obiettivi prefissati viene disposto che il Registro dovrà contenere una serie di informazioni su:

- dati identificativi dell’Autorità responsabile;
- **dati identificativi del regime di aiuti o dell’aiuto *ad hoc***, ovvero: titolo, base giuridica, dotazione finanziaria complessiva, tipologia dell’aiuto e obiettivo perseguito;
- dati identificativi del soggetto concedente;
- dati identificativi del soggetto beneficiario dell’aiuto individuale;
- dati identificativi del progetto o dell’attività per il quale è concesso l’aiuto individuale;
- dati identificativi dell’aiuto individuale, quali: tipologia dell’aiuto, data di concessione, ammontare in termini di valore nominale e di equivalente sovvenzione.

Queste informazioni dovranno essere raccolte in relazione a tutti gli aiuti di Stato, soggetti o meno all’obbligo di notifica alla Commissione europea a norma dell’art. 108, paragrafo 3, del TFUE. →

<sup>1</sup> Regolamento UE n. 1407/2013 sugli aiuti di importanza minore (regime generale) e Regolamento UE n. 1408/2013 sugli aiuti d’importanza minore nel settore della produzione primaria dei prodotti agricoli.

## L'accesso al Registro

L'articolo 4 dispone che l'accesso alle informazioni contenute nel Registro nazionale degli aiuti è assicurato senza restrizioni e senza necessità di identificazione e autenticazione, fatte salve le esigenze di tutela del segreto industriale. Tutti i dati presenti nel Registro sono conservati e resi accessibili per almeno dieci anni dalla data di concessione dell'aiuto e sono resi disponibili alla Banca dati delle amministrazioni pubbliche.

## L'obbligo di registrazione del regime di aiuto

Ciascuna Autorità responsabile - onde identificare, nell'ambito del Registro nazionale degli aiuti, ciascun regime di aiuti e aiuto *ad hoc* - è tenuta alla registrazione dello stesso attraverso una procedura informatica disponibile sul sito *web* del Registro.

## L'obbligo di registrazione degli aiuti individuali concessi

Analogamente, anche i soggetti concedenti - al fine di identificare ciascun aiuto individuale nell'ambito del Registro nazionale degli aiuti - sono tenuti alla registrazione dell'aiuto individuale prima della sua concessione utilizzando sempre una procedura informatica *ad hoc*. La corretta registrazione è certificata dal Registro nazionale degli aiuti attraverso l'attribuzione di uno specifico codice identificativo che viene rilasciato dal sistema a conclusione delle verifiche propedeutiche alla concessione.

## Le verifiche sugli aiuti *de minimis*

Il Regolamento impone altresì ai soggetti concedenti di avvalersi, nell'ambito delle attività inerenti le verifiche propedeutiche alla concessione degli aiuti *de minimis* e agli aiuti *de minimis* SIEG, del supporto del Registro nazionale degli aiuti ricorrendo alla procedura disponibile sul sito *web* del registro.

Il Registro coadiuva i soggetti concedenti nelle loro verifiche rendendo disponibili due diversi documenti riferiti al soggetto beneficiario, ovvero:

a) **Visura Aiuti** che identifica, con riferimento a un periodo massimo pari a dieci esercizi finanziari, gli aiuti di Stato, gli aiuti SIEG, gli aiuti *de minimis* e gli aiuti *de minimis* SIEG concessi ad un determinato soggetto.

b) **Visura Aiuti *de minimis*** che identifica gli aiuti *de minimis* e gli aiuti *de minimis* SIEG concessi, nei due esercizi finanziari precedenti e nell'esercizio finanziario in corso del soggetto beneficiario, a livello di impresa unica.

Entrambe le visure riportano l'importo, la data di concessione, il soggetto concedente, la legge, il regolamento o la normativa in applicazione del quale l'aiuto è concesso, con i riferimenti della data e dell'ora di ultimo aggiornamento disponibile.

Con particolare riferimento agli esiti della procedura di emissione della Visura Aiuti *de minimis*, il Registro nazionale degli aiuti rilascia il Codice Concessione RNA-COR solo qualora l'importo dell'aiuto individuale per il quale è in corso la registrazione è pari o inferiore all'importo dell'aiuto concedibile, determinato sulla base dei dati risultanti dalla visura.

Al contrario il Registro nazionale degli aiuti non rilascia il predetto codice, non consentendo quindi alcuna registrazione dell'aiuto individuale, qualora l'importo dello stesso sia superiore all'importo dell'aiuto concedibile. È fatta ovviamente salva la possibilità, nei casi previsti, di effettuare la registrazione dell'aiuto individuale parzialmente, purché nei limiti del massimale *de minimis* ancora disponibile.

Il Regolamento dispone, in ultimo, che a decorrere dal 1° luglio 2020, il controllo del massimale relativo agli aiuti *de minimis* e agli aiuti *de minimis* SIEG già concessi dovrà avvenire esclusivamente attraverso il Registro nazionale degli aiuti. Nelle more il soggetto concedente è tenuto a effettuare il predetto controllo, oltre che sulla base delle informazioni desumibili dalla Visura Aiuti *de minimis*, anche utilizzando le dichiarazioni sostitutive di atto notorio rilasciate dai soggetti beneficiari attestanti gli aiuti concessi nei due esercizi finanziari precedenti e nell'esercizio finanziario in corso.

## Le responsabilità

Il Regolamento prevede esplicitamente in capo all'Autorità responsabile o al soggetto concedente la responsabilità in merito alla veridicità e alla completezza delle informazioni rilasciate dal Registro nazionale degli aiuti sulla base delle informazioni che i predetti soggetti hanno inserito nel registro stesso. Viene precisato poi che il soggetto beneficiario rimane responsabile unicamente della correttezza del- ➔

le informazioni oggetto di inserimento da lui fornite all'Autorità responsabile o al soggetto concedente mediante dichiarazione di atto notorio.

### Criticità

Bisogna essere onesti: nessuno si aspettava che il Registro risolvesse da subito tutte le problematiche connesse alla difficoltà denunciate dagli utenti, sia concedenti che beneficiari, di ricostruire tutti gli aiuti pubblici ottenuti a vario titolo (agevolazioni all'occupazione, finanziamenti, contributi per attività di ricerca o di promozione all'estero, etc.) ed avere così la certezza della spettanza dei benefici.

È palese che un sistema di monitoraggio che dia contezza degli aiuti concessi nell'ultimo triennio, proprio perché nuovo, non potesse essere immediatamente operativo. E in quest'ottica è chiara *la ratio* della disposizione che prevede che solo a decorrere dal 1° luglio 2020, il controllo del massimale relativo agli aiuti *de minimis* e agli aiuti *de minimis* SIEG già concessi possa avvenire consultando esclusivamente il Registro nazionale degli aiuti.

Comprensibile anche che, nelle more del completamento della banca dati contenente i suddetti aiuti concessi nei due esercizi finanziari precedenti e nell'esercizio finanziario in corso, il predetto controllo debba necessariamente avvenire - oltre che sulla base delle informazioni desumibili dalla Visura Aiuti *de minimis* - anche sulla base delle dichiarazioni rilasciate, oggi come prima, dai soggetti potenzialmente beneficiari.

Ciò che invece non convince è la mancata possibilità di rendere direttamente accessibile anche al soggetto richiedente la consultazione del Registro aiuti, opzione che - pur nella evidente impossibilità dello strumento di dare contezza della fruizione di benefici in riferimento a tutto l'arco temporale triennale -

avrebbe permesso al richiedente un riscontro perlomeno sugli aiuti registrati, lasciandogli solo l'onere della verifica sui restanti periodi.

Una "dimenticanza" che peraltro stride non poco con il principio dell'accesso alle informazioni contenute nel Registro nazionale "senza restrizioni e senza necessità di identificazione e autenticazione".

Dando per scontato che dal 12 agosto 2017 tutti i soggetti concedenti procederanno, senza errori o omissioni, all'inserimento delle informazioni relative agli aiuti di Stato concessi per loro tramite, la verifica del soggetto beneficiario si sarebbe potuta limitare al solo periodo mobile antecedente all'istituzione del Registro. Un controllo che quindi, man mano che ci si avvicinasse alla fatidica data del 1° luglio 2020, si ridurrebbe sempre di più ad un periodo di pochi mesi fino ad azzerarsi.

Una possibilità di verifica peraltro che manterrebbe una sua utilità anche dopo la piena operatività del registro permettendo al soggetto richiedente una valutazione preliminare, e in tempo reale, circa la spettanza o meno del beneficio in funzione del tetto massimo di aiuti previsto dalla normativa comunitaria. Il tutto senza inutili perdite di tempo.

Il sistema escogitato dal legislatore, di permettere invece l'accesso al solo soggetto concedente l'accesso alla banca dati, impone al soggetto richiedente una autonoma verifica sull'intero periodo.

Salvo ovviamente che quest'ultimo sia in grado di richiedere la collaborazione dell'Ente concedente; oppure che lo stesso soggetto, di sua iniziativa, metta a disposizione una utility che in fase di inserimento del dato "aiuti di stato ricevuti" proponga l'elenco degli aiuti già registrati.

Ma questa sarebbe una storia se non di fantascienza quantomeno ambientata in un paese fuori dai confini italiani.

# Regolamento Europeo per la protezione dei dati: ruoli, nomine, contratti e mandati

Il Regolamento europeo (GDPR n. 679/2016) già di suo ha qualche difetto: i temi sono affrontati in articoli diversi e approfonditi nei considerando, rendendo scarsamente omogenea l'interpretazione di principi e indicazioni; inoltre la traduzione in italiano è densa di errori, alcuni trascurabili, altri no (su tutti la scelta discutibile – anche l'Accademia della Crusca l'ha accettato - di tradurre il termine *audit* in tre modi diversi, dei quali due sicuramente sbagliati dal punto di vista tecnico).

Parlamento e Governo aggiungono confusione: il primo ha dato tempo al secondo di emettere il Decreto di adeguamento fino al 20 maggio 2018, immaginando che le organizzazioni possano leggerlo, comprenderlo e applicarlo in quattro giorni; il secondo emette una bozza di decreto il 21 marzo 2018 che, contrariamente a ciò che il Parlamento ha richiesto, abroga il Codice Privacy n. 196/2003, a favore di una soluzione che non sembra risolvere la maggior parte degli interrogativi e qualcuno vede come incostituzionale.

Per completare il quadro, il Garante, che avrebbe dovuto emettere le linee guida inerenti i diritti del Titolare del trattamento dei dati entro febbraio 2018, ancora non le ha emanate.

Tutto ciò per ribadire che alcune parti mancano ma questo non può essere il presupposto del non fare o l'alibi per procrastinare, perché il 25 maggio, nonostante tutto, il GDPR entrerà in vigore e la maggior

parte degli adempimenti è possibile.

## Titolare o Responsabile?

Molte volte mi è stata posta questa domanda dai Consulenti del Lavoro (ma anche da Commercialisti, Avvocati e professionisti che offrono servizi alle imprese) e partirei col chiarire che il GDPR, con l'art. 28, insieme al suo bel considerando n. 81, indica che il Responsabile è figura distinta e diversa dal Titolare, nonché esterna e separata dall'organizzazione del Titolare, infatti al punto 3 si parla esplicitamente di contratto che disciplina i rapporti tra Titolare e Responsabile.

Quindi se un'azienda affida dati personali a un Consulente, questi assume il ruolo di Responsabile del trattamento dei dati (attenzione NON di Responsabile della Protezione dei Dati, traduzione di *Data Protection Officer* – DPO – che è tutt'altra posizione). Contemporaneamente il Consulente sarà Titolare del trattamento per i dati dei propri dipendenti.

## Designazioni e nomine

Ricordiamo che:

- **Il titolare** - È la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali (art.4, n. 7).
- **Il responsabile** - È la persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo →

che tratta dati personali per conto del titolare del trattamento (art.4, n. 8).

- **L'autorizzato** - È la persona fisica a cui è permesso di compiere operazioni di trattamento sotto l'autorità diretta del titolare o del responsabile.

Per la realizzazione dell'*accountability* (cioè essere in grado di dimostrare che le operazioni di trattamento vengano effettuate in conformità alla nuova disciplina – art. 24) è bene che per ciascun ruolo ci sia una designazione o una nomina formale.

### Cosa deve fare il Responsabile del trattamento

Riprendendo in parte l'articolo pubblicato sul numero precedente di questa Rivista, con modalità di valutazione del rischio e *accountability* il Responsabile dovrà necessariamente:

1. tenere un registro delle attività di trattamento svolte sotto la propria responsabilità (art. 30);
2. formare e istruire i soggetti autorizzati al trattamento dei dati (art. 29);
3. adottare misure tecniche e organizzative appropriate a garantire un livello di sicurezza adeguato al rischio, tenendo conto di probabilità e gravità per i diritti e le libertà delle persone fisiche (art. 32);
4. notificare tempestivamente l'eventuale perdita o furto dei dati (*Data Breach*) all'Autorità garante e all'interessato (artt. 33 e 34); adeguare tutti i documenti (informative, consensi e nomine) al Regolamento;
5. nominare un DPO (solo se necessario);
6. effettuare la Valutazione d'impatto sulla protezione dei dati e la Consultazione preventiva (artt. 35 e 36 – solo se necessarie).

Inoltre, il contratto tra Titolare e Responsabile è regolato dal paragrafo 3 dell'art. 28, qui si richiede che siano garantite le misure sopra descritte, nonché l'obbligo di assistere il Titolare del trattamento nel garantire il rispetto degli obblighi di cui dagli artt. da 32 a 36.

### Contratti e mandati

Il Titolare che si avvale di Responsabili del trattamento, per compiere un'adeguata valutazione del rischio e adempiere efficacemente al Regolamento europeo deve impartire le istruzioni che il Responsabile dovrà seguire, ma anche essere a conoscenza delle modalità che, concretamente, questi adotterà, nonché delle misure che implementerà per garantire che il trattamento dei dati affidatigli dal Titolare abbia le caratteristiche richieste dal GDPR.

In pratica Il Consulente dovrà ricevere istruzioni dall'azienda cliente e condividere con la stessa le sue modalità di attuazione del Regolamento europeo, tramite un contratto ad hoc oppure con indicazioni inserite nel contratto, incarico o mandato professionale di consulenza.

Per questa problematica non esistono indicazioni determinanti, e molto è legato alle modalità di attuazione del Regolamento da parte di aziende e Consulenti; sicuramente ogni professionista potrà determinare le dinamiche sottostanti a seconda del grado di influenza che ha sui propri clienti, perché possa rendere il più possibile omogenea la modalità di trattamento per tutti i clienti, magari con poche eccezioni per le aziende con esigenze particolari per tipologia di attività o per appartenenza a grandi gruppi o a multinazionali (soprattutto se avessero emanato un Codice di condotta – art. 40 – o un meccanismo di certificazione – art. 42).

Rimane da dirimere il dubbio se il Consulente sia tenuto a far firmare un nuovo contratto o mandato a tutti i suoi clienti con i quali ha un rapporto già in essere e a rivedere i contratti per i servizi di cui fruisce (es. *Software in cloud*). Qui la risposta dipende da quanto i contratti pregressi siano in grado di soddisfare le richieste del Regolamento europeo: nel caso in cui mandati e contratti siano adeguati, sarà sufficiente inviare ai clienti e ricevere dai fornitori di servizi, l'informativa dettagliata sulle modalità di trattamento dei dati redatta in ottemperanza al GDPR.

# Inail, un Istituto pieno di storia

**S**ono rimasta affascinata dalla storia dell'INAIL ed ancora mi emoziona il ricordo di toccare documenti rimasti intatti e depositati nell'archivio di Stato.

Nel libro "Cara Eccellenza..." racconto la causalità di trovarmi in quel luogo a me sconosciuto e la curiosità di cercare attraverso le carte, una Storia.

Come un filo di Arianna ho seguito i fascicoli, i temi, ho acquistato documenti in internet fino a quando il quadro si è ben delineato.

Un punto cardine di questa Storia è la Legge del 1883 quando un gruppo di banche si uniscono insieme per fondare la Cassa Nazionale intesa ad assicurare gli operai contro gli infortuni ai quali vanno soggetti nei loro lavori.

Molto interessante è l'annuncio degli inizi lavori che fece la stessa Cassa poco dopo il 1884.

Successivamente, nel 1889 l'assicurazione divenne obbligatoria colmando, quindi, la lacuna che mancava per avere quel requisito "sociale" a tutela dei lavoratori.

Con Legge 860 del 29 giugno 1933 Mussolini, dopo un travagliato iter, trasformò la Cassa in Istituto Nazionale Fascista Assicurazioni Infortuni sul lavoro.

Il traghettatore fu il Conte Suardo, colui che durante il Gran Consiglio si astenne dal chiedere le dimissioni al Duce.

Il Conte Suardo da Presidente della Cassa divenne il primo Presidente dell'Istituto.

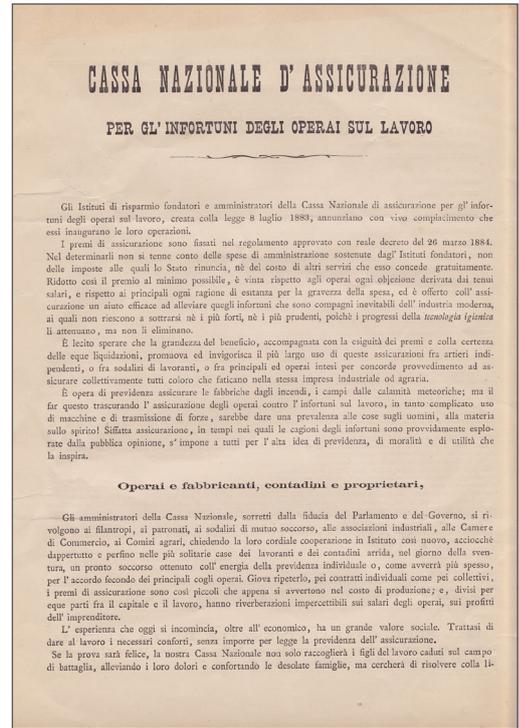
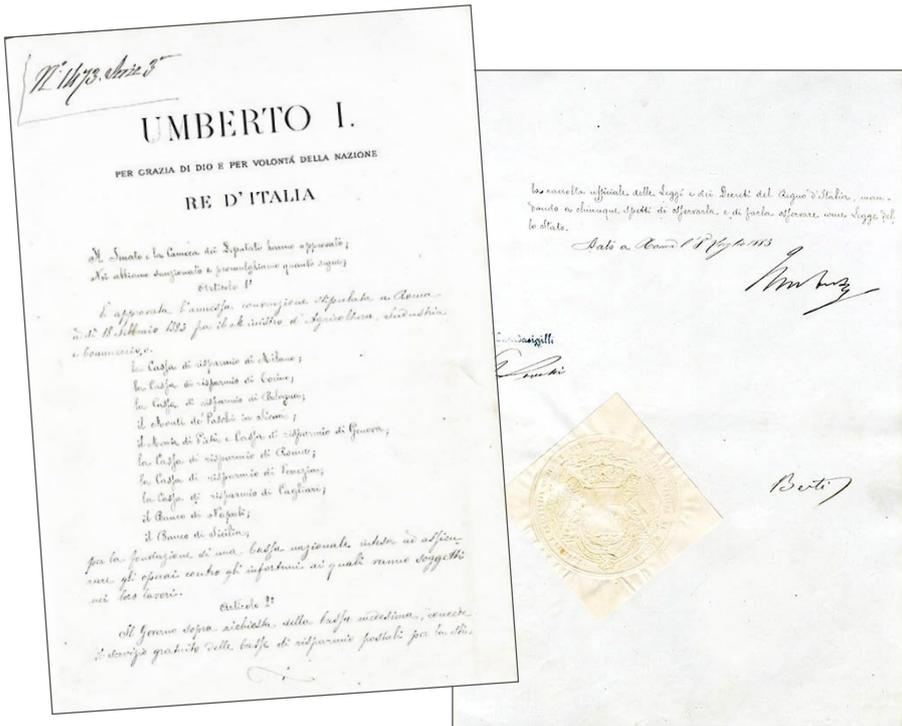
L'Istituto nel 1934 aveva un totale di 1753 impiegati di cui 838 "avventizi". In una nota del Ministero del-



le Corporazioni, si chiarisce che questi avventizi erano derivanti dalla soppressione dei sindacati infortuni e del loro Consorzio, quindi, si proponevano delle riforme per migliorare i loro salari alquanto bassi e inferiori alle 350 lire mensili.

L'Istituto comunque si espande in fretta anche perché deve assicurare presidi ospedalieri in tutto l'Impero. Così in una nota del 1937 a firma del Presidente Suardo, vengono fornite dettagliate indicazioni su come organizzare un ospedale nelle città di Asmara, Gondar, Dessiè, Addis Abeba, Harar, Gimma, Negheler, Mogadiscio.

Sempre nel 1937, in ritagli di giornali, il Duce elogia il Presidente per l'attività dell'Istituto con 27 milioni di avanzo e la grande espansione sanita- ➔



ria che stava facendo. L'anno successivo il Duce afferma che non vede la necessità di ridurre i premi proprio perché l'istituto deve fare una grande politica di espansione. Sul versante infortuni, verrà presentata una proposta di miglioramento delle rendite inabilità ed a superstiti. Il Conte Suardo fu sostituito da Biagio Vecchioni nel aprile del 1939 che, a sua volta, nel 1942 venne sollevato dall'incarico e la comunicazione gli giunse dal Ministero delle Corporazioni. Una delle ultime immagini dell'INFAIL è la bozza della circolare del 1942 che viene corretta dal Duce in alcune parti. Le "risultanze contabili al 31 dicembre 1942 nel terzo anno di guerra dimostrano il movimento ascensionale dell'Istituto dopo la radicale riforma della Legge Infortuni Industriali" così che si hanno diverse riserve per 3 miliardi quando nel 1937 erano 243 milioni, i premi annui sui 900 milioni invece che 411 milioni del 1937. Gli infortuni risarciti erano 603 mila ed invece nel 1937 ammontavano a 416 mila.

La stessa ultima circolare fa riferimento all'Ente di Assistenza Orfani Lavoratori Morti Infortuni sul Lavoro (EAOII) che con Legge del 27 giugno 1941 divenne parte dell'Istituto ed aveva la caratteristica di ospitare in un collegio a L'Aquila 400 orfani dei marittimi.

Ecco, le origini storiche dell'INAIL possiamo concluderle con questa circolare che chiude un periodo fondamentale che vide la nascita, trasformazione e crescita esponenziale dell'Istituto.

Per la verità le grandi riforme sulla sicurezza sul lavoro verranno riprese verso gli anni '80, ben 100 anni dopo la Cassa e su spinte europee ma fino al 1965 anno del Testo Unico, gli Enti che si occupavano della materia furono come cristallizzati.

Nel 1970 l'ENPI che si occupava di sicurezza infortuni e vigente insieme alla Cassa, confluì nella regione con la prima devolution di competenze oppure nell'ISPSEL che poi fu inglobato nell'INAIL nel 2013. Ma questa è storia moderna, qui abbiamo solo voluto ricordare ciò che accadde 122 anni or sono.

- 3 -

ISTITUTO NAZIONALE FASCISTA PER L'ASSICURAZIONE  
CONTRO GLI INFORTUNI SUL LAVORO  
IN PREVEZIONE

**RENDITE DI INABILITÀ**

Salario annuo lire	Secondo la legge vigente		Secondo le modificazioni	
	senza carichi familiari - (maschile)	con carichi familiari - (maschile)	senza carichi familiari - (maschile)	con carichi familiari - (maschile)
3.000	1.500	2.250	2.000	2.400
4.000	2.000	3.000	2.667	3.200
5.000	2.500	3.750	3.333	4.000
6.000	3.000	4.500	4.000	4.800
7.000	3.000	4.500	4.667	5.600
8.000	3.000	4.500	5.334	6.400

**RENDITE A SUPERSTITI**

Salario annuo lire	Secondo la legge vigente		Secondo le modificazioni	
	sola vedova	vedova con orfani (maschile)	sola vedova	vedova con orfani (maschile)
3.000	1.000	1.800	1.000	2.000
4.000	1.333	2.400	1.333	2.667
5.000	1.667	3.000	1.667	3.333
6.000	2.000	3.600	2.000	4.000
7.000	2.000	3.600	2.333	4.667
8.000	2.000	3.600	2.667	5.334

# Risarcibile il danno non patrimoniale fatto valere dopo tre anni

La Corte di Cassazione torna sul rapporto tra demansionamento e risarcimento dei danni con la sentenza n. 330 pubblicata il 10 gennaio 2018, ribadendo che il lavoratore, qualora venga assegnato a mansioni inferiori, abbia diritto al risarcimento dei danni sia sul piano patrimoniale sia su quello non patrimoniale.

La sentenza in commento si inserisce principalmente nel solco della più significativa produzione nomofilattica ad opera della Sezioni Unite che, attraverso quattro significative pronunce (Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972; Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26973; Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26974; Cass. civ., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26975) ha delineato la complessa e dibattuta materia relativa alla risarcibilità del danno non patrimoniale nel caso di intervenuto demansionamento.

In particolare, la Corte ha affrontato il caso di un dirigente che, collocato in una stanza senza alcuna possibilità di utilizzare un computer, dopo un periodo di tre anni, ha rassegnato le dimissioni per giusta causa rivendicando la dequalificazione professionale. Il datore di lavoro, ricorrendo avverso la sentenza dei giudici di merito, si affidava a sei motivi di impugnazione, fra i quali si annoverano la denuncia della violazione e falsa applicazione degli artt. 2697, 2727 e 2729 c.c., in punto di asserito danno derivante da demansionamento, nonché sull'omessa

motivazione in merito alla prova della sussistenza della gravità dell'inadempimento datoriale, da cui hanno tratto fondamento le dimissioni per giusta causa del dipendente.

Il motivo di impugnazione in ordine alla risarcibilità del danno non patrimoniale, così come formulato, ha obiettato la decisione dei giudici di merito nella parte in cui avrebbero ritenuto il danno alla professionalità, insito al fatto stesso della dequalificazione.

Per quanto riguarda la risarcibilità dei danni non patrimoniali, la sentenza n. 330/2018 ha ribadito che il danno non patrimoniale è risarcibile laddove l'inadempimento contrattuale (nel presente caso di un contratto di lavoro) abbia determinato, oltre alla lesione di beni patrimoniali, anche un pregiudizio a beni di natura immateriale.

Con un esplicito richiamo alle Sezioni Unite, la Corte ha attribuito adeguato rilievo alla dignità personale del lavoratore - quale diritto inviolabile - con particolare riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione. Proprio da una interpretazione dei predetti articoli, infatti, deriva la lesione di tale dignità e professionalità da parte di comportamenti datoriali dequalificanti, che si risolvono nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa. →

La sentenza ha inoltre sottolineato come l'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto che si assume violato, tenda anche a realizzare interessi non patrimoniali *“viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge, come appunto nel caso del contratto di lavoro, da considerare ipotesi di risarcimento dei danni non patrimoniali in ambito contrattuale legislativamente prevista”*.

Pertanto, fermi gli oneri di allegazione e prova gravanti su chi assume aver subito un pregiudizio, la liquidazione del danno non patrimoniale, per la sua peculiarità, è definita secondo criteri equitativi. Per cui, stante l'approssimazione del *“quantum”*, la Corte ritiene che la quantificazione del danno, così operata, sia immune da censura, se non in presenza di *“mancanza di motivazione che ne sorregga la statuizione o di macroscopico discostamento da dati comuni di esperienza o radicale contraddittorietà di motivazione”*.

Ebbene, proprio la durata pluriennale della dequalificazione, consistita nella collocazione del dipendente in una stanza priva di computer ed in assenza di compiti da poter espletare, ha fondato il convincimento espresso dai giudici di merito circa *“l'esistenza di un danno inferto alla professionalità del lavoratore, atteso che la durata a mansioni non equivalenti ha impedito*

*allo stesso di esercitare il quotidiano diritto di professionalizzarsi lavorando, cagionando, secondo un criterio eziologico di normalità sociale, il progressivo impoverimento del suo bagaglio di conoscenze e di esperienze”*.

La motivazione ha, peraltro, giustificato anche le dimissioni per giusta causa rese dal lavoratore, in considerazione del principio già espresso dalla Corte con una richiamata sentenza (Cass. n. 18121/2014) secondo cui, la durata della dequalificazione ed il conseguente inadempimento contrattuale, siano elementi idonei a giustificare le dimissioni del dipendente.

La Corte, anzi, si spinge oltre, affermando che il protrarsi nel tempo di una determinato comportamento datoriale, non può comunque essere inteso quale mera acquiescenza del lavoratore. In conclusione, la dequalificazione professionale appartiene all'alveo della responsabilità contrattuale, trattandosi di un inadempimento da parte del datore di lavoro, tale da generare danni patrimoniali e, per la Suprema corte, non patrimoniali da perdita della professionalità, la cui quantificazione, a differenza di quello che riguarda i danni patrimoniali, non può mai essere oggetto di esatta commisurazione, ma di prudente approssimazione ad opera del giudice.

# L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro

L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro è stato oggetto, negli anni, di grande attenzione da parte della giurisprudenza che ne ha ampliato in maniera significativa il concetto, rispetto alla sua accezione codicistica. Interpretazioni rese necessarie sia dall'imprevedibilità della condotta umana che connota il rapporto lavorativo in generale, sia per la naturale evoluzione del contesto organizzativo entro cui la prestazione viene resa. A fornire lo spunto per un "aggiornamento" sul dovere di fedeltà nel rapporto di lavoro, è la Corte di Cassazione con sentenza n. 7425 del 26 marzo 2018 che si è pronunciata sul licenziamento di un conducente di linea al quale era stato mosso l'addebito di avere prestato attività lavorativa (seppure a titolo gratuito) a favore di altro vettore, durante la fruizione del congedo parentale. In estrema sintesi, il licenziamento, o meglio la "destituzione", trattandosi del rapporto di lavoro di un autoferrotranviere, confermata nei primi due gradi di giudizio, scaturisce dalla presunta violazione da parte del dipendente dell'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. integrato dai generali doveri di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 dello stesso Codice, nello svolgimento del rapporto contrattuale.

Appare utile ricordare che l'art. 2105 c.c. vieta al lavoratore di trattare affari in concorrenza con il proprio datore di lavoro e di divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa o di farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio. A questo punto risulta indispensabile

interrogarsi se la violazione dell'obbligo di fedeltà, che comporta l'applicabilità delle sanzioni disciplinari, debba limitarsi alle ipotesi di inosservanza da parte del lavoratore dei doveri negativi espressamente specificati nel Codice (divieto di concorrenza e obbligo di riservatezza) o se l'obbligo di fedeltà imponga al lavoratore una serie più vasta di condotte, anche a contenuto positivo, che ne dilatano la portata. Tornando alla sentenza da cui prende avvio la presente riflessione, la Cassazione, nel confermare quanto già statuito dalla Corte territoriale in merito alla legittimità del provvedimento espulsivo, chiarisce che nella fattispecie scrutinata la violazione si concreta nella prestazione di guida svolta a favore di altro vettore ed in concomitanza con la fruizione del congedo parentale per cui risultano inconferenti le circostanze invocate dal ricorrente a propria difesa, quali la gratuità della prestazione e l'assenza di rapporti giuridici tra il lavoratore stesso e la ditta terza.

Risulta chiaro che le due condizioni, di carattere strettamente "formale", non mitigano la gravità della condotta realizzata dal dipendente che ha prestato specifica attività lavorativa a favore di terzi e, per giunta, durante la fruizione del congedo parentale, rendendosi responsabile, tra le altre cose, di un abuso del diritto potestativo del congedo in parola. Riguardo a tale ultima circostanza, la Suprema Corte, ribaltando la tesi difensiva del lavoratore che aveva sostenuto la non cogenza del dovere di fedeltà durante i casi di "sospensione" del rapporto di lavoro →

ro, giudica la contingenza richiamata, come aggravante del fatto costituente violazione dell'obbligo di fedeltà. Per completezza espositiva si precisa che sul tema, la stessa Cassazione, con un orientamento ormai datato aveva sancito che la violazione dell'obbligo di fedeltà può concretarsi nello svolgimento di attività lavorativa durante la fruizione dei congedi parentali, a condizione che il lavoro, per le modalità di esecuzione e per la durata, sia tale da impedire l'assistenza alla persona in relazione alla quale è concesso il congedo (Vedi Cass., 27 aprile 1987, n. 4079). Nella fattispecie che ci occupa, la Suprema Corte non ha ritenuto meritevole di approfondimento la circostanza relativa alla compatibilità temporale tra l'attività resa con i doveri di assistenza, proprio perché la violazione su cui si fonda la destituzione, si riferisce alla obbligazione principale del lavoratore (attività di guida) che risulta assorbente per gravità oggettiva rispetto ad ogni ulteriore osservazione. In effetti, secondo la Corte, il lavoratore prestando la propria attività lavorativa a favore di un terzo e con assoluta coincidenza di mansioni, ha messo a disposizione di quest'ultimo la capacità professionale acquisita presso la ditta con la quale il lavoratore stesso aveva in essere un regolare rapporto di lavoro, violando i richiamati principi di correttezza e buona fede.

Di nessuna rilevanza viene giudicata, inoltre, la circostanza evidenziata dal lavoratore secondo cui, il contenuto della mansione espletata, risultando non di elevato grado, comporterebbe una maggiore "tenuità e consistenza" dell'obbligo di fedeltà. Sul tema,

la giurisprudenza, con un orientamento ormai consolidato, ha chiarito che l'obbligo di fedeltà si sostanzia nell'obbligo di un leale comportamento del lavoratore nei confronti del datore di lavoro e va collegato con le regole di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Secondo tale impostazione, dunque, il lavoratore deve astenersi non solo dai comportamenti espressamente vietati dall'art. 2105 c.c., ma anche da tutti quelli che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento del lavoratore nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa o sono idonei, comunque, a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto stesso.

La Corte di Cassazione, nel confermare definitivamente la legittimità del provvedimento espulsivo irrogato, rigetta l'ulteriore censura del dipendente secondo cui la "grave violazione del vincolo fiduciario" non risulterebbe tipizzata quale causa di licenziamento nell'art. 45 dell'Allegato A al R.D. n. 148/1931 che regola il procedimento disciplinare nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri. Con riguardo a tale ultima eccezione, la Corte precisa che l'articolo richiamato dallo stesso ricorrente prevede la sanzione espulsiva nei confronti di chi adopera artifici (nella fattispecie il congedo parentale) per procurarsi vantaggi indebiti (l'ulteriore prestazione lavorativa ancorché svolta a titolo gratuito), comportamenti che costituiscono violazione del dovere di fedeltà e del vincolo fiduciario che lega il lavoratore all'impresa.

# La natura dei fondi paritetici interprofessionali alla luce della normativa europea e obblighi collegati

**Q**uando il legislatore, nell'ambito del processo di riordino del sistema della formazione professionale di cui all'art. 17 della L. n. 196/1997, statui con l'art. 118 della L. n. 388/2000 la nascita dei fondi paritetici interprofessionali, inquadrò gli stessi nell'alveo degli enti di diritto privato, sia che avessero forma associativa, sia che fossero dotati di personalità giuridica.

Recenti interventi sia della giustizia amministrativa (si pensi alla sentenza n. 4304/2015 della VI Sezione del Consiglio di Stato), sia delle Autorità Garanti (è il caso della Lettera del 15 gennaio 2016 dell'ANAC al Ministro del Lavoro), sia dell'ANPAL (nota del 23 ottobre 2017 n. 13199), mettono tuttavia in discussione la sicurezza di tale sistemazione.

Tali risoluzioni, in particolare, richiamandosi alla normativa europea in tema tanto di aiuti di Stato, quanto di appalti pubblici, mettono in crisi la qualificazione dei fondi come enti di diritto privato, in quanto richiamano espressamente obblighi e vincoli che per loro natura sono tipici degli enti di diritto pubblico. Sorge quindi spontanea la domanda se detti organismi non vadano inquadrati in quella categoria di soggetti che – per la normativa europea – indipendentemente dalla loro forma e modalità costitutiva, sono destinatari di quegli stessi obblighi previsti per gli enti pubblici.

Stiamo parlando, in sostanza degli “organismi di diritto pubblico” così come definiti, fra le tante, dalle direttive 89/440/CEE (art. 1), 2003/98/CE (art. 2), e 2004/18/CE (art. 1), quali enti istituiti “per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale”, dotati “di personalità giuridica” e “la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti locali o da altri organismi di diritto pubblico”, ovvero soggetti al controllo o alla vigilanza di questi, anche tramite la nomina di propri rappresentanti negli organi di gestione, controllo o vigilanza.

Se consideriamo le finalità dei fondi e come si siano evolute nel tempo, è innegabile che le stesse rispondano al soddisfacimento di esigenze di carattere generale rientranti tra quelle di cui all'art. 35 della Costituzione (si veda in particolare il secondo comma) e difficilmente inquadrabili nell'alveo delle attività economiche di tipo lucrativo. E questo non solo in termini di gestione degli interventi formativi, ma anche di sostegno al reddito dei lavoratori a rischio di espulsione dal mercato del lavoro, come da art. 19 co. 7 del D.l. n. 185/2009 e successivo art. 9 del D.l. n. 46441 del 19 maggio 2009.

Allo stesso modo, è palese come detti enti, al di là del dato formale del riconoscimento della personalità giuridica (di cui agli articoli 1 e ss. del D.P.R. ➔

n. 361/2001) siano, anche ove costituiti ai sensi dell'art. 36 c.c. (in sostanza come associazione di associazioni), suscettibili di essere centro di imputazione di interessi e posizioni giuridiche attive e passive: in questo senso e secondo il criterio "dell'effetto utile" di cui all'art. 10 del Trattato CE (che impone, in un'ottica di "geometria variabile", che l'applicazione e l'interpretazione delle norme comunitarie vadano effettuate in ragione delle finalità che si intendono raggiungere), i fondi interprofessionali, comunque costituiti sono organismi dotati di "personalità giuridica" in senso sostanziale.

Infine, ed è il dato che sicuramente non sfugge a chi si occupa di consulenza del lavoro, il loro finanziamento è assicurato (ex art. 118 della L. n. 388/2000) tramite il ricorso ad una quota dei contributi delle assicurazioni generali obbligatorie ed in particolare di quella contro la disoccupazione involontaria ex art. 25 della L. n. 845/1978. Si tratta di un contributo rientrante sicuramente tra le prestazioni ex art. 23 della Costituzione (indipendentemente se lo si voglia

considerare come tributo speciale o come obbligazione di diritto pubblico) ed il cui mancato adempimento è soggetto a sanzione. Esso è erogato tramite l'Inps, la cui natura di Ente pubblico – o a sua volta di organismo di diritto pubblico – non è certo in discussione, per cui si trova soddisfatta anche la terza condizione imposta dalle citate normative europee.

Logica conseguenza di tale inquadramento dei fondi interprofessionali – per altro non sfuggita al Presidente dell'ANAC – è che gli stessi, per loro intrinseca natura (e non per equiparazione o *factio juris*), saranno soggetti a tutti gli obblighi ed i vincoli relativi agli aiuti di Stato ai sensi degli artt. 107 – 109 del TFUE (e conseguentemente ai Regolamenti nn. 1379, 1407 e 1408 del 2013 in tema di aiuti in regime "de minimis", nonché al Regolamento n. 651 del 2014 di esenzione per categorie dall'obbligo di notifica preventiva), al codice degli appalti pubblici, nonché, da ultimo, all'obbligo di nomina del DPO secondo l'art. 37 del Regolamento n. 2016/679/UE in tema di tutela della riservatezza dei dati personali.

# La soglia di punibilità dell'omesso versamento delle ritenute contributive a carico del dipendente

Con la Sentenza 7 marzo 2018, n. 10424, la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha risolto il contrasto interpretativo venutosi a creare tra la prassi del Ministero del Lavoro, l'Inps e le decisioni della Suprema Corte, a seguito della depenalizzazione - operata dal D.lgs. n. 8/2016 art. 3 - del reato di omesso versamento dei contributi previdenziali per un importo non superiore a 10.000 euro annui.

Ricordiamo che il D.l. n. 463/1983, art. 2 co. 1bis, conv. dalla L. n. 638/1983, nella sua attuale formulazione successiva al D.lgs. n. 8/2016 prevede infatti che:

- l'omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate sulle retribuzioni dei dipendenti, per un importo superiore a euro 10.000 annui, è punito con la reclusione fino a 3 anni e con la multa fino a euro 1.032, mentre, se l'importo è inferiore, si applica la sanzione amministrativa pecuniaria da 10.000 a 50.000 euro;
- il datore di lavoro non è passibile di sanzione penale, né di sanzione amministrativa, quando provvede al versamento delle ritenute entro 3 mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione.

La norma precedente all'intervento legislativo del 2016 non contemplava alcuna "soglia di punibilità" penalmente rilevante e l'omesso versamento delle ritenute previdenziali operate dal datore di lavoro era penalmente sanzionato *tout court*. La depenalizzazione della fattispecie ha quindi generato dubbi in-

terpretativi sulla definizione dell'area di punibilità.

L'intervento delle Sezioni Unite muove da una missiva dell'Inps alla Corte di Cassazione - in occasione di una causa di condanna di un datore di lavoro che aveva omesso il versamento dei contributi per un importo superiore a 10.000 euro - nella quale evidenzia i dubbi interpretativi emersi circa l'individuazione dell'arco temporale entro cui effettuare il calcolo del versamento omesso.

La terza sezione penale della Suprema Corte, ritenendo la questione controversa e d'altra parte di particolare interesse per l'incidenza sulle risorse finanziarie pubbliche di primario rilievo, domandava al primo Presidente la sottoposizione della stessa al vaglio delle SS.UU. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato rimesso alle SS.UU. è dunque la seguente: *"Se, in tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti, l'importo complessivo superiore ad euro 10.000 annui, rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di punibilità, debba essere individuato con riferimento alle mensilità di pagamento delle retribuzioni, ovvero a quelle di scadenza del relativo versamento contributivo"*.

Le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno analizzato in primo luogo il dettato normativo attuale rilevando come il nuovo concetto di "soglia di punibilità" introdotto dal D.lgs. n. 8/2016, in precedenza non ➔

sussistente, induce necessariamente a riesaminare la natura del reato sotto il profilo del momento consumativo. L'assenza della soglia di punibilità infatti precedentemente consentiva di qualificare il reato come *omissivo istantaneo*, individuando il momento consumativo nella scadenza del termine utile concesso al datore di lavoro per il versamento (giorno 16 del mese successivo a quello di riferimento dei contributi): ad ogni mensilità non versata corrispondeva un singolo reato (con effetti significativi sul calcolo della prescrizione).

Successivamente al Decreto Depenalizzazione vi sono susseguiti vari orientamenti della Corte di Cassazione che, sulla base delle diverse ipotesi configurabili in relazione al superamento della soglia di punibilità (es. superamento della soglia dal mese di gennaio, senza ulteriori omissioni, oppure superamento della soglia derivante da più omissioni ricorrenti nel medesimo anno, o ancora superamento della soglia riferita all'intero arco temporale annuale), hanno qualificato *“il reato come avente struttura unitaria, rispetto alla quale la condotta omissiva può configurarsi anche attraverso una pluralità (eventuale) di omissioni, che possono di per sé anche non costituire reato, con la conseguenza che la consumazione può essere, secondo i casi, tanto istantanea quanto di durata e, in quest'ultimo caso, ad effetto prolungato, sebbene nel solco del periodo annuale di riferimento, sino al termine del quale può realizzarsi o protrarsi il momento consumativo del reato”*.

Rileva dunque la modalità di determinazione del periodo annuale da prendere a riferimento.

Sotto tale profilo:

- un primo filone di sentenze ha considerato quale anno di riferimento quello in cui il debito contributivo si è formato secondo il **principio di competenza**, ossia l'anno solare/civile, inteso come periodo temporale che va dal 1° gennaio di un anno al 31 dicembre dello stesso anno;
- un secondo orientamento assume invece che l'anno di riferimento è quello nel quale il debito è sorto secondo il **principio di cassa**, considerato che ciò che rileva penalmente è l'atto del mancato versamento e non quello della maturazione del debito. Il periodo da considerare andrebbe quindi dal 16 gennaio di un anno al 16 gennaio dell'anno successivo.

I giudici di legittimità, riprendendo la *ratio* della norma, di cui già a precedente sentenza della Corte n. 27641 del 28 maggio 2003 sottolineano che volontà del legislatore non è tanto quella di reprimere l'omesso versamento dei contributi, quanto contrastare il più grave fatto commissivo dell'**indebita appropriazione** da parte del datore di lavoro di somme prelevate dalla retribuzione erogata al lavoratore. Poiché il versamento delle ritenute operate deve essere effettuato entro i termini stabiliti dalla legge, è lo spirare di questo termine che rileva ai fini del formarsi della soglia di punibilità.

Con la sentenza in commento n. 10424/2018 la Suprema Corte, ritenendolo più corrispondente allo spirito della legge enuncia pertanto il seguente principio di diritto: *“In tema di omesso versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti, l'importo complessivo superiore ad euro 10.000 annui, rilevante ai fini del raggiungimento della soglia di punibilità, deve essere individuato con riferimento alle mensilità di scadenza dei versamenti contributivi (**periodo 16 gennaio -16 dicembre, relativo alle retribuzioni corrisposte, rispettivamente, nel dicembre dell'anno precedente e nel novembre dell'anno in corso**)”*.

Ciò è in linea anche con l'attuale sistema di denuncia telematica mensile dei dati retributivi e delle informazioni utili al calcolo dei contributi, tramite il cd. modello Uniemens, e di controllo della congruità delle dichiarazioni con possibilità di rettifica/regolarizzazioni. *“Ne consegue che anche sulla base di tali adempimenti può compiutamente definirsi l'ammontare del debito contributivo, attraverso un sistema, per così dire, fluido, che in alcuni casi consente l'esatta individuazione degli importi dovuti solo all'esito di determinati calcoli”*.

Alla luce di tale soluzione, la sentenza conclude precisando che l'individuazione del momento consumativo del reato terrà conto della natura della violazione quale reato unitario a consumazione prolungata.

Si segnala da ultimo che l'Ispettorato nazionale del Lavoro, con la recente nota n. 2926 del 2018, ha espressamente aderito alla sentenza in commento, così confermando le indicazioni inizialmente già fornite con propria nota del 3 maggio 2016 n. prot. 9099.

# Violazione dello *jus variandi* e rifiuto del lavoratore di adempiere

Il rifiuto del dipendente di svolgere la sua prestazione lavorativa è sicuramente uno dei più gravi inadempimenti di cui lo stesso possa rendersi responsabile e legittima il datore di lavoro ad esercitare il potere disciplinare fino alle sue estreme conseguenze, ossia l'irrogazione del licenziamento per giusta causa. Del resto, il rapporto di lavoro altro non è che un contratto a prestazioni corrispettive, nel quale si contrappongono, da un lato, l'obbligo del prestatore di lavoro di svolgere una determinata attività lavorativa e, dall'altro, l'obbligo del datore di lavoro di erogare il corrispettivo pattuito per l'attività resa. Il rifiuto del dipendente di adempiere alla propria obbligazione, dunque, fa venir meno il "sinnallagma" che caratterizza il rapporto di lavoro, alterando quella reciprocità di condotte sulla quale si erge e si giustifica l'esistenza stessa di tale peculiare contratto, la cui causa – lo si ricorda – è di "scambio". Ma cosa accade se il lavoratore si rifiuta di rendere la sua attività lavorativa perché la prestazione richiestagli non è conforme a quella pattuita in sede di assunzione o a quella successivamente assegnatagli? Più specificamente, se parte datoriale affida ad un proprio dipendente una mansione non rientrante nel suo livello di inquadramento contrattuale e/o nella categoria legale riconosciutagli, può il lavoratore legittimamente negare la sua prestazione? La questione non è di poco conto e tocca diversi aspetti giuridici, tra i quali i confini da riconoscere allo *jus variandi* del datore di lavoro e il grado di rilevanza da attribuire all'inadempimento datoriale qualora abusi di tale potere. Perché, se assegnare mansioni

non conformi all'inquadramento contrattuale e/o alla categoria legale integrasse una condotta inadempiente di "non scarsa" rilevanza, al dipendente non potrebbe negarsi il diritto di avvalersi della c.d. "eccezione di inadempimento" per liberarsi, a sua volta, della sua obbligazione. L'eccezione di inadempimento è disciplinata dall'art. 1460 c.c. e rappresenta uno strumento di autotutela che il nostro ordinamento riconosce alle parti di un contratto a prestazioni corrispettive laddove una di queste non adempia o non offra di adempiere la propria prestazione: in tali casi, la controparte può rifiutarsi a propria volta di adempiere, sempre che tale rifiuto non sia contrario a buona fede. Infatti, non ogni inadempimento giustifica il ricorso a tale forma di (auto)tutela: per negare la prestazione occorre che l'altrui inadempimento sia di tale gravità e rilevanza da compromettere quella reciprocità di condotte che connota il rapporto di lavoro; in altri termini, è necessario che la reazione alla violazione sia proporzionale alla violazione stessa.

Proprio argomentando in ordine alla proporzionalità e buona fede del rifiuto, la giurisprudenza ha per lo più escluso la legittimità della negazione opposta dal lavoratore di rendere la propria prestazione lavorativa in caso di demansionamento, giudicando tale reazione non proporzionale alla condotta – pur illegittima – del datore di lavoro. Secondo l'orientamento consolidatosi in giurisprudenza, *"il lavoratore può chiedere giudizialmente la riconduzione della prestazione nell'ambito della qualifica di appartenenza, ma non può rifiutarsi aprioristicamente, senza avallo giudiziario"* →

- che peraltro può essergli urgentemente accordato in via cautelare - di eseguire la prestazione richiestagli, in quanto egli è tenuto ad osservare le disposizioni per l'esecuzione del lavoro impartito dall'imprenditore, ex artt. 2086 e 2104 c.c., (...) e può legittimamente invocare l'art. 1460 c.c., rendendosi inadempiente, solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte<sup>1</sup>.

Dunque, il rifiuto di rendere l'attività lavorativa quale strumento di autotutela del lavoratore è ammesso unicamente nel caso in cui vi sia un totale o grave inadempimento datoriale agli obblighi che gli discendono dal contratto di lavoro, ossia una violazione talmente importante da incrinare quella reciprocità di condotte sulla quale si giustifica la tipologia contrattuale in esame. La valutazione in ordine alla legittimità del rifiuto opposto dal lavoratore dunque passa attraverso la necessaria comparazione dei comportamenti delle parti, essendo necessario stabilire se vi sia relazione causale ed adeguatezza - nel senso della proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto - tra l'inadempimento del dipendente e il precedente inadempimento datoriale. Il rifiuto di adempiere, come reazione all'inadempimento dell'altra parte, deve infatti risultare ragionevole e logico in senso oggettivo, trovando concreta giustificazione nella gravità della prestazione ineseguita, alla quale si correla la prestazione rifiutata<sup>2</sup>.

Prendendo in considerazione le pronunce giurisprudenziali esistenti in materia, la violazione dei limiti allo *jus variandi* non è stata considerata una condotta tanto grave da legittimare l'astensione dal lavoro: le Corti giudiziali infatti sottolineano in tali casi come il dipendente sia tenuto a dare continuità alla propria prestazione, soddisfacendo l'interesse datoriale, ben potendo attendere la tutela apprestatagli (*ex post*) dal giudice, una volta eccepito e provato in giudizio l'inadempimento di quest'ultimo. Diverso è invece il caso in cui le mansioni di nuova adibizione

richiedano al lavoratore una "particolare onerosità", o perché incidenti direttamente sulle sue immediate esigenze vitali o perché lesive di beni fondamentali della persona, quali la salute o vita<sup>3</sup>. In tali ipotesi, infatti, la reazione all'inadempimento datoriale non può che essere immediata ed anticipata rispetto al ricorso al giudice. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'assegnazione a mansioni confliggenti con le accertate limitazioni fisiche del lavoratore o per le quali il datore di lavoro non abbia apprestato le necessarie misure di sicurezza<sup>4</sup>: in tali casi il rifiuto di prestare l'attività lavorativa è stato giudicato lecito, in quanto l'unica misura idonea a garantire al lavoratore un'effettiva tutela, che sarebbe invece esclusa ove il dipendente fosse costretto ad attendere i tempi del processo. Un'altra ipotesi in cui sussiste - secondo la magistratura - una legittima causa di rifiuto di prestare l'attività lavorativa è la violazione dell'obbligo retributivo e della copertura contributiva, trattandosi questi di inadempimenti ad obbligazioni che connotano la tipologia stessa del contratto di lavoro, la cui causa è - come detto - lo scambio tra un "fare" e un "dare", dove il "dare" riguarda proprio la retribuzione e ciò che ne consegue dal punto di vista previdenziale e assicurativo. Peraltro, tale inadempimento incide sulle esigenze vitali del lavoratore, essendo la retribuzione una fonte di sostentamento per il lavoratore.

Un caso in cui invece certamente il lavoratore non potrà invocare l'art. 1460 c.c. è quello in cui lo stesso venga adibito ad un'attività complessa, comportante una molteplicità di operazioni ed una pluralità di compiti, solo alcuni dei quali "demansionanti": in tale caso, il rifiuto allo svolgimento di qualsiasi prestazione non sarebbe sicuramente proporzionale all'inadempimento datoriale, potendo il lavoratore svolgere tutte le altre attività perfettamente in linea con il suo inquadramento contrattuale. ➔

1. Cass. civ. Sez. lavoro 16 gennaio 2018, n. 836.  
2. In punto di proporzionalità dell'inadempimento al rifiuto, si citano *ex aliis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 26 giugno 1999, n. 6663; Cass. civ. Sez. lavoro, 1 marzo 2001, n. 2948; Cass. civ. Sez. lavoro, 7 novembre 2005, n. 21479; Cass. civ. Sez. II, 8 giugno 2006,

n. 13365; Cass. civ. Sez. lavoro, 27 aprile 2007, n. 10086; Cass. civ. Sez. lavoro, 12 febbraio 2008, n. 3304; Cass. civ. Sez. lavoro, 19 luglio 2013, n. 17713.  
3. Così, *ex multis*, Cass. civ. Sez. lavoro, 13 giugno 2016, n. 12102; Cass. civ. Sez. lavoro, 31 gennaio 2011, n. 2153.  
4. Cass. civ. Sez. lavoro, 7 novembre 2005, n. 21479.

Ma cosa accade, invece, se le mansioni attribuite al dipendente rientrano in un livello di inquadramento superiore a quello del dipendente? Anche in questa ipotesi – come in quella di demansionamento – il rifiuto della prestazione non sarebbe da ritenere giustificato? Deve ritenersi di sì: il lavoratore sarà tenuto a renderle, sempre che queste non gli richiedano un sacrificio troppo gravoso o una compromissione di beni personali fondamentali personali e fatto salvo sempre il diritto di adire l'autorità giudiziaria per far accertare la violazione dello *jus variandi* e quindi l'adibizione a mansioni in linea con il proprio inquadramento contrattuale.

Dall'esame della giurisprudenza prodottasi sul tema emerge quindi con forza il significato autentico da attribuire alla subordinazione, elemento che caratterizza il contratto di lavoro nella sua forma tipica e comune: i giudici, infatti, nelle diverse sentenze richiamate sottolineano come l'obbligazione principale assunta dal lavoratore sia quella di mettersi a disposizione del datore di lavoro, di svolgere l'attività da questi richiesta, senza possibilità di sottrarsi

aprioristicamente. In merito al cui contenuto della prestazione lavorativa infatti il lavoratore non ha alcuna possibilità di giudizio autonomo, salvo i casi estremi di grave negazione delle obbligazioni principali del datore di lavoro che compromettano i diritti fondamentali della persona, prima ancora che del lavoratore: il prestatore di lavoro deve necessariamente rimettere la sua tutela nelle mani dell'autorità giudiziaria, che accerterà la congruenza delle mansioni assegnategli con l'inquadramento contrattuale attribuitogli. Così non è nell'ipotesi di contratti di lavoro autonomo, laddove in caso di prestazioni che eccedano l'incarico conferito il prestatore d'opera non è tenuto a soddisfare le richieste di parte committente.

Per il lavoratore subordinato, quindi, il ricorso all'eccezione di inadempimento rappresenta *l'extrema ratio*, ossia la misura da adottare solo qualora il ricorso al giudice comprometterebbe in modo irrimediabile le sue esigenze vitali o i suoi diritti fondamentali, dovendo - in caso contrario - attenersi alle direttive (anche illegittime) datoriali, fino ad una pronuncia contraria del giudice.

# Welfare aziendale e abuso del diritto<sup>1</sup>

**N**elle analisi operative conseguenti alla realizzazione di un piano di *welfare* aziendale o di una contrattazione sul tema, spesso emerge la possibilità o l'opportunità di sostituire trattamenti già in corso nelle aziende verso i lavoratori, anche individualmente, con *benefit* o poste di *welfare*. In tal caso, sorge talvolta la perplessità rispetto a possibili future contestazioni di tali scelte, da parte degli Enti previdenziali o fiscali, conseguenti alla perdita di imponibile che ne deriva. Analizziamo pertanto i limiti di intervento rispetto alla fattispecie ed al contempo anche i limiti che hanno gli organi di vigilanza rispetto alla possibilità di eccepire i comportamenti in questione.

## Il posizionamento del problema

Probabilmente sorprenderà l'accostamento del titolo. Il *welfare* aziendale è un insieme di provvidenze di tipo economico-organizzativo di cui non si può che pensare bene; l'abuso del diritto è invece qualcosa che, fin dal nome, assume una caratteristica espressamente negativa. Quale nesso potrebbe mai esserci fra due argomenti tanto distanti?

In realtà, spesso capita di incontrare sulla strada della costruzione di un sistema di *welfare* aziendale e/o di opportunità varie per i lavoratori, di trovarsi di fronte a trattamenti retributivi, già incardinati da tempo nella realtà aziendale, che sottraendo risorse economiche si pongono come ostacolo alla realizzazione di servizi o di provvidenze per i lavoratori. A volte questi trattamenti sono stati elargiti a macchia

di leopardo o a livello individuale verso alcuni lavoratori - frutto di politiche retributive passate (ma non per questo necessariamente disprezzabili) che, tuttavia, obiettivamente drenano nel presente mezzi e possibilità - e pertanto diventa più difficile disegnare un sistema di trattamento complessivo comprendente anche le poste e gli interventi di *welfare* che, dovendosi estendere ad una generalità di lavoratori, finirebbe per essere sbilanciato a favore dei lavoratori già remunerati (o a sfavore degli altri).

Non ultimo, l'estrema convenienza del *welfare* aziendale sotto il profilo fisco-previdenziale, sia per la parte lavoratore che per quella datoriale (la tipica soluzione "*win-win*", affrontata in qualsiasi discorso sul *welfare* aziendale), spinge verso la preferenza ad utilizzare le poste di quest'ultimo, e quindi a cercare di "ribattezzare" trattamenti che, essendo meramente retributivi, di tale esenzione non godevano.

Ma la perplessità che spesso nasce è che, risultando appunto una convenienza - cioè un vero e proprio risparmio, di oneri fiscali e previdenziali - possa sorgere una contestazione da parte degli organi di vigilanza in capo alle scelte che siano andate in questa direzione. Ovviamente non stiamo qui parlando di soluzioni *contra legem*, ma di assetti formalmente corretti in cui tuttavia si realizza il predetto risparmio fiscale. È forte il timore in molti operatori che, in tal caso, possa essere contestata un'elusione d'imposta o contributiva, creando parecchia perplessità o imbarazzo relativamente a consigliare o ad avallare determinate scelte. →

<sup>1</sup> Pubblicato sul numero 3/2018 di "Strumenti di lavoro", Euroconference E.

## L'abuso di diritto in campo tributario (e previdenziale)

A parere di chi scrive, la questione si iscrive naturalmente nel concetto di abuso di diritto in campo tributario, che è stato recentemente oggetto di focalizzazione normativa. Sull'impulso di una raccomandazione comunitaria sulla pianificazione fiscale aggressiva (n. 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, recepito dalla Legge delega n. 23/2014) è stato emanato a livello nazionale il D.lgs. n.128/2015, che, all'art. 1, ha recepito norme di contrasto ad operazioni elusive che si concretizzano in costruzioni meramente artificiali allo scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale.

La norma infatti (art. 1 co. 1) prevede che:

*“Configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti. Tali operazioni non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni”.*

Ecco perché consideriamo che operazioni come quelle descritte in premessa possano rientrare quantomeno teoricamente (è l'oggetto della presente analisi, infatti) nell'alveo di questa disposizione: essi infatti hanno l'effetto di sostituire poste imponibili con poste esenti e nella loro ideazione potrebbero essere considerate tendenzialmente come elusive, pur essendo formalmente corrette (se non fossero formalmente corrette o si basassero su informazioni distorte, infatti, il campo di riferimento sarebbe ben diverso e riguarderebbe l'evasione).

Se analizziamo il testo normativo, possiamo sorprendere il concorrere di tre aspetti; le operazioni *de quibus* infatti sono:

- *osservanti delle norme fiscali* (si rappresentano pertanto come formalmente corrette e, sostanzialmente, veritiere, ovvero prive di occultamenti o altri espedienti illeciti);
- *prive di sostanza economica;*

- *portatrici di vantaggi fiscali indebiti.*

Il terzo aspetto, invero, è collegato sostanzialmente al secondo e non si regge senza di esso: i vantaggi fiscali ottenuti sono indebiti, infatti, non in sé bensì solamente in considerazione dell'artificialità della costruzione fiscale.

È quindi opportuno esaminare cosa si intende con la locuzione **“operazioni prive di sostanza economica”** aiutandoci anche con la Direttiva.

La legge in argomento, al successivo comma 2, ne dà questa definizione:

*“I fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato”.*

In altre parole, le operazioni in questione si connotano per non essere giustificate se non dal risparmio fiscale, ed anzi, appaiono abnormi ed ingiustificate all'interno di quelle che possono essere le normali scelte imprenditoriali, magari prive di linearità ed incoerenti con l'organizzazione aziendale, prive di pregio operativo o imprenditoriale, e quindi sostanzialmente distoniche, inutili, farraginose (e, di conseguenza, perpetrate con il preciso ed unico scopo di eludere oneri fiscali). In sostanza, il frutto di tali costruzioni, al di là del risparmio fiscale, non appare ragionevole sotto diversi profili: sistemico, operativo e commerciale.

A questo principio, tuttavia, ne va aggiunto un altro egualmente importante: **non tutto ciò che sia idoneo a costituire risparmio fiscale deve essere automaticamente letto come elusivo.**

E ciò è peraltro precisato nei commi immediatamente successivi della norma (grassetto a nostra cura):

*“3. Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale →*

*dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente. 4. Resta ferma la libertà di scelta del contribuente tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale”.*

Insomma, come detto, sarà contestabile la mancata corresponsione di tributi (e contributi) solo qualora le operazioni messe in atto siano connotate da un principio di irragionevolezza tale da non potersi altrimenti giustificare se non nel senso, predetto, di pagare meno tasse, sussistendo al contempo anche una libertà di scelta che permette al contribuente di optare per la soluzione più conveniente, purchè coerente.

Vedremo se e come questi principi siano applicabili al *welfare* aziendale ed in genere ai *benefit* ed ai criteri di esenzione previsti dall'art. 51 TUIR, tenendo anche presente che **l'eventuale onere della prova della sussistenza di operazioni prive di sostanza economica spetta all'amministrazione finanziaria.**

Prima però dobbiamo risolvere un ultimo dubbio, ed in particolare se quanto osservato sotto il profilo tributario (la norma qui in commento, infatti, è inserita dal decreto direttamente all'art. 10/*bis* dello “statuto del contribuente”) sia immediatamente applicabile anche al versante contributivo ed assicurativo. A parere di chi scrive la risposta è assolutamente positiva per due ordini di ragioni.

La prima ragione è di ordine sistematico: non esistendo una regolamentazione analoga nel versante contributivo e dato che il passaggio normativo in questione non ha natura meramente procedurale/operativa (come invece lo sono altre dello statuto del contribuente, L. n.212/2000) bensì interpretativa, può ritenersi applicabile come criterio generale.

Ma la seconda ragione è ancor più forte e consiste nell'intervenuta “armonizzazione della base imponibile fiscale e contributiva” operata dal D.lgs. n. 314/1997 che, sia pure prevedendo diversificazioni fra le due discipline, in forza della loro diversa finalità, individua proprio nell'art. 51 del TUIR (allora art. 48) il maggior punto di contatto e di allineamento delle due basi imponibili. In ragione di ciò, non potrebbe pertanto rilevarsi che ciò che sarebbe non imponibile sotto il profilo fiscale lo sia invece

sotto quello previdenziale; e ciò non in forza delle specificità delle rispettive discipline ma solo per una loro ipotetica diversa, ma asistemica ed inopportuna, applicazione. Tenendo presente, peraltro, che l'art. 51 del TUIR contiene i principi di esenzione che per la maggior parte dei casi sono riferibili alle poste di *welfare* aziendale.

### **Il welfare aziendale e l'abuso del diritto tributario sono essenzialmente antitetici**

Dopo aver esaminato in sintesi cosa si intende per abuso del diritto ed averne affermato la sua portata universale (almeno per il tema che stiamo trattando) dobbiamo subito considerare che fra *welfare* aziendale ed abuso del diritto vi sarebbero pochi elementi di vicinanza e commistione. In via di principio, infatti, se consideriamo il *welfare* aziendale come l'insieme dei beni e dei servizi (e, più raramente, delle somme a titolo di rimborso per spese specifiche) nonché delle scelte di carattere organizzativo che vengono messe dal datore di lavoro a disposizione della generalità o di categoria di lavoratori, già troviamo nell'aspetto definitorio del *welfare* aziendale una motivazione di carattere gestionale che porta in radice ad escluderlo come soluzione irragionevole o artificiosa.

Diversi sono i motivi:

- il rivolgersi alla generalità dei lavoratori (o a categorie, che comunque vanno intese sempre nel senso di “macro-categorie”) ostacolerebbe di fatto l'imputazione di operazioni al mero risparmio, che necessariamente dovrebbero essere rivolte a platee più circoscritte di dipendenti;
- l'individuazione di poste non indifferenziate ma che, per loro natura e funzione, hanno una componente spiccatamente sociale ed assistenziale costituisce un ulteriore elemento di giustificazione di manovre volte a promuovere il *welfare*, ancorchè ciò avvenga sostituendo in qualche caso altre forme di remunerazione adottate in precedenza;
- la componente di beni e servizi di natura non immediatamente trasformabile in senso monetario, ma al limite solo mediamente, costituisce un altro elemento importante: è evidente che un'eventuale rinuncia ad una componente retributiva per accedere a tali *benefit* non acquista una natura puramente sostitutiva e quindi nemmeno sarebbe →

una pura scelta del contribuente ma proprio un'altra fattispecie *sui generis*;  
- anche il *mix* di opzioni di carattere materiale ed organizzativo conferisce al *welfare* aziendale una sua specificità.

Tuttavia, suscita in taluni qualche perplessità assistere ad operazioni in qualche caso esperite come propeedeutiche all'accesso al *welfare* aziendale, quali: riduzione del superminimo individuale, rinuncia a premi dati con cadenza periodica (tipo "premio ferie"), elementi di *welfare* premiale in sostituzione di elementi variabili di retribuzione etc.

Facciamo alcuni esempi di queste fattispecie.

- Alcuni dipendenti accettano di ridurre il proprio superminimo individuale, da essi percepito, in forza dell'accesso, per loro e per altri lavoratori, al sistema di *welfare* ideato o contrattato dall'azienda.
- L'azienda ed i dipendenti decidono di sostituire un premio periodico ricorrente con una prestazione di beni/servizi di *welfare* (e pertanto esenti).
- L'azienda ed i dipendenti sostituiscono un premio presenza giornaliero in denaro con un ticket-pasto.

La causa della perplessità verso queste operazioni è sempre la stessa: potranno il fisco o l'ente previdenziale rinunciare di buon grado ai conferimenti che venivano dalla precedente imponibilità delle poste retributive ora sostituite?

Cominciamo col dire che, qualora tali poste si configurino come diritto quesito, ovvero siano somme che siano entrate nella disponibilità ed aspettativa del lavoratore, le stesse potranno essere "perse" unicamente con una rinuncia individuale di ciascun lavoratore (non soccorrono in efficacia eventuali accordi collettivi, a meno che tali poste non discendessero da contrattazioni collettive e non da libera elargizione del datore o da accordi individuali). Discendendo in genere da accordi individuali e non riferibili a leggi o contratti collettivi, l'eventuale rinuncia del lavoratore è diritto immediatamente disponibile e non deve necessariamente sottostare a ratifica in sedi protette; tuttavia potrebbe apparire comunque opportuno concludere l'accordo in tali sedi al fine di un'ulteriore certificazione della libera volontà abdicativa del lavoratore. Già tale atto, comunque lo si volesse finalizzare, è cosa diversa dal mero scambio e, dotato di una sua propria autonomia, renderebbe

inoppugnabile da parte di Fisco ed Inps la rinuncia: così non fosse, dovremmo rimettere in discussione tutti gli atti di tal natura perpetrati nel corso del lungo decennio di crisi appena trascorso, che ha visto non pochi lavoratori lasciare sul piatto vantaggi economici acquisiti in tempi di "vacche grasse" per salvaguardare il proprio posto di lavoro.

Ma ancorchè la finalizzazione di tali atti fosse esplicitamente dichiarata a favore del *welfare*, per i motivi tutti sopra esposti non si vede in quale modo potrebbe essere dimostrabile da un eventuale ispettore la natura artificiosa e meramente strumentale – anzi irragionevole sotto un profilo organizzativo ed economico - di tali atti.

Se invece tali poste non configurino diritto quesito, nemmeno si porrà il problema di un'eventuale sostituzione, in senso più favorevole anche sotto il profilo fisco-previdenziale, di determinati usanze aziendali: ben potrà, ad esempio, il datore che abitualmente erogava in determinate occasioni regalie monetarie di varia natura in modo del tutto volontario ed occasionale, quantomeno nella diversificazione di tempi e quantità erogate, sostituire tali elementi con provvidenze di *welfare* o *benefit* esenti (ricorrendone ovviamente le caratteristiche).

A farla da padrone, nel *welfare* aziendale, è infatti una componente organizzativo-psicologica che se ben percorsa, oltre a contribuire ad integrare la parte più nobile del benessere aziendale (che certo è intervento sul clima dell'impresa e sulla percezione del lavoro, e non solo elargizione di cose/servizi), rende impossibile considerare gli interventi in argomento una pura e semplice "sostituzione al risparmio".

### In conclusione: cosa fare e cosa evitare

Nella generale esclusione di commistioni tra *welfare* aziendale e abuso del diritto tributario, in corrispondenza di rinunce retributive effettuate con lo scopo di favorire politiche di *welfare*, meglio non farsi prendere la mano e mantenere un percorso equilibrato e corretto.

A supportare la natura originalmente organizzativa del *welfare*, infatti, basterà mettere in atto una analisi di clima, di motivazione e di necessità o bisogni dei lavoratori (aspetti sempre opportuni e caratteristica di un *welfare* autentico), meglio ancora poi ➔

se le soluzioni adottate non si limitino ad una mera elargizione di beni ma comprendano anche aspetti di natura non immediatamente materiale quali formazione, sicurezza, conciliazione vita-lavoro etc. Si tratta, in effetti, di dare al *welfare* ciò che è del *welfare*, cioè un *mix* di soluzioni il cui scopo è il miglioramento del senso di appartenenza all'azienda e di fidelizzazione dei lavoratori.

Aspetti da evitare, invece – in genere sempre, ma a maggior ragione quando vi siano stati meccanismi di scambio retribuzione-*welfare* - saranno quelli relativi ad un'immediata "monetizzazione" del *welfare* o non rispettosi della fattispecie, quali:

- prevedere erogazioni di natura economica in sostituzione del *welfare* non usufruito o rimborsi laddove non consentiti o integrazioni in dispregio delle disposizioni del comma 3-*bis* dell'art. 51 TUIR;
- una personalizzazione esasperata del *welfare* premiale, "liberato" dall'interpello n. 904-791/2017 del 28 luglio 2017 dell'Agenzia delle Entrate DR Lombardia, che porti ad un'eccessiva individualizzazione delle poste di *welfare* tale da farle corrispondere nei fatti ad una posta non più collettiva ma di natura-interesse prettamente individuale; la

stessa cosa potrebbe osservarsi in un uso troppo spinto delle categorie, tanto da far risultare una ricaduta "chirurgica" (cioè sostanzialmente individuale) dei *benefit*;

- prevedere la sostituzione di elementi previsti da legge o contrattazione collettiva con poste/sistemi di *welfare* (ad esempio straordinari o indennità turni o maggiorazioni similari, retribuiti in via forfettaria con beni/servizi).

In due parole finali, se si rispettano le vere finalità del *welfare* aziendale ed un minimo di prudenza, accortezza ed aderenza alle regole, diventa compito davvero arduo per un'eventuale azione di vigilanza contestare la natura di abuso dello scambio retribuzione-*welfare* (concetto che in genere non sussiste se non in una pervicace mentalità fisco-previdenziale oppressiva). Un'ultima, doverosa, annotazione: abbiamo usato in questo contributo i termini di "scambio" e "sostituzione" unicamente per brevità, semplicità ed immediatezza espositiva, ma speriamo di essere riusciti a dimostrare che in realtà la rinuncia a poste retributive e l'adesione a sistemi di *welfare* sono due rette parallele che, nella geometria euclidea di un sistema aziendale ben definito, non si incontrano mai.

**GEMMA PACELLA** ANALIZZA LA POSIZIONE DEGLI AUTISTI DI UBER;  
SECONDO IL DIRITTO INGLESE SONO DIPENDENTI O LAVORATORI AUTONOMI?

# Uber perde l'appello in Inghilterra: autisti dipendenti <sup>1</sup>

**L**Autrice, con questo contributo, analizza la sentenza di secondo grado con cui l'*Employment Appeal Tribunal*<sup>2</sup> del Regno Unito ha confermato che i due drivers di Uber, James Farrar e Yaseen Aslam, sono *workers*, ai sensi dell'art. 230 dell'*Employment Right Act*.

Il singolo caso è destinato a creare un autorevole precedente, con il rischio per il gruppo della *Silicon Valley* - già impegnato nella lotta legale con l'Autorità dei Trasporti di Londra per riottenere la licenza ad operare sul suolo britannico - che partano migliaia di ricorsi da parte di autisti interessati a far valere i loro diritti.

## L'oggetto dell'appello

In primo grado, l'*Employment Tribunal*<sup>3</sup> ha definito la piattaforma Uber non come mero algoritmo di intermediazione ma come azienda privata di trasporto<sup>4</sup>, qualificando gli autisti come *workers* e non come *self-employed*, con il conseguente riconoscimento dei diritti ad una giusta retribuzione e all'applicazione delle norme sull'orario di lavoro.

Il ricorso viene presentato da ULL (Uber London) sulla base del fatto che il Tribunale di primo grado avesse trascurato la disciplina del rapporto di agenzia<sup>5</sup> che, come sostenuto da Uber, sarebbe il rapporto intercorrente tra la piattaforma e i *drivers*.

Nell'ottica di Uber si tratterebbe di un servizio di taxi e gli autisti - considerato il regime fiscale, la proprietà dei beni materiali di produzione e la possibilità di accettare commissioni anche da altri operatori del settore - sarebbero *self-employed*.

Pertanto, i motivi del ricorso, riassumibili nella formula per cui gli autisti lavorerebbero *with* e non *for* Uber, sono stati confrontati dal giudice d'appello con gli argomenti dei *drivers*, secondo cui "*the contractual documentation did not reflect the reality*"<sup>6</sup>.

L'*Employment Appeal Tribunal* segue *in primis* il filo di un principio assiduamente applicato anche nel nostro ordinamento<sup>7</sup> cioè il principio nevralgico della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare delle parti.

Il giudice può pertanto non considerare gli accordi scritti tra le parti e, al contrario, può esaminare i termini inespressi del rapporto riflettenti la realtà dello stesso<sup>8</sup>.

Il principio della prevalenza della realtà fattuale sulla volontà cartolare, peraltro, deriva dalla considerazione che il rapporto contrattuale in oggetto non è un qualsiasi rapporto commerciale, bensì un rapporto di lavoro che, in quanto tale, presuppone un potere contrattuale diverso tra le parti e realizza uno scambio sulla base di un *gap* tra le stesse<sup>9</sup>. ➔

1. *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*  
Sintesi dell'articolo pubblicato in *Labour & Law Issues*, v. 3, n. 2, 2017.

2. *Employment Appeal Tribunal*, 10 novembre 2017, n. UKEAT/0056/17/DA.

3. *Employment Tribunal of London*, 28 ottobre 2016, n. 2202550.

4. Manzini P., "Collaborative economy e regolazione del mercato: il caso Uber", in P. Tullini (a cura di), *Web e lavoro. Profili evolutivi e di tutela*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 123 ss.

5. *Employment Agencies Act* del 1973.

6. Sent. par. 87.

7. Ad esempio, cfr. Cass. 14 maggio 2009, n. 11207; Cass. 18 febbraio 2009, n. 3894; Cass. 17 giugno 2009, n. 14054.

8. Sent. par. 92.

9. Sent. par. 115.

## Lo status di Worker

La fattispecie astratta in questione è l'art. 230 lett. b) dell'ERA, il quale definisce i *workers* come "lavoratori che prestano la propria attività o servizio come parte integrante dell'attività di un terzo". È quindi necessario per la Corte chiarire se i *drivers* siano inseriti nell'organizzazione di Uber come lavoratori, piuttosto che come *users*.

In effetti, a tal proposito, la classificazione utilizzata da Uber per identificare i *drivers* è equivoca: negli accordi sottoscritti compare l'uso del termine *users* per indicare sia i passeggeri sia gli stessi autisti proprio perché, dal punto di vista di Uber, i *drivers* sono suoi clienti, cioè usufruiscono dei suoi servizi, quali l'accesso all'*app* e al *software*, ai siti *web*, ai servizi di pagamento.

Il dato di fatto secondo cui i *drivers* non possono gestire i propri affari, in quanto non abilitati dalla stessa Uber a contrattare con i clienti, ma sono obbligati ad accettare i termini imposti unilateralmente da essa, secondo la Corte d'Appello giustifica il fatto che gli autisti non possano essere considerati i titolari del servizio di trasporto.

Così come corrisponde a realtà il dato per cui i *drivers* devono accettare almeno l'80% dei viaggi commissionati da Uber, pena la disattivazione dell'*account* dalla stessa piattaforma, configurando un recesso unilaterale dal rapporto.

Uber esercita dunque un potere di controllo indiscutibilmente incompatibile con un rapporto di agenzia.

## La disponibilità dei Drivers

Resta da chiarire se l'autista possa qualificarsi come *worker* quando è in attesa di ricevere una commissione non ancora pervenuta, ossia in quel frangente temporale "in between accepting assignments"<sup>10</sup>.

Secondo il giudice d'appello, di fatto, non c'è nessun obbligo per l'autista di sostare nel territorio assegnatogli dalla piattaforma, né di connettersi all'*app* della stessa, eppure quando sussistono queste condizioni

sorgono obbligazioni per i *drivers* che l'ET ha qualificato come "being available" (diventare disponibili) e Uber come "going on-duty" (essere in servizio), cioè un'obbligazione, per il giudice d'appello, "essential to Uber's business":

- 1) la mera disponibilità degli autisti configura orario di lavoro, quando cioè ricorrono le tre condizioni: presenza dell'autista nel territorio; connessione all'*app* di Uber;
- 2) quando i *drivers* siano pronti ad accettare la richiesta di viaggio.

Il motivo per cui il giudice d'appello abbia identificato lo status di reperibilità dei *drivers* in termini di *working time* risiede nel fatto che il sostare nelle zone della città assegnate all'autista da Uber e connettersi all'*app* della piattaforma, rappresenta un'attività prodromica all'esercizio effettivo dell'attività di trasporto<sup>11</sup>.

L'autista è presente nel territorio che, assegnato dalla stessa Uber, rappresenta il suo luogo di lavoro ed è disponibile nel momento in cui l'*app* della piattaforma risulti *switched on*<sup>12</sup>.

## Riflessioni conclusive

I contraccolpi della sentenza non si riverseranno verosimilmente solo sulla multinazionale californiana: giova infatti ribadire che Uber è semplicemente uno fra i tanti che offrono servizi *on-demand* ma che, per effetto delle proteste sollevate dalle associazioni di categoria, è divenuto in qualche modo il *testimonial* principale di quel modello di *business*.

L'impatto di Uber non solo travolgerà in tutti i suoi aspetti la regolamentazione del mercato dei trasporti non di linea, ma riproporrà cruciali questioni di diritto (dal diritto amministrativo, al diritto della concorrenza, al diritto dei contratti e al diritto del lavoro) e indurrà i problemi - già parte del panorama lavoristico degli ordinamenti - riferiti ai lavori *on-demand* dell'era della *Gig Economy* a ritornare sulla scena.

10. Sent. par. 119.

11. «In realtà, se gli si domanda la sola presenza fisica, si ha già una prestazione di lavoro (come lavoro di attesa) non qualificata, che si somma alle altre più specifiche», Bernardini P. "La reperibilità del funzionario europeo al vaglio dei

giudici di Lussemburgo", RIDL, II, 2011, p. 1241 ss. e qui p. 1241.

12. La disponibilità costante e protratta dei *drivers* di Uber induce a riflettere anche su ciò che la dottrina italiana ha definito «super lavoro», per cui il superamento di determinate soglie

dell'orario di lavoro può mettere a repentaglio la tutela della salute e della sicurezza del prestatore, cfr. Leccese V. "La gestione dell'orario di lavoro", Convegno "Le regole del lavoro per Expo 2015", Aula Magna degli Studi di Milano, 24 marzo 2014.

**VALERIA NUZZO** COMMENTA LE SENTENZE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE  
RELATIVE ALL'UTILIZZO DEL VELO ISLAMICO

# Utilizzo del velo islamico, capi di vestiario, appartenenza religiosa: questioni di discriminazione secondo la CGUE<sup>1</sup>

I flussi migratori in costante aumento verso l'Europa e verso l'Italia propongono la questione dell'integrazione tra culture differenti; rientrano tra queste le questioni inerenti le diversità religiose e l'eventuale uso di un abbigliamento simbolico della fede di appartenenza. In materia di lavoro, i giudici si trovano ad interpretare la normativa antidiscriminatoria. Il compito si presenta piuttosto complesso poiché si scontra con l'obbligatorietà dei precetti, tra i quali, l'abbigliamento simbolico è espressione diretta.

L'autrice esprime dubbi sul fatto che spetti ad un giudice tale valutazione. Afferma inoltre che "l'oggettiva obbligatorietà dei simboli rischia di condurre l'interprete su un terreno troppo scivoloso. Basti pensare alle diverse letture del Corano sulla vincolatività dell'utilizzo del velo per le donne".

La Corte di giustizia si è pronunciata per la prima volta sull'uso del velo islamico sul luogo di lavoro, quale capo di abbigliamento espressione di una appartenenza religiosa.

La causa Bougnaoui (C-188/15) ha trattato il licenziamento di una impiegata di una società francese

per aver rifiutato di "togliere il velo" a contatto con i clienti dell'azienda, a seguito di una richiesta esplicita da parte della direzione aziendale scaturita dalla segnalazione di un cliente infastidito dall'uso.

La causa Achbita (C-157/15) in cui è stato trattato il licenziamento di una *receptionist* di una società Belga, causato dalla sua decisione di portare il velo nonostante il regolamento di lavoro della società, approvato dal Comitato aziendale, vietasse esplicitamente ai dipendenti di indossare sul luogo di lavoro «segni visibili delle loro convinzioni politiche, filosofiche o religiose».

Nella sentenza Achbita i giudici considerano in maniera generica il regolamento che vieta di indossare segni visibili della religione, ottenendo il risultato di inibire il diritto a manifestare una "diversa" fede attraverso simboli "visibili", come il velo. Va comunque considerato che il regolamento non punta il dito contro il velo, tuttavia, attraverso una disposizione indifferenziata, genera una norma non neutrale, perché inficia il rispetto dell'appartenenza religiosa.

Il presupposto considerato dalla Corte è che una ➔

<sup>1</sup> Sintesi dell'articolo pubblicato in RIDL, fasc. 2, 2017.

differenza di trattamento basata sull'uso di un abbigliamento/manifestazione della fede religiosa va analizzata come una differenza di trattamento basata sulla religione stessa e di conseguenza vale il principio del divieto di discriminazione sancito dalla direttiva n. 2000/78. In aggiunta, in base all'art. 9 della CEDU e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, la libertà di coscienza e di religione sono unanimemente sanciti, incluse le relative manifestazioni, pubbliche o private.

I Giudici devono affrontare la problematica della qualificazione della differenza di trattamento come discriminazione diretta o indiretta. Per la discriminazione diretta ha forte valenza il contesto in cui essa viene espletata, e cioè alla stessa possibilità (materiale o giuridica) di eseguire il contratto di lavoro.

Per la discriminazione indiretta, invece, vale una clausola d'eccezione più generale, confidando su una finalità legittima e i mezzi impiegati siano appropriati e necessari. La regola d'abbigliamento in apparenza neutra, cioè, potrà essere giustificata da una finalità che sia oggettivamente legittima (come nel caso di motivi di sicurezza, di igiene, di immagine aziendale), senza alcuna indagine sulla essenzialità del requisito ai fini dello svolgimento dell'attività di lavoro.

La normativa italiana lavora in attuazione della direttiva europea, ma con alcune differenze. Il D.lgs. n. 216/2003 prende spunto dall'art. 43, co. 2, lett. e, dal D.lgs. n. 286/1998 (T.U. sull'Immigrazione) secondo cui "costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti [...] ad una determinata confessione religiosa [che] riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa". Quindi, nella regolamentazione delle discriminazioni per motivi razziali, etnici, nazionali e religiosi, la legge richiede che il com-

portamento discriminatorio sia giustificato da una finalità legittima, e soprattutto da un requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

In conclusione, l'Autrice afferma che, con riferimento alle differenze di trattamento connesse all'uso da parte del lavoratore di un abbigliamento a connotazione religiosa, il giudizio dovrà essere sempre valutato in maniera essenziale, non solo nelle ipotesi in cui esso sia riconducibile a una discriminazione diretta, ma pure se si ritenga configurabile una discriminazione indiretta.

Non si può, cioè, affidare al giudice né il compito di verificare la percezione (soggettiva) del precetto religioso, né, tanto meno, quello di "interpretare" la religione stessa per stabilire l'esistenza o meno dell'imposizione del simbolo e la sua derogabilità. È necessario rilevare l'esistenza di un simbolo comune per i fedeli di una determinata religione, che è espressione dell'appartenenza a quella fede e che implica una prassi identitaria. Tale prassi, se è lecita, non può essere ignorata e diventa rilevante nell'ordinamento statale quale espressione della libertà religiosa da esso garantita.

L'Autrice commenta infine: "La tutela della libertà di manifestare la propria fede anche attraverso l'uso di simboli identitari è fondamentale nella strada verso l'integrazione, una integrazione che non può che partire dal riconoscimento (e dalla valorizzazione) delle differenze legate all'appartenenza religiosa. E questa è la sfida del futuro, quella che una società multiculturale deve necessariamente raccogliere e che oggi i giudici di Lussemburgo hanno perso. Miopi sulle diversità dei precetti religiosi e delle consolidate prassi sociali cui tali precetti danno luogo, non raccolgono la sfida delle differenze e riaffermano ancora una volta la prevalenza di un valore economico, quello della libertà di impresa, sui diritti della persona. Un valore economico omologante, anche a scapito dell'uguaglianza effettiva dei cittadini dell'Unione".



## LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

# Una funzione sociale e un'opportunità per i Consulenti del Lavoro

L'istituto della mediazione civile e commerciale ha certamente contribuito in questi anni dalla sua istituzione, non solo a ridurre il contenzioso giudiziario arretrato, ma anche a sviluppare una maggiore sensibilità della collettività verso l'utilizzo di strumenti alternativi alla giustizia ordinaria per dirimere talune controversie, infrangendo la consolidata cultura della indispensabilità della via giudiziaria. Appaiono evidenti, infatti, i vantaggi di un procedimento conciliativo rispetto ad un processo civile. Basti pensare ai tempi brevi di tre mesi previsti dalla normativa entro cui si debba concludere una mediazione, i costi calmierati, anch'essi previsti dalla legge, rapportati al valore della pratica e comunque che si conoscono in partenza, oltre alla positività di un eventuale accordo liberamente raggiunto dalle parti che, in quanto tale, lascia soddisfatte le parti stesse perché hanno contribuito fattivamente al suo raggiungimento.

Il ruolo dei mediatori, peraltro, sta entrando con interesse crescente anche all'interno delle collaborazioni aziendali, dove manager, imprenditori e professionisti cominciano a capire che tensioni e stanchezza si pagano caro.

I Consulenti del Lavoro, consci di tutto questo, anche per l'esperienza acquisita nello svolgimento quotidiano della loro attività, dove spesso si trovano a dirimere delicate controversie fra differenti esigenze delle parti del rapporto di lavoro, si sono adoperati per essere protagonisti anche in materia di mediazione civile e commerciale. A tal fine hanno costituito in seno alla Fondazione Studi il proprio Organismo di Mediazione che risulta iscritto al n. 936 presso l'apposito registro del Ministero di Giustizia, con la possibilità di costituire delle strutture amministrative presso la sede degli ordini territoriali.

Ciò, oltre che per contribuire al miglioramento dell'efficienza della giustizia, per offrire ai professionisti mediatori un ulteriore strumento di crescita professionale. Grazie al lavoro di sensibilizzazione e promozione fatto in questi anni, la Categoria può vantarsi di un numero considerevole di strutture periferiche, sparse su tutto il territorio nazionale e di un numero sempre crescente di adesioni dei Consulenti del Lavoro e di altri professionisti quali mediatori.

**Presso l'Ordine di Milano è da tempo funzio- ➔**



nante ed è molto apprezzata dagli operatori professionali la struttura amministrativa dell'Organismo di mediazione, così come molti colleghi milanesi si sono mostrati interessati a svolgere l'attività di mediatore, frequentando, a tal proposito, appositi corsi organizzati in loco.

Il compito dei mediatori è molto delicato e quindi per svolgere tale attività occorre uno *standard* qualitativo elevato, in termini di competenze tecniche ma soprattutto nell'ambito delle tecniche di negoziazione e di risoluzione di conflitti. Per questo la Fondazione Studi, che è anche ente accreditato dal Ministero di Giustizia per erogare formazione in materia di mediazione, organizza periodicamente sia corsi base per diventare mediatori, sia corsi di aggiornamento biennale per mantenerne lo *status*.

Anche l'andamento dei procedimenti di mediazione è positivo, sia quantitativamente sia per l'esito raggiunto. Le materie trattate vanno dai diritti reali alle locazioni, dalle cessioni d'azienda alle controversie bancarie ed assicurative, alle responsabilità mediche e sanitarie, oltre ad altre, per le quali la mediazione

non rappresenta condizione di procedibilità dell'azione giudiziaria, quali ad esempio risarcimento di danni o pretese economiche di vario tipo.

Appare importante sottolineare che questo progetto di Categoria può svilupparsi solamente con l'apporto, non solo dei dirigenti territoriali e dei mediatori, ma di tutti i colleghi, attraverso una continua opera di sensibilizzazione sia presso i propri clienti, sia presso i professionisti del settore.

Inoltre i professionisti, nel redigere contratti per la propria clientela possono inserire la cosiddetta clausola compromissoria, che comporta il passaggio in mediazione prima di adire l'autorità giudiziaria, dando anche la preventiva preferenza ad un Organismo di fiducia.

Occorre a tutti i livelli promuovere e valorizzare il ricorso a tali strumenti conciliativi, perché solo creando una cultura rivolta alla risoluzione dei conflitti in maniera razionale e non emotiva si avrà una società meno litigiosa e quindi più persone predisposte a considerare, in un contesto conflittuale, non tanto i propri interessi quanto gli obiettivi comuni.

# Il ruolo dei Consulenti del Lavoro nell'inclusione dei lavoratori con disabilità nei contesti aziendali

“L'unico e sufficiente titolo necessario per il riconoscimento della dignità di un individuo è la sua partecipazione alla comune umanità.”  
Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948)

Riflettere sul valore della dignità umana non può che prendere in considerazione il fatto che il lavoro dà dignità. Nell'ambito di applicazione della L. n. 68/1999 diviene necessario ripensare al rapporto persona – lavoro ove la difficoltà di coniugare l'adempimento ad un precetto normativo, con l'inserimento di un lavoratore che possa trovare soddisfazione nelle mansioni svolte contribuendo allo sviluppo dei processi aziendali, quindi con reciproco vantaggio delle parti in causa, è il problema di attualità che si deve risolvere.

La nostra Costituzione all'art. 1 recita: “L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro” e prosegue all'art. 4: “La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”.

Le difficoltà dello stato sociale di dare risposta efficiente alle istanze dei più deboli e bisognosi di supporto e di adempiere pienamente al dettato costituzionale ha portato la macchina politica a trovare una soluzione al collocamento degli svantaggiati ponendo, a carico dei datori di lavoro, l'obbligo di assumere personale portatore di handicap.

Non, quantomeno, la collaborazione con il datore di lavoro, oggi solo teorica più che pratica, ma la san-

zione è lo strumento identificato dal legislatore. Si può ben comprendere come questo obbligo sia percepito esclusivamente come un onere e appesantimento della tassazione indiretta.

*L'opportunità è una circostanza favorevole al concretizzarsi di una azione, l'obbligo sanzionato non è una circostanza favorevole.*

Il Consulente del Lavoro è professionista sempre più sociologo del mondo del lavoro che si trova ad operare in un contesto *globale* dai vasti orizzonti da gestire in un contesto *locale* fatto di regole miopi e demagogiche per soddisfare la sete della insoddisfazione populista. Ahimè le istanze di chi traina vengono subordinate ai capricci di chi viene trainato.

Il lavoratore disabile vive l'ulteriore disagio di essere assunto con profitto solo ove le mansioni affidategli vengono gestite e svolte con una performance che mimetizzi la sua disabilità.

Per raggiungere questo fine è necessario che vengano, come per tutti i lavoratori, creati dei percorsi di formazione professionale specifici e finalizzati, con caratteristiche adatte alle loro differenti esigenze.

La conoscenza e la competenza, conseguenza della formazione mirata, accentrano l'attenzione sulle →

**COMUNICATO STAMPA  
UN NETWORK PER GESTIRE DIVERSITÀ E DISABILITÀ IN AZIENDA**

*Cresce l'attenzione delle aziende per l'occupazione delle persone disabili, percepita sempre di più come una risorsa, pur rimanendone difficile, per alcune, la gestione. Regione Lombardia, per prima in Italia, ha recentemente introdotto nel Quadro regionale degli Standard professionali il profilo del Disability Manager, sempre più richiesto dal mercato del lavoro. Nel focus group Inclusion, organizzato da Galdus con la partecipazione degli interlocutori interessati al tema, si è individuata una possibile risposta alle istanze aziendali nella sinergia delle rispettive competenze.*

Milano, 5 aprile 2018 - Le skills, gli strumenti normativi, i servizi e le risorse pubbliche che permettono alle imprese di essere inclusive e gestire efficacemente l'occupazione della disabilità in azienda sono già diffusamente presenti sul territorio lombardo. Come testimoniano numerose best practice aziendali, negli ultimi anni le imprese sperimentano i vantaggi di una politica inclusiva dal punto di vista del business, della reputazione, del benessere e delle competenze che si sviluppano internamente. Imparare a lavorare con chi ha un diverso approccio alla vita e al lavoro, permette di sviluppare anche maggiore attenzione al cliente e al team, di trovare soluzioni innovative ai problemi che aprono anche a nuove linee di prodotto e di mercato.

Ciò nonostante, in Italia, permane disoccupata un'alta percentuale di disabili ritenuti idonei al lavoro e quasi il 50% delle aziende è inadempiente agli obblighi della legge 68 del 1999. Laddove non riescono ad inserire persone con "disabilità a basso impatto", molte aziende si sentono costrette a pagare multe che negli ultimi anni sono divenute ancora più gravose. Diverse le ragioni da considerare: il livello e le modalità di applicazione della normativa sono ancora frammentati, con risposte diverse da provincia a provincia. Manca una governance efficace, anche se molto hanno fatto gli enti pubblici per supportare le imprese e non limitarsi al controllo e sanzionamento delle inadempienze. La disabilità fa ancora paura, non è così diffusa la conoscenza delle tecnologie assistive e di modelli di gestione inclusiva delle risorse umane, che permetterebbero di valorizzare le competenze di cui anche le persone con disabilità sono portatrici.

Ad affermarlo sono stati i rappresentanti delle principali associazioni datoriali, sindacali, aziende, agenzie per il lavoro lombarde, PA e realtà del no profit, invitate da Galdus e disponibili a fare network sul tema, a conclusione del progetto O.L.T.R.E, Orientamento Lavoro Training and Education, realizzato grazie al Bando Lombardia Plus, cofinanziato da Regione Lombardia, Ministero del Lavoro e Fondo Sociale Europeo. Tra i presenti al focus group, dedicato all'inclusione delle categorie protette, esponenti di Assolombarda, CISL, Compagnia delle Opere, F&DE Group, GAction Group, del progetto Job Stations, Manpower, Ordine dei Consulenti del Lavoro, Provincia di Milano, SLO Sviluppo, Lavoro e Organizzazione, Spazio Aperto, Umana, Value People.

Dichiara Stefano Bertolina, direttore di Galdus Academy - "Fondamentale è la formazione di professionisti che nei servizi per il lavoro, negli enti pubblici e nelle aziende sappiano occuparsi del Disability Management, gestendo tutte le fasi del processo di inclusione dalla selezione alla gestione della disabilità in azienda, coinvolgendo l'intero team e la struttura aziendale. Si tratta di competenze molto richieste come testimonia l'inserimento lavorativo del 100% degli allievi formati dalla seconda edizione del corso di specializzazione per operatori dell'inclusione lavorativa, al centro del progetto O.L.T.R.E, che oggi formalmente si conclude. Attraverso il Disability Management è infatti possibile mediare tra le istanze delle aziende e quelle dei lavoratori disabili, favorendone l'occupazione e l'inclusione come risorsa. Le ricerche più recenti, in ambito medico, scientifico, organizzativo dimostrano come la disabilità sia l'effetto di un'inefficace interazione con l'ambiente, fisico e relazionale, che non permette alle persone interessate di esprimere le proprie abilità e competenze. Dove le barriere (fisiche, ambientali, tecnologiche e gestionali) vengono eliminate, le persone con disabilità esprimono competenze al pari delle altre e le sfide che spesso hanno dovuto condurre per poterle esprimere hanno un effetto trascinate sul resto del team."

**Il progetto O.L.T.R.E, Orientamento Lavoro Training and Education**, è stato promosso da Galdus Academy, con l'obiettivo di facilitare l'inclusione nel mondo del lavoro di giovani disoccupati. Responsabile della formazione per gli "Operatori dell'inserimento lavorativo di utenti svantaggiati", Marzia Consoli, che insieme a Sergio Bevilacqua, di SLO, Sviluppo, Lavoro e Organizzazione, ne ha curato il coordinamento didattico, coinvolgendo in qualità di docenti e testimoni chiave, esperti di servizi e aziende all'avanguardia sul fronte dell'inclusione. Tra le competenze principali di questo profilo professionale c'è quella di attivare la rete dei servizi e delle aziende, mettendo in connessione tutti gli interlocutori coinvolti, la capacità di analizzare i fabbisogni aziendali e di individuare le opportunità di inserimento, di accogliere e orientare gli utenti, accompagnandoli nella fase di avvio del rapporto di lavoro.

Il Progetto è stato cofinanziato da Regione Lombardia - Avviso Lombardia Plus 2016-2018, anno 2017 - attraverso le risorse del POR FSE 2014/2020, Asse III, Azione 10.4.1- ID progetto 309022.

**Galdus, ente accreditato presso Regione Lombardia per servizi di formazione e lavoro, da oltre 25 anni è attivo a Milano, Cremona e Lodi. Aiuta le persone a trovare, ritrovare, cambiare lavoro e a realizzarsi in esso. Si rivolge ai ragazzi che hanno concluso la terza media preparandoli ad un mestiere; giovani e adulti che accompagna all'inserimento nel mercato del lavoro; liberi professionisti ed aziende ai quali offre molteplici corsi di specializzazione e aggiornamento.**

**Galdus Academy si rivolge ad adulti e aziende offrendo percorsi di aggiornamento, implementazione delle competenze e aiuta le persone a restare competitive nel mercato del lavoro. Lo staff organizza corsi di formazione brevi e modulari, in aula e a distanza. La formazione si concentra nei settori agroalimentare, ristorazione, turistico-alberghiero, grafico web, editoria multimediale, innovazione aziendale e security. Nuovissima la formazione di Installatori e Manutentori di Impianti a Fluidi Termopotanti in collaborazione con Assofrigoristi. Consolidata la partnership con l'Unione dei Ragionieri Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano e con la software house DATEV srl per la realizzazione di corsi IFTS in amministrazione di impresa, contabilità e controllo di gestione. Galdus è partner di tre Fondazioni: Innovaturismo, Agrorisorse e Minoprio che gestiscono gli Istituti Tecnici Superiori.**

**Ufficio stampa Galdus**

Silvia Romani, romani@galdus.it, cell. 333 2118114  
Rossana Fodri, fodri@galdus.it, cell. 348 9009752



potenzialità del lavoratore più che sui potenziali disagi dell'inserimento in azienda di una persona portatrice di disabilità.

Non è (solo) l'agevolazione normativa, che si traduce in un contro valore economico, a permettere l'inserimento *relazionale e professionale* del lavoratore disabile ma, di contro, è la *massimizzazione* dell'apporto che quest'ultimo può dare al suo datore di lavoro a garantirne *l'affermazione dello status professionale*.

Noi Consulenti del Lavoro - che siamo osservatori privilegiati del mercato del lavoro - ci rendiamo conto delle dinamiche e dei problemi collegati alla normativa sul collocamento mirato dei disabili dove spesso l'atteggiamento è quello della mera e fredda applicazione della normativa vigente dimenticando il valore umano del collocamento rendendolo uno strumento non di valorizzazione della dignità ma di repressione della stessa.

Tra coloro che hanno compreso e condividono con noi l'importanza e la strategicità della visione delineata nella gestione del collocamento obbligatorio dei disabili c'è la Galdus Academy, ente accreditato presso Regione Lombardia per i servizi di formazione lavoro che ha creato un network composto da Consulenti del Lavoro, datori di lavoro ed associazioni di categoria per gestire la diversità e disabilità in azienda con un Focus Group Inclusion di approfondimento sui temi dell'inserimento in azienda di categorie protette che si è tenuto nella mattina del 15 marzo scorso presso la loro sede e di cui si allega il comunicato stampa.

## Gli escapologi fiscali e del lavoro: una nuova (o forse nemmeno tanto) “professione”

“Non accettate sogni da uno sconosciuto”  
(Alda Merini)

Figure inquietanti si aggirano in Italia, anche per la rete, diffondendo la lieta novella del risparmio fiscale e previdenziale con una convinzione ed ostinazione tale che neanche i Testimoni di Geova: li trovi ovunque, su *facebook* imperversano, ti mandano mail accattivanti quasi quotidianamente, apri un solitario sullo *smartphone* e ti strizzano l'occhio anche da lì, nel *banner* a pagamento. Sono gli escapologi, gli apostoli di questa nuova - ma forse, come diremo, nemmeno tanto - attività, che si prefigge di insegnare alle aziende e agli imprenditori i mille e uno modi (formalmente legali, essi sostengono) per risparmiare oneri fiscali e/o contributivi.

L'esotico nome prescelto deriva dall'arte dell'escapologia, cioè dall'abilità di un “mago” o di un illusionista di liberarsi da particolari costrizioni (catene, legami, bauli, camicie di forza, gabbie, vasche etc.): spesso tali rappresentazioni hanno assunto una forma molto scenica ed un sostrato di pericolo (per l'escapologo) che aumenta la *suspence* nello spettatore. Uno dei più conosciuti escapologi, tanto per intenderci, era il famoso *Harry Houdini*. “Escapologo”, pertanto deriva proprio dalla pretesa abilità di liberare i contribuenti da “lacci e laccioli” di una fiscalità oppressiva, scappandovi come da una vera e propria galera.

E già da qui, una prima osservazione è che il paragone con i maghi escapologi non regge. Non solo questi giammai avrebbero accettato di svelare i segreti della loro abilità, ma nelle loro prove, specie quelle più ardite, rischiavano di persona. Non così invece i maghetti del risparmio fiscale, che non rischiano di proprio, danno consigli ed offrono servizi ma poi chi eventualmente

rischia davvero è chi ha il coraggio di utilizzarli; una sorta di “armiamoci e partire” o, per dirla con un detto popolare, fare il mestiere più antico del mondo con il corpo degli altri (il detto popolare è un po' più esplicito, ma non sembrava il caso di riportarlo qui fedelmente).

Non vogliamo ovviamente offendere nessuno ed in particolare sappiamo che taluni escapologi hanno in genere una suscettibilità inversamente proporzionale alla “tenuta” di quanto consigliano, per cui ci limiteremo ad osservare che per lo più i consigli propinati si dividono in quattro categorie:

- le ovvietà (la solita sapienza popolare le definirebbe “le scoperte dell'acqua calda”), ovvero cose che sanno tutti quelli con un minimo di conoscenza delle norme; il tutto non è dannoso, non fosse che ti viene venduto con un profumo di “rivelazione” che giustifica solo il costo pagato per saperlo;
- le strategie che non rispettano il principio di inerenza fiscale (faccio un esempio: se vuoi scaricare dal reddito aziendale il costo del pranzo della prima comunione del figlio facendolo passare per spesa di rappresentanza, non aspettarti la felicità del fisco);
- le scelte che configurano un vero e proprio abuso del diritto (per l'analisi del concetto di abuso del diritto, rimandiamo per brevità all'articolo a pag. 27 di questa rivista);
- le soluzioni “borderline”, cioè quelle di equilibrismi su una corda tesa ma così tesa che, inevitabilmente, ogni tanto (tac!) si rompe; però ricordate sempre che sulla corda ci siete **voi**. ➔

A cosa è dovuto il successo degli escapologi? È fin troppo facile notare che mai come oggi le persone non cercano la verità e la concretezza ma sono assolutamente attratte da ciò che gli piace credere, specie se ciò che sentono gli promette soluzioni magiche e scorciatoie fantastiche. E seguire tale inclinazione non è certo privilegio dell'escapologo, visto che il mondo è pieno di soluzioni che, a dir loro, ti permetterebbero di: perdere dieci chili in dieci giorni, avere in tre settimane gli addominali del calciatore famoso o il fisico della nota *soubrette*, avere il diploma in tre mesi e la laurea in un anno, avere i numeri giusti per l'estrazione del Lotto, diventare (eh sì, ci si mette anche lo Stato) milionari in un giorno o turisti per sempre. E allora, perché non incaponirsi a risparmiare, con uno schiocco di dita, il 30/40 % del costo del personale o a non pagare un euro di tasse? Tutte attività rispettose, intendiamoci, con tanto di partita IVA e magari anche qualche autorizzazione ministeriale, basta crederci (frase ambivalente particolarmente interessante, perché qui ci starebbe bene come imperativo drastico: basta crederci!).

Ma il successo degli escapologi, a voler veder proprio tutto, si basa anche su altri fattori, fra i quali:

- la complicazione delle leggi, che sembrano fatte apposta per far dannare l'anima a chi vuol fare le cose per bene, ma così lasciando ampi spazi e formidabili alibi ai furbetti del quartierino;
- come *pendant* alla complicazione, un'attività di controllo che, a causa anche della mancanza di semplificazione, è davvero poco efficace, ed orientata sui pesci piccoli;
- una pressione fiscale ed un costo del lavoro su cui ci sarebbero tante riflessioni da fare: sarà anche "bellissimo" pagare le tasse, ma, come direbbe la ministra Fedeli, è ormai diventato da tempo "sempre più bellissimo";
- un giornalismo che non insegue più ciò che è vero, ma solo ciò che possa fare sensazione ed *audience*.

Insomma, viviamo in un mondo complesso (eufemismo) in cui non sarebbe giusto dare la colpa in esclusiva a chi campa fra le pieghe di una società con davvero

tanti aspetti da riformare.

Un particolare fattore dell'escapologo-ascesa su cui vorremmo poi puntare l'attenzione è la scarsa capacità dei professionisti di comunicare (che non è solo fare bei profili su *facebook* o siti accattivanti in rete, ma è anche e soprattutto *saper ascoltare*); il fattore è, in buona parte, concomitante con l'assillante burocrazia, sicché ci si perde spesso dietro alla circolare tal dei tali o al solito modello astruso senza dedicare tempo alla percezione delle esigenze vere del cliente o solo alla sua voglia di essere capito, di avere una risposta su misura. Il quale cliente, anche a causa degli altri fattori suddetti, cede così al "fascino sirenico" degli escapologi che gli danno ciò di cui crede di aver bisogno (lo diceva anche *Kierkegaard*, che di seduttori se ne intendeva, che la forza della seduzione sta nella blandizia: "*essere lusingato, ci sono migliaia e migliaia che lo vogliono*").

Ma poi, questi escapologi sembrano in fondo una riedizione in chiave moderna del professionista da Bar Sport o del praticone topo d'ufficio (che non è detto che non sia quel che talvolta si sono ridotti a fare anche certi professionisti...) e, dentro un concetto più generale, non fanno altro che perseguire la dinamica (di vecchissima data) dell'imbonitore. Che è una figura affascinante e positiva, in fondo: quando giri per certe fiere paesane, oppure quando vedi qualche trasmissione promozionale in TV, spesso ti lasci incantare dalla parlantina, dalla manualità, dal trucco, da ciò che ti propongono con una sicumera ed una capacità di convincimento che non è da tutti. E così ti sorprendi, con una certa dose di autoironia, a contemplare pelapatate o sminuzzaverdura parcheggiati nella dispensa di casa e che nelle abili mani da prestidigitatore funzionavano come, dopo, non hanno mai funzionato.

Ma se un "servizio completo da 24 persone di raffinato *design* in finissima porcellana" - di cui in fondo non avevi alcuna necessità e che una volta a casa non ti appare più così tanto raffinato e finissimo - te lo puoi anche permettere, se cerchi di quadrare la pianificazione fiscale o del costo del lavoro della tua azienda con determinati "consigli per gli acquisti", beh, che dirti ... Dio raccolga il tuo dolore ed abbia pietà della tua anima.

## UNA PROPOSTA AL MESE

di ANDREA ASNAGHI  
Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

## Per una revisione ed uniformità dell'offerta conciliativa e della tassazione dell'indennità di licenziamento

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

Un passo avanti e due indietro, qualche scatto repentino dentro un andamento lento, un crescente nervosismo che sale (soprattutto in chi legge). Il fandango del nostro legislatore è così, per una che ne fa giusta, cento ne pensa sbagliate (o discutibili o contraddittorie o inefficaci, scegliete voi...).

È il caso dell'indennità risarcitoria e dell'offerta conciliativa previste dal vituperatissimo D.lgs. n. 23/2015.

Le idee di fondo sono buone: deflazionare il contenzioso giudiziale con un incentivo fiscale e trovare una misura economica precisa per definire le indennità economiche conseguenti ad un licenziamento illegittimo. Le soluzioni adottate, a nostro avviso, un po' meno, a cominciare dall'antidiluviana previsione che il pagamento *de quo* debba essere fatto unicamente con assegno circolare (una traduzione pratica piuttosto rozza del noto "pochi, maledetti e subito"). Ma l'offerta conciliativa è davvero così affascinante? Calcolatrice alla mano, essa rappresenta un concreto vantaggio per il lavoratore solo in caso di stipendi medio-alti (circa da RAL superiori ai 40/45.000 euro) e, anche in tali casi, soltanto quando si raggiunga un'anzianità di servizio di almeno 15 anni (cifra più, cifra meno). Un po' poco, come *appeal*. E una scrittura della norma che lascia spazio a qualche dubbio (vedi, al fine di trovare un percorso condiviso ed equilibrato, l'Orientamento del nostro Centro Studi pubblicato a pag. 4 di questa rivista).

Proviamo pertanto a dare una maggiore consistenza ed efficacia alle previsioni di legge. Cominciamo con l'immaginare **un'uniformità delle varie norme sull'indennità di licenziamento**, per cui il concetto di **mensilità** conseguente ad un risarcimento sul licenziamento per *tutti i casi* previsti dalla legge (non solo,

quindi, quelli delle tutele crescenti, ma anche quelli contemplati dall'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori o dalla L. n. 604/1966) debba parametrarsi sull'ultima retribuzione utile ai fini del Tfr (possibilmente con un concetto univoco e definito normativamente in modo preciso, per cui il suddetto lavoro del CSR di Milano potrà essere utile a tale definizione).

Per quanto riguarda la deflazione del contenzioso, proponiamo due misure, anche in questo caso applicabili non solo alle tutele crescenti ma a tutti i casi di licenziamento. La prima è di natura fiscale/impositiva e consiste nell'attribuire uno **sconto fiscale alle indennità di risarcimento** per il licenziamento conseguenti ad una conciliazione stragiudiziale, nel senso di definire prima ed in alternativa al radicamento di una causa (in altre parole, il solo deposito del ricorso, anche con definizione intervenuta prima della sentenza, farebbe decadere l'agevolazione). Lo sconto consisterebbe nell'applicare a tali transazioni un'aliquota fiscale pari al 50 % dell'aliquota Tfr e nessuna imponibilità previdenziale (quest'ultima, tuttavia, già *in re ipsa* rispetto alle somme erogate a tale specifico titolo) entro il limite della somma massima indennitaria prevista per il caso specifico. In tal modo si darebbe un incentivo alle parti, in maniera più equilibrata rispetto all'attuale ed in ogni ambito del licenziamento, di pervenire ad una conciliazione. Lo sconto si applicherebbe, peraltro, *solo con il versamento delle ritenute in modo corretto*, ovvero qualora il datore non versasse le ritenute si accollerebbe in proprio il 50 % di sconto, senza conseguenze per il lavoratore.

*En passant*, ci sembra giusto attribuire alle indennità di licenziamento, scontate o meno che siano, una **tassazione a titolo definitivo**, consistente nell'applica- ➔

zione (come ora) alle stesse dell'aliquota spettante ai fini del Tfr (eventualmente dimezzata nel senso della nostra proposta di poche righe sopra) *ma senza riliquidazione ex post da parte delle Entrate*. La cosa ci sembra rappresentare equamente l'esigenza del lavoratore di sapere esattamente quale cifra netta sta intasando a fronte della cessazione del contendere, senza "sorprese future" sgradite e, peraltro, si coordina perfettamente con quanto sopra proposto in termini di agevolazione. Elenchiamo quelli che secondo noi sono gli ulteriori vantaggi (oltre quelli già detti) di tali proposte rispetto al panorama attuale:

- incentivo autentico della conciliazione stragiudiziale, in tutti i casi del licenziamento e non solo a tutele crescenti, senza obbligare il lavoratore ad accettare cifre troppo basse rispetto alle indennità di legge e con un incentivo fiscale che trasversalmente ha sempre una certa convenienza (e non solo in qualche caso sporadico);
- certezza del diritto sia in termini fiscali di percezione che in prevenzione degli abusi (si pensi a quelle "indennità-polpettone" – a volte anche di importo abnorme - in cui confluiscono, mercè l'esenzione previdenziale, anche aspetti del contenzioso che sarebbero del tutto imponibili);
- eliminazione dell'Unilav-conciliazione, cioè della necessità di ulteriori comunicazioni posticce ed inutili, in quanto l'attività di accertamento e di contabilizzazione (anche in termini di valutazione dell'impatto sulla Finanza pubblica) di tali somme agevolate verrebbe automaticamente garantita dalla certificazione fiscale.

L'eventuale minor introito fiscale (peraltro, nel rigore della proposta, tutto da dimostrare: le altre somme eventualmente concordate in definizione dell'ulteriore contenzioso – e senza possibilità di altre somme definitorie della casistica "cessazione del rapporto" - sarebbe imponibili secondo il proprio titolo specifico) sarebbe ampiamente compensato dalla facilità e linearità di riscossione e dalla ulteriore deflazione del lavoro delle aule giudiziarie.

Per quanto riguarda la seconda proposta, pensiamo di **ri valutare ulteriormente la funzione di tutte le commissioni di certificazione** ex art. 76 del D.lgs. n. 276/2003, annullando procedure analoghe previste dall'art. 7 della L. n. 604/1966 (come modificato dalla riforma Fornero) e l'offerta conciliativa dell'art. 6 del D.lgs. n. 23/2015.

Fatta salva la possibilità di ogni altra procedura concilia-

tiva, proponiamo che in caso di contestazione sul licenziamento, entro 90 giorni dalla ricezione dell'impugnazione dello stesso, possa essere effettuata presso le commissioni di certificazione (che, ai sensi dell'art. 82 del D.lgs. n. 276/2003 hanno anche facoltà di certificare rinunzie e transazioni) **un'offerta volontaria di conciliazione**, comunicata alla commissione ed alla parte, **di un numero di mensilità pari almeno all'85 %**, con arrotondamento normale (0,5 inferiore) ad un numero di mensilità finite e con un minimo comunque di una, delle mensilità massime spettanti per legge per il caso in questione. L'offerta sarebbe **irrevocabile** per un periodo di 30 giorni dalla ricezione della stessa e potrebbe essere avanzata dal datore di lavoro, che si accollerebbe gli eventuali costi di istruzione della procedura di certificazione. La commissione adita avrebbe l'obbligo di convocare entro i predetti 30 giorni le parti per discutere la proposta e, in caso di accettazione del confronto da parte del lavoratore, di verbalizzare, con verbale che costituisce atto di certificazione, l'accordo delle parti oppure le motivazioni e dichiarazioni che le parti rilasciano in tale sede, a favore della proposta o per rifiutare la stessa. Il comportamento delle parti in tale confronto risulterebbe decisivo ai fini della ripartizione delle spese di una successiva causa. In caso di accettazione dell'offerta, almeno il 50 % della somma dovrebbe essere corrisposto al lavoratore contestualmente o entro 5 giorni dall'accordo ed il restante, anche a rate, entro i successivi 4 mesi. Le parti, una volta radicato il confronto, potrebbero altresì accordarsi per una cifra anche superiore all'offerta o per una diversa rateazione.

Il vantaggio di tale proposta, che con qualche modifica potrebbe utilmente replicarsi anche in altre ipotesi di contenzioso lavoristico (di cui si vorrebbe l'alleggerimento giudiziale) consiste nell'evitare passaggi includenti e formali con una procedura che, pur facoltativa, sarebbe indice di una volontà concreta ed effettiva di definire costruttivamente la vertenza in atto.

Il mondo del contenzioso lavoristico ha bisogno di certezze, equilibrio, confronto serio, incentivazione, al fine di promuovere una cultura della conciliazione ed un'assenza della litigiosità, talvolta spesso fine a se stessa e poco utile alle relazioni industriali. Le nostre proposte, senza nessuna pretesa, vanno esattamente in questa direzione e possono essere utili a sviluppare ulteriori riflessioni in tal senso.

## LE RISPOSTE DEL CENTRO STUDI AI QUESITI DEI COLLEGHI

Selezione delle risposte che il Centro Studi e Ricerche fornisce ai nostri colleghi. Ricordiamo che i quesiti sono pubblicati anche sulle banche dati de Il Sole24Ore, in base all'accordo sottoscritto tra l'Ordine di Milano e Il Sole24Ore stesso.

# Tassazione applicabile ai prestiti ai dipendenti

## Quesito?

La normativa di riferimento richiamata nel quesito fa riferimento alla quota interessi e non cita invece la quota capitale. Al riguardo si fa presente, come recita la risoluzione n. 46/e del 28 maggio 2010, che ai fini della determinazione del reddito da lavoro dipendente, in caso di concessione di prestiti (da parte del datore di lavoro ai propri dipendenti, si assume, quale componente positivo di reddito), il 50% della differenza tra l'importo degli interessi calcolati al tasso ufficiale di sconto vigente al termine di ciascun anno e l'importo degli interessi calcolato al tasso applicato sugli stessi.

Secondo quanto chiarito con la circolare 22 dicembre 1997 n. 326 l'ambito applicativo della disposizione comprende, oltre al finanziamento concesso direttamente dal datore di lavoro, le forme di finanziamento concesse da terzi con il quale il datore di lavoro abbia stipulato accordi o convenzioni, anche in assenza di oneri specifici a proprio carico, ovvero con prestiti

stipulati dai dipendenti con copertura di una quota degli interessi maturati da parte del datore di lavoro in assenza di accordi o convenzioni (Risoluzione n. 46/e/2010).

Il *favor* del legislatore nei confronti di tali erogazioni è testimoniato dalla disciplina di cui all'art. 51, co. 4, lett. b), TUIR, che ha previsto un criterio forfetario per la determinazione dell'importo da assoggettare a tassazione come reddito di lavoro dipendente nel particolare caso in cui il finanziamento venga erogato ad un tasso agevolato, ovvero inferiore a quello di mercato rappresentato dal tasso ufficiale di riferimento individuato dalla Banca centrale europea. Il regime speciale di tassazione è stato previsto in deroga al principio di onnicomprensività del reddito di lavoro dipendente sancito dall'art. 51, co. 1, TUIR, ai sensi del quale qualsiasi corresponsione da parte del datore di lavoro deve essere assoggettata a tassazione ordinaria e, stante il principio dell'armonizzazione della base im-

*Con riferimento all'art. 51 co. 4 lett. b) del TUIR che prevede che in caso di concessione di prestiti ai dipendenti, si considera reddito imponibile il 50% della differenza tra l'importo degli interessi calcolati al tasso ufficiale di riferimento vigente al 31 dicembre di ciascun anno e l'importo degli interessi calcolato al tasso applicato sugli stessi, si richiede come ci si deve comportare per la corresponsione di un importo superiore agli interessi pagati dal lavoratore a seguito di mutuo agevolato con la società. In pratica l'azienda eroga un contributo mensile a fronte del mutuo stipulato con la Banca convenzionata con l'azienda superiore agli interessi che il mutuatario doveva pagare alla Banca*

ponibile fiscale e previdenziale, anche a contribuzione.

Se però, come nel caso prospettato il datore di lavoro eroga un importo superiore agli interessi che il lavoratore avrebbe pagato per il mutuo, occorre a parere di chi scrive dividere gli importi a copertura della quota di interessi e quella relativa al rimborso del capitale.

Nella situazione attuale ove il tasso di riferimento europeo è pari a zero, la differenza tra il tasso ufficiale di sconto e il tasso applicato dalla Banca è sempre negativo, quindi tutti gli interessi pagati dal datore di lavoro sono esenti.

Infatti, per esempio, se il datore di lavoro, a fronte di una rata di soli interessi del mutuo pari ad euro 863,20, pagasse mensilmente un contributo pari a euro 2.000,00 mensile, l'importo soggetto a tassazione sarebbe pari a euro 1.136,80 e cioè la differenza a copertura della rata di capitale (1.136,80 = 2.000,00-863,20).

Tale soluzione appare in linea con quanto indicato nella risoluzione citata in quanto l'importo corrispondente agli interessi di cui si è fatto carico il datore di lavoro non entra direttamente nella disponibilità del dipendente e la banca addebita a quest'ultimo la rata del prestito al netto del suddetto ammontare (di interessi). La quota di capitale, invece, risulta essere sempre un'erogazione ulteriore rispetto alla norma agevolativa. Il lavoratore, nel caso in esame, oltre a non pagare di fatto gli interessi, riceve anche somma in conto quota capitale che viene rimborsata dal datore di lavoro. Su quest'ultima quota non è prevista alcuna deducibilità contributiva e fiscale, restando fuori del campo di applicazione dell'art. 51 co. 4 lett. b) e da qualsiasi altra previsione dell'art. 51.

Ricordiamo inoltre che il dipendente non può usufruire della eventuale detraibilità de-

gli interessi sul mutuo ipotecario stipulato per l'acquisto della prima casa (art. 19 co. 1 lettera b) del TUIR) in quanto non ne sopporterebbe il costo.

Ferme restando le caratteristiche proprie che questo contributo deve assumere e i necessari adempimenti formali (richiesta del dipendente con indicazione del conto corrente indicato all'Istituto erogante quale conto di addebito delle rate del mutuo; risposta aziendale di accoglimento anche indirizzata all'Istituto di credito erogante; accredito sul conto corrente sopra indicato con data e valuta coincidente con quella di addebito del mutuo al fine di non consentire al dipendente di entrare nella disponibilità di detta somma; presentazione annuale da parte del dipendente della certificazione bancaria dell'avvenuto pagamento delle rate di mutuo) richiamate dalla predetta risoluzione.



## ARGOMENTO

### Valutazione della immediatezza della contestazione disciplinare

La Corte di Appello di Roma rigettava il ricorso proposto da un dipendente riguardante la dichiarazione di illegittimità del licenziamento disciplinare, alle stesso intimato da parte dell'azienda. Il lavoratore sosteneva che la contestazione disciplinare gli fosse stata consegnata tardivamente, nel mese di settembre, rispetto alla precedente sospensione cautelare, avvenuta nel mese di maggio. Il licenziamento era intervenuto a causa di condotte provate ed addebitate al lavoratore, che integravano il delitto di peculato, così come determinato anche dal Compartimento della Polizia Ferroviaria.

Il dipendente proponeva ricorso in Cassazione ritenendo che il verbale redatto dalla Polizia Ferroviaria ed utilizzato quale prova fosse stato prodotto tardivamente e solo in grado di appello, senza che ricorressero le condizioni per l'ammissione di nuovi mezzi di prova in tale sede. In secondo luogo, il lavoratore riteneva che il verbale in oggetto fosse stato prodotto unilateralmente e al di fuori del contraddittorio, per cui formava una prova inutilizzabile ed inammissibile. Infine, egli sosteneva la tardività della contestazione disciplinare, che aveva inficiato la prontezza ed effettività della propria difesa.

La Cassazione, in relazione al verbale della Polizia Ferroviaria, ha anzitutto ritenuto che il giudice, indipendente-

mente dalla disciplina che regola l'onere della prova, può desumere il proprio convincimento dagli elementi probatori forniti da chiunque durante il processo, anche qualora tali elementi fossero indiziari o presuntivi. La Corte ha inoltre sottolineato che, nel momento di acquisizione del verbale quale prova, durante la sentenza di appello, il lavoratore non aveva specificato l'incidenza irregolare del documento che si stava acquisendo.

In merito alla tardività della contestazione disciplinare, la Cassazione ha ribadito che il requisito dell'immediatezza deve essere valutato sulla base della complessità della struttura organizzativa dell'impresa e può essere compatibile con un intervallo di tempo, più o meno lungo, quando le indagini in corso richiedano una spazio temporale maggiore. Nel caso in questione, la Corte riteneva che, vista la complessità dei fatti, le contemporanee indagini in sede penale e l'ampiezza della vicenda, il differimento della contestazione fosse giustificato.

La Cassazione aveva inoltre sottolineato come non ci fosse stato pregiudizio per il diritto di difesa del lavoratore, poiché gli addebiti di fonte documentale sarebbero sempre stati verificabili.

La Cassazione rigetta il ricorso e condanna il ricorrente alle spese del giudizio.

Cass., sez. Lavoro,  
1 marzo 2018, n. 4881

#### AUTORE

**RICCARDO BELLOCCHIO**  
Consulente del Lavoro in Milano

**ALESSIA ADELARDI**  
Ricercatrice del Centro Studi e Ricerche

## ARGOMENTO

### Obbligazioni pecuniarie nascenti da un unico rapporto di lavoro: riflessi processuali

M. A. chiedeva la condanna della ex datrice di lavoro C. S.p.a. (rapporto di lavoro subordinato cessato in data 30 agosto 2006) al pagamento della somma di euro 1302,83 a titolo di differenze sul Tfr già liquidato-

gli, per non essere stata considerata l'incidenza sul medesimo dei compensi a suo tempo percepiti per premio di anzianità, festività coincise con la domenica, ferie e permessi non goduti. ➔

Cass., sez. Lavoro,  
24 gennaio 2018, n. 1765

#### AUTORE

**PATRIZIA MASI**  
Consulente del Lavoro in Milano



La società, oltre ad una generica prescrizione del credito, eccettava che le pretese avanzate avrebbero dovuto essere prospettate in occasione di un precedente contenzioso relativo alla quantificazione del c.d. premio di fedeltà spettante alla fine del rapporto di lavoro; contenzioso quest'ultimo intercorso successivamente alla interruzione del rapporto di lavoro e con sentenza già passata in giudicato. Il contenzioso veniva affrontato in giudizio da parte degli attori con alterni pronunciamenti.

Nel primo, attingendo dalla sentenza n. 23726/2007 delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, il giudice dichiarava l'improponibilità della domanda proposta da M.A., poiché i crediti fatti valere nelle due cause derivavano dalla cessazione del medesimo rapporto di lavoro e pertanto dovevano essere richiesti congiuntamente.

Nel secondo, la Corte di Appello accoglieva il ricorso proposto osservando che il principio della infrazionabilità del credito, più volte ribadito dalla Cassazione (n. 26961/2009, n. 15476/2008, n. 28719/2008), afferisce a rapporti unici e/o a semplici obbligazioni, mentre dal rapporto di lavoro discendono più obbligazioni, di natura legale oppure contrattuale, concernente istituti economici diversi.

A sostegno della propria decisione la Corte dichiarava che

alla cessazione del rapporto di lavoro si viene a costituire in capo al lavoratore non un "unico credito" ma una potenziale pluralità di crediti derivanti dalle voci economiche, retributive e/o risarcitorie, ancora da esso derivanti. Il divieto di frazionamento dell'azione non poteva, dunque, trovare applicazione quando le azioni erano diverse, perché erano diversi i titoli, i regimi e i presupposti, giuridici e di fatto.

La Suprema Corte nel rigettare il ricorso dell'ex datrice di lavoro, ha affermato il seguente principio di diritto: "Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, possono essere proposte in separati processi...". Nel caso di specie il ricorso della società non è pertanto stato giudicato fondato e la sentenza della corte di Appello pienamente conforme alla succitata e quindi immune da errori di diritto.

Infatti gli istituti del Tfr e del premio fedeltà hanno diversa fonte (legale l'uno e pattizia l'altro), nonché differenti presupposti e finalità e non sono fondati sul medesimo fatto costitutivo. Le spese sono state compensate.

ARGOMENTO

“ Indennizzo per malattia professionale contratta per stress lavorativo e inabilità permanente ”

Cass., sez. Lavoro,  
5 marzo 2018, n. 5066

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

Una lavoratrice propone ricorso in Cassazione dopo che la sua domanda di condanna dell'Inail al pagamento della rendita per inabilità permanente, in relazione alla malattia professionale da lei contratta a causa dello stress lavorativo dovuto ad un numero elevatissimo di ore di lavoro straordinario, le era stata respinta sia in primo che in secondo grado.

In particolare la Corte d'Appello, mentre confermava l'esistenza, la natura e le cause della malattia professionale denunciata dalla ricorrente (consistente in un disturbo dell'adattamento e di uno stato depressivo con attacchi di panico) sosteneva che la malattia non sarebbe stata indennizzabile dall'Inail perché non rientrava nell'ambito del rischio assicurato ex art. 3 T.U. delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e

le malattie professionali (D.lgs. n. 1124/1965). Secondo la Corte d'Appello la malattia era correlata a scelte di organizzazione del lavoro in ambito aziendale che non sono considerate rischio assicurato dal T.U. e che non risultavano suscettibili di incidere sulla determinazione del premio dell'assicurazione obbligatoria.

La Suprema Corte sostiene le ragioni della lavoratrice ricorrente sottolineando che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, rileva non soltanto il rischio specifico proprio della lavorazione ma, anche il cosiddetto rischio specifico improprio: ossia non strettamente insito nell'atto materiale della prestazione ma collegato con la prestazione stessa. Afferma la Suprema Corte che nell'ambito del sistema del T.U., sono in- ➔



dennizzabili tutte le malattie di natura fisica o psichica la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro, sia che riguardi la lavorazione, sia che riguardi l'organizzazione del lavoro e le modalità della sua esplicazione e che è incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso perché il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni, sottoponendola a rischi rilevanti sia per la

sfera fisica che psichica.

In conclusione, il premio assicurativo non ha la funzione di delimitare la tutela assicurativa a rischi precisamente individuati in base alle tabelle ma lo stesso assolve la funzione di provvedere al finanziamento del sistema e di garantire con efficacia la tutela fisica e sanitaria dei lavoratori.

Il ricorso è accolto.

ARGOMENTO

“ **Forma della disdetta di accordi di premio aziendale convenuti in sede sindacale** ”

**L**a Corte di Appello condanna il datore di lavoro al pagamento del premio aziendale previsto dagli accordi collettivi aziendali poiché la disdetta verbale di questi accordi non produce effetto, difettando della forma scritta che, nel caso di specie, è seguita ma tardiva.

Il datore di lavoro ricorre in Cassazione impugnando la sentenza di appello che aveva negato efficacia alla disdetta di accordi relativi al premio aziendale manifestata oralmente dalla Società, ritenendo all'uopo necessaria la forma scritta nonostante che per il recesso tale forma sia dovuta solo se espressamente pattuita.

La disdetta in forma orale manifestata dalla Società è quindi da ritenersi tempestiva.

La Suprema Corte ribadendo suoi autorevoli precedenti orientamenti ritiene che in mancanza di norme che prevedano, per i contratti collettivi, la forma scritta ed in applicazione del principio generale della libertà della forma, un accordo aziendale è valido anche se non stipulato per scritto.

Va mantenuto saldo il consolidato principio dottrinario

e giurisprudenziale in virtù del quale le norme secondo cui determinati contratti o atti devono essere posti in essere con una forma particolare sono di stretta interpretazione, in ossequio al principio di libertà delle forme che deriva dall'art. 1325 c.c..

Qualsiasi atto - per esistere nel mondo giuridico - deve manifestarsi all'esterno ed assumere quindi una qualche forma, sia essa verbale, scritta, o per fatti concludenti.

La medesima libertà di forma di cui sopra deve essere di conseguenza ravvisata anche riguardo agli atti che ne siano risolutori come il mutuo dissenso - art. 1372 c.c. - o il recesso unilaterale - art. 1373 c.c..

Il recesso è un negozio recettizio che, pur non richiedendo formule sacramentali, nondimeno resta assoggettato agli stessi vincoli formali eventualmente prescritti per il contratto costitutivo del rapporto al cui scioglimento sia finalizzato.

Il ricorso viene accolto con cassazione della sentenza impugnata e rinvio alla Corte di Appello competente in diversa composizione.

Cass., sez. Lavoro,  
2 febbraio 2018, n. 2600

**AUTORE**  
STEFANO GUGLIELMI  
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

“ **Straining e risarcimento del danno a favore del lavoratore** ”

**N**ell'ordinanza in oggetto la Suprema Corte conferma il rigetto dell'appello proposto dal Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca che condanna il Ministero al risarcimento del danno cagionato

ad una sua dipendente.

Il Ministero nel proporre appello ha basato il suo ricorso sul fatto che le conclusioni espresse dal consulente tecnico d'ufficio avevano erroneamente ritenuto di dover equi- ➔

Cass., sez. Lavoro,  
Ord. 19 febbraio 2018, n. 3977

**AUTORE**  
LUCIANA MARI  
Consulente del Lavoro in Milano



parare l'accertamento e la qualificazione dei pregiudizi derivanti dallo *straining* a quelli cagionati da *mobbing*.

Data la dichiarata inidoneità all'insegnamento della dipendente, la stessa veniva assegnata alla segreteria della scuola dove, nello svolgimento delle sue mansioni amministrative, erano sorte delle tensioni con la dirigenza scolastica che di fronte alle rimostranze della lavoratrice aveva reagito sottraendole gli strumenti di lavoro, attribuendole mansioni didattiche, sia pure in compresenza con altri docenti, nonostante l'accertata inidoneità, privandola, infine, di ogni mansione e lasciandola totalmente inattiva. Tale situazione è stata giudicata da un parere medico legale come una forma attenuata di *mobbing* (*straining*) nella quale non si riscontra il carattere della continuità delle azioni vessatorie. La non continui-

tà non esclude il fatto che tali azioni si rilevino comunque produttive di danno all'integrità psico-fisica del lavoratore, giustificando così la pretesa risarcitoria ex art. 2087 c.c. (norma interpretata estensivamente dalla Corte - come già accaduto in altre occasioni - costituzionalmente orientata al rispetto di beni essenziali e primari quali sono il diritto alla salute, la dignità umana e i diritti inviolabili della persona, tutelati dagli artt. 32, 41 e 2 Cost.) confermata da tutti i gradi di giudizio. *“La responsabilità del datore di lavoro ex art. 2087 cod. civ. sorge, pertanto, ogniqualvolta l'evento dannoso sia eziologicamente riconducibile ad un comportamento colposo, ossia o all'inadempimento di specifici obblighi legali o contrattuali imposti o al mancato rispetto dei principi generali di correttezza e buona fede, che devono costantemente essere osservati anche nell'esercizio dei diritti”.*

## ARGOMENTO

### Il valore probatorio della mail “tradizionale”

Un dirigente d'azienda viene licenziato per non aver seguito le direttive aziendali comunicategli via mail relative alla nuova procedura di rivalutazione del magazzino e per aver, conseguentemente, accreditato somme a partner commerciali per giacenze inesistenti.

Il giudice di primo grado respinge il ricorso del lavoratore e lo condanna al pagamento dei danni prodotti.

La Corte d'Appello accoglie il ricorso del lavoratore nel quale si contesta la valenza probatoria delle mail tradizionali e dichiara illegittimo il licenziamento. Condanna inoltre l'azienda al pagamento dell'indennità supplementare e di preavviso. La Corte di Cassazione, investita della questione, focalizza la sua attenzione sul valore probatorio della mail tradizionale.

Il giudice del gravame, si legge nella sentenza, ha osservato un percorso logico corretto nell'attribuire una “dubbia valenza probatoria” ai messaggi di posta elettro-

nica tradizionali. La mail tradizionale, a differenza della posta elettronica certificata o sottoscritta con firma digitale, non ha valenza di prova ai sensi dell'art. 2702 del c.c. in quanto non è garantita l'identificabilità dell'autore e la sua integrità o immodificabilità.

A tal riguardo, il documento informatico fa piena prova ai sensi dell'art. 2702 c.c., solo se sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale (art. 21 CAD). Per ogni altro documento informatico, e anche per la mail tradizionale, è il giudice a valutare se è soddisfatto il requisito di idoneità della forma scritta prendendo a riferimento nel caso concreto le caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità e immodificabilità.

Tale valutazione è stata operata dalla Corte di Appello in senso negativo e questo determina la scelta della Cassazione di rigettare il ricorso del datore di lavoro.

Cass., sez. Lavoro,  
8 marzo 2018, n. 5523

**AUTORE**  
SILVANA PAGELLA  
Consulente del Lavoro in Milano

**GUIDA AL LAVORO**

# Licenziamenti illegittimi e sanzioni

L'EVOLUZIONE NORMATIVA, LA GIURISPRUDENZA  
PIÙ RECENTE E LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

# Licenziamento, aspetti giuridico economici e impatto sul clima aziendale

Il licenziamento individuale è senza dubbio l'atto giuridico maggiormente esposto a critiche e non soltanto da parte della magistratura. Chi si occupa di Risorse Umane sa bene che questo è uno "strumento" da maneggiare con molta cura perché diverse sono le implicazioni e le ricadute che può comportare sia all'interno che all'esterno dell'azienda. Oltre, quindi, a valutarne gli effetti giuridici ed economici bisogna valutare anche l'impatto che esso avrà sul clima aziendale.

Nel convegno del 17 aprile 2018 analizzeremo quindi la disciplina del licenziamento individuale a due anni dal *Jobs Act* e a quasi sei anni dalla riforma Fornero. Ricordo che dalla fine degli anni '60, molti sono stati gli interventi in questa materia che hanno via via limitato il potere di recesso datoriale.

Dalla possibilità di recesso ad nutum, oggi del tutto residuale, si è passati ad una disciplina protettiva e inderogabile posta a tutela dei lavoratori subordinati.

A partire dalla legge 604/1966, introduttiva del criterio del giustificato motivo e della tutela obbligatoria per le aziende con più di 35 dipendenti, si è giunti alla legge 300 del 1970 (St. lav.) che ha introdotto la tutela reale nelle aziende con più di 15 lavoratori per concludere l'iter protettivo con la legge 108/1990 che ha previsto la tutela obbligatoria anche nelle aziende con meno di 15 lavoratori, irrigidendo la tutela reale con la possibilità di "monetizzazione" a semplice richiesta del lavoratore con il pagamento di 15 mensilità di retribuzione.

Dopo questa escalation protezionistica, la prima norma di indebolimento delle tutele è avvenuta con la legge 183/2010, c.d. Collegato Lavoro, che ha introdotto nuovi termini per l'impugnazione del licenziamento e per agire in giudizio, dai 5 anni (in caso di nullità l'azione era invece imprescrittibile) si passa a 270 giorni dall'impugnazione (che deve avvenire entro 60 giorni) e poi a 180 giorni. Si passa quindi dall'esigenza di tutela del lavoratore all'esigenza di certezza del diritto in

un'Italia sempre più invischiata in una crisi industriale ed economica senza precedenti. Ed infatti le riforme iniziano all'indomani dell'inizio della crisi, dunque ciò che era maggiormente da tutelare erano le imprese e gli investitori perché ad essere a rischio era l'Italia tutta e non i diritti della "sola" classe operaia come nel '70.

Ed ecco che arriva la riforma Fornero (legge n. 92 del 2012) che ha previsto, in determinate ipotesi la possibilità di risarcire il dipendente anziché reintegrarlo a fronte di un licenziamento illegittimo. Ma chi ha decisamente scardinato l'art. 18 è stato il *Jobs Act* nel 2015 introducendo, ma solo per i lavoratori neo assunti, le tutele crescenti, cioè eliminando di fatto (ad eccezione dei licenziamenti nulli o discriminatori) la reintegrazione nel posto di lavoro e stabilendo anche il valore del risarcimento del danno subito in funzione dell'anzianità di servizio. In pratica a maggiore anzianità corrisponde una maggiore tutela (economica) togliendo la possibilità al giudice di graduare il risarcimento.

La ragnatela delle tutele si è quindi infittita; oggi abbiamo gli ante 7 marzo 2015 e gli assunti dopo.

Solo per questi ultimi si applicano le tutele crescenti. Intatta è rimasta la tutela reale per i licenziamenti nulli o discriminatori per tutte le aziende indipendentemente la numero degli occupati. Mentre per i licenziamenti illegittimi vi è ancora la distinzione tra le aziende con più o meno di 15 dipendenti con una enorme difficoltà nel calcolo delle indennità spettanti. Molti gli interventi dei magistrati in tutti questi anni. Non è infatti possibile applicare le norme di legge senza tener conto del loro pensiero. Condivisibile o meno, non si può prescindere. Una per tutte, ancora oggi siamo alle prese con il significato da dare alla insussistenza del fatto e cioè se si tratti di un "fatto materiale" o un "fatto giuridico". Sono già molte le sentenze che hanno trattato la questione ma la magistratura non finisce mai di stupirci con le interpretazioni spesso mutevoli.

# Il regime sanzionatorio dei licenziamenti dalla riforma Fornero al Jobs Act

**L'impianto sanzionatorio applicabile ai "vecchi" e ai "nuovi assunti" nel licenziamento nullo, per motivi economici e disciplinare, nonché nei licenziamenti collettivi in caso di violazione della procedura e dei criteri di scelta dei lavoratori**

**A** distanza di oltre tre anni dall'entrata in vigore del decreto attuativo del *Jobs Act* sul contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, il regime sanzionatorio dei licenziamenti costituisce un tema di costante interesse, anche in virtù delle prime pronunce giurisprudenziali emesse con riferimento ai licenziamenti dei c.d. "nuovi assunti".

Come noto, il *Jobs Act* ha completato la riforma delle conseguenze sanzionatorie dei licenziamenti illegittimi avviata dalla legge 92/2012, la cosiddetta Legge Fornero che aveva già sensibilmente attenuato le tutele di cui all'articolo 18 della legge 300/1970.

In particolare, la legge 92/2012, tuttora vigente per gli assunti prima del 7 marzo 2015, ha individuato tre differenti regimi sanzionatori applicabili a seconda che si tratti di licenziamento "discriminatorio" (o per "motivo illecito determinante"), "disciplinare", ovvero "per motivi economici", introducendo per la prima volta una tutela a carattere risarcitorio nel campo della c.d. tutela reale che, fin dall'introduzione dello Statuto dei Lavoratori, si presentava unica e garantiva nelle imprese con più di 15 lavoratori in ciascuna unità produttiva, o 60 a livello nazionale, una tutela in forma specifica quale la reintegrazione nel posto di lavoro, alla quale si è poi affiancata, con la legge 108/1990, la possibilità per il lavoratore di optare, anziché per la reintegrazione, per una tutela indennitaria nella misura fissa di 15 mensilità.

La riforma del 2012, inoltre, non ha riguardato i soli licenziamenti individuali, ma ha introdotto forme di tutela differenziata anche nel campo dei licenziamen-

ti collettivi. Ebbene, sulla scorta di quanto stabilito dalla sopracitata legge 92/2012, il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, mantenendo sostanzialmente invariato l'impianto costituito dalla divisione dei tre regimi sanzionatori, ha previsto nuove regole per i licenziamenti ingiustificati per tutti gli impiegati, operai e quadri assunti a decorrere dal 7 marzo 2015, circoscrivendo il diritto del lavoratore alla reintegrazione alle ipotesi più gravi di illegittimità del recesso, e limitando per il resto la tutela spettante in caso di licenziamento illegittimo al solo indennizzo economico.

Riepiloghiamo l'impianto sanzionatorio per i "vecchi" e "nuovi assunti" anche alla luce dei più recenti pronunciamenti giurisprudenziali.

## Tutela antidiscriminatoria prima e dopo il jobs act

L'art. 1, comma 42, legge 92/2012, modificando l'art. 18 S.L., ha disciplinato in modo organico gli effetti del licenziamento nullo, in parte richiamando disposizioni di legge già in vigore nel nostro ordinamento e in parte recependo principi elaborati dalla giurisprudenza (art. 18, comma 1).

In sostanza, il legislatore ha stabilito la nullità del licenziamento laddove esso sia discriminatorio (cioè determinato da ragioni di credo politico, fede religiosa o razziali, dall'appartenenza ad un sindacato o dalla semplice partecipazione ad attività sindacali, ovvero ancora da ragioni di lingua o di sesso, di handicap, di età o basate sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali) ovvero intimato a ➤

causa di matrimonio ovvero in violazione dei divieti di licenziamento di cui alla normativa in materia di tutela della maternità e paternità.

La norma in commento, inoltre, dispone la nullità del recesso del datore di lavoro qualora esso sia riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge (ad esempio, a causa della domanda di fruizione di congedi per eventi e cause particolari, congedi per formazione e per la formazione continua di cui alla legge 8 marzo 2000, n. 53; oppure in frode alla legge, come ad esempio in caso di licenziamento intimato prima del trasferimento d'azienda e seguito da immediata riassunzione del lavoratore da parte dell'acquirente, al fine di aggirare le disposizioni dell'articolo 2112 del Codice Civile).

È possibile altresì che il licenziamento sia nullo per motivo illecito determinante, ai sensi dell'art. 1345 del Codice Civile. La giurisprudenza, ancorché non recente, ha ritenuto tale l'ipotesi del recesso ritorsivo, che consiste nel recesso datoriale quale ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore. Più recentemente, il licenziamento per ritorsione è stato assimilato dalla giurisprudenza al recesso per ragioni discriminatorie.

In base al novellato dettato normativo, le conseguenze del licenziamento nullo si applicano anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale. Sul punto il regime sanzionatorio introdotto dalla Legge Fornero si è caratterizzato per un'importante novità: infatti, in caso di tutela obbligatoria sotto i 15 dipendenti la tutela precedentemente accordata al licenziamento orale era di tipo esclusivamente ripristinatorio in ossequio al principio civilistico dell'impossibilità di produrre alcun effetto giuridico dell'atto considerato inefficace. Con la citata novella, di contro, anche sotto la soglia dei quindici dipendenti in tutti i casi di licenziamento orale viene assicurata la reintegrazione "piena" garantita dall'art. 18, comma 1, S.L., ovvero risarcimento integrale del danno e reintegrazione nel posto di lavoro.

In relazione a tutti i motivi di licenziamento sopra esposti, la sanzione prevista dalla Riforma Fornero è quella della nullità dell'atto – che è tale indipendentemente dalle ragioni formalmente addotte dal datore di lavoro a giustificazione del proprio recesso – dalla quale consegue innanzitutto e invariabilmente il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro, a

prescindere dal numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro e dalla qualifica del lavoratore (la disposizione, infatti, si applica anche ai dirigenti), già prevista in passato almeno per la fattispecie discriminatoria in senso stretto (art. 3, legge 108/1990 e art. 15 S.L.). Inoltre, il datore di lavoro è condannato al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità: il legislatore ha previsto il pagamento di «un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto» maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, fermo restando che – in ogni caso – la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato inoltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali (art. 18, comma 2).

Si noti che il lavoratore per il quale sia stato stabilito il diritto alla reintegrazione ha facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione di tale reintegrazione, un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro e che, per espressa previsione normativa, non è assoggettata a contribuzione previdenziale (art. 18, comma 3). Si noti che – accanto alla previsione delle ipotesi di nullità del licenziamento – il "nuovo" art. 18 ha altresì introdotto tre forme di "inefficacia" del licenziamento: la violazione dell'obbligo di contestuale motivazione della lettera di licenziamento (art. 2, comma 2, legge 604/1966, novellato dall'art. 1, comma 37, legge 92/2012); la violazione della procedura dell'art. 7 S.L. o della procedura preventiva introdotta dal novellato art. 7, legge 604/1966.

Ebbene, in tutte le tre ipotesi di inefficacia del recesso datoriale sopra riportate la sanzione ipotizzata non è quella tipica del diritto civile bensì una tutela che, in accordo alle *liability rules* introdotte dalla Legge Fornero nel campo della tutela reale, risponde a logiche risarcitorie anziché ripristinatorie dello status *quo ante*, ovvero un'indennità risarcitoria da sei a dodici mesi dell'ultima retribuzione globale di fatto, salvo che, prescrive la norma (art. 18, comma 6), il giudice non accerti che vi è anche un difetto di giustificazione →

zione “più grave”, nel qual caso si applicano i regimi sanzionatori propri del difetto riscontrato: in altre parole, l'inefficacia in queste tre ipotesi viene sanzionata di per sé, quale vizio “minore” (procedurale o formale) di un atto che, sotto il profilo causale, viene riconosciuto come legittimo ricorrendone i presupposti richiesti dalla norma.

### Licenziamento di “nuovi assunti”

Anche i “nuovi assunti” in caso di licenziamento discriminatorio hanno diritto ad essere reintegrati nel proprio posto di lavoro e ad ottenere il risarcimento del danno (non inferiore a 5 mensilità commisurate all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto) pari alle retribuzioni perse dalla data del licenziamento all'effettiva reintegrazione, dedotto *l'aliunde perceptum*, oltre al versamento per il medesimo periodo dei contributi previdenziali e assistenziali (art. 2, D.Lgs. 23/2015). L'unica differenza rispetto al vecchio regime risiede nella sostituzione del riferimento alla «retribuzione globale di fatto» (introdotta dalla legge 108/1990) con quella prevista dall'art. 2120 c.c.

Al riguardo si sono sviluppate diverse opinioni sul rapporto con la formula dell'art. 18 S.L.: secondo una prima tesi tra le due non vi sarebbe una differenza sostanziale, poiché di norma la retribuzione globale di fatto si calcola sulla base del trattamento di fine rapporto; secondo altra tesi la locuzione del legislatore del *Jobs Act* sarebbe invece più restrittiva, non rientrando nella nozione del decreto i premi o gli elementi legati alla produttività, mentre una terza opinione valorizza invece il fatto che la contrattazione collettiva ammette spesso voci per il calcolo del TFR di norma escluse dalla retribuzione globale di fatto, con la conseguenza che il parametro di riferimento del D.Lgs. 23/2015 potrebbe risultare di maggior favore. Alcuni dubbi sono sorti sul significato da attribuire alla locuzione «ultima» retribuzione: sul punto, recentemente, il Tribunale di Milano<sup>1</sup> ha ritenuto che «la retribuzione “utile ai fini del TFR” sia quella dell'ultimo anno

(o frazione di anno) dovuta al lavoratore, anche se non corrisposta, rapportata a mese». Di contro, il Tribunale di Monza ha preso in considerazione un parametro più ridotto ossia la «la retribuzione dell'ultimo mese, senza computo di tutti gli elementi di straordinarietà (come i ratei di ferie e mensili aggiuntive liquidate in anticipo e l'indennità sostitutiva del preavviso)»<sup>2</sup>. In attesa di ulteriori pronunce sul tema, pare potersi sostenere che la prima interpretazione risulti preferibile atteso che la semplice retribuzione mensile potrebbe risentire di transitorie, quanto stagionali e/o periodiche oscillazioni.

Si noti che il decreto non elenca i casi di discriminarietà né rinvia, come invece aveva fatto la Riforma Fornero, all'art. 3, L. 108/1999, che, a sua volta, richiama espressamente le ragioni discriminatorie di cui all'art. 4, L. 604/1966, e all'art. 15 S.L., individuandole nelle «ragioni di credo politico o fede religiosa», «a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero» nonché da motivi di «discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali». Vi è da chiedersi se l'omissione del riferimento normativo condurrà i giudici ad interpretare estensivamente le disposizioni sopra richiamate e, dunque, ad ampliare il concetto di “discriminatorietà” anche oltre i casi tipici previsti dalla legge. Nonostante una tale operazione sia già stata proposta in dottrina, sotto il profilo sistematico appare preferibile circoscrivere i motivi discriminatori a quelli tipizzati dal legislatore.

Il decreto equipara, infatti, quanto alle conseguenze sanzionatorie, il licenziamento discriminatorio a quello «riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge». La locuzione «espressamente previsti» porta a ritenere che debbano essere, dunque, ricompresi i casi di licenziamento intimati in violazione delle norme sulla maternità e paternità (art. 54, D.Lgs. 151/2001) ovvero il licenziamento per causa di matrimonio (art. 35, D.Lgs. 198/2006) in quanto trattasi di casi in cui la nullità è espressamente stabilita dalla legge. →

1. Trib. Milano, 1° giugno 2017: «La norma di riferimento (art. 3 D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23) commisura l'indennità risarcitoria “all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio”. Ai fini dell'individuazione dell'ambito temporale da considerare per calcolare la mensilità d'indennità occorre tener presente che l'articolo 2120 c.c. (che fa riferimento ad una retribuzione annua accantonabile che comprende tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non

occasionale, compreso l'equivalente delle prestazioni in natura ed escluse le somme pagate a titolo di rimborso spese) impone il riferimento all'anno, perché la norma calcola il TFR sulla base della retribuzione annua. Si deve pertanto ritenere che la retribuzione “utile ai fini del TFR” sia quella dell'ultimo anno (o frazione di anno) dovuta al lavoratore, anche se non corrisposta, rapportata a mese».  
2. Trib. Monza, 27 aprile 2017.

Parimenti immutata rispetto al passato è rimasta la tutela reintegratoria in caso di licenziamento dichiarato inefficace in quanto intimato in forma orale.

Si noti che il D.Lgs. 23/2015 ha modificato - per i nuovi assunti - le sanzioni indennitarie introdotte dalla Riforma Fornero per il licenziamento affetto da vizi formali (violazione dei requisiti di motivazione del licenziamento) e procedurali (mancato rispetto della procedura disciplinare di cui all'art. 7 S.L.). In tali ipotesi, il datore di lavoro dovrà corrispondere al dipendente un'indennità crescente di importo pari a una mensilità per ogni anno di anzianità di servizio, con un limite minimo di due ed un massimo di dodici mensilità, salva anche qui la possibilità - già prevista dalla Legge Fornero - di applicazione delle maggiori tutele previste per i licenziamenti con difetti sostanziali laddove, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice accerti ulteriori profili di illegittimità del recesso.

### La disciplina sanzionatoria nel licenziamento disciplinare

Come anticipato, nelle aziende rientranti nel campo di applicazione dell'art. 18 St. Lav., fino al 2012 l'unica sanzione prevista in caso di «licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo» era la tutela c.d. "reale" che attribuiva al lavoratore il diritto alla reintegrazione (o, in alternativa, ad un'indennità pari a 15 mensilità) nonché al risarcimento per le retribuzioni non percepite dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione ed al versamento dei relativi contributi assistenziali e previdenziali, fermo restando che l'indennità risarcitoria non poteva comunque essere inferiore a 5 mensilità della retribuzione globale di fatto.

La legge 92/2012 ha inteso limitare il campo di applicazione della "tutela reale" nell'ambito dei licenziamenti disciplinari, stabilendo il diritto del lavoratore alla reintegra solo in caso di «insussistenza del fatto contestato» ovvero qualora lo stesso «rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili» (art. 18, comma 4). Diversamente, nelle «altre ipotesi» di accertata illegittimità del

licenziamento disciplinare, ad esempio in caso di ritenuta sproporzionalità della sanzione irrogata, è prevista esclusivamente la corresponsione di un'indennità risarcitoria variabile tra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità di retribuzione (art. 18, comma 5). La citata Riforma ha inoltre ridotto le conseguenze economiche connesse alla reintegrazione del lavoratore, prevedendo - in contrapposizione alla tutela "piena" prevista sino a quel momento - una tutela "attenuata" con un risarcimento del danno retributivo patito dal lavoratore contenuto entro il limite massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (ferma restando la deduzione del c.d. *aliunde perceptum et percipiendum*, ossia quanto percepito o percepibile dal lavoratore nel periodo intercorso tra la data di licenziamento e quella di reintegrazione), oltre al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

Nonostante l'intento, la legge Fornero nel 2012 non pare aver compiutamente ridotto le ipotesi di reintegrazione, avendo, anzi, creato notevoli dubbi interpretativi, sia per la scarsità e genericità delle previsioni contrattuali conservative contenute nei contratti collettivi sia per le differenti interpretazioni giurisprudenziali sulla nozione di «fatto contestato».

In particolare, si è posto il dubbio circa l'interpretazione del concetto di "inesistenza" del fatto contestato al lavoratore, se esso presupponga cioè l'insussistenza del fatto storico o, invece, corrisponda alla mancata prova in giudizio da parte del datore di lavoro di altri elementi che qualificano il fatto in senso "giuridico" quale la rilevanza disciplinare o l'imputabilità di tale fatto al lavoratore licenziato o, se previsto, l'elemento soggettivo dell'addebito.

La giurisprudenza di merito si è in un primo momento espressa per ritenere che "il fatto contestato" cui la norma fa riferimento fosse il "fatto giuridico" e non già il "fatto storico"<sup>3</sup>.

Contrariamente, la Suprema Corte ha affermato che, al fine del riconoscimento della tutela reintegratoria, va verificata la ricorrenza delle condotte inadempienti ascritte al lavoratore nella loro componente materiale prescindendo da una qualificazione del fatto sul piano giuridico (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669). Suc- ➔

3. *Ex multis* Trib. Bologna, 15 ottobre 2012, confermata in fase di reclamo da App. Bologna 23 aprile 2013, n.604; Trib. Bari, 12 giugno 2014, n. 32267.

cessive sentenze della medesima Corte hanno tuttavia significativamente esteso le ipotesi di tutela reale. In particolare, è stato statuito (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, Cass. 12 maggio 2016, n. 10019, Cass. 20 settembre 2016, n. 18418, Cass. 25 maggio 2017, n. 13178) che l'insussistenza del fatto contestato comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità o rilevanza giuridica, e quindi il fatto sostanzialmente inapprezzabile sotto il profilo disciplinare, oltre che il fatto non imputabile al lavoratore. Inoltre, è stato chiarito che ogniqualvolta il fatto contestato presupponga anche un elemento non materiale (come la gravità del danno), allora tale elemento diventa anch'esso parte integrante del "fatto materiale", come tale soggetto ad accertamento, sicché anche in tale ipotesi l'eventuale carenza determina la tutela reintegratoria (Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545).

Sempre con riferimento al concetto di "insussistenza del fatto", le Sezioni Unite<sup>4</sup>) (recentemente intervenute per dirimere un contrasto creatosi in relazione all'individuazione della tutela applicabile in caso di tardività della contestazione disciplinare) hanno ritenuto che – nel regime della c.d. Riforma Fornero – laddove sussista l'inadempimento posto a base del licenziamento, ma tale provvedimento non sia preceduto da una tempestiva contestazione disciplinare, in virtù dell'accertata «*contrarietà del comportamento del datore di lavoro ai canoni di correttezza e buona fede, la conclusione non può essere che l'applicazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, comma 5*», ovvero la sanzione indennitaria tra 12 e 24 mensilità, escludendo quindi che la carenza di tempestività determini la tutela reintegratoria attenuata.

### La disciplina per i "nuovi assunti"

Per quanto concerne i "nuovi assunti", il D.Lgs. 23/215 si è proposto di circoscrivere ulteriormente i casi di reintegra, limitandola esclusivamente alle ipotesi «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore». Il lavoratore può in ogni caso scegliere (come previsto per i lavoratori già in organico) tra la reintegrazione o, in alternativa, il pagamento di un'indennità pari a 15 mensilità, fermo il diritto al risarcimento del danno -

che tuttavia non potrà superare le 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto - pari alle retribuzioni perse dal licenziamento all'effettiva reintegrazione dedotto l'*aliunde perceptum* nonché il c.d. *aliunde percipiendum*, oltre al versamento per il medesimo periodo dei contributi previdenziali e assistenziali, senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva (si noti che la norma nulla dice sulle sanzioni per il ritardato versamento - come invece previsto dall'art. 18 S.L. - che, dunque, adottando un'interpretazione sistematica della norma potrebbero ritenersi applicabili). Appare evidente il tentativo del Legislatore di limitare la discrezionalità del giudice nel valutare la proporzionalità della sanzione irrogata dal datore di lavoro. Prova ne sia che il testo del decreto precisa che rispetto alla sussistenza del fatto materiale «rimane estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

Ebbene, nonostante il chiaro tenore della norma, parte della giurisprudenza di merito ha letto in maniera restrittiva la norma introdotta dal *Jobs Act*, applicando la stessa interpretazione del "fatto" formatasi in relazione alla riforma dell'articolo 18 operata dalla Legge Fornero. In particolare, è stato di recente ritenuto<sup>5</sup> che il «*fatto materiale contestato*» non può essere interpretato quale mero accadimento di un fatto storico, ma fa «...*riferimento ad una condotta inadempiente del lavoratore...*», con la conseguenza che l'insussistenza del fatto materiale contestato «*deve essere intesa non solo nel senso di non esistenza del comportamento contestato, nella sua materialità, ma anche in quello di irrilevanza disciplinare dello stesso, sotto il profilo giuridico...*». Non solo. La sentenza specifica altresì che per escludere la reintegra, è necessario un rilievo disciplinare «*congruo con la massima sanzione espulsiva*».

Ebbene, appare evidente come una tale operazione ermeneutica rifletta il disagio della giurisprudenza nei confronti della pretesa disapplicazione del canone della proporzionalità nella valutazione dell'esercizio del potere disciplinare del datore di lavoro e lasci intravedere il tentativo di far rientrare "dalla finestra" ciò che il legislatore del *Jobs Act* ha fatto uscire "dalla porta", ossia l'inevitabile discrezionalità dell'Autorità giudiziaria nella valutazione della proporzionalità del licenzia- ➔

4. Cass. Sezioni Unite, 27 dicembre 2017, n. 30985.

5. Corte d'Appello L'Aquila, 14 dicembre 2017.

mento disciplinare irrogato al lavoratore.

Al riguardo, deve osservarsi come il Tribunale di Milano (sentenza 23 marzo 2017, n. 859) abbia invece applicato puntualmente il testo normativo, statuendo che «*il vizio di proporzionalità del licenziamento disciplinare rileva al solo scopo di valutare la legittimità o meno del licenziamento, ma non ha effetto alcuno sulla disciplina sanzionatoria, che consiste, sempre e comunque, nella condanna al pagamento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 23 del 2015*», con la conseguenza che «*l'applicazione della sanzione della reintegrazione opera esclusivamente nel caso in cui il licenziamento sia viziato dall'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore*». Ed inverso, il Tribunale ha richiamato quanto chiarito dalla già citata sentenza della Corte di Cassazione n. 23669/2014 secondo cui «*tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta*».

Sul punto non resta che attendere gli ulteriori concreti sviluppi nelle aule giudiziarie.

### Il regime sanzionatorio nei licenziamenti economici

Con riferimento al licenziamento per “giustificato motivo oggettivo”, ossia determinato «da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (art. 3, L. 604/1966), la legge 92/2012 ha dato ádito a non poche perplessità. La riforma ha infatti graduato le tutele in caso di licenziamento illegittimo, prevedendo una tutela reintegratoria definita “attenuata” (per distinguerla da quella più incisiva di cui all'art. 18, primo comma), in base alla quale il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore ed al pagamento di una indennità risarcitoria dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, in misura comunque non superiore a 12 mensilità. Al comma 5 dello stesso articolo è prevista, invece, una tutela meramente indennitaria per la quale il giudice dichiara risolto il rapporto di lavoro con ef-

fetto dalla data del licenziamento e condanna il datore al pagamento di una indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 mensilità e un massimo di 24, tenuto conto di vari parametri contenuti nella disposizione medesima. La linea di confine tra le due tutele è tracciata dal sesto comma del novellato art. 18, secondo cui il giudice: «può altresì applicare la predetta disciplina (ndr. quella di cui al comma 4) nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al comma 5». Sul punto la Suprema Corte – anche recentemente – ha specificato che «*poichè il giudice “può” attribuire la cd. tutela reintegratoria attenuata, tra tutte le “ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi” del giustificato motivo oggettivo, esclusivamente nel caso in cui il “fatto posto a base del licenziamento” non solo non sussista, ma anche a condizione che detta “insussistenza” sia “manifesta”, non pare dubitabile che l'intenzione del legislatore, pur tradottasi in un incerto testo normativo, sia quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro ad ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria in materia di licenziamento individuale per motivi economici*»<sup>6</sup>.

È dunque evidente che laddove la distinzione introdotta sia tra “manifestamente” o semplicemente insussistente, la discrezionalità del giudice gioca un ruolo non secondario nell'accordare la sanzione reintegratoria (che si voleva espungere dal quadro normativo di riferimento per i licenziamenti “economici”) ogni qual volta il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo dovesse presentare profili di annullabilità per la ritenuta insussistenza delle ragioni causali addotte.

Va inoltre ricordato come la Legge Fornero – in un'ottica di deflazione del contenzioso – abbia altresì introdotto la procedura preventiva di conciliazione presso la DTL (oggi ITL): una procedura della quale francamente non si sentiva la necessità e che ricorda il già abrogato tentativo obbligatorio di conciliazione, che già aveva dato di sé una pessima prova. Non a caso, infatti, tale procedura, pur essendo rimasta ➔

<sup>6</sup> Cass. 23 gennaio 2018, n. 1633; conforme Cass. 8 luglio 2016, n. 14201.

obbligatoria per il licenziamento degli assunti prima del 7 marzo 2015, è stato eliminata per gli assunti a decorrere da tale data.

### Il licenziamento economico di “nuovi assunti”

Con riferimento ai nuovi assunti, le previsioni del D.Lgs. 23/2015 prevedono che nel caso in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo il lavoratore avrà diritto esclusivamente ad un'indennità (non assoggettata a contribuzione previdenziale) pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di anzianità aziendale, con un limite minimo di 4 mensilità (cioè al fine di evitare o quantomeno ostacolare “licenziamenti facili” nei primi due anni) ed un massimo di 24 mensilità, misura quest'ultima in linea con quanto sin lì stabilito dalla Riforma Fornero.

Si viene dunque a creare un “doppio binario” tra “nuovi” e “vecchi” assunti, ai quali continueranno ad applicarsi le norme previste dall'art. 18 S.L. come modificate dalla Riforma Fornero.

Proprio tale diversità di tutele ha indotto il Tribunale di Roma a sollevare una questione di legittimità costituzionale motivata in ragione della «rilevanza della questione di costituzionalità dell'art. 1, comma 7, lettera c) L. n. 183/2014 e degli artt. 2 – 4 e 10 D.Lgs. n. 23/2015: l'innovazione normativa in parola priva infatti l'odierna ricorrente di gran parte delle tutele tuttora vigenti per coloro che sono stati assunti a tempo indeterminato prima del 7.3.2015. La normativa preclude qualsiasi discrezionalità valutativa del giudice [...] imponendo al medesimo un automatismo in base al quale al lavoratore spetta, in caso di accertata illegittimità del recesso, la piccola somma risarcitoria prevista».

Ed invero, è palese che il nuovo decreto, con l'evidente intento di porre fine ad un sistema sanzionatorio che lasciava (e continuerà a lasciare per i “vecchi” assunti) alla discrezionalità del Giudice un ruolo non secondario nella decisione in ordine alla reintegrazione o meno del lavoratore, ma anche nella valutazione indennitaria tra 12 e 24 mensilità, ha completamente eliminato –

in ipotesi di g.m.o. – la “tutela reale” per i nuovi assunti, mantenendola, di contro, per i licenziamenti illegittimi per il ritenuto difetto di giustificazione nel caso di inidoneità psicofisica o psichica del lavoratore posta alla base del recesso. Per tale specifica ipotesi, effettivamente di difficile valutazione e ad alto potenziale sociale, il decreto del *Jobs Act*, ha stabilito addirittura che al lavoratore neoassunto debba essere garantita una tutela reintegratoria “piena”<sup>7</sup> (e non quella “attenuata” prevista per i lavoratori già in organico).

Resta inteso che in caso di licenziamento di “vecchi” e “nuovi” assunti, il datore di lavoro dovrà assolvere l'obbligo di c.d. *repêchage*, ossia l'onere di verificare l'esistenza – all'interno dell'organizzazione aziendale – di posizioni libere dove poter collocare il lavoratore al fine di evitarne il licenziamento. Tale esercizio doveva essere svolto, anteriormente al *Jobs Act*, nell'ambito delle sole mansioni “equivalenti” a quelle da ultimo svolte dal dipendente. La riscrittura dell'art. 2113 c.c. ad opera del D.Lgs. n. 81/2015 ha tuttavia ridelineato i contorni dell'obbligo di *repêchage* (oggi esteso anche a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte dal lavoratore, purché riconducibili allo stesso livello e categoria legale d'inquadramento o persino anche ad un livello inferiore, tenuto conto del testo della norma) rendendone più gravoso l'assolvimento (Trib. Milano 16 dicembre 2016, n. 3370)<sup>8</sup>. Sul punto è stato recentemente affermato che dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015, che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 2103 c.c., deve ritenersi che ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*, «il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare l'indisponibilità di posti di lavoro di livello corrispondente a quello in cui è inquadrato il lavoratore: la scomparsa del riferimento alla categoria dell'equivalenza determina una maggiore ampiezza e flessibilità dell'ambito di utilizzazione orizzontale del dipendente» (Trib. Roma, 18 maggio 2017).

### Il regime sanzionatorio dei licenziamenti collettivi

Uno dei temi di maggior attualità e interesse in materia di licenziamenti collettivi è certamente il regime sanzionatorio in caso di violazione della proce- ➔

7. Trib. Milano, 23 giugno 2017.

8. Il *repêchage* deve essere effettuato nell'ambito dell'organizzazione aziendale e non presso altre

società del “gruppo”, in quanto quest'ultimo è rilevante sotto il profilo economico ma non sotto il profilo giuridico, salvo che si accerti

l'esistenza di un unico centro di imputazione del rapporto di lavoro (Cass. 16 maggio 2003, n. 7717; Cass. 31 maggio 2017, n. 13809).

dura e dei criteri di scelta. La Riforma Fornero ha previsto per le ipotesi sopra indicate sanzioni totalmente differenti: la sanzione conseguente alla violazione delle procedure è meramente indennitaria (da 12 a 24 mensilità); la violazione dei criteri di scelta conduce invece alla reintegrazione del lavoratore e al pagamento di un'indennità che non può superare le 12 mensilità. Tale distinzione diventa particolarmente interessante laddove si verta in un'ipotesi di incompletezza della comunicazione ex art. 4, comma 9, L. 223/1991 che, come noto, prevede l'obbligo di indicare "puntualmente" come siano stati applicati i criteri di scelta dei lavoratori. Al riguardo, la Cassazione ritiene che tale violazione possa dar luogo solo ed esclusivamente ad una sanzione indennitaria, atteso che la più grave violazione dei criteri di scelta si ha non nell'ipotesi di incompletezza formale della comunicazione di cui sopra, *«bensì allorquando i criteri di scelta siano, ad esempio, illegittimi, perché in violazione di legge, o illegittimamente applicati, perché attuati in difformità dalle previsioni legali o collettive»* (Cass. 29 settembre 2016, n. 19320).

Certamente diverso è il caso in cui vi sia una completa omissione da parte del datore di lavoro dell'intera procedura ex art. 4, legge 223/1991. Ed invero, la giurisprudenza di merito ha precisato come in tal caso debba escludersi la mera sanzione indennitaria e applicarsi la tutela reintegratoria, posto che la totale omissione della procedura determina *«certamente una violazione dei criteri di scelta»* (Trib. Pescara, 8 giugno 2016).

Il D.Lgs. 23/2015 ha di contro uniformato sul piano sanzionatorio la disciplina dei licenziamenti collettivi con quella degli individuali per g.m.o., prevedendo che la violazione della procedura di informazione e consultazione sindacale di cui agli artt. 4 e 24, legge 223 cit., o dei criteri di scelta previsti dall'art. 5, legge 223 cit., debba dare luogo esclusivamente alla tutela indennitaria già illustrata sopra (due mensilità per ogni anno di servizio con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro mensilità).

Una particolare attenzione merita l'ipotesi di licenziamento collettivo dei "nuovi assunti" intimato in totale assenza della procedura di informazione e consultazione. Sul punto, il Tribunale di Milano con sentenza del 30 novembre 2016 ha ritenuto come tale omissione sia equiparabile, quanto agli effetti, alla violazione dell'art.

4, comma 12, e dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge 223/1991, con conseguente diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità crescente in funzione dell'anzianità di servizio di cui sopra si è detto.

Occorre tuttavia rilevare come, a ben vedere, in caso di violazione della procedura di informazione e consultazione sindacale, non possa ritenersi del tutto esclusa la possibilità che un dipendente assunto con un contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ottenga la reintegrazione nel proprio posto di lavoro. Non può essere dimenticato, infatti, che la violazione della sopra citata procedura rileva non solo sotto il profilo dell'interesse individuale dei singoli lavoratori, ma anche sotto il profilo della condotta antisindacale ex art. 28 S.L. che tutela l'interesse collettivo all'effettivo esercizio dell'attività e della libertà sindacale (oltre che al diritto di sciopero). Pertanto, in caso di violazione della procedura di informazione e consultazione le organizzazioni sindacali potrebbero agire nei confronti del datore di lavoro chiedendo al giudice di ordinare la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti, con la conseguenza che, in caso di accertamento dell'antisindacalità della condotta, il datore di lavoro potrebbe trovarsi a dover esperire una nuova procedura e a reintegrare i dipendenti licenziati in precedenza stante il mancato rispetto dei requisiti previsti dalla legge n. 223/1991. Le prime pronunce giurisprudenziali hanno tuttavia escluso tale possibilità: il Tribunale di Roma (11 febbraio 2016) ha infatti stabilito che (diversamente da quanto previsto dalla precedente legge Fornero), nessuna violazione della procedura può determinare la "revoca" dei licenziamenti dei lavoratori, essendosi, ormai, irrimediabilmente estinti i relativi rapporti di lavoro. Ciò, evidentemente, vale anche in caso di accertata antisindacalità della condotta datoriale, proprio per violazione dell'art. 4, legge 223/1991, con la conseguenza che *«all'accertata antisindacalità della condotta datoriale può conseguire solo l'ordine di pubblicare il presente provvedimento sulle bacheche aziendali per un periodo di un mese, unico strumento allo stato utile a rimuovere l'antisindacalità della condotta esaminata»*.

È per il momento la prima pronuncia in termini: vedremo se la giurisprudenza successiva confermerà questo primo orientamento.

# Tutele crescenti: i nuovi licenziamenti nella giurisprudenza di merito

**{** *Nel primo triennio di vita delle tutele crescenti (D.Lgs. n. 23/2015) la giurisprudenza di merito ha avuto modo di confrontarsi con la nuova disciplina dei licenziamenti oggi applicabile a tutti i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015*

**T**utele crescenti, una disciplina che predilige la tutela risarcitoria alla reintegra nel posto di lavoro come, del resto, emerge sin dal suo titolo, sta ad indicare che maggiore è l'anzianità del lavoratore, maggiore sarà l'indennità economica della quale potrà beneficiare in caso di licenziamento illegittimo. Ma non tutto è perduto: ed infatti il diritto alla reintegra non viene meno anche se risulta circoscritto a specifiche ipotesi di licenziamenti: il licenziamento discriminatorio, intimato in violazione delle norme a tutela del matrimonio e della maternità e paternità, in forma orale o per disabilità fisica o psichica del lavoratore e, per il licenziamento disciplinare, in caso di insussistenza del fatto materiale contestato. In un paese in cui si registra una "gobba fisiologica" tra redditività e produttività (più sono giovane meno guadagno, più invecchio maggiore sarà il mio reddito a fronte della diminuita capacità di produrne) il legislatore ha inteso ridurre l'ambito di applicazione della sanzione più pesante limitandola, per quanto riguarda i reccesi disciplinari, ai soli casi di assoluta inesistenza del fatto contestato al dipendente, lasciando uno spazio ridotto alla discrezionalità del Giudice. Ma tale obiettivo non è stato pienamente raggiunto e la giurisprudenza di merito ha, infatti, reso una interpretazione riduttiva delle nuove regole volta a dare continuità agli orientamenti già esistenti in relazione all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori (nella versione riformata dalla legge Fornero nel 2012).

## Ambito di applicazione

La giurisprudenza ha sinora mostrato un approccio estensivo circa l'ambito di applicazione delle nuove norme: queste si applicano a tutti i casi di "conversione" del rapporto, nozione che – non essendo tipizzata – può essere letta come sinonimo di trasformazione e, quindi, comprende ogni ipotesi di prosecuzione del rapporto, tanto che sia effetto di una volontà comune delle parti, tanto che avvenga in forza di una pronuncia del giudice (Trib. Napoli, 27 giugno 2017). In tal senso si è espresso il Tribunale di Napoli che, in presenza di un rapporto di lavoro iniziato prima dell'entrata in vigore delle tutele crescenti (marzo 2015), prorogato fino al 30 settembre 2015 e poi trasformato in contratto a tempo indeterminato ha ritenuto di poter ricondurre la trasformazione all'ipotesi di conversione prevista dall'art. 1, comma 2, affermando che il concetto di conversione deve intendersi in senso ampio e tale da comprendere ogni ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro alla scadenza del termine originariamente fissato (tanto nel caso in cui la prosecuzione sia effetto di una volontà comune delle parti tanto in quello in cui la trasformazione del rapporto avvenga per l'effetto di una pronuncia del giudice). Secondo il Tribunale può pervenirsi a tale conclusione dal momento che "trasformazione" e conversione invece di costituire istituti volti a disciplinare ipotesi diverse, sono "termini indifferentemente utilizzati per rappresentare la vicenda modificativa del rapporto a →

*prescindere dalle modalità con cui ciò avvenga. La prescelta ricostruzione trova conferma nella considerazione che l'art. 28, comma II, del d.lgs. 81 del 2015 nel disciplinare ratione temporis la medesima fattispecie di cui all'art. 32, comma 5, Legge n. 183 del 2010, utilizza il termine trasformazione in luogo di conversione. Inoltre, l'intentio legis è sicuramente quella di agevolare la prosecuzione dei rapporti di lavoro, laddove la diversa interpretazione (applicazione della disciplina di cui all'art. 18 St. agli assunti con contratto a termine precedentemente al 7 marzo 2015, poi trasformato per volontà delle parti in contratto a tempo indeterminato) finirebbe per scoraggiare un tale effetto, per la minor convenienza ad eliminare il termine di durata".*

### Onere della prova

Un altro tema sul quale si registra una distanza tra le intenzioni del legislatore e l'interpretazione della giurisprudenza è l'onere della prova.

L'articolo 3 del D.Lgs. 23/2015 precisa che l'inesistenza del fatto materiale deve essere "direttamente dimostrata in giudizio" dal lavoratore.

La Corte di Appello di L'Aquila (Sentenza del 14.12.2017) ha precisato il rapporto intercorrente tra la nuova disciplina dei licenziamenti e l'onere della prova ed ha affermato: "la circostanza che il secondo comma dell'art. 3 del d.lgs. 23 del 2015 prevede che l'inesistenza del fatto materiale debba essere direttamente dimostrata in giudizio non determina il superamento del principio generale che pone in capo al datore di lavoro l'onere di provare la giustificazione del licenziamento (art. 5 della legge n. 604 del 1966) atteso che il d.lgs. 23/2015 non esclude affatto l'applicabilità dell'intera legge 604 del 1966 al nuovo contratto di lavoro a tutele crescenti, limitandosi piuttosto ad indicare solo alcune specifiche disposizioni di quella legge non applicabili ai nuovi assunti, tra cui non è citata quella di cui all'art. 5 della l. 604 del 1966. Ne consegue che era il datore di lavoro a dover fornire la prova positiva della sussistenza del fatto materiale contestato, giuridicamente qualificato nei termini sopra indicati, per cui, in difetto di tale prova, il fatto stesso è da ritenersi insussistente".

Anche altri giudici di merito hanno sostenuto che la norma non determina il superamento del principio generale (contenuto nella legge 604/66 e mai abro-

gato) che pone in capo al datore di lavoro l'onere di provare la giustificazione del licenziamento. In tal senso si è espresso anche il Tribunale di Chieti che, in un caso avente ad oggetto un presunto licenziamento orale, ha affermato che: "...qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità del recesso, spetta al datore di lavoro provare la sussistenza di tutti i requisiti formali e di efficacia del licenziamento" con la conseguenza che "poiché il rapporto di lavoro è sorto il primo febbraio 2016, ossia in data successiva all'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015 (7.3.2015), la disciplina delle conseguenze della illegittimità del licenziamento si rinvia nell'art. 1, comma 1 e 2 del predetto decreto, a norma del quale in caso di licenziamento inefficace il giudice ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione al lavoratore nel posto di lavoro e lo condanna al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui si sia accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione". È sempre, quindi, il datore di lavoro che deve fornire la prova positiva della sussistenza del fatto materiale contestato (e della sua rilevanza giuridica) dal momento che il d.lgs. n. 23/2015 "...non determina il superamento del principio generale che pone in capo al datore di lavoro l'onere di provare la giustificazione del licenziamento" (Trib. Lodi, 16.02.17).

Pertanto, in difetto di tale prova, il fatto viene considerato insussistente con diritto alla reintegrazione.

### Il dibattito sull'esistenza del fatto

Secondo il D.Lgs. 23/2015, la reintegra sul posto di lavoro spetta solo quando il licenziamento disciplinare è basato su un fatto "materiale contestato" inesistente; negli altri casi scatta il risarcimento del danno. Il legislatore ha inserito il riferimento al fatto "materiale contestato" per evitare che si riproponessero, per le tutele crescenti, i problemi già sorti rispetto alla formula - molto simile - contenuta nella riforma dell'articolo 18 approvata nel 2012. Questa formula, che voleva ridurre i casi di applicazione della reintegra, è stata depotenziata dalla giurisprudenza che ha ➔

qualificato come “inesistente” un fatto non solo quando non è materialmente accaduto, ma anche quando è privo di rilevanza giuridica. Facciamo un esempio. Il datore accusa il dipendente di essere arrivato tardi, ed è vero. Il fatto materiale esiste. Tuttavia, non è un fatto talmente grave da considerarsi illecito. In questo caso, il fatto (inteso in senso giuridico) non esiste, il licenziamento viene annullato e il dipendente viene reintegrato.

Il legislatore ha, quindi, tentato di superare questa lettura, ma ciò non è avvenuto. La giurisprudenza, infatti, ha confermato, anche in relazione alle nuove norme, che se un fatto esiste nella realtà storica, ma non si concretizza in una condotta illecita, deve considerarsi “giuridicamente” inesistente, con la conseguenza che si applica la sanzione della reintegrazione. Questa lettura è confermata dalla pronuncia della Corte d’Appello dell’Aquila (appena richiamata del 14 dicembre 2017), la quale ha avuto modo di soffermarsi ampiamente sulla tematica del fatto materiale contestato del quale ha delineato in maniera nitida i tratti essenziali.

Ed infatti, muovendo dalla previsione contenuta nell’art. 3 delle Tutele crescenti, il Collegio ha affermato che quando il legislatore richiama il fatto materiale contestato questo *“non può essere interpretato quale mero accadimento di un fatto storico, ma vuole evidentemente far riferimento ad una condotta inadempiente del lavoratore, per cui la suddetta espressione si connota inevitabilmente di una qualificazione giuridica che discende dalla nozione ontologica del licenziamento disciplinare ripetutamente affermata dalla giurisprudenza”*; per poi precisare che: *“la condotta posta a base del licenziamento disciplinare non può risolversi in un fatto materiale che non sia giuridicamente qualificabile come inadempimento agli obblighi derivanti dal rapporto di lavoro... atteso che il concetto di fatto materiale deve imprescindibilmente associarsi ad una qualificazione giuridica, dovendosi trattare di una condotta materiale del lavoratore intrinsecamente qualificata alla stregua di un inadempimento imputabile”*.

In definitiva, per il Collegio l’insussistenza del fatto materiale contestato *“... deve essere intesa non solo nel senso di non esistenza del comportamento contestato, nella sua materialità, ma anche in quello di irrilevanza*

*disciplinare dello stesso, sotto il profilo giuridico...”*

Un’interpretazione ragionevole ma, certamente, ben lontana dal testo letterale della norma.

La sentenza rafforza questa interpretazione precisando che, per escludere la reintegra, è necessario un rilievo disciplinare che sia *“congruo con la massima sanzione espulsiva”*: in questo modo, rientra in gioco quel giudizio di proporzionalità che il *Jobs Act* (con le tutele crescenti) voleva rendere irrilevante ai fini della scelta del regime sanzionatorio applicabile (stante l’inciso *“...rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento...”*).

Anche altri giudici di merito hanno identificato i casi nei quali il fatto materiale va considerato inesistente (con diritto, quindi, alla reintegra): se manca la contestazione disciplinare (Trib. Chieti 30.03.17), in caso di licenziamento per mancato superamento della prova fondato su un patto di prova invalido (Trib. Torino, 16.09.17) o nel caso in cui il patto sia inesistente (Trib. Milano, 3.11.16).

### Le altre ipotesi di invalidità del licenziamento

Il D.Lgs. 23/2015 non specifica quale sia il regime sanzionatorio applicabile in molteplici altre ipotesi di recesso datoriale illegittimo (sia pure già conosciute dall’Ordinamento come è stato, tra gli altri, per il licenziamento affetto da motivo illecito determinante, ritorsivo o per vendetta e per superamento del periodo di comportamento) sulle quali si registrano già interessanti pronunce di merito.

Ed infatti, il diritto alla reintegra nel posto di lavoro è stato riconosciuto dal Tribunale di Roma in presenza di un licenziamento ritenuto, al contempo, nullo perché intimato in presenza di precedenti sanzioni conservative che avevano già esaurito il potere disciplinare e ritorsivo, perché irrogato in risposta alla comunicata volontà del dipendente di impugnare le predette sanzioni (Trib. Roma, 24.06.2016).

Il Tribunale di Taranto, invece, ha disposto la reintegra del lavoratore in azienda in presenza di un licenziamento basato su una duplice ragione giustificativa e nel quale è stata esclusa la giusta causa per insussistenza del fatto materiale contestato (vista l’assenza della preventiva contestazione degli addebiti) ed il ➔

giustificato motivo oggettivo per utilizzo fraudolento del potere datoriale (la società aveva simulato una riduzione organizzativa e produttiva solo per sottrarsi alla tutela reale) (Trib. di Taranto, 21.04.2017).

Anche in questo caso, il Tribunale muovendo dall'art. 3, secondo comma del D.Lgs. 23 del 2015 e da quanto affermato dalla giurisprudenza di legittimità, ha ribadito che non può mai procedersi all'accertamento del "*fatto materiale contestato*" in difetto di contestazione dato che quest'ultima non solo è "*essenziale per l'esercizio del diritto di difesa, ma è altresì pre condizione necessaria affinché possa discorrersi di qualsivoglia fatto materiale sussistente: ne consegue che l'omessa contestazione specifica (tempestiva e antecedente rispetto al provvedimento di licenziamento) degli addebiti disciplinari esclude in radice la sussistenza di qualsiasi fatto materiale pur astrattamente idoneo a fondare un licenziamento per giusta causa, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria*".

La reintegra del dipendente per manifesta insussistenza del fatto contestato è stata anche accordata in caso di licenziamento per superamento del periodo di comportamento nel quale la società non ha, però, dato prova del recesso che aveva qualificato per giusta causa (Trib. Milano, 5.10.2016); ed anche in ipotesi di licenziamento orale (ossia privo della forma scritta) nel corso del quale il datore di lavoro non ha fornito prova dei requisiti formali e sostanziali del licenziamento (Trib. Chieti, 30.03.2017).

Diverse sono state, invece, le pronunce e le conclusioni raggiunte in tema di recesso per mancato superamento del periodo di prova intimato in forza di patto di prova nullo. Se, difatti, tutti i giudici convengono sul rilievo che, in assenza di prova scritta del periodo di prova, il rapporto debba ritenersi definitivo sin dalla sua costituzione con applicazione delle regole ordinarie del licenziamento; in alcuni casi è stata accordata ai lavoratori, previa risoluzione del rapporto di lavoro, solamente l'indennità economica prevista dalle tutele crescenti in assenza di giusta causa o giustificato motivo (Trib. Roma, 6.11.2016 e Trib. Milano, 8.04.2017); mentre, in altri, il diritto alla reintegra ed al pagamento della relativa indennità risarcitoria (Trib. Milano, 3.11.2016 e Trib. Torino, 16.09.2016). È stata, inoltre, esclusa l'applicabilità del decreto

23/2015 ai dipendenti di organizzazioni di tendenza assunti prima del 7 marzo 2015 nei confronti dei quali continua ad applicarsi la normativa previgente (Trib. Roma, 2.10.2017).

In tema di licenziamenti collettivi, interessante la sentenza del Trib. di Roma del 2.10.17. La pronuncia osserva, molto correttamente, che se la procedura di licenziamento collettivo viene censurata per dedotta inosservanza della forma scritta si applica il regime sanzionatorio previsto per i recessi nulli; invece, se la procedura viene censurata per violazione dei criteri di scelta, si applica la tutela esclusivamente risarcitoria.

### Le tutele crescenti nelle relazioni industriali

Il contratto a tutele crescenti ha avuto vita complicata anche sui tavoli delle relazioni sindacali. Non sono mancati casi, infatti, nei quali il negoziato sindacale ha avuto come protagonista la richiesta di "disapplicare" le regole del d.lgs. n. 23/2015. Queste ipotesi sono meno numerose di quanto si possa pensare ma, comunque, meritano di essere ricordate.

L'esempio più recente è quello dell'accordo siglato lo scorso 8 febbraio 2018 con l'azienda municipalizzata romana Acea, in base al quale questa si è impegnata a non applicare nei confronti di tutti i dipendenti (e dei futuri assunti) del gruppo le norme del d.lgs. n. 23/2015. Si tratta di una presa di posizione molto forte, che presenta numerosi profili di incertezza, non essendo chiaro fino a che punto le parti collettive possano scegliere quale norma applicare ai licenziamenti.

Secondo una lettura generalmente accolta, questi accordi sarebbero pacificamente validi, perché darebbero tutele di miglior favore ai lavoratori interessati. Si tratta, però, di una interpretazione sommaria, che non regge di fronte all'analisi puntuale delle norme, dalle quali emerge un fatto diverso: non è scontato che l'art 18, nella versione modificata dalla legge Fornero, abbia sempre natura migliorativa rispetto alle tutele crescenti.

Certamente, in gran parte dei casi, le tutele offerte dall'articolo 18 sono più "robuste" rispetto a quelle derivanti dal d.lgs. n. 23/2015: ma non sempre questo effetto si verifica.

Si pensi al caso del dipendente licenziato per mo- ➔

tivi organizzativi dopo 12 anni di lavoro: secondo le tutele crescenti, in caso di accertamento dell'invalidità del recesso, ha diritto sempre e comunque a percepire 24 mensilità della retribuzione.

Mentre, l'articolo 18 St. Lav., nella versione riformata dalla legge Fornero, spetta un trattamento deciso dal Giudice in misura discrezionale tra le 12 e le 24 mensilità.

Nel secondo caso (articolo 18) il Giudice potrebbe riconoscere un risarcimento inferiore rispetto a quello derivante dalle tutele crescenti. Questo piccolo paradosso serve a dimostrare che, per i licenziamenti economici, la maggior tutela dell'art. 18 è tutta da dimostrare e, questo argomento non può costituire l'elemento decisivo per legittimare gli accordi che optano per la non applicazione delle tutele crescenti. Altro aspetto critico di questi accordi riguarda il complesso meccanismo di calcolo del regime fiscale e contributivo delle indennità risarcitorie spettanti in caso di licenziamento.

Le parti sociali possono scegliere il regime sanzionatorio ma non le regole fiscali e contributive da applicare, spettando di volta in volta al Giudice un faticoso lavoro di coordinamento tra le tutele previste in via convenzionale e il regime giuridico applicabile secondo legge. Si pensi al seguente esempio: cosa accade se il dipendente licenziato e l'azienda decidono,

in presenza di un accordo come quello siglato da Acea, di conciliare la lite, utilizzando il regime fiscale della conciliazione previsto dal D.Lgs. 23/2015? Verrà negato il beneficio fiscale perché esiste l'accordo sindacale?

### **D.Lgs. 23/2015 e art. 18 della legge 300 del 1970: una differenza reale?**

Quali sono allora le reali differenze tra l'articolo 18 e il contratto a tutele crescenti? Posto che la disciplina del fatto materiale e quella dell'onere della prova restano sostanzialmente identiche, l'elemento distintivo tra i due regimi deve rinvenirsi (oltre al rinvio alle tipizzazioni delle sanzioni conservative previste nei contratti collettivi, presente solo nell'articolo 18) allora nel meccanismo di computo dell'indennità risarcitoria.

Le due riforme (la Fornero del 2012) ed il Jobs act (con le Tutele crescenti nel 2015) si pongono allora l'una in linea con l'altra: il decreto 23/2015 ha riscritto, rendendola più chiara, quella tendenza già inaugurata a prediligere l'indennità risarcitoria quale forma di ristoro del licenziamento illegittimo differenziando, però, il meccanismo dei risarcimenti, che nel D.Lgs. 23/2015 è sottratto a ogni discrezionalità, ma è un importo predefinito e crescente nel tempo (2 mensilità per ogni anno di anzianità aziendale, con un minimo di 4 e un massimo di 24 mensilità).

# Offerta conciliativa e transazioni novative come alternativa al giudizio

**L'esperienza del Consiglio provinciale dell'ordine dei consulenti del lavoro di Milano in materia di certificazione dei contratti di lavoro e di conciliazione delle controversie**

**P**resso l'Albo dei Consulenti del lavoro di Milano è incardinata la commissione di certificazione e conciliazione dei contratti di lavoro che grazie alla legge 266/2005 ha dato la facoltà per i Consigli provinciali dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di istituire apposite sedi di certificazione. Da quella data ad oggi la Commissione ha acquisito un'esperienza e un ruolo sempre maggiore, anche perché nel frattempo la legislazione nazionale ha riconosciuto le commissioni di certificazioni quale luogo deputato a "certificare" la genuinità degli accordi sottoscritti tra le parti. Se analizziamo l'attività dell'ultimo anno, troviamo che i colleghi consulenti, a cui va il plauso di tutto il Consiglio provinciale per l'attività svolta a favore della categoria, hanno ricevuto 33 istanze di certificazioni e 276 istanze di conciliazione volontaria. Delle 33 istanze di certificazione, 26 riguardavano la certificazione dei rapporti di Collaborazione coordinata e continuativa; 4 i rapporti di lavoro autonomi, 2 i contratti a termine e 1 l'apprendistato. Delle 276 istanze di conciliazioni 8 hanno riguardato l'art. 6, D.Lgs. 23/2015 e 8 la stabilizzazione art. 54, D.Lgs. 81/2015. Nel primo trimestre del 2018 le certificazioni sono state 12, mentre 89 le conciliazioni.

Tra le varie possibilità di certificare o conciliare un rapporto di lavoro il D.Lgs. 23/2015 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), ha previsto all'art. 6, la possibilità, "in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del

codice civile, e all'articolo 76 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni" (e quindi anche presso i Consulenti del lavoro n.d.r.) di "offrire un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizi". L'accettazione di tale importo, che deve essere effettuato solo attraverso un assegno circolare, "comporta l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento e la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta."

La ratio della norma, che si pone nel solco della progressiva riduzione dell'intervento del giudice sul rapporto di lavoro, è evidentemente quella di consentire la deflazione del contenzioso, consentendo alle parti di prevenire o di definire la lite sul licenziamento con vantaggi reciproci: accedendo all'offerta di conciliazione, il datore di lavoro ha la possibilità di monetizzare il licenziamento, a costo fisso e predeterminato, risparmiando sull'indennità risarcitoria eventualmente dovuta e beneficiando anche degli sgravi contributivi, mentre il lavoratore ha la certezza di percepire una contropartita economica esentasse rispetto al licenziamento, evitando l'alea del giudizio.

## Nuovo modello di risoluzione delle controversie

Molti commentatori<sup>1</sup> affermano che l'istituto →

<sup>1</sup> Secondo M. Falson, La conciliazione ex art. 6 Dlgs 23/2015 tra autonomia privata e incentivi statali in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 274/2015, pag. 5 e ss.

non costituisce uno strumento alternativo di risoluzione delle controversie rispetto a quelli presenti nell'ordinamento, ma si inserisce nell'ambito di modelli già esistenti, come si desume dal richiamo alle "sedi protette" di cui all'art. 2113, comma 4, c.c., e all'art. 76 del D.Lgs. n. 276/2003. D'altronde, tanto la rubrica che il testo della norma evocano testualmente l'istituto della conciliazione, cioè di un accordo in forza del quale le parti, con l'assistenza di un soggetto terzo, prevengono o definiscono una lite facendosi reciproche concessioni, dismettendo pretese proprie, o riconoscendo integralmente pretese altrui. I particolari requisiti per l'offerta sono infatti richiesti dalla norma solo al fine di consentire alle parti l'accesso ai vantaggi fiscali e contributivi previsti dalla medesima, e non alterano quindi la struttura negoziale della fattispecie.

È opportuno segnalare che esistono ricostruzioni parzialmente diverse, secondo cui quella predisposta dall'art. 6 rappresenterebbe "una conciliazione senza trattativa", in cui le parti dovrebbero accordarsi su un importo i cui fattori di calcolo sono già predisposti dal legislatore. A parere di chi scrive però occorre accettare la tesi di Falsone, al quale sembra che questa ipotesi ricostruttiva sia smentita dalla circostanza per cui il legislatore ammette che nella medesima sede conciliativa possano essere pattuite ulteriori somme a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro, sancendo che ad esse si applichi il regime fiscale ordinario. Ma a prescindere da ciò, la tesi della natura negoziale della fattispecie disegnata dall'art. 6, D.Lgs. 23/2015 deriva proprio dal fatto che il legislatore ha inteso riferirsi ad una modalità di risoluzione di tipo conciliativo che prevede sì l'intervento di un organo mediatore, ma che non può mancare di un seppur minimo spazio di libertà contrattuale, pena il suo stesso snaturamento<sup>2</sup>.

D'altro canto il riferimento alle sedi di conciliazione ex art 410 e seguenti nonché a quelle istituite dall'art. 76 del D.Lgs. 276/2003, lasci pochi dubbi sulla volontà del legislatore di trovare sedi qualificate per evitare il ricorso giudiziario.

Con questa disposizione, le commissioni di certifica-

zione non acquisiscono una nuova funzione poiché, come è noto, l'ipotesi della certificazione delle rinunzie e transazioni "a conferma della volontà abdicativa o transattiva delle parti" era già prevista dall'art. 82, D.Lgs. 276/2003. Siccome, per regolare tale tipologia di certificazione, l'art. 82 comma 1-bis rinvia, in quanto compatibili, alle procedure previste dagli artt. 75 e segg. dello stesso D.Lgs. 276/2003 ed è a queste che il datore di lavoro deve fare riferimento per provocare la conciliazione ai sensi dell'art. 6 D.Lgs. 23/2015. L'istanza scritta per avviare la procedura di certificazione deve, pertanto, essere presentata, entro i termini di legge, alla commissione competente per territorio ai sensi dell'art. 77, D.Lgs. 276/2003. Inoltre, essa deve essere presentata da entrambe le parti (art. 78, comma 1, D.Lgs. 276/2003) e non solo dal datore di lavoro che intenda lanciare l'offerta. Ciò implica che vi sia già un accordo fra gli interessati, quanto meno sulla volontà di tentare la conciliazione.

### Il ruolo del Conciliatore

Il conciliatore adito, può essere un organo pubblico di tipo amministrativo (la DTL o le commissioni di certificazione istituite presso enti pubblici autorizzati ex art. 76, D.Lgs. 276/2003 come quelle previste dai Consulenti del lavoro), o di tipo giurisdizionale (il giudice del lavoro), o, ancora, un organo privato (la commissione sindacale, il collegio di conciliazione e arbitrario irrituale). Il compito del conciliatore, quale che sia la sua natura, è quello di esprimere il consilium finalizzato alla risoluzione della controversia e ad evitare l'intervento decisorio di un terzo (arbitro o giudice). Per essere utile alle parti, il consilium deve essere espresso re cognita: "il conciliatore deve pertanto conoscere le contrapposte posizioni delle parti, deve avere a disposizione e deve esaminare preventivamente gli elementi fondamentali sui quali la controversia poggia"<sup>3</sup>.

Ma, ecco l'aspetto interessante, è ben possibile che davanti all'organo di conciliazione le parti discutano dell'entità dell'importo soggetto ai benefici fiscali e contributivi di cui all'art. 6, D.Lgs. 23/2015. Quest'ultimo infatti, anche ove rappresenti solo una parte →

<sup>2</sup> Falsone, ibidem pag. 7.

<sup>3</sup> C. Punzi, Conciliazione e tentativo di conciliazione, in Enc. Dir., Aggiornamento, IV, Milano 2000, pagg. 338339.

dell'importo complessivo offerto, deve essere esattamente individuato affinché entrambi gli interessati siano edotti dei costi complessivi dell'accordo e quindi anche delle conseguenze fiscali e contributive della transazione. In questo caso la Commissione può domandare la documentazione utile a verificare la correttezza dei calcoli effettuati ex art. 6, D.Lgs. 23/2015 e visioni il contratto di assunzione e l'ultima busta paga, oppure può richiedere che le parti si siano già accordati su questi aspetti e ne dia riscontro nel verbale. Questo comportamento della commissione rientrerebbe a pieno nei compiti e nelle prerogative della conciliatore in quanto emanazione di un organo pubblico.

Come molti commentatori hanno sottolineato gli organi di conciliazione pubblici, come la Commissione dei Consulenti del lavoro in esame, potrebbero ritenere legittimo, se non doveroso, il loro rifiuto a "consacrare" una conciliazione in caso di palese iniquità del suo contenuto o in caso di contenuto illecito a norma degli artt. 1343 e 1344 cod. civ. Nel caso di specie, questa eventualità assume un certo rilievo e andrebbe approfondita, perché dall'accordo ex art. 6, D.Lgs. 23/2015 scaturisce una spesa pubblica, nella forma della rinuncia dello Stato ad ottenere introiti di natura contributiva e fiscale, di cui si potrebbe abusare in buona o in mala fede.

### Gli effetti della conciliazione

Il secondo periodo del primo comma dell'art. 6, D.Lgs. 23/2015, oltre ad individuare il momento di perfezionamento dell'accordo, ne stabilisce gli effetti legali. Si tratta, cioè, di effetti che prescindono, in astratto, da una espressa volontà delle parti e che derivano dal fatto che l'organo di conciliazione adito abbia verbalizzato la sussistenza dei requisiti richiesti dall'art. 6, D.Lgs. 23/2015 per accedere ai benefici fiscali e contributivi.

Il primo di tali effetti è "l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento". Questa previsione può apparire inutile, perché con il licenziamento impugnabile (o impugnato) il rapporto di lavoro è già cessato. Tuttavia, la previsione può avere un suo significato normativo, nella misura in cui l'offerta di conciliazione ex art. 6, D.Lgs. 23/2015 può essere applicata anche

in caso di licenziamento nullo o inefficace che, giuridicamente, non produce effetti e rispetto al quale, infatti, il giudice si limita ad emettere, eventualmente, una sentenza di natura accertativa (art. 2, comma 1, D.Lgs. 23/2015). Con la conciliazione dunque, il licenziamento assertivamente nullo o inefficace e i cui effetti sono quindi oggetto di contestazione, estingue indiscutibilmente e a posteriori il rapporto di lavoro, ma con effetti *ex tunc*.

Il secondo degli effetti previsti dalla legge è "la rinuncia alla impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta". Sotto questo aspetto, non si può aderire alla tesi per cui l'effetto della rinuncia all'impugnazione dipende dalla consegna dell'assegno circolare davanti all'organo di conciliazione, e non da una rinuncia del lavoratore espressamente verbalizzata nella medesima sede assistita, che pure può risultare a verbale e che, lo si ricordi, avrebbe potuto anche essere concordata in sede privata fra le parti, non rientrando fra i casi di disposizione di diritti di cui all'art. 2113 cod.civ.

A chi scrive però appare più aderente al dettato normativo affermare che la scelta del lavoratore di esprimere la volontà di rinuncia davanti alla sede assistita, non solo attraverso la ricevuta dell'assegno, produca l'effetto di impedire al lavoratore di impugnare successivamente il licenziamento sul presupposto di aver ricevuto una somma, ai sensi dell'art. 6, D.Lgs. 23/2015, più bassa di quella prevista nella stessa disposizione.

È scontato, infine, che a seguito della conciliazione non muta il titolo della risoluzione del rapporto,, come avviene con il cosiddetto "Rito Fornero" che resta il licenziamento, pertanto al lavoratore che abbia accettato l'offerta di conciliazione spetta la NASpI.

### Il nuovo parametro di determinazione del risarcimento

Uno degli aspetti più interessanti della normativa in esame riguarda l'introduzione di un nuovo parametro per il calcolo dell'indennità risarcitoria legato all'ultima retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto. Il centro Studi di Milano ha formulato a questo proposito un orientamento, che verrà pubblicato sulla prossima rivista dell'organo informativo, proprio nel tentativo di chiarire ➔

alcuni aspetti della normativa in esame.

L'obbiettivo della norma da tutti riconosciuto era quella di predeterminare i costi del licenziamento attraverso un meccanismo semplice che superasse l'elaborazione giurisprudenziale della retribuzione globale di fatto prevista dall'art. 18 Statuto dei lavoratori, ove potevano rientrare diverse forme di retribuzione. Il nuovo parametro fissato dalla retribuzione utile ai fini del Tfr comporta infatti alcuni problemi, il primo dei quali riguarda l'indiretto effetto di trascinamento della relativa regolamentazione contenuta nell'art. 2120 c.c., essendo evidentemente necessario verificare quanto di quella norma è importabile nel contesto di una disciplina volta a sanzionare l'illegittima risoluzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti<sup>4</sup>. L'orientamento si esprime confermando che il rinvio alla retribuzione utile ai fini del Tfr trascina con sé la disciplina di cui all'art. 2120 del codice civile e soprattutto legittima pacificamente la difformità del costo del licenziamento illegittimo in funzione del diverso contratto collettivo applicato.

In secondo luogo secondo la tradizionale elaborazione sviluppata in sede dottrinale e giurisprudenziale, si prenderà, perciò, come riferimento non la retribuzione effettivamente corrisposta, ma quella maturata ed esigibile, alla stregua del criterio di competenza e non di cassa, e utilizzando il principio di onnicomprensività stabilito come previsto dalla Cassazione nel 2012. Quanto alla non occasionalità del titolo della dazione, l'emolumento andrà computato non in forza della frequenza o della periodicità dell'erogazione, ma sulla base della ragione che giustifica il compenso (il «titolo», appunto), dovendosi, quindi,

escludere dalla base di calcolo le corresponsioni che non dipendono causalmente dal rapporto di lavoro, cioè che non sono legate a esso da una relazione di causalità diretta. Com'è noto, ai sensi del comma 2 dell'art. 2120 c.c., vi è sempre stata la possibilità per la contrattazione collettiva di qualunque livello (quindi, anche aziendale) di derogare, in senso sia migliorativo che peggiorativo, al principio di onnicomprensività cui si ispira la norma: ciò a patto che la deroga risulti in modo chiaro e non equivoco, cioè sia frutto di una volontà espressa (non essendo sufficiente la mera quantificazione di un elemento in termini tali da essere escluso dalla base di calcolo), e sia stabilita da contratti collettivi successivi all'entrata in vigore della riforma del 1982.

Appare, dunque, evidente che l'«ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», nel momento in cui viene impiegata quale parametro di commisurazione del risarcimento da licenziamento illegittimo, trascina con sé non solo i propri criteri identificativi che ne consentono la determinazione, ma conseguentemente anche i meccanismi di deroga eventualmente introdotti dalla contrattazione collettiva in virtù dell'incipit di cui al comma 2 dell'art. 2120. Quindi il calcolo del parametro di riferimento per l'indennità risarcitoria sarà l'ultima retribuzione teorica del lavoratore per il numero delle mensilità diviso 12.

Infine è evidente che la scelta legislativa di identificare l'«ultima retribuzione utile», deve essere intesa innanzitutto nel senso di escludere la cosiddetta retribuzione in progress, cioè la possibilità di tener conto delle variazioni della retribuzione successive al licenziamento.

<sup>4</sup> R. Vianello, Il licenziamento illegittimo nel contratto a tutele crescenti: il Nuovo parametro di determinazione del risarcimento in WP CSDLE Massimo D'Antona it – 3592018 pag 10 e ss.

# Conciliazione di lavoro, l'imponibilità delle somme corrisposte

*Nelle conciliazioni di lavoro appaiono casistiche ricorrenti che prevedono l'erogazione di somme rispetto alle quali spesso ci si interroga sull'imponibilità o meno, sia a livello fiscale che previdenziale. Può pertanto essere utile un sintetico riepilogo delle stesse, nella consapevolezza che alcune soluzioni proposte sono tutt'altro che scontate o incontrovertibili*

Si cominci con il notare, in via preliminare, che nelle conciliazioni di lavoro – specie ove la portata è tombale e riconducibile al superamento della “riserva” di cui all'art. 2113 cod. civ. – vi sono sostanzialmente due tipi di chiusura, anche contemporaneamente presenti, la cui terminologia viene spesso, erroneamente, posta sul medesimo piano:

- la **transazione** (art. 1965 c.c.) consiste in un reciproca concessione delle parti posta in essere allo scopo di porre fine ad un contendere (o eventualmente prevenirlo);
- la **rinuncia** è invece un atto unilaterale in cui una parte abdica ai propri diritti, anche in assenza di una contropartita specifica (che invece nella transazione risulta elemento indispensabile).

La transazione a sua volta si distingue in transazione semplice e novativa. Nella prima, in un ambito conciliativo, le parti si accordano per una quantificazione, fonte di trattativa ma senza cambiare il titolo originario, ovvero la causa del contendere; sono esempi di transazione semplice somme concordate a fronte del riconoscimento di livelli o qualifiche differenti, rimborsi spese non conteggiati, elargizione di straordinari o maggiorazioni non riconosciute, indennità risarcitorie per il licenziamento etc. Nella transazione novativa, invece, le parti raggiungono un accordo (vedi art. 1230 c.c.) il cui contenuto è completamente slegato dalla causa, dando pertanto vita ad un contratto del tutto nuovo ed autonomo rispetto al

passato, con una chiara volontà delle parti di estinguere qualsiasi obbligazione precedente, costituendo una autonoma.

Aggiungiamo inoltre un altro aspetto, utile alla comprensione di questa premessa: in linea generale, nella transazione semplice la somma erogata - sia pure in modo conciliato e quindi convenuto fra le parti – segue la tassazione e/o la contribuzione corrispondente al titolo originario; non così per la transazione generale che avrebbe una sua linea di tassazione autonoma.

Risulta utile anche la distinzione fra somme erogate per il ristoro di un **lucro cessante**, che sono somme volte a risarcire il mancato guadagno e/o una perdita economica diretta, e che quindi sono imponibili, per quanto detto poc'anzi, secondo la tipologia di titolo che vanno a ristorare (in tal senso, tuttavia, potrebbero essere anche totalmente esenti, se volte, ad esempio a ristorare dei rimborsi spese documentati e non riconosciuti – anche qui dipende dal titolo) e somme che sono erogate per la compensazione di un **danno emergente** (quali somme per il ristoro di danni morali, biologici, o ancora relativi alla salute o alla vita di relazione o all'immagine) che invece sono di regola del tutto esenti.

Si diceva della transazione novativa; essa avrebbe una sua titolazione autonoma, di regola con esenzione quantomeno sotto il profilo contributivo, ma è spesso ricorrente che dentro tale dicitura vi sia la tendenza ad inserire un pò di tutto, con finalità non di rado ➔

elusive (se le parti non riconoscono alle somme erogate alcun titolo se non il mero abbandono/cessazione della lite, le somme “perdono” l'imponibilità propria del titolo che ha originato il contenzioso).

A tal proposito, pertanto, è stato precisato dalla prassi che:

- in via generale, rispetto alle somme corrisposte ad un certo titolo (quale che sia) nell'ambito di una conciliazione, non è preclusa agli organi di vigilanza l'accertamento sulla reale natura e causa delle somme, non essendo sufficiente il *nomen iuris* che le parti hanno voluto attribuirvi;
- in particolare, per parlare di transazione novativa, non appare sufficiente il mero disconoscimento delle richieste del lavoratore a qualificare in tal modo le somme erogate a questo titolo;
- come corollario delle affermazioni precedenti, l'Amministrazione ritiene in genere la transazione novativa imponibile sia fiscalmente che contributivamente (circ. Inps 263/1997 e 6/2014; Circ. AE 326/E/1997) con la sola esclusione di un titolo novativo che sia realmente autonomo e scollegato dalle richieste di altra natura;
- comunque la transazione novativa resta imponibile dal punto di vista fiscale a tassazione ordinaria (la tassazione con aliquota TFR può essere applicata laddove la somma sia erogata “in occasione e in correlazione alla cessazione del rapporto”). Il titolo del tutto autonomo della reale ed effettiva transazione novativa pone, secondo alcuni commentatori, tale somma nell'ambito di quelle previste all'art. 67 co, 1 lett. l) del TUIR (somme date per fare, non fare, permettere etc.).

Prima di affrontare il tema della tassazione delle indennità connesse alla cessazione del rapporto, parliamo degli altri casi in cui la somma conciliativa rientra nella predetta tipologia (art. 67 co, 1 lett. l) del TUIR) precisando subito che, pur essendo nella stessa voce del TUIR prevista anche per le somme erogate come compenso per lavoro autonomo occasionale, le somme erogate per fare /non fare devono intendersi esenti contributivamente anche al sopra della franchigia dei 5000 euro annui.

In genere, tali somme sono erogate *in assenza di rapporto di lavoro diretto* con l'erogante e riguardano il caso in cui venga risarcito il lavoratore in seguito ad una mancata esecuzione di una promessa di assunzione, oppure della rinuncia alla richiesta di assunzione diretta in caso di appalto, distacco o somministrazione illegittimi o ancora della rinuncia alla mera azione di responsabilità solidale ex art. 29, D Lgs. 276/2003<sup>1</sup>.

### Integrazione Tfr

Precisato quanto sopra per le altre somme, una casistica certo non secondaria è data dalle somme che trovano la loro origine nella cessazione del rapporto, sia nella forma del licenziamento che in quella della risoluzione consensuale o delle c.d. “dimissioni incentivate”.

Cominciamo subito con il precisare che una somma data, nell'ambito di una conciliazione su una cessazione, a titolo di “**integrazione TFR**” (secondo una formula purtroppo prevalente nell'uso comune) rappresenta *un controsenso ed un titolo decisamente rischioso*, essendo il TFR soggetto ad un preciso criterio di determinazione e (recentemente) anche ad obblighi di conferimento ad INPS nelle aziende di una certa dimensione. L'indimostrabilità del titolo specifico porterebbe, per quanto detto in precedenza, alla totale imponibilità delle somme erogate con tale dicitura per evidente carenza di giustificazione. L'uso di tale titolo per sottrarre le somme all'imponibilità contributiva è perciò da evitare (anche perché le somme date per il risarcimento del licenziamento illegittimo o per la rinuncia all'azione di reintegra o di contestazione del licenziamento sono già naturalmente esenti contributivamente).

### Incentivo all'esodo

Un altro titolo spesso abusato è quello dell'**incentivo all'esodo**. Nella sua accezione più caratteristica, infatti, questo titolo (esente da contribuzione ed imponibile secondo l'aliquota fiscale del TFR) consiste in una somma erogata dal datore di lavoro al fine di favorire la risoluzione del rapporto. Ciò può trovare origine sicuramente in una risoluzione consensua- ➔

<sup>1</sup> Per quanto ovvio, la rinuncia alle azioni conseguenti alle esternalizzazioni per essere efficace dovrà essere esperita solo *ex post* ed in ipotesi di causa (almeno potenziale), non potendosi considerare valida una rinuncia a diritti futuri effettuata *ex ante*.

le, ma anche in un licenziamento in cui sia offerta al lavoratore una somma che lo incentivi ad “accettare” il licenziamento, nel senso di rinunciare in via preliminare ad una sua impugnazione. Anche il tale secondo caso, l'accettazione di una tale somma non cambia il titolo della cessazione del rapporto, e se la stessa è qualificata come licenziamento il diritto alla Naspi per il lavoratore non viene meno.

È tuttavia ovvio che, scontando anche l'incentivo all'esodo l'esenzione contributiva, la dicitura potrà essere utilizzata a questo proposito con scarso o nullo successo in caso in cui non vi sia alcun collegamento con una reale incentivazione, ad esempio in un caso di pensionamento volontario, o dimissioni spontanee o ancora laddove sia trascorso un certo lasso di tempo fra la cessazione e la intervenuta conciliazione e/o erogazione della somma.

### Imponibilità delle somme corrisposte per la transazione relativa al licenziamento e per la reintegrazione

Sgombrato il campo, resta il grande tema delle imponibilità delle somme corrisposte per la **transazione relativa al licenziamento**.

In via generale, la somma con cui si concilia rispetto ad un licenziamento è:

- *esente da contribuzione* (circ. Inps 263/1997, punto 2), pertanto l'uso invalso delle formule atipiche ricordate in precedenza non è solo rischioso (in quanto equivoco) ma del tutto inutile e privo di pregio<sup>2</sup>;
- *assoggettata all'aliquota TFR* in quanto somma che trova origine nella cessazione del rapporto di lavoro (salvo offerta conciliativa).

Ciò in tutti i casi in cui con l'erogazione di una somma si estingue il contenzioso relativo al licenziamento, in qualunque delle fattispecie di licenziamento ci si trovi, ivi comprese le ipotesi in cui l'estinzione del rapporto avvenga su sentenza.

Diverso è invece il trattamento delle somme in caso di **reintegrazione**.

A tal proposito bisogna ancora distinguere fra *reinte-*

*gra piena e reintegra spuria*. Senza addentrarci in una trattazione che ci porterebbe lontano dal tema del presente commento, in generale la *reintegra piena* è prevista, sia nella formulazione dell'art. 18 “post Fornero” sia nel contratto a tutele crescenti, nei casi di licenziamento discriminatorio o nullo. In tal caso, gli importi dovuti per la reintegrazione, che colmano la scopertura fra la data del licenziamento e quella dell'effettiva reintegra, sono del tutto imponibili ai fini INPS (cfr. Interp. 12/2012) e soggetti ad Irpef secondo la normale tassazione (in entrambi gli aspetti, la somma si scomporrà fra arretrati relativi ad anni precedenti e parte relativa all'anno in corso, quello in cui avviene la reintegra).

Il caso della reintegra “spuria” o attenuata si presenta invece in diverse situazioni (commi 4 e 7 dell'art. 18 post Fornero, art. 3, comma 2 del contratto a tutele crescenti); si definisce attenuata in quanto, indipendentemente dal tempo trascorso per la decisione della causa, la norma fissa (insieme alla reintegra) una somma (con un minimo ed un massimo, quindi non più commisurata strettamente alle effettive retribuzioni perse) a titolo risarcitorio per il tempo trascorso dal licenziamento alla reintegrazione. Tale somma deve intendersi esente contributivamente, ma non si canti vittoria in quanto qui il datore di lavoro è obbligato comunque a “versare i contributi dovuti per il periodo” (non è stato tuttora spiegato bene con quale meccanismo di calcolo).

Un caso particolare è costituito dalla reintegra “spuria” di un contratto a termine illegittimo, in quanto qui la somma (da 2,5 a 12 mensilità) corrisposta al lavoratore è destinata a risarcire anche il danno contributivo (cfr. circ. Inps 40/2011).

La somma (15 mensilità) invece che il lavoratore può scegliere (dopo la sentenza di reintegra, piena o attenuata, e quindi in aggiunta a quanto precede) come alternativa alla effettiva ripresa del rapporto di lavoro è esente contributivamente e soggetta fiscalmente ad aliquota TFR.

In questo campo così variegato si inserisce la no- ➔

<sup>2</sup> L'Inps a buon conto precisa che la contribuzione relativa all'indennità di preavviso è comunque dovuta. Pertanto può essere estremamente rischioso, come talvolta si osserva, far confluire

negli importi esenti anche l'indennità di preavviso “rinunciata”, in quanto ciò potrebbe non essere opponibile alla ripresa dell'importo corrispondente nell'imponibilità contributiva ed assicurativa.

vità introdotta dal D.Lgs. 23/2015, la normativa sul contratto a tutele crescenti, per due motivi:

- il primo (che non sarà qui oggetto di discussione) è l'introduzione di un parametro di riferimento nuovo rispetto al precedente e consiste nel calcolare le mensilità di riferimento per tutti gli aspetti di natura risarcitoria del licenziamento non più relativamente alla retribuzione di fatto bensì alla "ultima retribuzione utile ai fini del TFR";

- il secondo è rappresentato dall'offerta di conciliazione (art. 6, D.Lgs. 23/2015), nuova nel panorama fin qui affrontato e possibile solo per i rapporti ricadenti dell'ambito delle tutele crescenti (accessi o trasformati a tempo indeterminato dal 7 marzo 2015 in poi).

L'offerta di conciliazione, con il chiaro scopo di riduzione del contenzioso, prevede la possibilità di offerta al lavoratore, "in sede protetta", da parte del datore di lavoro di una somma pari ad una mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio, e comunque non inferiore a due e non superiore a 18 mensilità (per le aziende fino a 15 dipendenti non inferiore ad 1 mensilità e non superiore a 6).

Se l'offerta, che deve realizzarsi con l'emissione di un assegno circolare intestato al lavoratore e consegnato almeno contestualmente alla conciliazione, viene accettata dal lavoratore il rapporto si estingue. Ai fini dell'imponibilità, la somma dell'offerta di conciliazione è completamente esente, sia dal punto di vista contributivo che retributivo, mentre le altre somme corrisposte nell'ambito della conciliazione "seguono il regime fiscale ordinario".

La formulazione della norma sull'offerta conciliativa pone – dal punto di vista dell'imponibilità - alcuni pro-

blemi, ancora non risolti, fra cui evidenziamo i seguenti:

a) *la determinazione dell'offerta conciliativa rappresentata, sotto il profilo della tassazione, un importo fisso (né più né meno) o un valore limite "non plus ultra"?* Per fare un esempio, se il valore dell'offerta conciliativa fosse pari a 10, una transazione sul licenziamento con la corresponsione di 6 sarebbe del tutto imponibile in quanto non corrisponde ai requisiti o esente in quanto rientrante nel limite? Chi scrive propende per la seconda ipotesi per due motivi: il primo, banale, è che il maggiore comprende il minore, il secondo è che se così non fosse verrebbe vanificato lo scopo di riduzione del contenzioso insito nell'offerta conciliativa.

b) *Con la dizione secondo cui le altre somme erogate seguono il regime fiscale ordinario che cosa si intende?* Che l'offerta conciliativa esaurisce qualsiasi possibilità di prevedere altre somme collegate alla cessazione del rapporto (per cui, imponibilità normale) oppure che se si prevedessero altre somme (ad esempio una ulteriore somma risarcitoria per il licenziamento) si manterrebbe il regime previsto per la stessa anche sotto il profilo fiscale e previdenziale? Chi scrive propende per il fatto che le somme ulteriori eventualmente previste oltre l'offerta conciliativa debbano avere un titolo autonomo slegato dalla cessazione del rapporto (esemplificando: no a ulteriori indennità risarcitorie per licenziamento o incentivi all'esodo, per intenderci).

I pareri di chi scrive sono ovviamente offerti senza alcuna pretesa di "interpretazione autentica", ma come mero contributo alla discussione.

# LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI E SANZIONI: L'EVOLUZIONE NORMATIVA, LA GIURISPRUDENZA PIÙ RECENTE E LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE

**ore 14,00**

Registrazione partecipanti

**ore 14,15 - SALUTI**

**Potito di Nunzio** Presidente Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano

**Alessandro Graziano** Presidente Anclup di Milano

**Alessandro Mori** Responsabile Redazione Lavoro - Il Sole 24 Ore

**ore 14,30 - INTRODUZIONE**

**Potito di Nunzio** Coordinatore Centro Studi e Ricerche Ordine Consulenti del Lavoro di Milano

**RELAZIONI e RELATORI**

IL REGIME SANZIONATORIO DEL LICENZIAMENTO: DALLO STATUTO DEI LAVORATORI AL JOBS ACT.  
CONFERME E NOVITÀ.

**Angelo Zambelli**, Avvocato e Co-Managing Partner di Grimaldi Studio Legale

CASI E ORIENTAMENTI RECENTI DELLA GIURISPRUDENZA SUI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI

**Giampiero Falasca** Avvocato e Partner di DLA Piper Studio Legale

L'OFFERTA CONCILIATIVA E LE TRANSAZIONI NOVATIVE COME ALTERNATIVA AL GIUDIZIO:  
L'ESPERIENZA DEL CPO DI MILANO

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

LA TASSAZIONE DELLE SOMME TRANSATTIVE E/O EROGATE AL TERMINE DEL RAPPORTO

**Andrea Asnaghi** Coordinatore CSR Sezione Semplificazione

**ore 17,30 - DIBATTITO E RISPOSTA A QUESITI**

Moderatore: **Luciana Mari**, Coordinatrice Commissione Pari Opportunità

**ore 18,00**

Termine dei lavori

I quesiti dovranno pervenire entro il 6 Aprile 2018 all'indirizzo e-mail  
info@consulentidellavoro.mi.it Evento gratuito valido ai fini  
della Formazione Continua Obbligatoria. Dà diritto a n. 4 crediti per gli iscritti  
agli Ordini dei Consulenti del Lavoro Prenotazione obbligatoria sul sito:  
**www.consulentidellavoro.mi.it**



Consulti del Lavoro  
Consiglio Provinciale  
dell'Ordine di Milano



A.N.C.L.  
Sindacato Unitario  
U.P. di Milano



**Lavoro** GRUPPO 24 ORE

**Prenotazione obbligatoria**  
www.consulentidellavoro.mi.it

**Informazioni**  
**Paolo Ronchi** - Marketing Ordini Professionali ed Enti Il Sole 24 ORE Spa  
tel. 02 3022 4972 mail paolo.ronchi@ilsole24ore.com

**Riferimento commerciale**  
**Paolo Cassano** - DM Il Sole 24 ORE Trading Network SpA  
cell. 346 352 5737 mail paolo.cassano@ilsole24ore.com

Evento gratuito organizzato  
dall'Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano,  
valido ai fini della Formazione Continua Obbligatoria.  
Dà diritto a n. 4 crediti formativi.

