

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 5

SOMMARIO



● IL PUNTO.....PAG. 2

DOTTRINA

- SMART WORKING-LAVORO AGILE E TELELAVORO, LE DISCIPLINE. LA NUOVA CONCEZIONE DI SUBORDINAZIONE NEL CONTRATTO DI LAVORO di **ALBERTO STOCCO**..... PAG. 4
- TORINO VS. LONDRA IL LAVORO NELLA GIG ECONOMY TRA AUTONOMIA E SUBORDINAZIONE di **GIONATA CAVALLINI**..... PAG. 7
- GDPR – IL REGOLAMENTO GENERALE SULLA PROTEZIONE DEI DATI È ARRIVATO AL SUO DEBUTTO IN SOCIETÀ di **ANDREA MERATI**..... PAG. 12
- AMMINISTRAZIONE SEGRETA: LA MISURA DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE di **MAURO PARISI**..... PAG. 14
- REPECHAGE: L'ONERE DELLA PROVA RITORNA IN CAPO AL DATORE DI LAVORO di **LAURA DI NUNZIO**..... PAG. 19
- ANALISI ATTENTA DELLE FATTISPECIE DISCIPLINARI E DELLA PROCEDURA EX ART. 7 L. N. 300/1970 di **GIANFRANCO CURCI**..... PAG. 22

● DISTACCO UE: VALIDITÀ DEL CERTIFICATO A1, IL SUO VALORE PROBATORIO E PROCEDURA DI DISCONOSCIMENTO di **SABRINA PAGANI**..... PAG. 24

● IL CONSULENTE DEL LAVORO: LA SUA FUNZIONE SOCIALE NELLA GENESI STORICA - PARTE PRIMA di **GIANFRANCO CURCI**..... PAG. 27

● WHISTLEBLOWING E AZIENDE PRIVATE: TUTELE E LACUNE di **ANTONELLA ROSATI**..... PAG. 33

● AREA DELLA INVALIDITÀ: DIMENSIONE DEL FENOMENO di **LUCA DI SEVO**..... PAG. 35

LE RISPOSTE DEL CENTRO STUDI

● LEGGE QUADRO PER L'ARTIGIANATO: CALCOLO DEI LIMITI DIMENSIONALI..... PAG. 32

RUBRICHE

SENZA FILTRO

● IL GRANDE BLUFF DELLA TUTELA ALLA PRIVACY DELLE PERSONE FISICHE di **ALBERTO BORELLA**..... PAG. 38

UNA PROPOSTA AL MESE

● PER I PROFESSIONISTI UNA MAGGIORE ATTENZIONE di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 41

SENTENZE

Parità di trattamento per i lavoratori a tempo parziale di **RICCARDO BELLOCCHIO** e **ALESSIA ADELARDI**..... PAG. 44

Assistenza al disabile e diritto del lavoratore al trasferimento di **SILVANA PAGELLA**..... PAG. 44

No ad appalti in luogo della somministrazione di **STEFANO GUGLIELMI**..... PAG. 45

Corretto inquadramento contrattuale: mansioni svolte valutate nella loro unitarietà di **SABINO PIATTONI**..... PAG. 45

L'invenzione del lavoratore rientra nel diritto d'autore di **ANGELA LAVAZZA**..... PAG. 46

PAG. 36

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

Direttore Responsabile
POTITO DI NUNZIO

Redattore Capo
D. MORENA MASSAINI

Redazione
ANDREA ASNAGHI
RICCARDO BELLOCCHIO
STELLA CRIMI
ALESSANDRO PROIA

Segreteria di Redazione
MARINA DUCCI

Progetto e Realizzazione Grafica
ELENA DIZIONE

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

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

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

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

Sezione Studi e Ricerche:
Coordinatore Riccardo Bellocchio

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

Sezione Semplificazione normativa:

Coordinatore Andrea Asnaghi
Anna Adamo, Brunello Barontini,
Gianluca Belloni, Luca Bonati,
Marco Cassini, Alberta Clerici,
Gabriele 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

Presidente di Nunzio, con quale animo ti appresti ad accogliere il Festival del lavoro che si terrà alla fine del prossimo mese di giugno a Milano?

Non posso che essere contento e fiero che la città di Milano, capitale dei servizi e dell'industria, centro di sperimentazione - se posso usare questo termine - di nuovi lavori e foriero di nuovi saperi, ospiti, finalmente, questa importante manifestazione per la quale Milano si era candidata già da tempo.

Manifestazione che è l'espressione della nostra categoria e che trova nella sede del MiCo una sede "speciale" per la quale è necessaria una organizzazione calibrata e perfettamente funzionante. Tutto il Consiglio provinciale dell'ordine di Milano e anche l'Ancl U.P. Milano - che ringrazio - sta partecipando con grande entusiasmo ai preparativi.

Perché "speciale"?

"Speciale" perchè MiCo, sede della "vecchia" fiera di Milano, si affianca a City life, una nuova realtà urbana e non solo, che traccia l'orizzonte della città ma anche delle nuove sfide, economiche e di lavoro. "Speciale" anche nelle dimensioni: 70 sale a disposizione per gli eventi in programmazione che potranno ospitare fino a 18 mila persone.

Ci puoi dare qualche anticipazione sul "Fuori Festival"?

Ci stiamo preparando per accogliere con attenzione e grande ospitalità tutti coloro che parteciperanno al Festival con un programma dedicato al "Fuori Festival". Stia-



mo mettendo a punto il programma che a breve sarà reso disponibile a tutti sul sito nazionale del nostro ordine.

Milano, capitale economica, ma anche centro culturale. Ci sono tanti angoli nascosti in città che

rivelano bellezze inimmaginabili, musei del nuovo e dell'antico concepiti con strumenti di grande modernità. Tutti sono invitati a "scoprire" la nostra città.

State lavorando intensamente anche per la nuova edizione de "Il lavoro tra le righe", evento unico nel suo genere. Ci puoi raccontare come si stanno svolgendo i lavori?

La nostra giuria ha ricevuto circa 70 testi da leggere e valutare e, dopo attenta riflessione, sarà aggiudicato il premio letterario. Mi-



lano ci tiene molto a questo evento che, lo ribadisco, è unico nel suo genere. La divulgazione scientifica deve essere supportata e premiata e portata sempre più all'attenzione di tutti. Il Festival sarà l'occasione per la premiazione degli autori della migliore pubblicazione tecnica e giuslavoristica.

Il Festival come "palestra di idee, di eventi". Ma è anche ➔

un'occasione per fare sentire al mondo politico la vostra voce di esperti conoscitori del mondo del lavoro?

Sicuramente. I Consulenti del lavoro sono profondi conoscitori del tessuto produttivo e imprenditoriale del nostro Paese. Sono chiare le nostre richieste che vanno dalla semplificazione in tutti i settori alla riduzione del costo del lavoro con un occhio di riguardo alle piccole e medie imprese, il vero asse portante della nostra economia che non sempre viene tributata dell'interesse che merita per il grande apporto che può portare in ter-

mini economici, di sviluppo e di occupazione nel nostro Paese.

C'è qualcosa che vuoi comunicare ai tuoi colleghi?

Certamente, l'invito è quello di **partecipare numerosi al Festival**, saranno 3 giorni di intensi lavori, di work shops, incontri anche informali per scambiare idee, opinioni, per sentirsi davvero uniti nella categoria. LA PARTECIPAZIONE AL FESTIVAL DARÀ LA POSSIBILITÀ DI OTTENERE BEN **14 CREDITI FORMATIVI**.

L'augurio è di vedere tutti i colleghi milanesi, e non solo, e mi aspetto anche una grande partecipazione dei giovani, sui quali la

categoria deve puntare con grande forza e slancio.

È possibile iscriversi al seguente link: <http://www.festivaldellavoro.it/register.php>

Iscrivetevi subito per una migliore organizzazione del Festival. Iscrivendosi non si ha l'obbligo di partecipare ai lavori di tutto il Festival. Tra non molto sarà rilasciata l'APP dalla quale si potranno prenotare tutti gli eventi ai quali si intende partecipare.

Vi aspetto numerosi al MiCo il 28, 29 e 30 giugno! a presto!

FERMA
— LA —
DATA

A Milano il Festival del Lavoro 2018

Si avvicinano i giorni del Festival, infatti, 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.

Tra le maggiori novità di quest'anno: l'Isola della Previdenza e l'Isola delle Politiche attive per sviluppare ampie riflessioni sul futuro pensionistico dei professionisti in attesa dell'entrata a regime dell'assegno di ricollocazione. Imperdibile anche l'Aula del diritto, nella quale "gli esperti della Fondazione Studi si confronteranno su casi concreti". Secondo il Presidente della Fondazione Studi Consulenti del Lavoro De Luca "la Lombardia saprà dare il suo contributo determinante per raggiungere un nuovo traguardo"; a questo proposito, infatti, l'ANCL ed il CPO di Milano stanno organizzando una serie di eventi in tutta la città - **una sorta di FuoriFestival** - per far scoprire ai partecipanti le maggiori attrattive del capoluogo lombardo.



E ORA ALCUNE INDICAZIONI OPERATIVE!

Partecipando al ricco programma di dibattiti e confronti previsti dal cartellone del Festival del Lavoro 2018 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. Per iscriversi basta solamente accedere al link <http://www.festivaldellavoro.it/register.php> ed inserire i propri dati per ricevere immediatamente via mail il voucher d'ingresso.

Smart Working-Lavoro Agile e Telelavoro, le discipline. La nuova concezione di subordinazione nel contratto di lavoro

Flessibilità ed autonomia nel rapporto di lavoro subordinato: era questo l'obiettivo della L. n. 81/2017 che ha introdotto nell'ordinamento giuridico la disciplina del c.d. lavoro agile o *smart working*. Il lavoro agile è una prestazione effettuata dai lavoratori dipendenti, anche mediante l'ausilio di strumenti tecnologici, sia all'interno dei locali dell'impresa sia al di fuori dei locali della stessa, senza una postazione fissa e senza precisi vincoli di orario.

Prima della recente novella legislativa esisteva già, nel nostro ordinamento, una forma di lavoro da remoto, il c.d. telelavoro, introdotta con l'accordo interconfederale del 9 giugno 2004 (che recepisce l'accordo quadro europeo del 16 luglio 2002) in cui la prestazione lavorativa si assumeva regolarmente svolta - mediante l'uso di strumenti telematici - al di fuori dei locali dell'azienda.

Questo istituto, mantenendo intatto il sistema di tutele e controlli, non ha riscosso gran successo e ha subito una interpretazione restrittiva delle proprie potenzialità, che sono state principalmente ricondotte nell'alveo del solo telelavoro *domiciliare*, quindi espresse nei soli casi di chiara e vantaggiosa compatibilità della lavorazione con lo strumento contrattuale specifico.

Lo *smart working*, accentuando la contrapposizione

tra la dislocazione fisica del lavoratore e la struttura aziendale, rappresenta l'evoluzione giuridico-sociale dell'istituto del telelavoro.

La nuova modalità organizzativa - grazie alle nuove tecnologie - consente infatti al lavoratore di gestire in piena autonomia (tuttavia normata da un accordo *inter partes* che, per certi versi, può risultare anche più coercitivo e stringente della ordinaria disciplina del telelavoro) il luogo e i tempi di svolgimento della prestazione lavorativa.

Ma ciò che più conta consente a entrambe le parti di "pensare", anche prima della assunzione, diversamente il lavoro stesso.

Nondimeno, la possibilità di svolgere il lavoro ovunque e in qualsiasi momento - utilizzando la tecnologia portatile - comporta inevitabilmente alcune criticità:

- L'art. 18, L. n. 81/2017 individua la *ratio* delle disposizioni ivi contenute, nell'incremento della competitività attraverso una moderna organizzazione del lavoro che consenta ai lavoratori di conciliare l'attività lavorativa con la vita sociale.

L'utilizzo continuativo delle tecnologie digitali, oltre a compromettere la salute - fisica e mentale - dei lavoratori, i quali possono incorrere più facilmente in patologie quali il *techno-stress*, la ➔

dependenza tecnologica, il *burnout*, tende a confondere, anziché conciliare, i tempi della vita professionale e personale degli *smartworkers*.

- L'art. 19, L. n. 81/2017 prevede che “*i tempi di riposo del lavoratore, nonché le misure tecniche e organizzative per assicurare la disconnessione del lavoratore dalle strumentazioni tecnologiche di lavoro*” siano definiti da un accordo tra le parti del contratto di lavoro.

Il problema principale che si pone con riferimento al “diritto alla disconnessione” è quello della sua effettività, ovvero di come assicurarne la concreta applicazione.

- Quanto ai poteri di controllo del datore di lavoro, quest'ultimo è materialmente impossibilitato, allorché la prestazione si svolga al di fuori dai locali dell'azienda, a verificare, ad esempio, il rispetto dell'orario di lavoro.

L'art. 21, L. n. 81/2017 circoscrive, inoltre, l'ambito del potere di controllo del datore di lavoro sulla prestazione resa dal lavoratore all'esterno dei locali aziendali, nei limiti di quanto disposto dall'art. 4, L. n. 300/1970. Tale previsione normativa, al co. 2, esclude l'applicazione delle disposizioni sugli impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo nei luoghi di lavoro, agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa. Ebbene, la rilevanza di questo profilo porta inevitabilmente ad interrogarsi sulla natura ontologica dei devices utilizzati dagli *smartworkers* per svolgere l'attività lavorativa, in guisa da poter o meno essere ritenuti strumenti essenziali alla prestazione lavorativa.

- Il combinato disposto degli artt. 22-23, L. n. 81/2017 pone in capo al datore di lavoro il duplice onere di garantire la salute e la sicurezza del lavoratore nonché di tutelare quest'ultimo dai rischi connessi alla prestazione lavorativa resa all'esterno dei locali aziendali.

Emergono a riguardo dubbi, quantomeno applicativi, stante anche la recente circolare Inail n. 48, in cui viene ribadito l'assunto – in caso di infortunio - della diretta correlazione dell'evento con la prestazione lavorativa.

Orbene, la Legge sul lavoro agile nulla dispone circa il tempo e il luogo fisico di svolgimento della prestazione lavorativa; pertanto, in caso di evento

accidentale con effetto lesivo, sarà arduo stabilire se nel luogo del sinistro il lavoratore si trovi per svolgere la propria attività lavorativa o per altre ragioni sceve di rilievo ai fini dell'indennizzo assicurativo.

Più in generale, per chi è appassionato della materia, l'introduzione del sistema lavoro agile (la cui limitazione alle qualifiche “*di concetto*” potrebbe, in teoria, essere anch'essa oggetto di futuro superamento) porta con sé un enorme quesito inerente la effettiva attualità della storica dicotomia tra lavoro autonomo e lavoro subordinato.

L'esame comparato del D.lgs. n. 81/2015 (art.2) e della normativa sul lavoro agile evidenzia il mutamento degli ambiti di appartenenza delle due categorie e la contestuale formazione di un territorio ampio (una vera prateria) all'interno del quale sarà possibile comprendere la natura della prestazione solo attraverso un approfondimento caso per caso, quando ci si riuscirà.

Sarà più subordinato un lavoratore *agile*, libero di lavorare dove vuole, secondo orari propri e tenuto a rispettare specifici *targets* o un collaboratore cui, ad esempio, si richieda la presenza periodica in azienda e il rispetto di un disciplinare di lavorazione, sebbene in modalità *coworking*?

E quali gli effetti giudiziari nell'accertamento della mancata regolarizzazione di prestazioni parasubordinate ai confini tra la prima e la seconda categoria? Di fatto ad oggi, per effetto delle nuove norme in commento, i soli indici generale di eterodirezione ed eterorganizzazione restano stabili a presidio del concetto di subordinazione lavorativa.

Naturalmente il discorso è affascinante perché porta con sé la necessità per tutti gli operatori giuslavoristici di studiare e definire la reale (enorme) portata della novella 81/2017, quale vettore di un nuovo modo di approcciare e regolamentare il mercato del lavoro che non può essere limitata a una mera modalità di esecuzione della prestazione.

Ad un anno dalla sua entrata in vigore è certamente prematuro tracciare bilanci sugli effetti della introduzione del cd. *lavoro agile*. ➔

Come noto le nuove norme erano state precedute con largo anticipo da virtuosi esempi di *policy* aziendale con le quali, in via di fatto, si era sostanzialmente dato inizio a un sostanziale ripensamento del consolidato sistema di conferimento della prestazione di lavoro.

Al nuovo *corpus* normativo va, tuttavia, dato atto di aver riaperto un nuovo e, diremmo, frizzante interesse delle parti sociali e degli operatori verso la materia del lavoro a distanza.

Nondimeno residuano ancora troppi quesiti non totalmente evasi in relazione ai punti di criticità che, fisiologicamente, caratterizzano, come ogni altra novella, anche la L. n. 81/2017.

Uno degli elementi che desta maggiore curiosità è la mancanza a tutt'oggi di una significativa giurisprudenza interpretativa dei casi limite, a maggior

ragione necessaria quando si verta in tema di sconvolgimento della storica linea di demarcazione *subordinazione/autonomia*.

Se un errore di valutazione fosse, infatti, a parer nostro, individuabile nell'esame della incidenza della normativa sul cd. "*smart working*", esso ricadrebbe nell'individuare nei nuovi istituti e procedure una semplice estensione del tema introdotto dal telelavoro.

Nella sostanza, invece, il *lavoro agile*, agevolato dalla sostanziale rielaborazione, in senso estensivo, della categoria della subordinazione, viene a costituire uno strumento alla portata di azienda e lavoratore a mezzo del quale può essere ripensato l'intero mercato del lavoro e, a parere di chi scrive, un rapporto più "umano" tra il lavoro stesso e gli altri interessi sociali e familiari, altrettanto necessari al complessivo sviluppo della persona.

Torino vs. Londra il lavoro nella gig economy tra autonomia e subordinazione

Premessa

Con un certo ritardo rispetto ad altri paesi, è finalmente arrivata la prima pronuncia italiana relativa alla qualificazione del rapporto dei lavoratori della c.d. *gig economy*, o economia “dei lavoretti”, con la sentenza relativa allo *status* dei *rider* di *Foodora*, fattorini addetti alla consegna immediata di cibo a domicilio che sempre più spesso può capitare di vedere sfrecciare in bicicletta o motorino per le strade dei centri urbani italiani.

Con sentenza n. 778 del 7 maggio 2018, il Tribunale di Torino, in persona del suo Presidente, ha respinto il ricorso promosso da alcuni *rider* contro la piattaforma tedesca, con il quale i ricorrenti avevano chiesto l'accertamento del carattere subordinato del loro rapporto di lavoro (a dispetto del formale inquadramento quali collaboratori coordinati e continuativi ex art. 409, n. 3, c.p.c.) e la conseguente illegittimità della loro estromissione dal servizio, avvenuta a seguito del mancato rinnovo dei contratti di collaborazione e dovuta, secondo i ricorrenti, al proprio impegno sindacale nell'ambito delle mobilitazioni balzate all'onore delle cronache nell'autunno del 2016.

Subordinazione vs. autonomia: attualità e rilevanza della “grande dicotomia”

Prima di esaminare il percorso argomentativo della decisione torinese, è opportuno premettere che nel nostro ordinamento, come d'altronde in molti altri

(europei e non), la qualificazione del rapporto di lavoro rappresenta un passaggio cruciale e ineludibile ai fini dell'individuazione della disciplina protettiva ad esso applicabile. La subordinazione rappresenta la “porta d'accesso” ad una serie di tutele sconosciute al mondo del lavoro autonomo e parasubordinato (dalla regola della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost. alle tutele contro il licenziamento illegittimo) e ciò tanto più oggi che il legislatore, con l'abrogazione della disciplina del lavoro a progetto e la contestuale riconduzione all'area della subordinazione delle «collaborazioni organizzate dal committente» (art. 2, D.lgs. n. 81/2015), ha rafforzato la dicotomia secca lavoro subordinato/lavoro autonomo, abbandonando definitivamente la prospettiva del c.d. *tertium genus*.

Secondo l'indirizzo interpretativo prevalente in giurisprudenza, l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto a quello di lavoro autonomo è l'etero-direzione, intesa come l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale, mentre altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria¹.

Anche la qualificazione operata dalle parti (il c.d. *nomen iuris*) può giocare un ruolo rilevante nel ➔

¹ In termini, *ex plurimis*, la prima sentenza resa quest'anno dalla Sezione Lavoro della S.C., Cass., 2 gennaio 2018, n. 1.

giudizio di accertamento della natura del rapporto, ma solo in concorso con altri validi elementi differenziali o in caso di non concluzione degli altri indici, fermo restando che secondo l'insegnamento della giurisprudenza costituzionale non è consentito alle parti di negare la qualificazione di rapporti di lavoro subordinato a relazioni lavorative che abbiano contenuto e modalità di esecuzione propri del rapporto di lavoro subordinato².

Il caso all'esame del Tribunale di Torino

Tanto premesso in generale quanto ai caratteri della subordinazione nel nostro ordinamento, bisogna ammettere che il caso sottoposto all'attenzione del giudice piemontese non era di agevole risoluzione. Circa lo *status* dei lavoratori della *gig economy* la giurisprudenza straniera aveva già messo in guardia come essi «*a prima vista, non sembrano granché lavoratori subordinati ... ma neppure lavoratori autonomi*»³, avvertendo che tentare di ricondurli univocamente all'una o all'altra delle tradizionali categorie del diritto del lavoro è un po' come «cercare di incastrare una forma quadrata in due fori rotondi»⁴.

In effetti, il rapporto di lavoro dei fattorini di *Foodora* – ma un discorso in gran parte analogo vale per le altre piattaforme del settore (*Deliveroo, JustEat, Glovo e UberEats*) – presenta alcuni elementi che depongono nel senso della subordinazione e altri che militano nel senso dell'autonomia del rapporto. Da un lato, infatti, i *rider* di *Foodora* indossano una divisa, ricevevano (prima del passaggio al cottimo nell'autunno del 2016) un compenso determinato unilateralmente dalla piattaforma (5,60 euro lordi per ora di disponibilità), esercitano la propria attività, spesso su base continuativa, in favore di un'impresa che ne monitora la prestazione controllandone l'adempimento tramite la *app*, giungendo anche a penalizzare i *rider* meno attivi. Dall'altro lato, però, i *rider* sono liberi di proporsi per i vari turni e di candidarsi o meno per una singola corsa, non avendo l'obbligo giuridico di rispondere alla chiamata, possiedono il mezzo che uti-

lizzano per effettuare le consegne, non sono soggetti ad obblighi di esclusiva e possono prestare la propria attività anche in modo estremamente saltuario.

Non a caso, nel pieno del caso *Foodora*, vi era stato sia chi aveva osservato che «*l'azienda... impartisce ordini, impone una divisa, monitora la prestazione, valuta la performance, premia i migliori, rimprovera gli inefficienti, chiude gli account*»⁵, sia chi aveva replicato che, in fondo, «*se un fattorino vuole, spegne tutto e arrivederci*»⁶, facoltà preclusa a qualsiasi lavoratore dipendente.

4. La decisione del Tribunale di Torino

Con una netta presa di posizione, il Tribunale di Torino ha sposato questa seconda prospettiva, negando la ricorrenza dell'elemento della subordinazione sulla base del rilievo essenziale che «*il rapporto di lavoro intercorso tra le parti era caratterizzato dal fatto che i ricorrenti non avevano l'obbligo di effettuare la prestazione lavorativa e il datore di lavoro non aveva l'obbligo di riceverla*»⁷.

Per addivenire a tale conclusione, il Tribunale ha in primo luogo esaminato il testo contrattuale, rilevando la presenza di clausole contrattuali, modellate sulla falsariga di quelle che nell'esperienza anglosassone vengono definite *independent contractor clauses*, che sanciscono il carattere autonomo della relazione negoziale. In particolare, il contratto di collaborazione *Foodora* prevedeva che «*il collaboratore agirà in piena autonomia, senza essere soggetto ad alcun vincolo di subordinazione, potere gerarchico o disciplinare, ovvero a vincoli di presenza o di orario di qualsiasi genere nei confronti della committente*» e che il lavoratore «*sarà libero di candidarsi per una specifica corsa a seconda delle proprie disponibilità ed esigenze di vita*».

Tale ultima precisazione riecheggia immediatamente – e non a caso – l'accesa querelle giurisprudenziale e dottrinale che si era sviluppata a cavallo tra gli anni '80 e '90 in riferimento alla questione della qualificazione del rapporto di lavoro dei *pony express*, fattorini in motorino muniti di *walkie talkie* addetti alla consegna di plichi, anch'essi inquadrati come collaboratori autonomi. Dopo qualche tentenna- ➔

2. Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121;

Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115.

3. *U.S. District Court, Northern District of California*, 3 marzo 2015, caso n. 13-cv-04065-VC, *Cotter et al. vs. Lyft*, p. 1.

4. Sentenza in commento, pag. 19.

5. De Stefano V., Aloisi A., *Testa bassa e pedalare? No, i lavoratori di Foodora meritano rispetto*, *linkiesta.it*, 11 ottobre 2016, testo reperibile al sito: <http://www.linkiesta.it/it/article/2016/10/11/testa-bassa-e-pedalare-no-i-lavoratori-di-foodorameritano-rispetto/32041/>.

6. Rociola A., Cosimi S., *Se lo chiamate "lavoro" non avete capito cosa è Foodora (né la sharing economy)*, *startupitalia.eu*, 12 ottobre 2016, testo reperibile al sito: <http://startupitalia.eu/64106-20161012-sciopero-foodora-lavoro-sharing-economy>.

7. Trib. Torino, 7 maggio 2018, n. 778, pag. 7.

mento da parte della giurisprudenza pretorile, propensa a riconoscere la sussistenza della subordinazione anche valorizzando la condizione di dipendenza economica dei lavoratori⁸, la giurisprudenza successiva si era assestata nel senso che essi dovevano considerarsi lavoratori autonomi, in quanto liberi di decidere se rispondere o meno alla singola chiamata proveniente dalla centrale⁹.

Esclusione della subordinazione

A conclusioni analoghe giunge oggi, a distanza di quasi trent'anni, il Giudice torinese, rilevando che ciascun *rider* poteva dare la propria disponibilità per i vari *slot* (turni) pubblicati settimanalmente dall'azienda, ma non era obbligato a farlo, così come *Foodora* poteva accettare o meno la disponibilità dei lavoratori. Il Tribunale esclude anche che possa configurarsi un potere direttivo di *Foodora* a partire dal momento in cui i lavoratori cominciano un certo turno di lavoro. Il controllo esercitato dalla piattaforma dal momento dell'attivazione del profilo da parte del lavoratore (comprensivo della possibilità di verificare la posizione del *rider* mediante geolocalizzazione e della previsione di un tempo massimo entro cui effettuare la consegna) viene ricondotto al concetto di "coordinamento" che caratterizza i rapporti di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., e non già all'esercizio di quella «assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative», richiesta dalla giurisprudenza di legittimità (per la verità, dal suo orientamento più rigoroso) ai fini della sussistenza dell'elemento dell'etero-direzione.

Allo stesso modo, il Tribunale esclude che i lavoratori fossero sottoposti al potere disciplinare di *Foodora*, che si sarebbe concretizzato secondo i ricorrenti nel richiamo verbale o nell'esclusione temporanea o definitiva dalla chat aziendale o dai turni di lavoro. Il Tribunale ritiene che tale allegazione sia stata in parte smentita dalle risultanze istruttorie, dalle quali sarebbe emerso che i *rider* potevano revocare la propria disponibilità utilizzando la funzione c.d. *swap* e che potevano anche non presentarsi senza comunicazioni di

sorta (c.d. *no show*), e che in ogni caso l'esclusione dalla chat o dai turni non può considerarsi una sanzione disciplinare «perché non priva i lavoratori di un loro diritto: i ricorrenti non avevano infatti diritto né ad essere inseriti nella chat aziendale, né ad essere inseriti nei turni di lavoro»¹⁰. Infine, anche la circostanza che *Foodora* predisponesse una "classifica" per premiare i *rider* più meritevoli viene considerata «cosa del tutto diversa» dall'esercizio del potere disciplinare.

Esclusione della «etero-organizzazione» ex art. 2, D.lgs. n. 81/2015

I *rider* ricorrenti avevano richiesto in via subordinata l'applicazione della disposizione di cui all'art. 2, D.lgs. n. 81/2015, a norma della quale «si applica la disciplina del rapporto di lavoro anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro».

La previsione, nell'interpretazione datane dalla dottrina – pure divisa quanto alla natura della norma, se di fattispecie o di disciplina – avrebbe dovuto fungere da "contrappeso" alla contestuale abrogazione della disciplina del lavoro a progetto operata dal D.lgs. n. 81/2015, per ricondurre all'area della subordinazione le collaborazioni "non genuine", appositamente sottratte alla minimale disciplina del lavoro autonomo. Secondo il Tribunale, tuttavia, se anche nelle intenzioni del legislatore la norma avrebbe dovuto ampliare l'ambito della subordinazione, così non è stato, in quanto essa «non ha un contenuto capace di produrre nuovi effetti giuridici sul piano della disciplina applicabile alle diverse tipologie di rapporti di lavoro»¹¹. Il Giudice ha così sposato quell'interpretazione dottrinale secondo cui l'art. 2, D.lgs. n. 81/2015 sarebbe una «norma apparente»¹², con cui il Legislatore si sarebbe limitato a normativizzare indici della subordinazione già consolidati nella giurisprudenza lavoristica. Anzi, ad avviso del Tribunale, la disposizione citata finirebbe per avere addirittura un am- ➔

8. Pret. Milano 20 giugno 1986, RIDL, 1987, II, p. 70, con nota di Ichino P.

9. Cass., 10 luglio 1991, n. 7608, in RIDL, 1992, II, p. 370, con nota di Viganò B. e Cass., 25 gennaio 1993, n. 811, RIDL, 1993, II, p. 425, con nota redazionale, entrambe espressamente

richiamate dalla pronuncia torinese in commento.

10. Trib. Torino 7 maggio 2018, n. 778, p. 13.

11. Sentenza in commento, p. 14.

12. Tosi P., *L'art. 2, co.1, D.lgs. n. 81/2015: una norma apparente?*, ADL, 2015, n. 6, I, pag. 1117 ss.

bito di applicazione più ristretto di quello dell'art. 2094 c.c., perché richiede che il potere direttivo e organizzativo del datore si estrinsechi *anche* in riferimento ai tempi e al luogo di lavoro, e non *anche soltanto* con riferimento a essi.

Il rigetto delle altre domande

Conseguente al rigetto delle domande tese a conseguire l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato è il rigetto delle altre domande che presupponavano la riqualificazione del rapporto: quella al pagamento delle differenze retributive derivanti dall'inquadramento nel Ccnl Logistica o nel Ccnl Terziario; quella relativa alla nullità, inefficacia e illegittimità del licenziamento e quella del risarcimento del danno per violazione dell'art. 2087 c.c. Il Tribunale si sofferma invece maggiormente sulla domanda risarcitoria per violazione della normativa in materia di *privacy* (art. 4, St. lav. e artt. 7, 11 e 171, D.lgs. n. 196/2003). Pur premettendo che trattasi in parte di normativa applicabile al lavoro subordinato, il Giudice tiene comunque a precisare, in primo luogo, che le applicazioni dello *smartphone* sono da considerarsi «strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione», come tali esclusi dalla disciplina limitativa dei controlli a distanza di cui al novellato art. 4, St. lav., e che comunque l'informativa sul trattamento dei dati personali consegnata ai *rider* era sufficientemente specifica, con conseguente esclusione della risarcibilità di alcun danno, peraltro non dedotto né provato.

La giurisprudenza britannica sullo status degli autisti di Uber

A conclusioni molto diverse da quelle del Tribunale di Torino era pervenuto l'*Employment Tribunal* di Londra, nella prima decisione europea relativa ai lavoratori della *gig economy*¹³ (in particolare, gli autisti di *Uber*), recentemente confermata dalla Corte d'Appello¹⁴. Il Giudice londinese aveva infatti stabilito, con ampia motivazione ricca di richiami a precedenti

di *common law*, ma anche ad opere letterarie, che il livello di controllo esercitato da *Uber* sui *driver* era sufficiente a negare la loro condizione formale di *independent contractors*, dovendosi qualificare gli stessi come *workers*, ai sensi della sezione 230 (3) (b) dell'*Employment Rights Act* del 1996, con conseguente diritto al pagamento del *minimum wage* e di altre tutele lavoristiche quali il riposo settimanale e le ferie retribuite. Deve essere precisato che quella di *worker* è una nozione intermedia tra quella di *employee* (che potremmo tradurre, grosso modo, "lavoratore subordinato") e quella di *independent contractor* (che potremmo tradurre "lavoratore autonomo"). Si tratta di una nozione di fonte legislativa, introdotta per mitigare il rigore degli *employment test* sviluppati dalla *common law*, che comprende i lavoratori che prestano la propria attività in modo esclusivamente personale in favore di una parte terza che non corrisponde al cliente o beneficiario della prestazione. In particolare, per accertare lo *status di worker* la giurisprudenza britannica verifica il livello di integrazione dell'attività lavorativa con quella del committente, per valutare se si tratta di attività integrate nel ciclo produttivo di quest'ultimo ovvero di operazioni commerciali indipendenti.

Analizzando il funzionamento della piattaforma, il Tribunale ha ravvisato la discrepanza tra i *Partner Terms* e le concrete modalità di esecuzione del rapporto di lavoro dei *driver* londinesi, rilevando, in particolare, che una volta che i *driver* hanno effettuato l'accesso alla *app* e si sono resi disponibili a effettuare le corse, essi si trovano di fatto vincolati ad accettare almeno l'80% delle corse offerte per non incorrere nella disattivazione temporanea dell'*account*, la quale viene peraltro espressamente indicata come *penalty*¹⁵.

Nella parte centrale delle motivazioni, poi, vengono rilevate una lunga serie di circostanze che depongono contro il nomen iuris di lavoratori autonomi, quali «*il fatto che Uber organizza colloqui e ingaggia i fattorini; il fatto che Uber controlla le informazioni chiave (in particolare, i dettagli del passeggero e dell'itinerario)*» →

13. *Employment Tribunal, Central London*, 26 ottobre 2016, Caso n. 2202551/2015, *Aslam, Farrar et al. vs. Uber et al.*, in DRI, 2017, n. 2, p. 575 ss., con nota di Cabrelli D.

14. *Employment Appeal Tribunal, England and Wales*, 10 novembre 2017, Case n. UKEAT/0056/17/DA, *Uber et al vs. Aslam, Farrar et al.*, in RIDL, 2018, n. 1, I, p. 46 ss.,

con nota di A. Donini.
15. *Employment Tribunal*, cit., punto 52; *Employment Appeal Tribunal*, cit., punto 121.

e non le condivide con il driver; il fatto che Uber richieda ai driver di accettare le corse e/o di non cancellarle e fa rispettare tali richieste disattivando i driver che non le rispettano; il fatto che Uber determina l'itinerario e che il driver se ne può discostare a proprio rischio; il fatto che Uber determina la tariffa e il driver non può pattuire una tariffa maggiore con il passeggero; il fatto che Uber impone numerose condizioni di servizio ai driver, li istruisce sulle modalità lavorative e controlla l'esecuzione della prestazione; il fatto che Uber assoggetta i driver attraverso il sistema di rating che assume caratteri propriamente disciplinari»¹⁶.

6. Conclusioni: L'obbligo di disponibilità quale elemento cruciale per la qualificazione dei lavoratori della gig economy

Nonostante le evidenti differenze tra le due piattaforme oggetto delle pronunce cui si è dedicato questo breve commento (*Foodora* e *Uber*), le similitudini nel modello di organizzazione del lavoro sono molteplici, e avrebbero forse potuto condurre a esiti giudiziari meno divergenti, al netto delle differenze tra l'ordinamento lavoristico italiano e quello britannico.

Il principale punto di contrasto, ad avviso di chi scrive, inerisce al concetto di "obbligo di disponibilità": posto che in entrambe le fattispecie esaminate il lavo-

ratore aveva facoltà di decidere se e quando rendersi disponibile a ricevere incarichi – il rider di *Foodora* inserendosi nei turni di lavoro e quindi attivando la *app* in una delle zone di partenza previste; il driver di *Uber* recandosi nel territorio coperto dall'applicazione e effettuando il *log-in* – la questione sulla quale le due decisioni giungono a conclusioni opposte è quella relativa alla sussistenza o meno di un obbligo di rispondere alla chiamata una volta che il lavoratore si sia "loggato". Entrambe le piattaforme prevedevano di fatto penalizzazioni di vario tipo per i lavoratori "loggati" che avessero declinato la chiamata, ma solo per il Giudice inglese la circostanza è tale da determinare un obbligo di disponibilità in capo al driver, mentre per il Tribunale di Torino ciò costituirebbe semplicemente espressione del coordinamento del rider con *Foodora* («è logico che i ricorrenti fossero tenuti a fare le consegne che venivano loro comunicate nelle ore per le quali ricevevano il compenso»¹⁷).

Solo il tempo (e l'esito del preannunciato giudizio di appello avverso la decisione torinese) consentiranno di valutare quale delle due soluzioni interpretative finirà per prevalere, in un contesto complesso e frastagliato nel quale da più parti si invoca un salvifico intervento del legislatore.

16. *Employment Tribunal*, cit., punto 92; *Employment Appeal Tribunal*, cit., punto 70, traduzione di chi scrive.

17. Trib. Torino, cit., pag. 10.

GDPR - Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati è arrivato al suo debutto in società

Scrivo il 24 maggio 2018, su di un treno molto rosso e piuttosto veloce, di ritorno dall'incontro del Garante della Privacy con i DPO (per chi se li fosse persi, sono i *Data Protection Officer*, in italiano RPD, Responsabili della Protezione dei dati, ne abbiamo parlato nei mesi precedenti), con qualche notizia vaga, alcune conferme confortanti di corretta interpretazione del Regolamento Europeo e molti dubbi sul da farsi nei prossimi mesi (forse anche anni). In questo articolo però si comunicano solo le prime.

Considerazioni e certezze

Considerando che:

- il Decreto di adeguamento del Codice Privacy (D.lgs. n. 196/2003) non c'è, e dovremo aspettarlo ancora per un po' (il tempo indefinito è di pura natura istituzionale);
- è richiesto comunque di adempiere con un percorso di adeguamento serio, che metta in evidenza l'impegno a ottemperare;
- l'allarmismo sulle sanzioni cercherò di estinguerlo nella prossima sezione di questo articolo;
- molti strumenti e documenti avranno maggiori specificazioni e migliori definizioni future, generate dal progresso di esperienza e competenza, nonché dall'evoluzione normativa e giurisprudenziale

possiamo dare per certo che il Regolamento Europeo va applicato per quello che sono le linee d'obbl-

go e indirizzo scritte nei suoi 99 articoli e 173 considerando; che non c'è fretta ma neanche ci si può permettere di attendere inanimati; che è importante documentare di aver preso in carico le responsabilità (come Titolari, Responsabili o Incaricati) e che bisogna essere in grado di dimostrare (*accountability*) che si proteggono i dati in maniera efficace.

Sistema sanzionatorio

Il Garante, in un intervento pubblico del 21 maggio e, in maniera più articolata e particolareggiata nell'incontro di oggi, dice: *"Illeciti, non soltanto sanzioni. Le reazioni saranno diverse. In un approccio graduale"*. Con questo intende che nei prossimi mesi gli interventi di Garante e Guardia di Finanza saranno mirati solo ai casi denunciati e con un approccio che prediligerà le sanzioni correttive (art. 58 del Regolamento) quali ingiunzioni, avvertimenti, imposizioni, ordini di rettifica e di sospensione.

A questo mi sento di aggiungere qualche dato: le ispezioni sono state 280 nel 2016 e 275 nel 2017, se dovessimo calcolare la percentuale di questi interventi sul numero delle imprese italiane, avremmo un serio problema con i decimali necessari per avere un riscontro leggibile.

Ci metto anche una considerazione: è vero che i controlli e le ispezioni verranno fatte dalla Guardia di Finanza ma, in realtà, è già così dal 2016. Il protocollo d'intesa tra Garante e Fiamme Gialle è atti- ➔

vo da due anni, con l'entrata in vigore del Regolamento Europeo si viene solo a potenziare con un maggior carico dei nuclei speciali, il che fa pensare che l'impegno sarà rivolto a realtà che sono molto a rischio, sia per quantità, sia per qualità del trattamento dei dati personali.

Riprendo a scrivere il 25 maggio, ancora da un convoglio scarlatto, rientrando dopo un evento pubblico dal quale riporto le esatte parole del Colonnello Marco Menegazzo, Comandante del Nucleo Speciale Privacy della Guardia di Finanza: *“Il registro sarà la prima cosa che chiederemo”* e poi *“Il nostro verbale di ispezione non indicherà sanzioni pecuniarie ma solo conclusioni e valutazioni che verranno inviate al Garante”*.

Quindi tenderei a estinguere le ansie da GDPR innescate da buona parte dei nostri media, alimentate da alcuni operatori del settore (più o meno capaci: diffidiamo da chi non ha studiato bene la materia e che ha soluzioni rapide e *fully compliance* – i miei occhi hanno dovuto leggere anche questo - la materia è complessa e le soluzioni devono essere basate su analisi individualizzate e non esenti da dubbi, che troveranno risposte in un ampio futuro) e tenute vive da una colata lavica di *e-mail*; queste ci informano baldanzosamente che qualcuno si è adeguato al Nuovo Regolamento Europeo. Il mio primo pensiero, solitamente, è *“Di già?”*, il secondo s'impegna a decidere, caso per caso, se spostarle nel cestino senza aprirle o nella cartella *Infovarie Ricevute* senza leggerle.

Tutela risarcitoria

In conclusione potremmo dire che la maggior criticità s'identifica nella possibile attivazione di avven-

turosi avventurieri o lavoratori arrabbiati, oppure gloriosi avvoltoi delle questioni di principio; tipologie umane che potrebbero ardire a un facile guadagno. Per evitare di incappare in tali oneri si può pensare di iniziare a lavorare per: mettere a posto le informative e, ove richiesto, i consensi, andando ad analizzare con cura i trattamenti e le tipologie di dati che si incamerano (con particolare attenzione alle tecnologie di videosorveglianza, localizzazione e ai trattamenti che riguardano i minori); fare ordine nei sistemi di sicurezza informatica e cartacea (i cari vecchi requisiti minimi decadono e devono sparire, a favore di una precisa analisi tecnica); nominare correttamente i Responsabili del trattamento o farsi nominare come tali (se siamo professionisti che trattano dati per conto di un Titolare); redigere i registri dei trattamenti; i garanti europei (Gruppo *ex art. 29*), in una recente interpretazione restrittiva del paragrafo 5 dell'art. 30 del Regolamento, indicano che il registro deve essere tenuto da qualsiasi impresa o organizzazione che abbia almeno un lavoratore al suo interno; nominare e istruire gli incaricati, cioè tutti coloro che per qualsivoglia motivo si trovano a utilizzare o analizzare i dati; il percorso di formazione non ha requisiti di durata, contenuti o qualificazione del formatore: il regolamento prevede che le persone che hanno a che fare coi dati vengano informate sui termini del Regolamento e sulle modalità di protezione che devono attuare.

Se poi dovessimo scoprire che ci sono modifiche da apportare, saremmo solo precisi esecutori di *Privacy by Design* e *Privacy by Default*, principi rigorosamente espressi dal Regolamento europeo.

Amministrazione segreta: la misura delle sanzioni amministrative

{ *In materia di illeciti di lavoro, una delle realtà più misteriose per gli operatori riguarda il modo in cui, con l'ordinanza-ingiunzione, si fissa la misura della sanzione. Ma una circolare semiconosciuta del 1988...*

Ispezione del lavoro.

Accesso in azienda dei funzionari.

Indagine e riscontro di illeciti amministrativi.

Verbale di accertamento e di contestazione degli illeciti.

Il verbale degli ispettori, come per legge, ammette alla possibilità di sanare gli illeciti amministrativi, versando somme minime e ridotte.

Ma l'azienda vorrebbe opporsi. Se solo sapesse a priori quanto rischia...

E qui inizia la nostra breve storia.

S spesso aziende che hanno subito un accertamento desiderano conoscere se convenga loro **“sistemare” gli illeciti riscontrati dai funzionari; oppure proseguire nel contenzioso**, con la speranza di prevalere sull'amministrazione e di portarsi a casa un bel risultato positivo, nulla versando all'Erario.

Però, è chiaro, occorre che il gioco valga la candela. Inoltre, che il rischio da correre - poiché un rischio c'è sempre - sia accettabile.

Facciamo un esempio. Se gli ispettori accedono presso un'azienda (facciamo un laboratorio di analisi) e riscontrano la presenza di tre lavoratori - dei ricerca-

tori, diciamo - impiegati da un paio di giorni come collaboratori autonomi, ma ritenuti dai funzionari dei dipendenti e, quindi, vista la prospettiva, considerati non assunti regolarmente, come noto, al datore di lavoro verrà contestato l'illecito attinente al lavoro irregolare. Cioè, sommerso.

Sulla base dell'art. 3, D.l. n. 12/2002, convertito e modificato, da ultimo, dall'art. 22, L. n. 151/2015, per tale ipotesi viene prevista *“la sanzione amministrativa pecuniaria... da euro 1.500 a euro 9.000 per ciascun lavoratore irregolare, in caso di impiego del lavoratore sino a trenta giorni di effettivo lavoro”*.

Nella fattispecie, come si sa, è pure stabilito per legge che sia possibile per l'azienda sanare la contestazione, mediante *“la stipulazione di un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, anche a tempo parziale con riduzione dell'orario di lavoro non superiore al cinquanta per cento dell'orario a tempo pieno, o con contratto a tempo pieno e determinato di durata non inferiore a tre mesi, nonché il mantenimento in servizio degli stessi per almeno tre mesi”*.

Vale a dire che, per ottenere di **versare nella misura premiale del minimo edittale (euro 1.500 per lavoratore, per un totale di euro 4.500), oc- ➔**

correrebbe assumere i tre lavoratori, con prova della sanatoria entro 120 giorni dal verbale.

Diversamente, se non si intendesse sanare (cosa che prevede l'esigenza di versare pure non poche retribuzioni e contribuzione), ma si volesse comunque accedere all'altra misura premiale prevista dall'art. 16, L. n. 689/1981 (*"È ammesso il pagamento di una somma in misura ridotta pari alla terza parte del massimo della sanzione prevista per la violazione commessa o, se più favorevole e qualora sia stabilito il minimo della sanzione edittale, pari al doppio del relativo importo"*), entro i successivi 60 giorni - quindi, entro 180 giorni dal verbale - ci si **potrebbe limitare a versare la somma di euro 3.000 a lavoratore (per un totale di euro 9.000)**.

Eppure potrebbe ancora accadere che, credendo di avere ragione e di non dovere nulla, l'azienda intenda sottoporsi all'alea del contenzioso. Per cui, niente sanatoria; niente oblazioni; ricorsi in via amministrativa e, semmai, in seguito, in sede giudiziale.

Tuttavia, nel decidere il muro contro muro, non di rado l'azienda si interroga di quali potrebbero essere le sanzioni amministrative finali (quelle vere), irrogate con l'ordinanza-ingiunzione ai sensi dell'art. 18, L. n. 689/1981 (*"Nella determinazione della sanzione amministrativa pecuniaria fissata dalla legge tra un limite minimo ed un limite massimo... si ha riguardo alla gravità della violazione, all'opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione, nonché alla personalità dello stesso e alle sue condizioni economiche"*). Quelle che, in caso di soccombenza finale, dovranno essere versate.

Spesso il timore di essere costretti a corrispondere il massimo edittale previsto (**euro 9.000 per ogni lavoratore, nel caso proposto, per un totale di euro 27.000**), fa decidere di abbandonare le "crociate", per addivenire a più miti consigli (insomma, versare l'oblazione in una delle due forme premiali anzidette). Ma davvero l'ordinanza-ingiunzione dell'amministrazione potrebbe arrivare al massimo edittale?

Chiaramente l'ipotesi non è esclusa, ma appare molto più che improbabile.

È chiaro che ogni autorità competente (es. il Diret-

tore dell'ITL), con idonea motivazione ai sensi dell'art. 11, L. n. 689/1981, potrebbe decidere discrezionalmente l'importo finale della sanzione amministrativa irrogata. Ma solitamente gli Uffici sono usi procedere sulla base di un conteggio standardizzato dalla storica **circolare n. 121/1988 del Ministero del lavoro**. Un pezzo di vero antiquariato burocratico, pressoché introvabile. Va letta.

In sostanza, gli Uffici competenti sono adusi operare un elaborato conteggio, che 30 anni fa, fu escogitato giustamente dal Ministero per dare omogeneità ed equilibrio alle decisioni delle molte sedi territoriali. Per farla breve, si parte dalla differenza tra massimo e minimo edittale (nel caso proposto, tra euro 9.000 e euro 1.500, avremo euro 7.500).

Quindi, si prende in considerazione 1/10 di tale somma (nel caso, euro 750).

Si valuta il "coefficiente" di disvalore del caso, sulla base di una tabella convenzionale che tiene conto di aggravanti (+) e attenuanti (-), sulla base di "numeri" prestabiliti (es. condotta non collaborativa = + 0,5; condizioni economiche disagiate = - 0,5).

Quindi, si moltiplica il valore "decimale" predetto (euro 750, nel caso), per il coefficiente così valutato (es. 4,5). Al valore del prodotto di tali fattori (es. nel caso: € 750 x 4,5 = € 3.375), si deve aggiungere il minimo edittale (quindi, € 1.500 + € 3.375 = € 4.875). **Il valore ottenuto diventerà la sanzione amministrativa irrogata.**

Se si considera che il coefficiente finale solitamente calcolato non supera il "4" (a volte solo "2", nel caso di un solo illecito contestato: ossia, una somma pari a quella prevista dall'art. 18, L. n. 689/1981), ci si renderà conto che **le sanzioni amministrative irrogate, nella prassi dell'amministrazione, lungi dal toccare il massimo edittale, risultano non molto lontane dalle somme richieste per l'estinzione anticipata dell'illecito** (specie la misura ridotta).

Per chi non intende adeguarsi alle contestazioni e fare valere le proprie ragioni, forse, un piccolo motivo di rassicurazione... ➔

COSÌ LA CIRCOLARE N. 121/88 DEL MINISTERO DEL LAVORO

Oggetto: Art. 11 legge n. 689/81.

Criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

A seguito della lettera circolare del 23/5/88, con la quale la scrivente prospettava una possibile metodologia per la quantificazione delle sanzioni amministrative da applicare ai sensi dell'art. 11 e 18 della legge n. 689/81, si è ritenuto riformulare lo schema degli elementi di valutazione di cui trattasi raccogliendo le osservazioni e le proposte di modifica avanzate da codesti uffici.

Com'è noto, gli elementi che occorre considerare come punto di riferimento per la quantificazione della sanzione amministrativa pecuniaria sono i seguenti:

- 1) gravità della violazione;
- 2) opera svolta dall'agente per la eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione;
- 3) personalità dell'autore della violazione;
- 4) condizioni economiche.

Si richiama l'attenzione di codesti uffici sulla considerazione che tali elementi sono da ritenersi obbligatori ma non necessariamente condizionanti, nel senso che non vincolano in modo assoluto la determinazione discrezionale. Si esprime, pertanto, l'avviso che la mancanza di uno o più di questi elementi non inficia di per se la legittimità della decisione, purchè la stessa tenga conto di almeno uno degli elementi indicati dalla norma stessa. È in ogni caso indispensabile che nel testo dell'ordinanza, sia pure "per relationem", dovranno essere esterne le valutazioni effettuate sulle conseguenti decisioni.

Nella prassi operativa i criteri di graduazione possono essere così definiti:

1) Gravità della violazione

si tratta di un elemento di carattere oggettivo che, in quanto tale, prescinde dalla personalità dell'agente. Per gravità deve intendersi l'oggettivo grado di lesione o di messa in pericolo dell'interesse tutelato dalla norma violata.

Essa può quindi commisurarsi, ad esempio, al numero di lavoratori coinvolti, alla durata della violazione, al carattere doloso della trasgressione, come effetto nella continuazione di uno stato di inosservanza nonostante precedente specifica diffida ricevuta.

2) Opera svolta dall'agente

Per conseguenze della violazione, devono intendersi quelle tenute presenti dalla norma che prevede l'illecito; pertanto, l'eliminazione o l'attenuazione deve riguardare il ripristino, seppure parziale, dell'ordine giuridico violato. (Es.: la regolarizzazione è effettuata dal datore di lavoro, seppure in ritardo rispetto all'eventuale termine oggetto di diffida od anche successivamente alla contestazione dell'illecito, ovvero

il risarcimento totale o parziale del danno procurato all'Erario, ad Enti pubblici, ai lavoratori o ad altri soggetti. Tale opera non ha alcuna connessione con l'eventuale pagamento delle somme ridotte ex art. 16).

3) Personalità dell'agente

Tale aspetto ha rilevanza in quanto denoti la specifica capacità del soggetto, o la sua inclinazione, a trasgredire la legge.

In assenza di specificazione deve ritenersi la rilevanza della capacità trasgressiva non solo nel campo amministrativo, ma anche in quello penale.

La relativa valutazione, in pratica, può essere fatta alla luce del comportamento tenuto in passato dal trasgressore; a tal fine sarà opportuno accertare l'eventuale recidiva generica e/o specifica. Dovrà inoltre tenersi conto del comportamento tenuto anche nella fase istruttoria, in quanto la personalità è un elemento generale che trascende il singolo fatto considerato, pur influenzando sulla valutazione della antigiuridicità dello stesso.

Non è da trascurare, inoltre, la condotta non collaborativa.

4) Condizioni economiche dell'agente

Si ritiene che, se ed in quanto accertabili con sicurezza, le condizioni economiche dell'agente possano assumere rilevanza per un ottimale graduazione della sanzione al fine di una sua effettiva incidenza sul patrimonio del trasgressore e, quindi, in definitiva, per una sua concreta afflittività.

Illustrati, per grandi linee, gli elementi di valutazione per la graduazione della sanzione amministrativa, per l'applicazione pratica dei singoli casi, si è ipotizzata la seguente procedura:

- 1) per la base di calcolo si frazioni la differenza tra il limite minimo ed il limite massimo della sanzione, che rappresenta la fascia di oscillazione rimessa a valutazione discrezionale in 10 punti, in modo da aggiungere all'importo base (=minimo sanzione) tanti decimi quanti ne risultano dalla somma algebrica dei parametri relativi agli elementi in cui si concretizzano la "gravità della violazione", l'"opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione", "la personalità dello stesso" e le sue "condizioni economiche";
- 2) nei casi in cui la sanzione non prevede un minimo, si considera come tale la sanzione in misura ridotta ex articolo 16 (1/3 del massimo);
- 3) elementi aggiuntivi: (somma algebrica dei decimi relativi agli elementi aggravanti ed attenuanti);
- 4) nel caso che la somma algebrica dei vari parametri corrispondenti agli elementi di valutazione risulti inferiore al minimo edittale, appare ovvio che l'importo della sanzione non può che essere equivalente a tale stesso minimo.

In relazione a quanto sopra, sulla scorta dei suggerimenti forniti, si è predisposto un nuovo schema, che si riporta in allegato, degli elementi di valutazione ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie tenendo conto dei citati criteri.

Si ritiene opportuno precisare che l'ipotesi formulata riveste carattere puramente esemplificativo, utile ai fini della uniformità di valutazione degli uffici, non vincola pertanto il fare discrezionale dell'organo competente. Si rimane in attesa di un sollecito cenno di ricezione ed adempimento.

**DETERMINAZIONE DELLA SANZIONE AMMINISTRATIVA PECUNIARIA
(art. 11 L. 689/81)**

A) GRAVITÀ DELLA VIOLAZIONE

n° decimi da sommare algebricamente alla base di calcolo

aggravanti (+)
attenuanti (-)

| | | |
|--|---------------|------|
| 1) n° dipendenti cui si riferisce la violazione (.): | | |
| da 2 a 3 | | +0,5 |
| da 4 a 15 | | +1 |
| oltre 15 | | +1,5 |
| 2) durata della violazione: | <u>GIORNI</u> | |
| | da 2 a 14 | +0,5 |
| - ritardo nell'adempimento | da 15 a 30 | +1 |
| | oltre 30 | +1,5 |
| - omissione nell'adempimento | | +2 |
| 3) carattere doloso della trasgressione | | +2 |

NOTE

(.) tale elemento si valuterà soltanto nel caso in cui la sanzione non prevede di per se stessa la moltiplicazione per il numero di dipendenti

B) OPERA SVOLTA DALL'AGENTE PER ELIMINARE O ATTENUARE LE CONSEGUENZE DELLA VIOLAZIONE

aggravanti (+)
attenuanti (-)

| | |
|----------------------------------|----|
| Successiva regolarizzazione (..) | -1 |
|----------------------------------|----|

C) PERSONALITÀ DELL'AUTORE DELLA VIOLAZIONE

| | | |
|--|------------------------------------|------|
| 1) Precedenti nell'ultimo quinquennio | recidiva generica | +0,5 |
| | recidiva specifica o plurirecidiva | +1 |
| 2) Condotta | | |
| - non collaborativa (..) | | +0,5 |
| - approfittare delle condizioni o qualità personali del soggetto danneggiato dalla violazione amministrativa (...) | | +1 |
| - collaborativa | | -0,5 |
| - assenza di precedenti | | -0,5 |
| - qualità morali | | -0,5 |
| 3) Connessione con altre violazioni (.....) | | +1,5 |

NOTE

(..) Tale elemento deve essere considerato solamente nel caso in cui segue una regolarizzazione spontanea (e non a seguito di diffida dell'ispettore).

(...) Es.: tentativo di intralcio negli interrogatori del personale, tentativo di allontanare personale presente, tentativo di occultare prove;

(....) Es: aver occupato lavoratori extracomunitari in posizione irregolare rispetto alla L. 943/86;

(.....) Es: mancata richiesta numerica all'ufficio di collocamento al fine di non registrare

il dipendente e di non versare i contributi, mancata consegna prospetti paga o prospetto paga irregolare.

D) CONDIZIONI ECONOMICHE DELL'AGENTE

aggravanti (+)
attenuanti (-)

| | |
|--------------|------|
| 1) Normali | - |
| 2) Disagiate | -0,5 |
| 3) Agiate | +0,5 |

[omissis]

Repechage: l'onere della prova ritorna in capo al datore di lavoro

Sull'obbligo di *repechage*, ossia sull'obbligo del datore di lavoro di verificare – prima di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo - se all'interno del proprio organigramma vi siano posizioni lavorative vacanti in linea con la professionalità e il livello di inquadramento del lavoratore eccedentario, la giurisprudenza aveva, fino a pochi anni fa, consolidato un proprio orientamento: qualora il lavoratore eccepisse giudizialmente la violazione di tale obbligo al fine di far accertare l'illegittimità del licenziamento, lo stesso avrebbe dovuto anche indicare al giudice quali posizioni vacanti avrebbe potuto utilmente ricoprire in azienda. In difetto di allegazione, il giudice del lavoro non avrebbe potuto far altro che rigettare l'eccezione di inadempimento dell'obbligo di *repechage*, arrestando la propria indagine. Le prime pronunce giurisprudenziali in tal senso furono accolte dagli operatori del diritto con particolare stupore, in quanto stridenti con il dettato normativo vigente¹, che poneva, oggi come allora, in capo al datore di lavoro l'onere della prova circa la sussistenza del giustificato motivo di licenziamento. Il disorientamento degli interpreti inoltre derivava anche dal fatto che un siffatto orientamento denotava un inconsueto scostamento dal principio del *favor laboratoris*, che invece permea da sempre il diritto del lavoro, per controbilanciare la

posizione di debolezza contrattuale del prestatore di lavoro rispetto a quella di predominanza aziendale.

Per comprendere la portata innovativa del richiamato orientamento, occorre fare un passo indietro e ricordare che la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento passa attraverso due verifiche:

1. l'esistenza delle ragioni produttive e/o organizzative addotte dal datore di lavoro a fondamento della soppressione del posto di lavoro del dipendente;
2. l'inesistenza - all'interno dell'assetto organizzativo aziendale - di posizioni lavorative ove poter re-impiegare utilmente il lavoratore, avuto riguardo al suo livello di inquadramento e – prima della riforma dell'art. 2103 c.c. ad opera del D.lgs. n. 81/2015 – del suo bagaglio professionale ed esperienziale.

Dunque, se - come detto - la legge pone a carico del datore di lavoro la prova circa la sussistenza del giustificato motivo di recesso, logica vorrebbe che entrambe le circostanze sopra richiamate (che congiuntamente integrano un giustificato motivo oggettivo di licenziamento) fossero provate da parte datoriale. Ed è proprio sul punto che invece la giurisprudenza ha tradito le aspettative degli interpreti: se infatti nessun dubbio è mai sorto in ordine al fatto che incomba sul datore di lavoro l'onere di prova- ➔

¹ Art. 5, L. n. 604/1966.

re giudizialmente l'effettività dei motivi tecnici, produttivi e/o organizzativi adottati a sostegno della soppressione del posto di lavoro, completamente diverso è stato il ragionamento seguito dagli ermellini con riguardo alla verifica del rispetto dell'obbligo di *repechage*. In quest'ultimo caso i giudici, sia di merito che di legittimità, hanno subordinato tale onere probatorio alla preventiva allegazione, da parte del lavoratore, delle posizioni aziendali vacanti che quest'ultimo avrebbe potuto utilmente ricoprire in azienda, escludendo, in difetto di allegazione, l'onere datoriale di provare l'assolvimento dell'obbligo in parola. Richiamando le parole della Suprema Corte, il principio cristallizzatosi fino al 2016 sanciva che *“In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, compete al giudice – che non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. – il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte; tale prova, tuttavia, non deve essere intesa in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile “repechage”, mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato, e conseguendo a tale allegazione l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti predetti”*².

La ragione che ha indotto la giurisprudenza a circoscrivere l'ampiezza dell'onere probatorio datoriale consiste – come si legge nella sentenza resa dalla Suprema Corte il 18 luglio 2014, n. 16484 - nell'esigenza di renderlo “ragionevole”, ossia di delimitarlo

tenendo conto delle *“contrapposte deduzioni delle parti e dalle circostanze di fatto e di luogo reali proprie della singola vicenda esaminata”*.

A partire dall'anno 2016, la Suprema Corte ha iniziato, dapprima con qualche pronuncia e successivamente con maggiore convinzione, a sovvertire il proprio indirizzo interpretativo, riconoscendo nel precedente approdo giurisprudenziale una sostanziale ed illegittima inversione dell'onere probatorio. La principale critica mossa dalla magistratura al proprio precedente orientamento attiene alla divaricazione tra onere di allegazione e onere probatorio che ne conseguiva, addossando il primo ad una delle parti in lite e il secondo all'altra, in contrasto con i principi di diritto processuale secondo cui tali oneri (di allegazione e prova) non possono che incombere sulla medesima parte. Infatti, chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo od estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione³. Non solo: la Suprema Corte ha riconosciuto valido il ragionamento logico che gli interpreti si attendevano sin dall'origine, sottolineando come *“l'opzione ermeneutica che configura a carico del datore di lavoro l'onere di segnalare una sua possibilità di ricollocazione nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale, non appa(ia) coerente con la lettera e la ratio che la L. n. 604/1966, art. 5, secondo cui l'onere della prova circa l'impossibilità ad adibire il lavoratore a mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza è posto a carico della parte datoriale, con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore”*⁴. Peraltro, l'approdo giurisprudenziale consolidatosi in passato non era neppure rispettoso del principio di c.d. vicinanza o prossimità della prova, secondo il quale la prova deve essere fornita dalla parte che può più facilmente offrirla. In tal senso, non può non convenirsi sul fatto che è il datore di lavoro e non il lavoratore ad avere una più ➤

2. Cass. Civ., sez. Lavoro, 10 maggio 2016, n. 9467; nello stesso senso Cass. Civ., sez. Lavoro, 11 luglio 2011, n. 15157, Cass. Civ., sez. Lavoro, 8 febbraio 2011, n. 3040, Cass. Civ., sez. Lavoro 30 settembre 2011, n. 20095; tra le corti di merito, ex multis, si legga Trib. Milano, sez. Lavoro, 25 marzo 2015 *«Il lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo che deduca la violazione, da parte del datore di lavoro, dell'obbligo di repechage, è tenuto quantomeno ad allegare in quale posizione libera avrebbe potuto, in ipotesi,*

essere collocato al fine di scongiurare il recesso. In mancanza, il datore di lavoro non può intendersi onerato dalla prova del rispetto dei principi anzidetti».

3. Cass. Civ., sez. Lavoro 5 gennaio 2017, n. 160, in termini v. anche Cass. Civ., sez. Lavoro, 20 ottobre 2017, n. 24882, Cass. Civ., sez. Lavoro, 12 gennaio 2017, n. 618, Cass. Civ., sez. Lavoro, 13 giugno 2016, n. 12101, Cass. Civ., sez. Lavoro, 22 marzo 2016, n. 5592.

4. Cass., cit. n. 160/2017.

ampia visione dell'organizzazione aziendale, a detenere tutte le scritture aziendali e quindi a poter più facilmente dimostrare l'effettiva inutilizzabilità del lavoratore in altra posizione lavorativa.

Alla luce di tutte le ragioni che precedono, la giurisprudenza maggioritaria è ormai orientata nel senso di riconoscere in capo al solo datore di lavoro l'onere della prova circa l'assolvimento dell'obbligo di *repechage*, onere che, trattandosi di prova negativa, può essere assolto offrendo la prova di fatti e circostanze di tipo indiziario o presuntivo, idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale⁵. La prova potrà essere fornita, ad esempio, attraverso la produzione del Libro Unico del lavoro relativo ai mesi immediatamente precedenti e successivi alla data di licenziamento, per dimostrare al giudice che il datore di lavoro non ha effettuato nuove assunzioni di perso-

nale con il medesimo inquadramento contrattuale del lavoratore licenziato o con un livello inferiore; o ancora attraverso la produzione dell'organigramma o del funzionigramma aziendale relativo al periodo precedente e a quello successivo alla soppressione del posto di lavoro, in modo da dimostrare l'effettività della soppressione del posto di lavoro, la riorganizzazione della struttura e la ripartizione delle diverse mansioni e funzioni laddove quelle del lavoratore licenziato siano state assegnate ad altro personale già in forza. Concludendo, deve riconoscersi che il ribaltamento interpretativo operato dalla magistratura – seppure comporti un maggiore sforzo processuale per le aziende – è maggiormente coerente ai principi che governano il processo e il diritto di difesa e, come tale, non può che essere condiviso: del resto, non si dimentichi che è la parte datoriale a sostenere la sussistenza di un giustificato motivo di recesso, pertanto - affinché venga accertata la legittimità del recesso - spetta a quest'ultimo provarne la sussistenza e l'effettività.

⁵ Cass. Civ., sez. Lavoro, 2 maggio 2018, n. 10435.

Analisi attenta delle fattispecie disciplinari e della procedura ex art. 7 L. n. 300/1970

Dottore possibile che mi ha fatturato quella somma per una semplice lettera di contestazione disciplinare?”

È alquanto probabile che quotidianamente nei nostri Studi i clienti pongano domande di questo tipo. Del resto è anche la semplificazione di chi non conosce le cose, per quanto attiene la materia della consulenza del lavoro e degli aspetti normativi in generale, ma tale assunto vale per qualsiasi “disciplina” e comporta spesso per noi professionisti uno stato di frustrazione.

La categoria a cui apparteniamo è quella delle professioni intellettuali! Gli strumenti informatici e quindi le attività elaborative sono meramente strumentali allo svolgimento di attività meccaniche di calcolo, ma certo non possono sostituire la conoscenza tecnico giuridica che il professionista Consulente del Lavoro deve necessariamente possedere.

Sarebbe curioso chiedere a “i semplificatori”, di sidersi all’elaboratore e di sviluppare una busta paga, dato che parrebbe che la stessa, come per magia, si sviluppi solo schiacciando un pulsante dell’elaboratore. Quindi perché dover pagare la busta paga? Non solo “i semplificatori” non saprebbero da dove iniziare, ma neppure tanti Consulenti del Lavoro, che diversificando la loro attività non elaborano buste paghe da tempo, attività che viene svolta nello Studio da altri addetti o Consulenti più giovani.

Non scherziamo più. Tutte le attività che riguardano il nostro ambito professionale, di consulenza del la-

voro e della materia giuslavoristica in generale, sono attività complesse che richiedono preparazione professionale e serietà in senso lato deontologico.

La stesura di una lettera di contestazione disciplinare è semplicemente una lettera in cui si comunica a un lavoratore che è stato “cattivo”? Oppure è la genesi di un procedimento che potrà portare a degli sviluppi della vicenda contestata al lavoratore e produrre degli effetti?

La domanda è retorica per gli addetti ai lavori. Ma il cliente che si rivolge a noi spesso non ha tale cognizione di causa. Quante lettere vengono richieste ai professionisti e poi non si sa più nulla riguardo l’esito delle stesse? Siamo noi, dopo che abbiamo predisposto la bozza di lettera (in realtà lettera finita, solo da mettere su carta intestata dell’azienda con firma del datore di lavoro), a rincorrere il cliente per chiedergli: “*ha ricevuto la lettera il Sig. X?*”. Spesso scopriamo che non è neppure stata spedita, oppure che il lavoratore ha dato una risposta scritta, ma è passato talmente tanto tempo che la procedura si incaglia in ostacoli di natura formale, per esempio decadenze previste dal contratto collettivo che regola il rapporto di lavoro.

La sentenza della Corte di Cassazione, VI Sezione Civile, 9 aprile 2018, n. 8706, oggetto del presente commento, richiedeva una breve premessa nei termini sopra espressi.

Il lavoratore per ben due gradi di giudizio è rimasto soccombente, fino ad arrivare in Corte di Cassa- ➔

zione ove ha avuto ragione, è proprio il caso di dirlo, per un vizio meramente formale. Essere soccombenti per vizi formali, quando nel merito, come mi permetterei di sbilanciarmi, nel caso specifico, si è dalla parte giusta è veramente desolante. Ebbene come si è svolta la vicenda giudiziaria? Il lavoratore ha ricevuto una lettera di contestazione disciplinare con la quale il datore di lavoro lamentava: 1) la falsità dell'autocertificazione di carichi pendenti; 2) la mancanza del requisito soggettivo necessaria per lo svolgimento del suo incarico di "preposto" (mancanza di carichi pendenti).

Il datore di lavoro nella successiva lettera di licenziamento, dopo aver preso atto che il lavoratore non aveva certificato il falso, in quanto al momento di emissione di tale autocertificazione lo stesso non aveva alcun carico pendente, decideva in ogni caso di licenziare il lavoratore in quanto lo stesso:

- 1) non aveva dichiarato al datore di lavoro di essere stato condannato due volte per reati a dire del datore di lavoro incompatibili con l'attività di "raccolta scommesse" (e probabilmente sarà stato vero – ma ahimè la procedura disciplinare era completamente errata);
- 2) non aveva comunicato la sopravvenuta circostanza

di un "carico pendente", per fatti ritenuti anch'essi incompatibili con l'attività lavorativa.

Subito in evidenza, da quanto finora esposto, che il datore di lavoro ha contestato dei fatti specifici, che poi si sono dimostrati infondati, ma tuttavia licenzia il lavoratore per fatti diversi da quelli precedentemente contestati. In pratica il datore di lavoro licenzia senza aver prima contestato gli addebiti. Infatti, la contestazione originaria, come appena riferito, riguarda altri fatti.

La Corte di Cassazione, giudice di legittimità, seppur si fosse trovata di fronte un lavoratore "truffaldino", cos'altro poteva fare se non cassare la sentenza del Giudice d'Appello che pur aveva escluso la sussistenza dei fatti contestati, ma aveva ritenuto legittimo il licenziamento per il fatto che il lavoratore non avesse comunicato la pendenza del carico pendente, che tuttavia era sopravvenuta e per la quale il datore di lavoro non aveva notificato al lavoratore alcuna contestazione disciplinare.

Evidente l'errore dei giudici di merito e inevitabile il giudizio di legittimità a favore del lavoratore.

La forma spesso in diritto assume il carattere della sostanza.

Distacco UE: validità del certificato A1, il suo valore probatorio e procedura di disconoscimento

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza del 6 febbraio 2018 n. C-359/16, è recentemente intervenuta su un caso di disconoscimento del certificato previdenziale A1 (Mod. E101 ai tempi dell'insorgere della controversia) che, al ricorrere di determinate condizioni, consente al lavoratore assicurato nel regime previdenziale obbligatorio di uno Stato membro UE, che sia distaccato dal proprio datore di lavoro nel territorio di un altro Stato membro UE, di mantenere per un determinato periodo la legislazione previdenziale dello Stato di origine, in deroga al principio generale della *lex loci laboris*.

La fattispecie è quella di una Società belga attiva nel settore edilizio che, praticamente priva di proprio personale sul territorio nazionale, affidava tutti i suoi cantieri in subappalto a società bulgare. Queste, benché esse stesse prive di significative attività in Bulgaria, avevano tuttavia ottenuto il rilascio di certificati previdenziali E101, attestanti il mantenimento della legislazione previdenziale bulgara per i propri lavoratori inviati in distacco in Belgio per l'esecuzione degli appalti suddetti.

La situazione veniva rilevata nel 2008 dall'Ispettorato sociale belga che, a seguito dell'inchiesta promossa in Bulgaria nell'ambito di una rogatoria internazionale, nel 2012 presentava alle Autorità bulgare emittenti i certificati E101, domanda di riesame o revoca dei certificati previdenziali stessi, ottenendo invece in risposta la conferma della loro legittimità. Instauratosi nel frattempo in Belgio un procedimen-

to penale nei confronti della Società belga appaltante - con accusa in base alla legislazione belga di impiego di lavoratori stranieri non ammessi a soggiornare sul territorio dello Stato e in violazione delle disposizioni amministrative e previdenziali relative alla instaurazione e gestione del rapporto di lavoro subordinato nello stesso vigenti - la Corte di Cassazione in Belgio sospendeva il giudizio penale rimettendo la questione alla Corte di Giustizia europea, con la seguente questione pregiudiziale:

«Se un certificato E 101, rilasciato in forza dell'articolo 11, paragrafo 1, del regolamento [n. 574/72], come applicabile prima della sua abolizione ad opera dell'articolo 96, paragrafo 1, del regolamento [n. 987/2009], possa essere annullato o ignorato da un giudice diverso da quello dello Stato membro di provenienza, qualora i fatti sottoposti al suo giudizio consentano di stabilire che il certificato è stato ottenuto o invocato in modo fraudolento».

Evidenziamo infatti che la vicenda si instaura in vigenza dei vecchi Regolamenti comunitari, ovvero Regolamento CEE n. 1408/71 e Regolamento di attuazione n. 574/72, i quali sono stati abrogati e sostituiti dal primo maggio 2010 dai Regolamenti CE n. 883/2004 e n. 987/2009, che hanno nella sostanza ribadito in medesimi principi.

Occorre a questo punto ricordare che i suddetti →

Regolamenti comunitari di sicurezza sociale sanciscono il principio di territorialità della legislazione previdenziale. In particolare, l'art. 11 par. 3, lett. a) del Regolamento CE n. 883/2004 (che ha sostituito l'art. 13, par. 2 lett. a) Reg. 1408/71) prevede che

“una persona che esercita un'attività subordinata o autonoma in uno Stato membro è soggetta alla legislazione di tale Stato”.

Tale principio generale trova una deroga consentita nell'art. 12, par. 1 del medesimo Regolamento (che ha sostituito l'art. 14, punto 1, lett. a) Reg. 1408/71) che prevede che

“La persona che esercita un'attività subordinata in uno Stato membro per conto di un datore di lavoro che vi esercita abitualmente le sue attività ed è da questo distaccata, per svolgere un lavoro per suo conto, in un altro Stato membro rimane soggetta alla legislazione del primo Stato membro a condizione che la durata prevedibile di tale lavoro non superi i ventiquattro mesi e che essa non sia inviata in sostituzione di un'altra persona”.

Come chiarito nel corso degli anni non solo dalla medesima Corte di Giustizia (Sentenza del 10 febbraio 2000, FTS, C-202/97, EU:C:2000:75, punto da 21 a 24, 30, 33 e da 40 a 45) ma anche dalla prassi amministrativa (cfr. *“Vademecum sul distacco dei lavoratori nella UE ad uso degli Ispettori del lavoro”* pubblicato dal Ministero del Lavoro con il supporto della Commissione Europea-DG Occupazione, Affari Sociali e Pari Opportunità, che richiama le Decisioni n. 181/2000 e A2 del 2009; messaggio Inps n. 16085 del 14 luglio 2008; circolare Inps n. 83 del primo luglio 2010), la possibilità di deroga, anche se solo temporanea, al principio di territorialità nella fattispecie del distacco è subordinata al verificarsi di due condizioni essenziali.

La prima riguarda il rapporto tra il datore di lavoro distaccante e il lavoratore distaccato e consiste nel mantenimento, durante il periodo di distacco, del legame organico tra il lavoratore distaccato e il datore di lavoro distaccante, il quale ultimo conserva il po-

tere gerarchico e disciplinare, nonché il potere di determinare il contenuto della prestazione. La seconda riguarda la configurazione della Società distaccante, che all'inizio e durante tutto il periodo in cui si attua il distacco deve esercitare “attività significative” nel territorio dello Stato membro di stabilimento, al fine di comprovare che non si tratta di società fittizia.

Al ricorrere di tali condizioni, in virtù di un altro principio fondamentale sancito dalla Regolamentazione europea, ovvero il principio dell'unicità (in ciascuna singola situazione di distacco) della legislazione previdenziale applicabile, il paese di invio (ovvero quello ospitante) non potrà pretendere l'adempimento di alcuna obbligazione contributiva.

Come noto, nell'ambito dell'Unione Europea, l'istituto del distacco previdenziale – così come il suo riconoscimento e regolamentazione a livello giuslavoristico attuato dalle Direttive n. 96/71/CE e n. 67/2014/UE - ha la finalità di contemperare l'esigenza di favorire la libera circolazione dei servizi e dei lavoratori, nonché l'integrazione economica in ambito comunitario, con quella di tutela dei lavoratori coinvolti che, mantenendo durante il distacco la legislazione previdenziale del Paese di origine, eviteranno la frammentazione della loro posizione previdenziale e pensionistica su differenti regimi nazionali.

Un tale impianto, ricorda la Corte, presuppone i principi di fiducia reciproca e di leale collaborazione tra Stati membri.

Il medesimo Regolamento di attuazione n. 987/2009 all'art. 5 determina il valore giuridico dei documenti e delle certificazioni rilasciati in un altro Stato membro e prevede una specifica procedura per avviarne l'eventuale disconoscimento, che è stata anche oggetto della Decisione A1 del 12 giugno 2009 della Commissione Amministrativa europea, che ha previsto una specifica procedura di dialogo e consultazione.

Infatti, i documenti rilasciati dall'istituzione di uno Stato membro che attestano la situazione di una persona ai fini dell'applicazione del regolamento di base e del regolamento di applicazione, nonché le certificazioni su cui si è basato il rilascio dei documenti, sono accettati dalle istituzioni degli altri Stati membri fintantoché essi non siano ritirati o dichiarati non validi dallo Stato membro in cui sono stati rilasciati. ➔

Di conseguenza, come ricorda la Corte di Giustizia UE nella sentenza in esame, il certificato E101, creando una presunzione di regolarità dell'iscrizione del lavoratore interessato al regime previdenziale dello Stato membro in cui ha sede l'impresa presso cui questi lavora, è vincolante, in linea di principio, per l'istituzione competente dello Stato membro in cui tale lavoratore svolge l'attività lavorativa (si veda, in tal senso, la sentenza del 27 aprile 2017, A-Rosa Flussschiff, C620/15, EU:C:2017:309, punto 41 e giurisprudenza ivi citata).

Tuttavia, in caso di dubbio sulla validità del documento o sull'esattezza dei fatti su cui si basano le indicazioni che vi figurano, l'istituzione dello Stato membro che riceve il documento chiede all'istituzione emittente i chiarimenti necessari e, se del caso, il ritiro del documento. L'istituzione emittente riesamina i motivi che hanno determinato l'emissione del documento e, se necessario, procede al suo ritiro. In mancanza di accordo tra le istituzioni interessate, la questione può essere sottoposta alla Commissione amministrativa, la quale cerca una conciliazione dei punti di vista entro i sei mesi successivi alla data in cui la questione le è stata sottoposta (la medesima procedura era contemplata nei Regolamenti n. 1408/71 e n. 574/72).

La vicenda oggetto della sentenza in esame si inserisce proprio in questo contesto normativo. Di fronte all'inerzia dell'autorità emittente i certificati previ-

denziali E101, ove sia stato ragionevolmente provato che gli stessi sono stati ottenuti in modo fraudolento, il Giudice del paese ospitante può disapplicarli.

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza n. C-359/16 del 6 febbraio 2018 ha pertanto ritenuto che

“l'articolo 14, punto 1, lettera a), del regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, nella versione modificata e aggiornata, devono essere interpretati nel senso che, qualora l'istituzione dello Stato membro nel quale i lavoratori sono stati distaccati abbia investito l'istituzione che ha emesso certificati E 101 di una domanda di riesame e di revoca degli stessi, sulla scorta di elementi raccolti nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria dalla quale è emerso che tali certificati sono stati ottenuti o invocati in modo fraudolento, e l'istituzione emittente non abbia tenuto conto di tali elementi ai fini del riesame della correttezza del rilascio dei suddetti certificati, il giudice nazionale può, nell'ambito di un procedimento promosso contro persone sospettate di aver fatto ricorso a lavoratori distaccati servendosi di tali certificati, ignorare questi ultimi se constati l'esistenza di una tale frode”.

Il Consulente Del Lavoro: La sua funzione sociale nella genesi storica - parte prima-

■ Origini della legislazione sociale

In primo luogo, ringrazio la Dottoressa Elisabetta Zandarotti Tiranini, ricercatrice in Scienze della Storia dell'Università Statale degli Studi di Milano per avermi assegnato il compito di svolgere una breve ricerca riguardante la legislazione sociale. Ho ritenuto d'altro canto interessante condividere questo lavoro con il mondo dei giuslavoristi che ogni giorno operano nel settore delle problematiche del lavoro, in quanto la consapevolezza del proprio ruolo contribuisce certamente a svolgere sempre al meglio i propri compiti, specie nell'ambito della socialità e delle tutele dei diritti primari.

L'analisi del tema abbraccia un periodo relativamente breve dagli inizi dell'Ottocento ai giorni nostri. Evidentemente questo scritto pone a grandi cenni le vicende che riguardano la tematica della legislazione sociale, che non possono essere ben comprese se non studiate nel contesto storico in cui nascono e si sviluppano, il tema sarà pubblicato in due fasi per consentire una lettura più attenta, naturalmente se di interesse del lettore.

In questa prima parte viene rappresentato il tema della legislazione sociale fino all'avvento del periodo fascista.

Il mondo del lavoro, il mondo della sanità, il rispetto della dignità umana. Forse riflettendo bene, sono proprio questi alcuni dei temi fondamentali ove studiosi di ogni tipo di disciplina hanno profuso i loro sforzi per dare dei contributi per l'affermarsi di un

tema che potremmo dire coincidente con i cosiddetti "diritti naturali".

Del tutto evidente che i temi del lavoro, della salute, della previdenza-assistenza per i momenti "difficili", periodi di malattia o di infortuni o per certe fasi temporali della vita, come ad esempio la vecchiaia, per come noi contemporanei li conosciamo, nulla hanno a che vedere con le situazioni che si verificavano non moltissimo tempo fa.

Del resto, basti considerare la rivoluzione industriale, che vede la sua origine in Inghilterra intorno alla fine del 700, in una sua prima fase, poi seguita dapprima dal Belgio e dalla Francia. Circa un secolo dopo lo sviluppo industriale cominciò a generalizzarsi nei Paesi Europei con maggiore o minore intensità.

Lo sviluppo industriale ha necessariamente inciso in modo assolutamente strutturale sulla componente geografica-economica e sul rapporto città/campagne. La storia dell'uomo, salvo appunto dall'avvento della rivoluzione industriale, è di fatto strettamente connessa con l'agricoltura, l'allevamento e la pesca; insomma alle risorse naturali. I manufatti, da sempre esistenti erano il prodotto dell'artigiano, dell'opera del maestro di bottega, ma non certo di processi di natura industriale nel senso moderno del termine.

Rivoluzione industriale di fatto significa fortissima concentrazione di lavoratori in fabbriche, natural- ➔

mente assai diverse dalle strutture socioeconomiche di tipo rurale ove il contadino-lavoratore viveva la sua giornata lavorativa, si potrebbe dire, in isolamento.

Non è un caso che nel 1848 viene pubblicato a Londra il 21 febbraio “Il manifesto del partito comunista” di *Carl Marx* e *Friedrich Engels*. L'industrializzazione nei suoi aspetti sociali sollecita quindi lo studio dei suoi effetti ed evidentemente questo comporta anche la creazione di un pensiero, di una consapevolezza e di una necessità di sostenere le condizioni di vita e di lavoro degli operai. Temi assai complessi sono quelli che attengono poi allo sviluppo delle ideologie dei lavoratori, ove si rifletta che la maggior forza del nascente movimento socialista ha un'anima urbana e spesso nella storia vi sono stati dei momenti in cui i lavoratori della terra hanno invece preferito non seguire le “innovazioni”, viste come pericolose e contrarie allo stato di fatto, concezione figlia del mondo feudale che ancora per anni condizionò le culture in tutta Europa. Condizioni di lavoro stremanti e addirittura agli occhi di noi contemporanei, impressionanti per la loro durezza.

Tali condizioni evidentemente avevano notevoli ripercussioni sulla salute dei lavoratori. Evidentemente oltre alle prestazioni fisiche lavorative rilevavano anche lo stato di insalubrità degli ambienti industriali, dello stato della tecnologia ancora arretrato che di fatto costringeva allo svolgimento di lavori in alcuni casi alienanti, ripetitivi o pesanti ove era necessaria la forza fisica.

Certo la salute non era poi favorita dal lavorare in queste condizioni anche 15 ore al giorno per poi recarsi presso le abitazioni, che, per gli operai erano sempre sostanzialmente dei tuguri ove vivevano accalcate le famiglie in condizione igienico sanitarie assolutamente indecenti.

I bambini erano occupati fin dall'età di 5-6 anni negli opifici. Situazioni pertanto fertili per la nascita appunto del partito socialista che tuttavia nella sua prima fase contiene anime diverse che brevemente è opportuno considerare.

Infatti, la sintesi che poi nel 900 si delinea è quella della c.d. sinistra moderata contrapposta alla sinistra estrema. Tuttavia, già agli albori dell'idea socialista a fronte di una posizione marxista che in sintesi vede-

va connotato nel conflitto tra le classi – proletari e capitalisti – l'impossibilità oggettiva di trovare una soluzione “collaborativa” tra gli stessi, vi erano altre delle posizioni che gli storici hanno denominato di socialisti utopistici. Di grande importanza tra questi *Saint Simon*, *Fourier*, *Prohdon*, *Owen*.

In ogni caso, sia da una logica moderata che estrema dei movimenti di sinistra i governanti non potevano ormai più prescindere.

Per rendersi ben conto delle dinamiche dell'ultimo trentennio dell'ottocento, si deve considerare che i governi erano nelle mani dei liberali che esprimevano gli interessi delle classi dell'alta aristocrazia, da intendersi in senso lato, e certo ancora dei nobili, ma soprattutto dell'alta borghesia.

Del resto, nonostante la rivoluzione francese nel 1789 avesse, tra le altre cose, abolito la nobiltà, Napoleone nei primi dell'ottocento mentre ricreava l'impero, ridava vigore a questo ceto sociale, la c.d. nobiltà di toga, anche se tale attribuzione veniva spesso fatta derivare da meriti anche militari.

In ogni caso l'Europa da una parte trova al potere i liberali, come già detto, mentre negli stati centrali dell'Europa e in Russia il potere è ancora fortemente nelle mani delle monarchie pure.

La Prussia, dopo il 1870, ossia dopo la vittoria di *Sedan* dove sconfisse in modo clamoroso la Francia di Napoleone III, è certamente una della più grandi potenze autoritarie. Proprio la Prussia, con il cancelliere *Otto Von Bismarck*, emana in quegli anni delle leggi aventi forte carattere sociale.

Sono gli anni in cui in Europa nascono i Partiti Socialisti e ove le classi lavoratrici e più in generale i popoli rivendicano il diritto a migliori condizioni di vita.

La voce dei cristiani si esprime a mezzo dell'importantissima posizione di Papa Leone XIII con il documento “*rerum novarum*” del 15 maggio 1892, ove il Papa si sofferma con particolare attenzione sul tema del lavoro. Ad evidenziare l'importanza storica per la legislazione sociale degli ultimi 30 anni dell'ottocento vi è appunto, come già scritto, la nascita dei partiti socialisti: in Germania nel 1875; in Spagna nel 1879; in Francia nel 1880; in Belgio nel 1885; in Italia nel 1893 e in Inghilterra nel 1893, con la particolarità di quest'ultima in cui il movimento politico assume ➔

la denominazione di Laburista e il movimento sindacale di fatto assume la guida del partito.

La denominazione di laborista del movimento che incarnava certamente argomenti simili ai partiti socialisti, potrebbe essere stato condizionato dall'adesione ad un movimento c.d. Fabiano a cui aderirono rappresentanti della cultura inglese del tempo. I Fabiani si riproponevano di risanare gradualmente le gravi condizioni di vita-lavoro della classe operaia inglese.

Riguardo al movimento sindacale, ossia le associazioni di lavoratori che si univano per rivendicare i loro interessi, proprio l'Inghilterra diede il battesimo al Sindacato dei lavoratori (*trade Unions*) emanando una legge nel 1824 che prevedeva il diritto di sciopero.

Altri Paesi, Belgio, Austria, Spagna, Francia e Germania, riconobbero tra il 1866 e il 1890 le associazioni sindacali dei lavoratori.

Dinamismo innovativo e conservazione

Il Partito socialista e il movimento sindacale vedono quindi la loro genesi in relazione alla rivoluzione industriale. Tuttavia, la riflessione sul "lavoro" e sui temi connessi ad esso, non nasce certamente con l'ottocento. Il lavoro nasce con l'uomo dovendo lo stesso attivarsi per trovare i mezzi di sussistenza per sé stesso e la propria famiglia. Il lavoro dalla nascita dell'uomo è nella terra, nell'allevamento e lavoro è anche quello svolto nelle varie epoche storiche in condizioni di schiavitù. Quest'ultima digressione qui posta al sol fine di evidenziare che il tema del lavoro ha nella vita di ogni essere umano un'importanza tale da poter forse essere considerato un "diritto naturale".

Altra riflessione. Quando si pensa alle condizioni disumane in cui gli schiavi venivano occupati in attività di ogni tipo o ancora alle condizioni delle fabbriche dell'ottocento ove gli operai lavoravano in condizioni igienico-ambientali assolutamente insalubri e ove al loro fianco lavoravano anche bambini di 7/8 anni e donne senza alcuna tutela, possiamo noi contemporanei non chiederci se nel mondo di oggi esistano ancora condizioni di lavoro simili?

È un processo naturale che all'interno dei movimenti e delle associazioni in senso lato – nel caso specifico dei vari Partiti Socialisti e delle associazioni sindacali – si sviluppi una dinamica di pensiero che conduce

alla formazione di dottrine differenti, se non addirittura in alcuni casi confliggenti tra di loro. A riguardo il tema è: posizione estrema nei confronti delle classi governanti o dialogo con le stesse per addivenire a soluzioni di problemi specifici e concreti? Massimalismo e rifiuto del sistema o riformismo?

Questione forse ancora aperta?

Il percorso che la dialettica politico sindacale ha avuto dalla sua nascita è evidentemente stato irto di pericoli e ha fatto vari martiri.

È stata appena festeggiato in tutto il mondo "il 1° maggio" la "festa del Lavoro". In realtà tale data rappresenta dal 1890 una commemorazione per l'impiccagione di 4 dirigenti sindacali disposta a seguito di un evento risalente a tale data.

Cosa chiedevano questi 4 lavoratori, prima ancora che dirigenti sindacali: la giornata lavorativa di otto ore. Le condizioni di lavoro a Chicago erano miserabili, con molti operai impegnati nelle loro mansioni dalle dieci alle dodici ore giornaliere, spesso sei giorni alla settimana e a volte in condizioni pericolose. Il 3 maggio gli scioperanti si incontrarono di fronte alla fabbrica di mietitrici *McCormick* e vennero attaccati senza preavviso dalla polizia di Chicago; l'attacco provocò due morti e molti feriti, e la notizia si diffuse rapidamente tra gli operai della città, seminando non poca indignazione.

Successivamente il Sindacato organizzò un presidio, che da quanto si conosce fu assolutamente pacifico, nonostante tutto scaturirono comunque dei disordini che provocarono la morte di un poliziotto. Il processo che ne seguì comportò l'impiccagione di 4 sindacalisti ed ebbe una forte connotazione politica.

"*Movimento e Istituzione*", il titolo di un importante saggio di sociologia pubblicato nel 1977 da Francesco Alberoni. Il sol titolo di questo saggio pone in risalto come i processi storici sostanzialmente ripropongano sempre lo stesso tema: fasi di spinte innovative delle classi sociali, prima dell'Era Moderna dei "ceti", finalizzate ad ampliare sempre di più lo spazio di potere o delle tutele della classe sociale in quel momento in fase dinamica e inevitabile e necessaria istituzionalizzazione delle "conquiste" derivate dalla fase dinamica del "movimento". Tale ciclo si sussegue →

poi ulteriormente quando le “istituzioni” a loro volta subiscono la pressione di un ulteriore “movimento”. La scientificità di tali processi storico-sociologici è neutra rispetto a un concetto di “bene necessario” inteso come incessante sviluppo del progresso in senso lato, etico, scientifico.

La fase dinamica non ha necessariamente un’accezione positiva. La fase dinamica può anche sviluppare, come spesso è accaduto e sempre potrà accadere, delle regressioni rispetto ai valori di sviluppo che nel nostro momento storico noi riteniamo tali. Vi sono aspetti ideologici di ogni corrente politica, di destra, di sinistra, di centro e quant’altro ancora che hanno aspetti condivisibili. Certo a riguardo l’espressione “per partito preso” non aiuta a rendere il più possibile oggettivo l’approccio alla soluzione di problemi concreti.

La filosofia di non porsi su un altare di “assoluto” è quella che ha condotto in Italia al tentativo di coniugare gli estremi per portare un vero contributo al Paese. Mi riferisco al c.d. “*compromesso storico*”. Periodo dal 1973 al 1978 in cui il Partito Comunista guidato da Enrico Berlinguer aprì un dialogo con la Democrazia Cristiana guidata allora dall’onorevole Aldo Moro.

Si riporta di seguito quanto descritto nell’enciclopedia Treccani “*Tale strategia si fondava sulla necessità della collaborazione e dell’accordo fra le forze popolari di ispirazione comunista e socialista con quelle di ispirazione cattolico-democratica, al fine di dar vita a uno schieramento politico capace di realizzare un programma di profondo risanamento e rinnovamento della società e dello Stato italiani, sulla base di un consenso di massa tanto ampio da poter resistere ai contraccolpi delle forze più conservatrici. Essa trovò parziali applicazioni prima nell’astensione del PCI sul governo Andreotti nel 1976-77, quindi nell’esperienza dei governi di solidarietà nazionale (1978-79), ma l’omicidio di A. Moro, principale interlocutore del progetto di Berlinguer, avvenuto proprio all’inizio di tale esperienza (9 mag. 1978), contribuì fortemente al suo fallimento*”.

I primi provvedimenti normativi di legislazione sociale

Da questi brevi cenni storici che portano a consapevolezza del tema della legislazione sociale. I diritti di

oggi non sono certo scontati e sono il frutto dell’impegno di tanti uomini e donne che hanno profuso con grande intensità i loro sforzi per raggiungerli.

Si è già scritto che i primi complessi normativi a tutela dei lavoratori trovano prima in Inghilterra il loro nascente, per quanto riguarda il diritto di sciopero nel 1824.

Tuttavia, per quanto attiene in senso strettamente tecnico-giuridico la “legislazione sociale” nasce nello Stato più conservatore e accentratore per eccellenza, lo Stato Prussiano. Protagonista in tal senso è la figura del Cancelliere del *Reich Otto Von Bismarck*.

Ma cos’è la legislazione sociale? Con il rischio di dare una definizione incompleta di tale termine si riporta la definizione contenuta nell’enciclopedia Treccani:

“In una accezione ampia e generica si comprende nella legislazione s. il complesso delle norme giuridiche attraverso le quali lo Stato esplica la sua attività sociale: l’attività, cioè, mediante la quale lo Stato realizza la sua funzione sociale, che consiste nel promuovere o favorire il progresso ed il miglioramento fisico, morale, intellettuale ed economico del popolo. In un significato più ristretto si comprende nella legislazione s. il complesso delle norme giuridiche attraverso le quali lo Stato esplica la sua attività assistenziale: l’attività, cioè, mediante la quale lo Stato viene in aiuto di coloro che non possono provvedere da soli ai bisogni della propria esistenza: minori senza assistenza familiare, minorati, anziani, ammalati, ed in genere coloro che non sono in grado di procurarsi i mezzi di vita. In questi due significati la legislazione sociale appartiene al diritto amministrativo.

Più comunemente, però, per legislazione s. si intende quel complesso di norme giuridiche attraverso le quali lo Stato realizza la tutela sociale del lavoratore: la tutela, cioè, del lavoratore nel campo igienico, morale ed economico”.

La lettura di tale definizione che giuridicamente trova la sua collocazione fondamentale nell’art. 38 della Costituzione Italiana, va interpretata, alla luce delle ideologie dominanti e al governo degli ultimi decenni dell’Ottocento e almeno fino alla prima guerra mondiale.

La legislazione sociale implica una partecipazione attiva, anzi ancor meglio la promozione dello Stato di istituzioni finalizzate a conseguire gli obiettivi già espressi in questo scritto.

Tuttavia, tale “ovvietà” vista nel contesto dell’epoca assume una rilevanza politico sociale eccezionale e ➔

di enorme importanza storica. Del resto, sono gli anni in cui vi sono Stati liberali e Stati ancora assolutistici e gli Stati Uniti sono ancora una nazione giovane.

Certo sia per l'influsso dell'ideologia liberale che poggiava le sue fondamenta sul liberalismo, ossia la componente del pensiero economico del sistema liberale, che abborriva la presenza dello Stato nella "cosa pubblica", gli Stati assolutistici che non consideravano per secolare tradizione i diritti delle masse della popolazione tenuta in forte stato di soggiogamento.

L'onda lunga della Rivoluzione Francese del 1789, con i suoi flussi e riflussi in senso conservatore, gli effetti derivanti dall'espansione francese in tutta Europa guidata da Napoleone, pur considerando la fase della restaurazione storicamente segnata dal congresso di Vienna del 1815, ha poi prodotto i suoi effetti come sappiamo nel grande movimento rivoluzionario che nel 1848, ma ancor prima.

Dal 1848 in avanti, come si è scritto, il movimento sindacale, i Partiti Socialisti hanno con forza incrementato il loro peso ed è proprio in tale contesto che gli storici hanno visto nella strategia politica del Cancelliere Prussiano una mossa politica anticipatrice per togliere terreno alle posizioni più estremiste delle "sinistre" e del movimento cattolico, che a sua volta mostrava sensibilità riguardo i temi dei diritti sociali.

La Prussia è il primo Stato a introdurre l'assicurazione obbligatoria contro le malattie nel 1883 e nel 1884 contro gli infortuni. Nel 1889 introdusse anche quella contro la vecchiaia e l'invalidità.

Tale normativa riveste quindi un carattere "pubblico" è nulla ha a che vedere con i precedenti legislativi che si concretizzavano nella mera assistenza ai poveri e vagabondi, che di fatto venivano considerati dei reietti e costituivano un problema di ordine pubblico, e per questo chiusi in case di lavoro (in Inghilterra dal periodo di Elisabetta I - 1601).

Nella legislazione inaugurata da *Bismarck*, è ben chiaro lo schema contrattuale dell'assicurazione, con la specificità della sua obbligatorietà e dell'aspetto fortemente sociale. Legislazione che poi trova sviluppi evidentemente anche negli altri Stati Europei.

Le tutele di tale assicurazione erano dirette ai lavoratori e non alla generalità dei cittadini. Il presupposto per poterne godere era essere prestatore di lavoro.

Si evidenzia tale aspetto, che potrebbe apparire ovvio in quanto già nei primi del novecento erano in corso dei dibattiti riguardo la c.d. "universalità" delle tutele per i primari diritti di sussistenza a tutti i cittadini e non solo ai lavoratori.

Il sistema di assistenza basato su un principio di universalità è stato applicato nelle regioni del Nord Europa, in particolare in Svezia. Sistema pertanto sganciato dal rigoroso rapporto sinallagmatico del versamento del contributo previdenziale e quindi del corrispondente sorgere del diritto alla controprestazione (indennità malattia, pensione etc). Tale sistema evidentemente doveva e deve essere finanziato dalla fiscalità statale.

L'Italia dopo l'unificazione

Il 17 marzo 1861 è la data dell'unificazione Italiana. Si dovrà in realtà aspettare il 1866 per congiungere il Veneto e il 1870 per congiungere Roma alla Nazione Italiana.

In che condizione si trovava l'Italia nel 1961? Di fatto era più disunita che mai essendosi sostanzialmente verificata un'annessione allo Stato Sabauda degli altri territori Italiani che erano guidati a loro volta da legittimi Sovrani.

Comunque, la condizione italiana, appunto appena messa insieme, era contraddistinta da una generale arretratezza nel campo assistenziale e nella legislazione sociale. In ogni caso da questo punto di vista anche gli altri Stati non erano certamente in condizioni di grande civiltà a riguardo.

In Italia, come per gli altri Paesi, l'assistenza, la beneficenza si basava esclusivamente su una rete di associazioni private, a base volontaristiche e sulle opere pie. Le opere pie erano organismi di carattere confessionale che davano il loro contributo in relazione alle donazioni o ai lasciti di privati.

Di fatto nel proclamato Stato Laico Italiano, di nuova formazione e fondato ancora sullo Statuto Albertino del 1848 che resterà in vigore fino alla fine della seconda guerra mondiale, fondamentale restò il ruolo della chiesa cattolica in materia di assistenza sociale. Solo con i governi di Francesco Crispi fu approntato un *corpus* normativo in materia di sanità, beneficenza pubblica con la trasformazione delle opere pie in Istituzioni pubbliche di assistenza e ➔

di beneficenza (IPAB)-Legge 17 luglio 1890 n. 6972. La svolta nella direzione dello sviluppo di una politica sociale italiana e non meramente assistenziale viene attuata nel 1898 con l'introduzione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Tale provvedimento era affiancato da un'assicurazione, ancora però su base volontaria, a copertura della vecchiaia e dell'invalidità e tuttavia tale istituzione riguardava solo gli operai. Opportuno ricordare il contesto socioeconomico dell'epoca e la forte preponderanza dei lavoratori rurali rispetto a quelli operanti nelle industrie.

Tra il 1901 e il 1914, la c.d. età Giolittiana, la politica sociale trova ulteriori sviluppi, in parte non strutturali ma contingenti, relativamente alle problematiche occupazionali. Fondamentale invece l'istituzione nel 1919 di un nuovo ente dotato di personalità giuridica pubblica per la gestione dell'assicurazione obbligatoria contro l'invalidità e la vecchiaia. Altrettanto fondamentale, introdotta poco tempo dopo, fu l'assicurazione contro la disoccupazione involontaria.

Tali interventi di politica sociale, non a caso si pongono al termine della terribile I guerra mondiale, ove la situazione socioeconomica era evidentemente particolarmente critica.

La Grande Guerra provocò più di 10 milioni di vittime. Le malattie epidemiche assunsero notevoli dimensioni per effetto delle privazioni alimentari e delle condizioni igieniche. In quegli anni a ulteriore inclemenza sulle circostanze si diffuse nel mondo "La Grande Influenza", la più grande pandemia nella storia dell'umanità che solo in Italia uccise circa 1 milione di persone.

Ricordato il contesto in cui la legislazione sociale prosegue il suo sviluppo deve anche rilevarsi che la facoltatività del sistema assicurativo sociale del periodo 1898-1919 aveva creato categorie di lavoratori "tutelati" e altri no anche in relazione alla loro forza specifica nel contesto sociale-contrattuale. Si era pertanto giunti al punto in cui l'obbligatorietà dell'assicurazione previdenziale assumesse la valenza di legge e quindi di applicabilità *erga omnes* per tutti i lavoratori. Evidentemente un passaggio importantissimo: la nascita del diritto soggettivo del lavoratore ad essere assicurato per la previdenza.

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.

Legge quadro per l'artigianato: calcolo dei limiti dimensionali

Quesito?

Nel computo del numero dei lavoratori, ai fini della valutazione di rispetto dei limiti previsti dalla legge quadro per l'artigianato L. n. 443/85, si deve o meno tener conto del lavoratore assunto a copertura quota collocamento obbligatorio disabili L. n. 68/1999?

Con riferimento al quesito, l'art. 4 della L. n. 443/1985, legge quadro per l'artigianato, dispone che l'attività per essere considerata artigiana deve essere svolta da un numero di soggetti lavoratori entro un determinato limite numerico, differente per i diversi settori produttivi. *Ai fini del calcolo dei limiti di cui sopra non sono computati, co. 2 n. 5), i portatori di handicap, fisici, psichici o sensoriali.* La L. n. 68/1999 recante norme per il diritto al lavoro dei disabili, all'art. 1, collocamento dei disabili, definisce disabile la persona che in età lavorativa sia affetta da **minorazioni fisiche, psichiche o sensoriali e ai portatori di handicap intellettuale (...).**

Pertanto si ritiene che il lavoratore assunto a copertura della quota *ex* L. n. 68/1999 non entri nel calcolo dei limiti dimensionali previsti dall'art. 4 L. n. 443/1985.

MARCO FREDIANI ANALIZZA LA L. N. 179/2017 IN TEMA DI TUTELA DEL LAVORATORE CHE SEGNA LA L'ILLECITO

Whistleblowing e aziende private: tutele e lacune¹

L'Autore esamina la L. n. 179 del 30 novembre 2017 mettendone in evidenza un aspetto di cruciale importanza: la tutela del soggetto che effettua la segnalazione dell'illecito.

Infatti, se da un lato la figura del "whistleblower" si rivela basilare ai fini della lotta alla corruzione, dall'altro una sua insufficiente tutela lo espone potenzialmente a rappresaglie da parte del datore di lavoro, con intuibili ripercussioni economiche e professionali.

Una difesa appropriata si pone pertanto nell'interesse dell'ordinamento stesso, in quanto elemento in grado di incoraggiare l'emersione dei fenomeni di *mala gestio*.

Il whistleblowing in Italia

L'Italia è solamente l'ultimo Paese, in ordine di tempo, ad aver previsto una disciplina specifica in materia.

Una prima, seppur embrionale e inespressa, forma di *whistleblowing* era stata introdotta dal D.lgs. n. 231/2001, laddove stabiliva che i modelli di organizzazione dovessero "prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli"².

Si deve però solo alla Legge Severino n. 190/2012 (c.d. Legge Anticorruzione) l'introduzione di una vera e propria disciplina sulla segnalazione di illeciti³.

Il whistleblowing nell'ambito del rapporto di lavoro privato

Per quanto concerne il rapporto di lavoro privato, l'art. 2 della L.n. 179/2017 interviene sul D.lgs. n. 231/2001, aggiungendo tre nuovi commi all'art. 6 relativo alle indicazioni sul contenuto dei modelli organizzativi.

Ai sensi dell'art. 2, i modelli organizzativi e di gestione (MOG) devono essere integrati contemplando:

- uno o più canali che consentano ad apicali e sottoposti di presentare segnalazioni circostanziate di condotte illecite rilevanti ai sensi del D.lgs. n. 231/2001 e fondate su elementi di fatto precisi e concordanti, o di violazioni del modello di organizzazione e gestione dell'ente, di cui siano venuti a conoscenza in ragione delle funzioni svolte⁴; tali canali garantiscono la riservatezza dell'identità del segnalante nelle attività di gestione della segnalazione;
- almeno un canale alternativo di segnalazione idoneo a garantire, con modalità informatiche, la riservatezza dell'identità del segnalante (posta ordinaria e mail dedicata o *form* all'interno della *Intranet* aziendale);
- il divieto di atti di ritorsione o discriminatori, diretti o indiretti, nei confronti del segnalante per motivi collegati, direttamente o indirettamente, ➔

1. Sintesi dell'articolo pubblicato in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 3, 2018, p. 221.

2. Art. 6, co. 2, lett. d.

3. In particolare, l'art. 1, co. 51, introduceva nel corpo del D.lgs. n. 165/2001 l'art. 54-bis, rubricato "Tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti".

4. L'art. 3 della L. n. 179/2017 ha introdotto la deroga all'obbligo del segreto discendente

dagli artt. 326, 622 e 623 c.p. nonché dall'art. 2105 c.c. definendo espressamente quale "giusta causa" il superiore interesse all'integrità delle aziende pubbliche e private ed alla repressione delle malversazioni. Tale esimente non può però essere invocata da parte di chi è venuto a conoscenza delle informazioni in ragione di un rapporto di consulenza professionale (la c.d. deroga

della deroga). Inoltre nel co. 3, l'art. 3 prevede che comunque la violazione dell'obbligo di segretezza rimane tale quando la rivelazione venga effettuata con modalità eccedenti le strette finalità di repressione dell'illecito rivelato prevedendo quale esempio l'utilizzo di canali di comunicazione non specificamente predisposti a tal fine.

- alla segnalazione (c.d. divieto di “*retaliation*”)⁵;
- nel sistema disciplinare adottato, sanzioni nei confronti di chi viola le misure di tutela del segnalante, nonché di chi effettua con dolo o colpa grave segnalazioni che si rivelano infondate⁶.

Questioni aperte e criticità

La legge, così come concepita, nonostante costituisca indiscutibilmente un ottimo punto di partenza poiché introduce tutele fortificate rispetto alla precedente normativa, lascia affiorare da subito diverse lacune. In primo luogo, il Decreto non si applica a tutti gli enti operanti nel settore privato: sono esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli altri enti pubblici non economici.

In secondo luogo, si osserva che anche per gli enti interessati non vige un vincolo di adozione di tale modello che rimane, *de facto*, opzionale.

Altro elemento opinabile emergente è la mancata individuazione del destinatario della segnalazione, a differenza di quanto accade nel settore pubblico.

Non meno problematica è l'assenza di qualsivoglia

riferimento all'esigenza di soppesare il diritto alla riservatezza del segnalante con il diritto di difesa del segnalato.

Altrettanto articolata appare l'indagine relativa al dolo o colpa grave del segnalante nel caso in cui la segnalazione si riveli priva di fondamento e, soprattutto, non è chiaro a chi competa (tale accertamento è generalmente appannaggio del giudice).

Si evidenzia, infine, la vaghezza della formula utilizzata per circoscrivere l'oggetto della segnalazione.

La soluzione più ragionevole alle suddette aporie interpretative sembra essere quella di attingere alla concomitante normativa del settore pubblico e applicare in via analogica i medesimi criteri.

Sarà tuttavia opportuno attendere, per procedere a considerazioni più mature, l'emanazione di Linee Guida che l'Anac - con il parere del Garante della *Privacy* - dovrà stilare riguardo alle concrete modalità di presentazione e gestione delle segnalazioni.

In particolare, sarà interessante osservare come verranno tratteggiate le garanzie di riservatezza a favore del soggetto segnalante, in considerazione delle novità legislative in materia di tutela dei dati personali.

5. Se il segnalante è destinatario di misure discriminatorie o ritorsive a causa della segnalazione si può inoltrare una denuncia all'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

Sul fronte strettamente giuslavoristico la nuova legge prevede che il licenziamento ritorsivo o discriminatorio del segnalante è nullo e nulli sono parimenti il mutamento di mansioni o qualsiasi altra misura ritorsiva o discriminatoria adottata nei confronti del segnalante

(co. 2-*quater*). A ben vedere nulla di nuovo posto che è principio generale dell'ordinamento la nullità degli atti determinati da motivo illecito determinante (art. 1418 c.c.), fattispecie in cui tradizionalmente è stato ricondotto il licenziamento, nonché gli altri atti modificativi del rapporto di lavoro, caratterizzati da carattere ritorsivo.

6. In tal senso si era già espressa la sentenza della Cass., 24 gennaio 2017, n. 1752: “È legittimo il licenziamento disciplinare intimato al lavoratore

pubblico che invii ad alcuni soggetti istituzionali (prefettura, procura della repubblica e Corte dei conti) una memoria contenente la denuncia di condotte illecite da parte dell'amministrazione di appartenenza palesemente priva di fondamento, configurandosi una condotta illecita, univocamente diretta a gettare discredito sull'amministrazione medesima, non potendosi peraltro configurare, nella specie, le condizioni per l'applicabilità della disciplina del c.d. 'whistleblowing' ex art. 54-bis d.lg. n. 165 del 2001”.

IL CENTRO STUDI E RICERCHE ITINERARI PREVIDENZIALI ANALIZZA LE DIMENSIONI DEL FENOMENO, I COSTI E LE MISURE DI CONTENIMENTO SULLA SPESA PUBBLICA PER PRESTAZIONI DI INVALIDITÀ

Area della invalidità: dimensione del fenomeno¹

Anche il settore delle invalidità civili e previdenziali è diventato nel corso degli anni oggetto di attenzione per la riduzione dei costi e il contenimento delle spesa pubblica.

Le analisi statistiche dell'ultimo decennio evidenziano due *trend* opposti per il numero di casi di invalidità di tipo previdenziale e di tipo civile. Più precisamente, mentre le invalidità di tipo previdenziale si sono ridotte per numero di richieste, quelle di invalidità civile, cioè avulse da versamenti previdenziali ed erogate a titolo assistenziale da parte dello Stato, si sono incrementate considerevolmente, assumendo tra l'altro, molto spesso, il ruolo di ammortizzatore sociale.

Per la riduzione delle invalidità previdenziali, molto è dovuto alla L. n. 222/1984 che dal 1985 ha limitato il campo di azione esclusivamente agli aspetti sanitari intesi come riduzione della capacità lavorativa. Di contro, questo provvedimento ha contribuito all'aumento delle domande di prestazione di natura civile. Non si può soprassedere, nel contemplare in questa analisi, l'aspetto geografico della distribuzione delle prestazioni: il numero delle invalidità civile richieste ed erogate nelle regioni del sud Italia risulta pari al doppio di quanto afferisce alle regioni del nord; ed anche questo descrive come ci si trovi effettivamente di fronte ad un ammortizzatore sociale alternativo.

Ad oggi, la spesa per invalidità previdenziali si è attestata intorno a 8 milioni di euro (era circa il doppio nel 2005); mentre per l'invalidità civile si è passati in dieci anni da 9,3 a 15,8 milioni di euro.

Per contenere la spesa e far sì che si ponesse la massima attenzione ed equità nella concessione delle prestazioni, il legislatore ha profuso diversi sforzi.

Si è provveduto ad affidare sempre più compiti all'Inps (seppure la competenza in materia assistenziale è di natura regionale), affidando la ricezione diretta delle domande, inserendo un medico dell'Inps nei collegi medici, affidando all'Ente la verifica e la validazione delle decisioni assunte dai medici Asl.

Il processo, con qualche difficoltà perché osteggiato spesso dalle regioni, ha portato risultati soprattutto per quanto riguarda il rigore applicato nel riconoscimento dello stato invalidante.

Attualmente è stata avviata una sperimentazione in 17 regioni che prevede l'affidamento completo dell'iter agli uffici Inps. In questo processo, la forte riduzione dei medici Inps degli anni passati potrebbe non portare gli effetti sperati, causando un fenomeno perverso di inversione della tendenza. Ci si augura che si tenga conto di questo aspetto per far sì che il processo possa continuare a migliorare.

¹ Sintesi dell'Approfondimento 2018 - Osservatorio sulla spesa pubblica: invalidità civili e invalidità previdenziali.

LA PAGINA DELLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE

Il Mediatore prima di tutto sa come convertire una crisi in una opportunità creativa

Un momento di riflessione per riconoscersi nell'arte di saper mediare (O per conoscere l'arte di saper mediare)

Molti giocatori posseggono un preciso controllo, fino a quando non si trovano in una situazione che si presenta “critica”.

Allora essi si “smontano”, perdono ogni controllo e sembrano privi di ogni benché minima abilità.

Al contrario, vi sono atleti che rendono di più, quando sono sotto pressione.

La situazione stessa sembra dare loro più forza, più potenza e più “arguzia”.

Ci sono alcuni individui che di fronte a una “crisi” si scontrano con la realtà, restano inattivi e sperduti; altri invece, reagiscono accettando la “crisi” come una sfida da affrontare. L'atteggiamento che li distingue è fondamentale! La differenza tra questi due individui, non è una qualità innata che alcuni posseggono e altri no; piuttosto, è una questione di come essi hanno imparato a reagire in situazioni critiche. Se di fronte a una “crisi”, reagite adeguatamente, la crisi diventa “creativa”, può darvi forza, saggezza e potere. Se reagite impropriamente, una crisi vi può defraudare di qualsiasi capacità e controllo a cui fate ricorso abitualmente. Coloro che nello sport, negli affari o nelle attività sociali, sono pronti a reagire sotto pressione, al massimo delle loro

potenzialità, sono coloro che hanno imparato inconsciamente o consciamente a reagire bene in situazioni critiche. Costoro hanno avuto la capacità di continuare a lottare per i propri ideali, per le mete che si erano prefissati, per raggiungere nuovi obiettivi più stimolanti e più adeguati alle nuove situazioni.

Attraversare un periodo di crisi, non significa necessariamente essere sconfitti o falliti; significa invece, essere capaci di affrontare le situazioni da punti di vista diversi, percependone una visione migliore, più costruttiva e che provoca una piacevole sensazione di complicità con la vita che ti lancia la sfida.

La vita ti chiede di attivare il tuo intuito e di lanciare nuove idee, nuovi percorsi che fanno di te una persona in continua crescita o addirittura “nuova”.

Ti chiede di imparare a risolvere i problemi, a trovare soluzioni, a non improvvisare, ma a seguire un piano preciso! L'improvvisazione nel raffrontare le vie della crisi, possono portarti a soluzioni di sopravvivenza, ma non a creare un nuovo stato di attività vincente!

Durante uno stato di crisi, le nostre emozioni sono al massimo e non possiamo pensare che quella esperienza diventerà un comportamento positivo costante. Facciamo un esempio: Gettiamo un uomo ➔



che non sa nuotare, in alto mare, la crisi che si crea con lui, può condurlo a lottare fino al punto che riesca a salvarsi. Egli impara presto e cerca di nuotare “come può”, ma non imparerà mai al punto di diventare un campione. “Lo sforzo improvviso e sovrumano che lo ha condotto in salvo, si “fissa” in lui come esperienza, rendendogli difficile successivamente l’apprendimento di uno stile migliore di nuoto”. A causa dell’esperienza negativa affrontata, il nostro protagonista, potrebbe incorrere in una crisi peggiore di quella avuta in precedenza se gli si richiedesse di nuotare per un tratto molto più lungo. “Essere sotto pressione, può quindi ritardare la capacità di apprendere”! Il Dott. *Edward Tolman*, psicologo ed esperto presso l’Università della California, scoprì che, se, ad alcune cavie, si fosse data la possibilità di imparare e fare pratica in condizioni normali e non critiche, esse potevano reagire meglio nel corso di una crisi. Alcune cavie, furono lasciate libere di gironzola-

re in un rifugio, sazie di cibo e di acqua e si constatò che in quello stato, esse sembravano non imparare nulla! Mentre se le stesse cavie venivano lasciate assetate e affamate, mostravano di imparare moltissimo per arrivare allo scopo velocemente ed efficientemente. Alcuni topi al contrario, costretti da una crisi di fame e di sete, sottoposti quindi a una forte pressione di “stimolo”, dimostrarono che le loro “mappe mentali cerebrali”, si restringevano, facendoli reagire male alla situazione. L’unica via “corretta” che conduceva allo scopo di raggiungere il cibo, si fissava in loro e se veniva bloccata, diventavano ansiosi e facevano fatica ad imparare una nuova “mappa.”

L’eccessiva pressione interferisce con il processo della ragione! Pertanto si può dedurre che: “si impara un comportamento proattivo da tenere in situazioni di crisi, facendo pratica in condizioni non critiche e prodotte da uno stimolo corretto”.

Il grande bluff della tutela alla Privacy delle persone fisiche

Il 25 maggio 2018 è entrato in vigore il nuovo Regolamento Europeo per la Protezione dei Dati Personali (GDPR - *General Data Protection Regulation*) che, stando a quanto esplicitato nell'art. 1, si propone una duplice finalità ovvero la protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei loro dati personali, nonché la creazione di norme relative alla libera circolazione di tali dati, partendo, e lo si dice a chiare lettere, dal fatto che il Regolamento:

protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali.

Non si vuole qui disquisire dell'articolato meccanismo di regole e adempimenti previsti dal Regolamento, ma vogliamo invece soffermarci su quella che appare, quantomeno a chi scrive, una palese contraddizione, sia nei termini che nei fatti, di uno degli adempimenti base della normativa rispetto alle sue nobilissime finalità. Ci riferiamo all'informativa che deve essere fornita al titolare dei dati personali e per la quale l'art. 12 del GDPR stabilisce peculiari caratteristiche - il regolamento le chiama "modalità trasparenti" - che permettano all'interessato una cosciente presa d'atto dei diritti garantitigli dal Regolamento:

1. Il titolare del trattamento adotta misure appropriate per fornire all'interessato tutte le informazioni di cui agli articoli 13 e 14 e le comunicazioni di cui agli articoli da 15 a 22 e all'articolo 34 relative al trattamento in forma concisa, trasparente, intelligibile e facil-

mente accessibile, con un linguaggio semplice e chiaro, in particolare nel caso di informazioni destinate specificamente ai minori. Le informazioni sono fornite per iscritto o con altri mezzi, anche, se del caso, con mezzi elettronici. Se richiesto dall'interessato, le informazioni possono essere fornite oralmente, purché sia comprovata con altri mezzi l'identità dell'interessato.

Chiaro l'intento del legislatore di fare sì che l'informativa raggiunga l'interessato non solo in senso materiale ossia tramite la sua mera consegna, ma che sia da costui pienamente compresa, permettendogli quindi scelte autenticamente libere in relazione ad un eventuale consenso all'utilizzo dei propri dati per le finalità dichiarate dal richiedente.

In quest'ottica interessanti risultano alcune delle caratteristiche previste per questo documento:

- *in primis* l'obbligo di **concisione** dell'informativa, che, Treccani alla mano, dovrebbe esplicitarsi in uno scritto breve e in una esposizione essenziale, sintetica, stringata e succinta. Come dire: concentratevi sull'essenziale ed eliminate tutti i fronzoli, compresi i richiami agli articoli di legge;
- il secondo requisito è quello della **intelligibilità** dell'informativa che presuppone, sempre dizionario alla mano, la possibilità di essere compresa e correttamente interpretata dal destinatario. Come dire: attenzione a chi vi trovate di fronte.

Fondamentale a tale scopo sarà quindi, stando alla norma, l'utilizzo da parte di chi raccoglie e tratta questi dati di un linguaggio **semplice e chiaro**.

Le informazioni da fornire all'interessato, nel caso della →

contestuale raccolta presso il medesimo dei dati che lo riguardano, sono individuate dall'art. 13 del GDPR e sono

a) l'identità e i dati di contatto del **titolare del trattamento** e, ove applicabile, del suo rappresentante;

b) i dati di contatto del **responsabile della protezione dei dati**, ove applicabile;

c) le **finalità del trattamento** cui sono destinati i dati personali nonché la base giuridica del trattamento;

d) qualora il trattamento si basi sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera f), i **legittimi interessi perseguiti** dal titolare del trattamento o da terzi;

e) gli eventuali destinatari o le eventuali categorie di **destinatari dei dati personali**;

f) ove applicabile, l'intenzione del titolare del trattamento di **trasferire dati personali a un paese terzo** o a un'organizzazione internazionale e l'esistenza o l'assenza di una decisione di adeguatezza della Commissione o, nel caso dei trasferimenti di cui all'articolo 46 o 47, o all'articolo 49, secondo comma, il riferimento alle garanzie appropriate o opportune e i mezzi per ottenere una copia di tali dati o il luogo dove sono stati resi disponibili.

2. In aggiunta alle informazioni di cui al paragrafo 1, nel momento in cui i dati personali sono ottenuti, il titolare del trattamento fornisce all'interessato le seguenti ulteriori informazioni necessarie per garantire un trattamento corretto e trasparente:

a) il **periodo di conservazione** dei dati personali oppure, se non è possibile, i criteri utilizzati per determinare tale periodo;

b) l'esistenza del **diritto dell'interessato di chiedere al titolare del trattamento l'accesso ai dati personali e la rettifica o la cancellazione degli stessi o la limitazione del trattamento** che lo riguardano o di opporsi al loro trattamento, oltre al diritto alla portabilità dei dati;

c) qualora il trattamento sia basato sull'articolo 6, paragrafo 1, lettera a), oppure sull'articolo 9, paragrafo 2, lettera a), l'esistenza del **diritto di revocare il consenso** in qualsiasi momento

senza pregiudicare la liceità del trattamento basata sul consenso prestato prima della revoca;

d) il **diritto di proporre reclamo a un'autorità di controllo**;

e) se la comunicazione di dati personali è un **obbligo legale o contrattuale oppure un requisito necessario per la conclusione di un contratto**, e se l'interessato ha l'obbligo di fornire i dati personali nonché le possibili conseguenze della mancata comunicazione di tali dati;

f) l'esistenza di un **processo decisionale automatizzato**, compresa la **profilazione** di cui all'articolo 22, paragrafi 1 e 4, e, almeno in tali casi, informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato.

3. Qualora il titolare del trattamento intenda trattare ulteriormente i dati personali per una **finalità diversa da quella per cui essi sono stati raccolti**, prima di tale ulteriore trattamento fornisce all'interessato informazioni in merito a tale diversa finalità e ogni ulteriore informazione pertinente di cui al paragrafo 2.

Da sottolineare peraltro che il Considerando 26 del GDPR stabilisce anche che

*È opportuno che le persone fisiche siano **sensibilizzate ai rischi**, alle norme, alle garanzie e ai diritti relativi al trattamento dei dati personali, nonché alle **modalità di esercizio dei loro diritti** relativi a tale trattamento.*

Abbiamo sopra già evidenziato come tutte queste informazioni - su titolari e responsabili, interessi e diritti, finalità e modalità del trattamento, rischi e procedure - dovranno rispettare le caratteristiche, sostanzialmente di completezza e trasparenza, previste dall'art. 12 del GDPR. Non sembra proprio un giochetto da ragazzi.

Ed infatti a causa della mole di informazioni da fornire all'interessato - va anche detto giustamente, considerati i diritti in gioco - ci stiamo inevitabilmente imbattendo nei primi *fac-simili* di informative redatte su più pagine in un impeccabile linguaggio tecnico-giuridico, all'evidente scopo di porre il titolare del trattamento al ➔

riparo dalla pesanti sanzioni previste dal GDPR. Su questo fatto andrebbe sviluppata una prima, seria, considerazione. Una informativa che, utilizzando un *linguaggio semplice e chiaro*, volesse essere *concisa, trasparente, intelligibile e facilmente accessibile* e al contempo prevedere tutte le informazioni richieste, potrà mai raggiungere effettivamente il proprio scopo? E qui non stiamo parlando del caso di un interessato analfabeta o straniero - aspetto che meriterebbe ulteriori considerazioni - ma dell'utente comune, quello per intenderci da *social network* i cui dati, gusti e abitudini, oggi rappresentano una grandissima ricchezza per ogni azienda che fa *business*.

Abbiamo tutti ben presente cosa succede con le varie corpose informative *privacy* allegate ai moduli contrattuali delle agenzie telefoniche o di istituti bancari. Ce li sbattono sotto il naso e senza avere il tempo di leggerli (anche se in tutta onestà spesso ci manca proprio la voglia) mettiamo una decina di firme in modo meccanico, inconsapevoli del contenuto e delle possibili conseguenze di quanto stiamo accettando e sottoscrivendo.

E siamo tutti altrettanto consapevoli che nei contratti *online*, di fronte alle informative *privacy* che propongono un *link* che conduce direttamente al testo dell'informativa oppure l'apertura di un *pop-up* (con l'obbligo di scorrerlo tutto prima di trovare la spunta di consenso) nessuno si prenda la briga di leggere alcunché.

Del resto è un dato di fatto che una informativa contrattuale che supera la mezza pagina diventi inevitabilmente indigesta alla maggioranza degli utenti finali, quelli italiani di certo.

A questa considerazione consegue una prima domanda: a cosa serve tutto questo? Alla protezione delle persone fisiche, con specifico riguardo al trattamento dei loro dati personali, oppure alla libera circolazione di tali dati? Ripensiamo bene al sistema *Privacy*: il titolare del trat-

tamento che utilizza, per legge o per contratto, i dati di una persona fisica ha l'obbligo di informarla; se desidera utilizzare questi dati per altre finalità, anche "commerciali," deve acquisirne il libero consenso; una volta acquisiti, i dati devono comunque essere protetti dal rischio di perdita o di furto.

Personalmente si nutrono forti dubbi che tutto funzioni sempre così. Anzi, il più delle volte questo sistema - proprio in ragione della promiscuità tra informative, consensi obbligatori e consensi facoltativi - costringe l'utente ad accettare, senza attentamente leggerle, tutte le clausole contrattuali proposte, spesso anche a causa della ineluttabilità della scelta nel trovarsi davanti al classico "pacchetto prendere o lasciare".

E per i medesimi motivi, altrettanto di sovente, accade che il "furto" dei nostri dati avvenga molto prima, sotto i nostri occhi, in sede di richiesta e acquisizione del consenso al trattamento.

Ed eccoci giunti così alla domanda conclusiva: il nuovo Regolamento potrà mai creare un impianto volto alla reale tutela, di rango costituzionale, dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche oltre che dei loro dati personali?

O forse è più verosimile ritenere che questo sistema serve più a "parare le spalle" ai grandi centri di potere che i dati li "trattano" ovvero li raccolgono, li gestiscono ma, soprattutto, li vendono?

Non sarà che proprio grazie all'informativa e agli annessi consensi - rispettosa, la prima, certamente dei contenuti e dei requisiti richiesti dalla legge, ma si dubita fortemente di quelli di *concisione e di intelligibilità* - le grandi aziende potranno sempre giustificare ogni loro operato a fronte di eventuali contestazioni di utilizzo illecito dei dati?

Chi scrive non ha esitazione alcuna su quale sia la risposta corretta.

UNA PROPOSTA AL MESE

di ANDREA ASNAGHI

Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

Per i professionisti una maggiore attenzione

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

“Tutti gli animali sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri.”

Il graffiante e amaro realismo di questa frase di Orwell (da “La Fattoria degli Animali”) sembra calzare apposta per la situazione dei professionisti e, in genere, dei lavoratori autonomi. Che qualcuno, in nome di una non meglio precisata liberalizzazione dagli altrettanto poco chiari effetti salvifici, vorrebbe parificare (distorcendone in parte la fisionomia) alle imprese; con il risultato che spesso tali soggetti si vedono negati elementari diritti ed opportunità. E questo, sì, appare iniquo e distorsivo di un equilibrio sul mercato e di una perdita generale di *chance*.

La storia è vecchia, e basterebbe guardare al recente passato per ricordare come diversi incentivi alle assunzioni sono stati riservati al mondo imprenditoriale ma non a quello professionale.

Ma focalizzandoci sul presente, vorremmo evidenziare alcuni aspetti in cui desidereremmo proporre una maggiore attenzione ai professionisti, soprattutto facendoli accedere a possibilità che ad altri soggetti non sono negate.

Il contratto di rete

Il contratto di rete fornisce ai soggetti che ne fanno parte alcune opportunità, sia dal punto di vista fiscale che sotto gli aspetti economici, organizzativi e di condivisione delle risorse umane.

Con tale contratto, infatti, alcuni operatori econo-

mici, senza alcuna sovrastruttura societaria ma con un semplice accordo commerciale (per quanto sottoposto a pubblicizzazione) possono decidere di condividere risorse, *know-how*, personale e mezzi per il migliore sviluppo strutturale dei singoli aderenti: una sorta di sinergia positiva.

Ma forse è l'espressione letterale utilizzata dal legislatore che rende l'idea della portata innovativa e potenziale della fattispecie per i soggetti (imprenditori) che decidono di utilizzarla, i quali con “*lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato (...) si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti pre-determinati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa*”.

Un trampolino di lancio, in buona sostanza, per offrire la possibilità di innovare e competere soprattutto alle piccole e medie imprese, senza perdere o stravolgere i propri tratti caratteristici, spesso ancorati anche all'*imprinting* personale dell'imprenditore.

Peccato che tale opportunità sia riservata alle imprese e non ai professionisti. Lo dice la legge istitutiva di tale contratto (art. 3, co. 4-ter, D.l. n. 5/2009), lo ha ribadito recentissimamente l'Ispettorato Nazionale del Lavoro nella propria circolare n. 7/2018, ove ➔

relativamente al distacco ed alla codatorialità ricorda come tali contratti di lavoro siano esercitabili senza motivazione solamente nell'ambito di reti costituite da imprese. È pur vero che l'Ispettorato evita (non si comprende perché) di valorizzare quanto previsto dall'art. 12, co. 3 del D.Lgs. n. 81/2017, il quale ha invero previsto una timida apertura per i lavoratori autonomi al contratto di rete ma solamente *“al fine di consentire la partecipazione ai bandi e concorrere all'assegnazione di incarichi e appalti privati”*. Ma tale frase, che rappresenta comunque un'apertura e lascia discreti spazi di manovra, appare sicuramente molto più riduttiva della regola generale.

Allora, ed è la prima proposta, perché non aprire completamente i contratti di rete ai professionisti? Basterebbe una semplice aggiunta all'*incipit* della norma: *“con il contratto di rete più imprenditori o professionisti...”*.

Gli incentivi per ricerca, sviluppo ed innovazione

Il processo ormai noto come Industry 4.0 (poi corretto in Impresa 4.0) e l'esigenza di adeguamento tecnologico, nonché di processi e tecniche innovative ed al passo coi tempi (o addirittura che li precorrono) ha spinto la comunità Europea ed il nostro Paese a forti incentivazioni economiche per i soggetti che investono in tali processi (si veda l'art. 3 del D.l. n. 145/2013, oppure quanto previsto dalle “Finanziarie” 2015, art. 1 co. 35 e 2016, art. 1 co. 15-16).

Non volendo perderci nel tecnicismo delle definizioni, la ricerca e lo sviluppo non sono tuttavia, come potrebbe sembrare a prima vista, qualcosa che riguardi la robotica avanzata e la scoperta di formule chimiche rivoluzionarie, bensì un'attività di sperimentazione volta ad acquisire (fra le altre cose) nuove conoscenze per mettere a punto nuovi prodotti, **processi o servizi** o per migliorare sensibilmente quelli esistenti, includendovi anche aspetti organizzativi, gestionali, finanche culturali, in senso lato.

Ora, siamo davvero sicuri che verso il mondo professionale, tanto addentro nell'ambito dei servizi, della conoscenza, dell'organizzazione e dell'innovazione, non si avverta la necessità del medesimo impulso innovativo, proprio anche per la propria funzione di promozione (o come si dice oggi, di incubatore) dell'innovazione, probabilmente più difficile se non

si parte dall'innovare se stessi?

Eppure tali incentivi sono, senza alcuna ovvietà ed anzi – a parer di chi scrive con una palese contraddizione di fondo - riservati solamente al mondo imprenditoriale, oppure a quella parte di mondo professionale che perda buona parte delle propri caratteristiche migliori e si metta a fare pura “impresa”.

Anche allo studio (o alla rete di professionisti, per tornare al punto precedente) perché non concedere contributi nell'ambito di processi di innovazione e sviluppo? Davvero li vogliamo tenere ai margini del tessuto economico, considerandoli quasi (come direbbe Gaber) una “razza in estinzione”?

Le collaborazioni dei familiari

Quante volte abbiamo visto negli Studi professionali o al fianco di attività autonome la collaborazione di familiari, dal coniuge del medico o del dentista o del professionista (con mansioni – tanto per semplificare - amministrative, di segreteria, di addetto alla poltrona, o anche di vero e proprio affiancamento nell'esercizio delle attività caratteristiche – ove per l'esercizio di esse non vi sia una riserva esclusiva).

Mentre nelle piccole attività imprenditoriali (agricole, artigianali, commerciali) vi è una grande attenzione agli aspetti assicurativi e previdenziali per questi preziosi collaboratori, destinatari di previdenza ed assistenza specifiche – ed anche ai risvolti fiscali, si pensi alla costituzione di imprese familiari (art. 230/bis c.c.) con l'attribuzione ai familiari finanche di quote di reddito e all'incremento di valore relative all'attività del titolare- esiste una totale cesura verso tali collaborazioni in ambito professionali, ove le stesse non sono riconosciute.

E dove anche solo la costituzione, in alternativa, di un rapporto di lavoro subordinato non solo è osteggiata *apertis verbis* da Inps (la nota circolare n. 179/1989, che rileva in tali rapporti, invero non del tutto a torto, la mancanza di indici di reale subordinazione) ma sconta anche il limite, in campo fiscale, di non essere deducibile dal reddito del professionista (Tuir, art. 54, co. 6-bis), il che, peraltro, concerne qualsiasi tipo di compenso (anche di collaborazione coordinata e continuativa, o occasionale) corrisposto da un lavoratore autonomo ai propri familiari. ➔

Con la conseguenza che non di rado di fronte a queste fattispecie, tutt'altro che infrequenti (d'altronde, se si realizzano nella piccola impresa a conduzione familiare, non si vede perché non potrebbero realizzarsi anche in uno studio di medesime dimensioni), il consulente che è chiamato a dare un inquadramento a queste figure si trova in forte imbarazzo.

Ora, poiché non crediamo che i familiari del professionista, qualora con questo collaborino con continuità e dedizione, godano di diritti minori rispetto ad altri familiari del nostro Paese, proponiamo semplicemente un'estensione dell'art. 230/bis anche ai familiari del professionista, con diritto, parallelamente, ad una copertura assicurativa, nelle stesse forme e presso le stesse Casse o Gestioni, anche private se all'uopo organizzate, del professionista medesimo.

Conclusioni

Il mondo professionale - così come quello imprenditoriale, del resto - è estremamente variegato e forse trovare una sintesi buona per ogni aspetto che lo riguarda può diventare difficile.

Tuttavia è indubbio che sia un mondo che ha bisogno di sostegno e di attenzione.

Non si può negare che l'evoluzione del professionismo spinga sempre più all'esigenza di "fare rete" fra professioni, sia simili che differenti, e non solo necessariamente per "offrire servizi" ma anche per accrescere le competenze, condividere mezzi e strutture o creare reti di solidarietà reciproca. Ciò dovrebbe

poter essere realizzato senza dover per forza arrivare all'irrisolto (tuttora, per molto aspetti) ibrido giuridico delle società tra professionisti, oppure senza dover pensare alle società di consulenza-monstre, dove quasi sempre il singolo professionista rischia di perdere (a favore, magari, di una pressante esigenza di fatturare) le parti più caratteristiche della propria deontologia, che sono la responsabilità diretta, l'interesse del cliente e l'indipendenza intellettuale.

Né pare possibile immaginare un futuro, anche prossimo, per un professionista che oggi non investa su se stesso, ma anche sui propri collaboratori e sulla propria struttura, con attività all'avanguardia nel campo della ricerca e dello sviluppo, di competenze, organizzazione e mezzi tecnologici.

E ancora si fatica a comprendere perché il professionista debba tribolare o inventare costruzioni anomale e forzate per coinvolgere nella propria avventura le persone a lui più care e vicine.

A meno che il mondo professionale, in fondo, non faccia paura, come a qualsiasi potere possono far paura semplici qualità come la libertà, l'indipendente intellettuale ed economica e la conoscenza. Tanta paura da condannare i professionisti a questa "uguaglianza asimmetrica" per cui sempre più si cerca di negarne la specificità e l'apporto peculiare, considerandoli in molti campi uguali a tutti gli altri soggetti economici, ma (per tornare all'*incipit* di questo articolo) per tutto il resto ... un po' meno uguali degli altri.



SENTENZE

ARGOMENTO

Parità di trattamento per i lavoratori a tempo parziale

La Corte d'appello di Milano accoglieva la domanda avanzata da una dipendente a tempo parziale, la quale contestava all'azienda presso cui era assunta il pagamento di una retribuzione oraria inferiore a quella prevista per il personale dipendente a tempo pieno. L'azienda era quindi stata condannata al pagamento delle differenze retributive, sulla base dell'applicazione del principio di non discriminazione, per cui un lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto ad un lavoratore a tempo pieno comparabile. L'azienda proponeva ricorso in Cassazione sostenendo che i lavoratori a tempo pieno non fossero comparabili, poiché svolgevano turni continui ed avvicendati, mentre la lavoratrice *part time* lavorava soltanto alcuni giorni al mese. Di conseguenza, l'azienda riteneva che un lavoratore *full time* potesse ricevere una remunerazione complessivamente superiore, tenendo conto dell'impegno maggiormente impiegato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, e contestava la quantificazione della pretesa

retributiva proposta dal giudice di appello.

La Cassazione, esaminando il caso, ha ribadito l'obbligo di rispettare il principio di non discriminazione, introdotto a livello nazionale a seguito di direttiva europea, con il D.lgs. n. 61/2000, per cui i lavoratori a tempo parziale non devono essere trattati in modo meno favorevole rispetto ai lavoratori *full time* comparabili, intendendosi per "comparabili" quelli inquadrati nello stesso livello, secondo la classificazione proposta dai contratti collettivi. Secondo la Cassazione tale disposizione normativa esclude la comparazione sulla base di criteri differenti da quelli contemplati dalla norma, che prevede quale criterio il solo inquadramento previsto dalle fonti collettive, per cui ogni altro parametro alternativo di comparazione non può esser fatto valere.

La Cassazione rigetta il ricorso, confermando l'avvenuta discriminazione retributiva avvenuta nei confronti della lavoratrice a tempo parziale e sostenendo la correttezza dei conteggi elaborati dalla Corte territoriale.

Cass., sez. Lavoro,
11 aprile 2018, n. 8966

AUTORE

RICCARDO BELLOCCHIO
Consulente del Lavoro in Milano

ALESSIA ADELARDI
Ricercatrice del Centro Studi e Ricerche

ARGOMENTO

Assistenza al disabile e diritto del lavoratore al trasferimento

Il dipendente che assiste un familiare disabile ha diritto ad essere assegnato o trasferito qualora vi sia un posto disponibile presso un'altra filiale dell'azienda più vicina ai suoi interessi.

Questa la sintesi della sentenza della Corte di Cassazione in esame che coinvolge una lavoratrice che si vede riconosciuta dal Tribunale di Bergamo, prima, e della Corte d'Appello di Brescia, poi, il diritto ad essere trasferita ad un'altra sede della sua azienda, più vicina al Comune di residenza del padre inabile e bisognoso di cure.

Il datore ricorre per Cassazione lamentando la violazione e la falsa applicazione dell'art. 33, co. 5 della L. n. 104/1992

che, a suo dire, non contempla un diritto soggettivo in capo al lavoratore al trasferimento ma un semplice interesse legittimo. Tale assunto si fonda sull'inciso "ove possibile", presente nel testo, e sulla considerazione che l'interesse del lavoratore non può comprimere il diritto alla libera organizzazione d'impresa di cui all'art. 41 della Cost..

La Corte di Cassazione, nel respingere il ricorso dell'azienda, inquadra il diritto del lavoratore all'assegnazione di sede o al trasferimento ad altra sede per l'assistenza e la cura di un familiare disabile, come un vero e proprio diritto soggettivo.

Tale lettura si fonda sul caposaldo dell'uguaglianza →

Cass., sez. Lavoro,
22 marzo 2018, n. 7120

AUTORE

SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano



sostanziale di cui all'art. 3, co. 2 della Cost. che impone allo Stato di tutelare (anche) quelle posizioni che realizzino meccanismi di solidarietà nell'ambito familiare.

Tale valore deve necessariamente essere bilanciato con gli altri, altrettanto meritevoli, quali la libera iniziativa economica e la libertà di organizzazione imprenditoriale.

ARGOMENTO

“No ad appalti in luogo della somministrazione”

Il Consiglio di Stato con la sentenza in commento ha accolto il ricorso di una Agenzia per il Lavoro avverso un cosiddetto appalto di servizi che in realtà rappresentava una vera e propria somministrazione di personale, attività riservata esclusivamente alle Agenzie di somministrazione regolarmente iscritte nell'apposito Albo presso il Ministero del Lavoro.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione (sez. Lavoro, 7 febbraio 2017, n. 3178), come recepisce e specifica il Consiglio di Stato, è intervenuta a dettagliare gli indici sintomatici della non genuinità di un affidamento formalmente qualificato come appalto, ma in realtà dissimulante una somministrazione di personale, ravvisandoli nei seguenti elementi:

- la richiesta da parte del committente di un certo numero di ore lavoro;
- l'inserimento stabile del personale dell'appaltatore nel ciclo produttivo del committente;
- l'identità dell'attività svolta dal personale dell'appaltatore rispetto a quella svolta dai dipendenti del committente;

Nel caso di specie, la presenza di vuoti d'organico per le stesse mansioni della lavoratrice nelle filiali prossime alla residenza del padre inabile, è stata valutata come piena e libera espressione del potere imprenditoriale del datore. Parimenti, la stessa sorte deve essere riconosciuta anche al diritto del lavoratore ad essere assegnato ad una sede di lavoro dove meglio possa svolgere i propri compiti di assistenza.

Consiglio di Stato,
12 marzo 2018, n. 1571

AUTORE

STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano

- la proprietà in capo al committente delle attrezzature necessarie per l'espletamento delle attività;
- l'organizzazione da parte del committente dell'attività dei dipendenti dell'appaltatore.

Nel contratto di appalto i lavoratori restano nella disponibilità della società appaltatrice, la quale ne cura la direzione ed il controllo; nella somministrazione è invece l'utilizzatore che dispone dei lavoratori, impartendo loro le direttive da eseguire.

Nel caso di specie l'utilizzatore mirava ad integrare il proprio personale interno, dimostratosi insufficiente, con altro personale esterno, in modo da garantire il regolare svolgimento delle proprie attività d'ufficio.

La situazione di cui sopra sfugge alla logica tipica dell'appalto di servizi che deve essere finalizzato alla realizzazione di un opus dotato di consistenza autonoma. Ricorre quindi la causa tipica della somministrazione il cui fine è l'integrazione del personale nell'organigramma del committente (Cass. Civ. sez. Lavoro, 27 marzo 2017, n. 7796).

ARGOMENTO

“Corretto inquadramento contrattuale: mansioni svolte valutate nella loro unitarietà”

Il lavoratore il cui stato depressivo sia stato causato dal demansionamento subito per l'effetto dell'affidamento di mansioni, nel complesso, di livello più basso, ha diritto al risarcimento del danno.

Così si può riassumere la posizione della Corte di Cassa-

zione in merito alla seguente vicenda.

Una lavoratrice chiedeva, ed otteneva dalla Corte d'Appello di Genova, di essere inquadrata al secondo livello del Ccnl Commercio, ossia un livello contrattuale superiore a quello che le era stato in precedenza assegnato, oltre al ➔

Cass., sez. Lavoro,
19 marzo 2018, n. 6793

AUTORE

SABINO PIATTONI
Consulente del Lavoro in Milano



risarcimento del danno per la patologia depressiva a cui era andata incontro a causa del demansionamento subito. Il datore di lavoro proponeva ricorso in Cassazione opponendosi al riconoscimento dell'inquadramento superiore alla lavoratrice e motivando il fatto come segue:

- le mansioni superiori non erano state svolte in maniera esclusiva dalla stessa e neppure in prevalenza quantitativa rispetto alle mansioni alle quali era addetta da contratto;
- le mansioni superiori erano state svolte in forma vicaria, ossia in parziale sostituzione del direttore del punto vendita quando costui era assente.

La Corte di Cassazione, rispetto alle suddette motivazioni, ha ritenuto che, ai fini del corretto livello di inquadramento contrattuale spettante ad un lavoratore che sostituisce un superiore per scelta organizzativa del datore di lavoro, i compiti svolti da quest'ultimo devono essere valutati nella loro unitarietà, senza atomizzazioni o

parcellizzazioni di singole funzioni che, isolatamente considerate, non farebbero mai emergere l'esatto tenore qualitativo di una data posizione di lavoro.

In particolare in sentenza si è ritenuto che le mansioni della lavoratrice, in quanto caratterizzate da autonomia operativa e da ampie funzioni di coordinamento e controllo, fossero proprie di profili inseriti nel secondo livello del citato Ccnl. Inoltre, per quanto concerne le mansioni vicarie, ai fini dell'acquisizione del superiore livello contrattuale ex art. 2103 c.c., rilevano anche le mansioni sostitutive, quando le mansioni vicarie siano travalicate in ragione del carattere permanente della sostituzione e della persistenza solo formale della titolarità delle stesse in capo al superiore sostituito, per effetto di una stabile scelta organizzativa del datore di lavoro.

La Cassazione pertanto rigetta il ricorso dell'azienda e la condanna al pagamento delle spese del giudizio di legittimità.

ARGOMENTO

“L'invenzione del lavoratore rientra nel diritto d'autore”

La Corte d'Appello di Lecce ha parzialmente accolto l'appello proposto dall'Azienda Sanitaria Locale, avverso la sentenza del Tribunale della stessa città, che aveva riconosciuto al lavoratore il diritto a percepire il trattamento retributivo previsto per lo svolgimento delle mansioni di programmatore, riconducibili al livello superiore, nonché l'indennizzo ex art. 2041 cod.civ. per l'ideazione e l'elaborazione di due programmi informatici, utilizzati dall'azienda stessa. La Corte territoriale ha confermato la decisione relativa allo svolgimento di mansioni superiori e ha rilevato che le differenze retributive devono essere riconosciute anche in assenza di un provvedimento formale di attribuzione, perché ciò che rileva è l'espletamento di compiti riconducibili al livello superiore. Il giudice d'Appello ha invece escluso la fondatezza dell'azione di indebito arricchimento, innanzitutto perché l'attività di creazione del *software* era stata svolta nell'ambito del rapporto di lavoro, tanto che lo stesso Tribunale aveva riconosciuto, in relazione a detta attività, il diritto dell'appellato al trattamento retributivo previsto

per il profilo professionale superiore di programmatore. Il lavoratore propone ricorso in Cassazione per omesso esame circa un fatto decisivo: la creazione dell'opera intellettuale era avvenuta al di fuori dell'orario di svolgimento del rapporto di lavoro ed utilizzando attrezzature proprie non appartenenti all'azienda datrice. La Suprema Corte conferma la sentenza impugnata in quanto il lavoratore avrebbe dovuto agire ai sensi della normativa sul diritto d'autore, L. n. 633/1941, che tutela appunto i diritti di utilizzazione dell'autore, e non con l'azione generale di arricchimento. L'azione generale di arricchimento, disciplinata dall'art. 2041 c.c. ha natura complementare e sussidiaria, potendo essere esercitata solo quando manchi un titolo specifico sul quale possa essere fondato un diritto di credito, con conseguenza che il giudice, anche d'ufficio, deve accertare che non sussista altra specifica azione.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese.

Cass., sez. Lavoro,
9 aprile 2018, n. 8694

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro in Milano