

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 11

SOMMARIO



● IL PUNTO.....PAG. 2

DOTTRINA

● DIRITTO ALL'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO IN CASO DI MESSA A RIPOSO PER RAGGIUNGIMENTO DEL LIMITE DI ETÀ di **SABRINA PAGANI**... PAG. 4

● IL LICENZIAMENTO AI TEMPI DI WHATSAPP di **GABRIELE FAVA**..... PAG. 6

● L'ASSENZA STRATEGICA PER OTTENERE LA NASPI di **CLAUDIO BOLLER**..... PAG. 7

● BUONI PASTO: LE NUOVE REGOLE INTRODOTTE DAL DECRETO 7 GIUGNO 2017, N. 122 di **RICCARDO BELLOCCHIO**..... PAG. 12

● INDENNITÀ DI TRASFERTA: LA QUERELLE PARE FINALMENTE RISOLTA. MA SUL TRASFERTISMO... di **ALBERTO BORELLA E ANDREA ASNAGHI**... PAG. 14

● URGENTE LA RIFLESSIONE SUI RISVOLTI ETICI DELLA WORKFORCE ANALYTICS di **ANTONELLA ROSATI**..... PAG. 19

● CRITICITÀ DEL "RITO FORNERO": VERSO UN RITORNO AL PASSATO? di **LUCA DI SEVO**..... PAG. 23

RUBRICHE

SENZA FILTRO

IL DISEGNO DI LEGGE QUAGLIARIELLO IN MATERIA DI PROFESSIONI: POCHE LUCI, MOLTE OMBRE, QUALCHE LECITO SOSPETTO di **ANDREA ASNAGHI**.....PAG. 25

UNA PROPOSTA AL MESE

LA SOLIDARIETÀ DEL SOSTITUITO PER RITENUTE FISCALI: UNA PROPOSTA PER DIRIMERE LE DIVERGENZE GIURISPRUDENZIALI E RISTABILIRE UN DIRITTO EQUO di **ELENA REJA**.....PAG. 29

SENTENZE

Obbligo di consegnare la dichiarazione di assunzione: violazione dei termini di **RICCARDO BELLOCCHIO**.....PAG. 31

Procedimento disciplinare e consultazione della documentazione di addebito da parte del lavoratore di **LUCIANA MARI**.....PAG. 31

I termini per impugnare il licenziamento sono gli stessi per rapporti a tempo indeterminato e a termine di **ANGELA LAVAZZA**.....PAG. 32

Licenziamento per giusta causa per fatti non previsti dal CCNL applicato di **STEFANO GUGLIELMI**.....PAG. 33

Licenziamento per giusta causa: Incensurabilità del giudizio di merito in sede di legittimità di **BARBARA BRUSASCA**.....PAG. 33

Valida la rinuncia ad un diritto disponibile comunicata al legale di **SILVANA PAGELLA**...PAG. 34

Procedimento disciplinare ed illegittimità del licenziamento per giusta causa di **LAURA POZZI**.....PAG. 34

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.itMensile - 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 Montelatichi, Roberto Montelatichi,
Sabrina Pagani, Silvana Pagella,
Fabio Pappalardo, Lalla Pollachini
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.

In una affollata Assemblea degli iscritti all'Ordine dei Consulenti del Lavoro della provincia di Milano, il Presidente Potito di Nunzio ha illustrato le attività svolte nell'anno 2017 che sta per chiudersi. Ha sottoposto alla riflessione di tutti l'esiguo numero dei praticanti iscritti al relativo registro (45 nel 2017) che denota, da una parte l'invecchiamento della categoria (tra l'altro il numero degli iscritti (977) è in leggera flessione rispetto all'anno 2016 (985) e dall'altro la poca disponibilità dei colleghi ad aprire le porte degli studi ai giovani. Il Presidente ha ricordato anche le agevolazioni previste dall'Enpacl per il passaggio generazionale degli studi professionali.

Non sono mancate riflessioni sulle STP e sui dati Enpacl che hanno mostrato come la categoria, pur in periodo di crisi, non ha avuto flessioni nel volume di affari dichiarato.

Si è parlato ampiamente delle molteplici attività svolte dall'Ordine tra le quali spicca quella della Commissione di Certificazione e Conciliazione delle controversie di lavoro.

Un pomeriggio davvero intenso di interventi che si è concluso con l'approvazione del bilancio di previsione per l'anno 2018 e la relazione del Collega Gianfranco Curci in materia di antiriciclaggio. Anche quest'anno sono stati consegnati i premi alla carriera ai colleghi che hanno compiuto 50 anni di attività.

Di seguito alcune foto dell'Assemblea, mentre si rimanda alla galleria del nostro sito per la visione integrale del servizio fotografico.



Sopra il
Presidente
Potito
di Nunzio
durante la sua
relazione
all'Assemblea
e di fianco una
panoramica
della sala.

Assemblea degli iscritti all'Ordine dei Consulenti del Lavoro della provincia di Milano



Il tavolo dei relatori con al centro il Collega Giovanni Zingales chiamato a presiedere i lavori assembleari e di fianco una veduta del palco durante la relazione del Presidente



Il volume di affari dichiarato all'ENPAEL 2016

Milano

2016	
Volume affari dichiarato in €	2.938.231.528,00
Media in €	87.434,00
2015	
Volume affari dichiarato in €	899.461.822,00
Media in €	257.761,00
2014	
Volume affari dichiarato in €	231.389.442,00
Media in €	238.671,00



Il Segretario dell'Ordine, Riccardo Bellocchio, durante la sua relazione in materia di STP



Il collega Giorgio Asnagli durante un suo intervento in materia di antiriciclaggio



Il Presidente consegna la targa alla carriera ai colleghi che hanno raggiunto i 50 anni di iscrizione all'Ordine



Il Collega Andrea Asnagli durante la sua relazione in materia di deontologia professionale



Il collega Ferdinando Montelatichi durante la sua relazione in materia di praticantato



Il Presidente presenta lo staff dei collaboratori dell'Ordine di Milano



La Collega Luciana Mari durante il suo intervento in materia di Pari Opportunità



Il Collega Gianfranco Curci durante la sua relazione in materia di antiriciclaggio

Diritto all'indennità sostitutiva del preavviso in caso di messa a riposo per raggiungimento del limite di età

Con l'ordinanza Sez. Lavoro 29 agosto 2017, n. 20499, la Corte di Cassazione ribadisce un orientamento sinora minoritario ma già espresso con sentenza n. 1743 del 24 gennaio 2017 (e precedenti Cass. n. 27425 del 2014; Cass. n. 4187 del 2013; Cass. n. 22427 del 2004; Cass. n. 137 del 2003).

Il caso è quello di un lavoratore che, non avendo esercitato l'opzione di cui all'art. 6, L. n. 54/1982, per il mantenimento in servizio anche dopo la maturazione dei requisiti anagrafici e di anzianità per il pensionamento di vecchiaia e sino al sessantacinquesimo anno di età, nel mese di novembre 2003 riceveva dal datore di lavoro "comunicazione di messa a riposo", sulla base di specifica previsione del Ccnl (Ferrovie), che espressamente consentiva alla società di risolvere il rapporto di lavoro al compimento dell'età pensionabile del dipendente senza corresponsione dell'indennità di preavviso.

Nello specifico, la Cassazione ha ritenuto che la comunicazione del datore di lavoro di collocamento a riposo del dipendente, in forza della clausola contrattuale di automatica risoluzione del rapporto di lavoro al raggiungimento del sessantacinquesimo

anno di età, non integra una ipotesi di recesso datoriale secondo la fattispecie del licenziamento *ad nutum ex art 2118 c.c.* – che determinerebbe il diritto del lavoratore al preavviso contrattuale o alla relativa indennità sostitutiva - ma si estrinseca esclusivamente nella volontà del datore di avvalersi di un meccanismo di risoluzione automatica del rapporto di lavoro previsto in sede di autonomia negoziale.

La Corte dunque ha respinto il ricorso del lavoratore volto ad ottenere la corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso "non vertendosi in tema di licenziamento, bensì di cessazione del rapporto per cause legate a dati obiettivi e prevedibili quale il raggiungimento dell'età pensionabile".

La risoluzione del rapporto per raggiunti limiti di età dopo la riforma pensionistica

Riteniamo opportuno precisare che il caso riguarda una fattispecie di licenziamento attuata prima dell'entrata in vigore della Riforma pensionistica attuata con D.l. n. 201/2011, convertito in Legge n. 214/2011. Come noto, tale legge all'art. 24 ha, da un lato, introdotto un meccanismo di progressivo innalzamento dei requisiti anagrafici per il pensionamento →

mento di vecchiaia, che oggi hanno superato il sessantacinquesimo anno di età. Dall'altro, il comma 4 dello stesso articolo ha introdotto un meccanismo di incentivazione alla prosecuzione dell'attività lavorativa oltre la maturazione dell'età pensionabile attraverso l'introduzione di coefficienti di trasformazione per il calcolo della rendita pensionistica flessibili e progressivamente più favorevoli in caso di prosecuzione dell'attività lavorativa sino a 70 anni (e oltre, in virtù degli adeguamenti alla speranza di vita). Infine, ha previsto che l'efficacia delle disposizioni di cui all'art. 18 L. n. 300/1970 e successive modificazioni e integrazioni "opera sino al conseguimento del predetto limite di flessibilità" (quindi 70 anni e oltre).

Sulla portata dell'art. 24, comma 4, L. n. 214/2011 si è attivato un significativo dibattito giurisprudenziale, volto a disconoscere la sussistenza di un diritto potestativo del lavoratore alla automatica tutela della stabilità del rapporto di lavoro sino al settantesimo anno di età.

Infatti la Corte di Cassazione a S.U. con sentenza n. 17589/2015 (recentemente ripresa da Tribunale di Bari 29 marzo 2017 n. 1865) in sintesi così ha deciso:

- L'art. 4 comma 2 L. n. 108/1990 stabilisce che le disposizioni dell'art. 18 L. n. 300/1970 non si applicano ai lavoratori ultra60enni in possesso dei requisiti pensionistici che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto di lavoro sino al sessantacinquesimo anno ai sensi della L. n. 54/1982.

Prosegue la Corte ricordando che "*l'interpretazione data dalla giurisprudenza di legittimità a questa disposizione è nel senso che soltanto la maturazione del diritto al pensionamento di vecchiaia incide sul regime del rapporto di lavoro e consente al datore di lavoro il recesso ad nutum*". Osserviamo che è questa l'unica interpretazione possibile della norma, nel momento in cui l'età anagrafica richiesta per il diritto alla pensione di vecchiaia è superiore al sessantacinquesimo anno di età.

- L'art. 24 comma 4 nel prevedere che "*il proseguimento dell'attività lavorativa è incentivato ... dall'operare dei coefficienti di trasformazione calcolati fino all'età di settant'anni ...*" non attribuisce al lavoratore un diritto di opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro, né consente allo stesso di scegliere tra la quiescenza o la continuazione del rapporto né crea alcun automatismo in tal senso, ma introduce invece solo un meccanismo previdenziale di incentivazione alla prosecuzione del rapporto di lavoro oltre l'età pensionabile.
- In conclusione, la disposizione non attribuisce alcun diritto potestativo del lavoratore alla prosecuzione dell'attività lavorativa e alle tutele dell'art. 18 L. n. 300/1970 sino a 70 anni. Questa condizione, può acquisirsi solamente, per un lasso di tempo che può estendersi sino all'età di 70 anni, quando la prosecuzione dell'attività lavorativa (e quindi il mancato recesso *ad nutum* del datore di lavoro al compimento dell'età per il pensionamento di vecchiaia del lavoratore), sia oggetto di accordo tra le parti.

Il licenziamento ai tempi di WhatsApp

Risale al 27 giugno 2017 una significativa pronuncia del Tribunale di Catania in merito alla possibilità di ritenere legittimo, sotto il profilo formale, un licenziamento comminato ad un lavoratore tramite *WhatsApp*. La tematica è indubbiamente rilevante ed attuale in quanto l'utilizzo massivo dei *social network*, di *internet* e delle c.d. *Mobile App*, sta rivoluzionando le modalità di comunicazione tradizionali e i rapporti giuridici connessi.

Per quanto concerne i fatti di causa, la pronuncia trae origine dal ricorso giudiziale proposto da una lavoratrice al fine di ottenere dal Tribunale adito l'accertamento dell'invalidità/inefficacia del licenziamento comminato dal proprio datore di lavoro, con conseguente reintegra nel posto di lavoro. Dal punto di vista processuale, il Giudice ha accolto l'eccezione preliminare formulata dal datore di lavoro, fondata sulla tardività della proposizione del ricorso per violazione del termine di decadenza previsto dall'art. 6, comma secondo, della L. n. 604/1966 (60 giorni dal rifiuto o dal mancato accordo in sede di tentativo di conciliazione o arbitrato).

Ciò che, tuttavia, ha destato maggiore interesse e stupore è il passaggio dell'Ordinanza con il quale il Giudice adito ha riconosciuto un informale messaggio inviato dal datore di lavoro tramite *WhatsApp*, come valida comunicazione idonea a porre fine al rapporto di lavoro. Al riguardo, si ricorda che la legge impone al datore di lavoro di comunicare per iscritto il licenziamento al prestatore di lavoro e che lo stesso deve qualificarsi come atto unilaterale recettizio che si perfeziona nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario (Cfr. *ex multis* Cass. Sez. Lav. n. 6845/2014).

Nel caso di specie, il Giudice del Tribunale di Catania ha affermato che la modalità utilizzata dal datore di lavoro è da considerarsi idonea ad assolvere i requisiti formali previsti *ex lege* "... in quanto la volontà di licenziare è stata comunicata per iscritto alla lavoratrice in maniera inequivoca ...". Dal punto di vista tecnico, l'onere della forma scritta è stato ritenuto integrato in quanto il messaggio inviato a mezzo *WhatsApp* presenterebbe le caratteristiche peculiari proprie di un documento informatico dattiloscritto. A sostegno delle proprie argomentazioni, il

Giudice del Tribunale di Catania ha richiamato una corrente interpretativa costante della Suprema Corte di Cassazione secondo cui in tema di forma scritta del licenziamento non sussiste a carico del datore di lavoro l'onere di adoperare forme "sacramentali", ben potendo comunicare la volontà di licenziare anche in forma indiretta purché chiara (Cfr. Cass. Civ. Sez. Lav. n. 17652/2007).

Il ragionamento giuridico posto alla base dell'Ordinanza in commento, seppur innovativo, presenta alcuni profili che meritano di essere analizzati in quanto potrebbero comportare, nella prassi, alcune problematiche in relazione al c.d. principio della certezza del diritto. In particolare, posto che, come detto in precedenza, il licenziamento si perfeziona nel momento in cui lo stesso entra nella sfera di conoscenza del destinatario, potrebbe essere molto rischioso per un datore di lavoro affidarsi ad un mezzo di comunicazione informale che non garantisca, a livello giuridico, il momento di avvenuta consegna del messaggio al pari di una tradizionale raccomandata con ricevuta di ritorno. E ciò anche ai fini del computo dei termini di decadenza.

Nello specifico, seppur vero che *WhatsApp* consente al mittente del messaggio di conoscere l'avvenuta consegna del messaggio mediante la c.d. "doppia spunta grigia", è altrettanto vero che si tratta di un'attestazione temporale propria dell'applicazione di messaggistica e, come tale, non disciplinata a livello giuridico.

La domanda sorge dunque spontanea: il datore di lavoro può ritenere di aver assolto il proprio onere sulla base di una comunicazione che non trova, ad oggi, una disciplina peculiare nell'ordinamento giuridico italiano? Stando all'interpretazione fornita dal Giudice del Tribunale di Catania ciò sarebbe astrattamente possibile.

Al contrario, ragioni di opportunità e di etica professionale suggerirebbero, almeno in questa fase, di evitare di regolare un momento così delicato del rapporto di lavoro mediante comunicazioni informali che potrebbero far scaturire dubbi applicativi. Non è difficile, infatti, immaginare in ipotesi del genere un notevole incremento delle strumentalizzazioni da parte dei lavoratori in merito all'effettiva conoscenza diretta della comunicazione di recesso con conseguente aggravio dell'onere probatorio a carico del datore di lavoro.

L'assenza strategica per ottenere la Naspi

Sempre più spesso i lavoratori dipendenti, stanchi di alzarsi tutte le mattine per andare in azienda, scelgono una nuova forma di dimissione: l'assenza ingiustificata. Il motivo è presto detto, costringere il datore di lavoro ad aprire una procedura disciplinare per arrivare quindi al licenziamento. La forzata "conversione" da dimissioni volontarie a licenziamento comporta il diritto per l'ex lavoratore a percepire la disoccupazione o meglio la Naspi.

Si sa, l'Italia è un paese che crea le mode, siamo sempre i primi, all'avanguardia. Invidiati da tutto il mondo per fantasia ed eleganza.

Ma siamo pur sempre italiani, persone che alla prima occasione spesso fanno emergere il lato B, quella furbizia tutta italiana che ci porta, piuttosto che rispettare una norma, a trovarne tutte le pecche, aprendo alle strade secondarie, per raggiungere comunque uno scopo, un interesse personale; non per niente è detto tipicamente italiano "fatta la legge trovato l'inganno".

Partiamo però dall'inizio e cioè da due date ben precise: 1° maggio 2015 e 12 marzo 2016.

A far data dalla festa dei lavoratori del 2015, è stata introdotta la Naspi, la prestazione economica che sostituisce l'indennità di disoccupazione, precedentemente già rinominata Aspi Assicurazione sociale per l'impiego.

Si tratta, come ben sappiamo, di una prestazione a domanda, erogata a favore dei lavoratori che involontariamente hanno perso il posto di lavoro.

I requisiti per aver diritto alla Naspi sono: lo stato di disoccupazione involontario, un requisito contributivo ed un requisito lavorativo.

Rispetto alla precedente disciplina in materia di ASpI¹, il cui requisito di accesso alla disoccupazione prevedeva necessariamente che fossero trascorsi almeno due anni dal primo contributo versato, per aver accesso alla NASpI questo requisito specifico non è previsto.

L'elemento principale ai fini della Naspi è lo status di disoccupato involontario, che interviene ogni qual volta un lavoratore viene licenziato; cui si aggiungono altre tre tassative fattispecie: la risoluzione consensuale (all'interno delle procedure conciliative presso la DTL), le dimissioni per giusta causa – cioè non per scelta del lavoratore ma a seguito di condotte del datore tali per cui il rapporto di lavoro non può proseguire nemmeno momentaneamente – e le dimissioni durante il periodo tutelato dalla maternità.

La seconda data è lo spartiacque, ben noto ai professionisti ed alle aziende, tra il periodo antecedente, ove regnavano incontrastate le "dimissioni in bianco" e l'introduzione della nuova univoca procedura *on-line* a tutela del lavoratore che veramente vuole dimettersi.

È appena il caso di sottolineare che, a parere di chi scrive, non si aveva la sensazione che nella realtà esistesse una così enorme quantità di fogli in bianco fatti sottoscrivere ai lavoratori, per poterci ag- ➔

¹ Art. 2 comma 4 lettera b) Legge n. 92 del 28 giugno 2012.

giungere in qualsiasi momento una fasulla volontà dimissionaria, tale da richiedere una rivoluzione copernicana delle procedure, rendendole invero abbastanza farraginose e complesse.

Evidentemente le informazioni del nostro attento legislatore erano diverse, al punto che ora, con il D.lgs. n. 151/2015 è stata introdotta (re-introdotta ndr) una univoca modalità ai fini della validità delle dimissioni dei lavoratori subordinati.

Infatti, ai sensi dell'art. 26 della stessa norma, il lavoratore che intenda rassegnare le proprie dimissioni, è tenuto a procedere, a pena di inefficacia ed in via esclusiva, con modalità telematiche utilizzando appositi moduli, che vengono trasmessi al datore di lavoro ed alla Direzione Territoriale del Lavoro²; si tratta dell'unica forma scritta ammessa, perché le dimissioni abbiano rilevanza giuridica e pertanto efficacia.

Tale trasmissione può avvenire anche tramite l'assistenza dei patronati, delle organizzazioni sindacali, dei Consulenti del Lavoro, dagli Enti bilaterali e dalle commissioni di certificazione.

Sembrerebbe, a prima vista, un sistema blindato, ma ha dimostrato fin da subito una grande pecca, non risulta prevista alcuna disciplina in caso di mancanza dei passaggi procedurali e dei suoi formalismi, tutti previsti in capo al lavoratore, manca cioè una specifica previsione in caso di comportamenti concludenti dello stesso.

La prima moda, le dimissioni giusta causa

Ed eccola lì, la tendenza tipica del Belpaese, fatta la legge trovato l'inganno, si affermava poc'anzi.

A cosa ci si riferisce? Ovviamente alla prima possibilità che emerge, quella che permetterebbe al lavoratore di potersene rimanere a casa, percependo la Naspi. A partire dal 12 marzo 2016 infatti, il numero di lavoratori che si dimettono per giusta causa, aumenta in modo esponenziale³, almeno nel primo periodo.

Come si diceva, si tratta di una situazione contingente che non permette al lavoratore di proseguire nella

prestazione lavorativa, ma per fatti a lui non imputabili, al punto da costringerlo a rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa, seguendo ovviamente tutta la procedura prevista dal D.lgs. n. 151/2015.

È bene ricordare che, in tale ipotesi, si era espressamente pronunciata la Corte Costituzionale⁴, censurando la norma che escludeva la concessione dell'indennità di disoccupazione ordinaria, anche per l'ipotesi di dimissioni per giusta causa, ai sensi dell'art. 2119 cod.civ., in quanto, in presenza di una condizione di improseguibilità del rapporto, la cui ricorrenza deve essere valutata dal giudice, l'atto delle dimissioni, tipico del lavoratore, deve comunque essere ascritto al comportamento di un altro soggetto e, conseguentemente, lo stato di disoccupazione debba essere ritenuto comunque involontario.

Appare quindi, superficialmente, l'uovo di Colombo per gli italici furbetti, rassegnare le dimissioni adducendo una giusta causa, permettendo così il diritto alla Naspi. Bisogna però ricordare che l'Inps, all'alba della pronuncia della Corte, era immediatamente intervenuto per indicare⁵ le fattispecie riconducibili a dimissioni per giusta causa, come nel tempo disegnate dalla giurisprudenza:

- mancato pagamento della retribuzione;
- aver subito molestie sessuali nei luoghi di lavoro;
- modificazioni peggiorative delle mansioni lavorative;
- ipotesi di *mobbing*, intendendosi per tale la lesione dell'equilibrio psico-fisico del lavoratore, a causa di comportamenti vessatori da parte dei superiori gerarchici o dei colleghi (per tutte, Corte di Cassazione, sentenza n. 143/2000);
- notevoli variazioni delle condizioni di lavoro a seguito di cessione dell'azienda (Corte di Giustizia Europea, sentenza del 24 gennaio 2002);
- spostamento del lavoratore da una sede aziendale ad un'altra, senza che sussistano le "comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive" (Corte di Cassazione, sentenza n. 1074/1999); ➔

2. Le modalità procedurali sono individuate nel D.M. 15 dicembre 2015 entrato in vigore il 12 marzo 2016.

3. Analisi studi Cgia Mestre.

4. C. Cost., sentenza n. 269 del 24 giugno 2002.

5. Inps, circolare n. 97 del 4 giugno 2003 e n. 163 del 20 ottobre 2003.

- comportamento ingiurioso posto in essere dal superiore gerarchico nei confronti del dipendente (Corte di Cassazione, sentenza n. 5977/1985).

A fronte di tali ipotesi ben definite, il lavoratore per richiedere la disoccupazione, deve inoltre allegare la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà da cui risulti la sua volontà di “difendersi in giudizio” nei confronti di un comportamento illecito del datore di lavoro, nonché altri documenti quali diffide, esposti, denunce, citazioni, ricorsi d’urgenza *ex art.* 700 c.p.c., sentenze od ogni altro documento idoneo, e deve impegnarsi a comunicare l’esito della controversia giudiziale o extragiudiziale.

Nella prima ipotesi, in caso di mancato pagamento della retribuzione⁶, è stato precisato che non deve trattarsi di un caso estemporaneo, un momento di difficoltà economica dell’azienda, ma di un fatto reiterato, traducibile in almeno tre mensilità consecutive.

Pertanto, se pretestuosamente, il lavoratore che voglia dimettersi e contestualmente preservare il diritto alla percezione della Naspi, adducesse alla giusta causa, magari per un solo giorno di ritardo dello stipendio; il datore di lavoro ed il professionista che lo segue, non devono cadere in tentazione.

La procedura corretta da seguire è:

1. accettare le dimissioni ricevute, se formalmente corrette nella procedura attuata;
2. non considerare la causale della “giusta causa” (una volta verificato che effettivamente sia meramente pretestuosa);
3. indicare sul modello Unilav “dimissioni senza preavviso”;
4. trattenere in busta paga il mancato preavviso del lavoratore.

Se il lavoratore, nell’addurre le dimissioni, fosse cer-

to della bontà della gravità del fatto che lo ha costretto a rassegnarle nella forma della giusta causa, dovrà provarlo in giudizio.

La seconda moda, l’assenza ingiustificata

Il problema sembrerebbe risolto, per ricorrere alle dimissioni per giusta causa, ed ottenere così la Naspi, è il lavoratore che deve dimostrare la bontà della motivazione e della sua gravità; in mancanza, si tratta di dimissioni *tout court* prive di preavviso, con tutte le conseguenze del caso.

Ma nulla invece è risolto, se la prima strada non è percorribile, viene subito proposta una seconda via, un’altra scorciatoia per ottenere, ingiustamente, l’indennità di disoccupazione.

Di cosa si tratti è presto detto, attivare comportamenti “scorretti”, che inducano il datore di lavoro a procedere con un licenziamento disciplinare.

Ma come, il lavoratore indisciplinato, può ricevere la disoccupazione? Certo, in tal senso si è infatti espresso il Ministero del Lavoro con interpello⁷ sollevato dalla CISL.

“Appare conforme al dato normativo, specie in ragione della nuova formulazione, considerare le ipotesi di licenziamento disciplinare quale fattispecie della c.d. “disoccupazione involontaria” con conseguente riconoscimento della NASpI.”

Il ragionamento parte dall’assunto che l’adozione del provvedimento disciplinare, è sempre rimesso alla libera determinazione e valutazione del datore di lavoro e costituisce esercizio del potere discrezionale⁸.

L’Inps⁹ accetta tale percorso giuridico e pertanto procede con l’erogazione della Naspi in caso di licenziamento per giustificato motivo soggettivo, licenziamento disciplinare appunto, quale causa di disoccupazione involontaria.

Ed eccoli quindi i lavoratori insofferenti alla pre- ➔

6. Vedasi anche Fondazione Studi dei Consulenti del Lavoro parere n. 5 del 15 febbraio 2010.

7. Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali, Interpello n. 13 del 24 aprile 2015.

8. Corte di Cassazione n. 4382/1984.

9. Inps, Circolare n.142 punto 3 del 29 luglio 2015.

stazione lavorativa, che, passando ai dettami della nuova moda, iniziano ad arrivare in ritardo, oppure a presentare certificati medici tutti i venerdì o tutti i lunedì, o che, molto più semplicisticamente, decidono di non recarsi più nel posto di lavoro, senza dare alcuna comunicazione e spiegazione al proprio datore di lavoro. Concentriamoci sulla sparizione dei lavoratori, fenomeno che per certi versi dovrebbe essere analizzato anche dalla trasmissione “Quark” e per certi altri dalla trasmissione “chi l’ha visto”.

Con la precedente riforma Fornero L. n. 92/2012, la procedura delle dimissioni era profondamente diversa, infatti le dimissioni cartacee dovevano essere seguite da una convalida telematica; in caso di inerzia del lavoratore, il datore poteva formalmente sollecitarlo a procedere e di fronte al perdurare del silenzio, scattava l’irrevocabilità delle dimissioni.

Si tratta a ben vedere di una norma “perfetta”, nel senso di norma che prevede le conseguenze del fare, ma anche quelle del non fare.

Si era cioè in un certo senso, posto una soluzione pratica ai *facta concludenda*, cioè a quegli atteggiamenti univoci, di manifestazione della volontà e, nel caso specifico, alla volontà di dimettersi.

Norma abrogata, problematica ripristinata.

Dobbiamo qui ricordare una nuova fonte del diritto, che il legislatore al tempo delle preleggi aveva bellamente trascurato, ci si riferisce all’uso delle FAQ da parte del Ministero del Lavoro, una nuova forma documental-telematica che esplicita la posizione del Ministero.

Nella fattispecie ci si riferisca alla n. 33 rinvenibile sul sito di *clicklavoro*, che tiene a sottolineare come le dimissioni debbano essere rassegnate esclusivamente per il tramite della procedura telematica e con il modello previsto dal D.M. 15 dicembre 2015, in mancanza deve essere il datore di lavoro ad intervenire rescindendo il rapporto di lavoro.

Errori da non commettere: sembra che la contromossa suggerita sia quella di lasciare il lavoratore in un limbo temporale, assente ma non licenziato, ibernato nell’iperspazio impedendogli così di presentare la domanda di percezione della Naspi in mancanza dello status di disoccupato.

Si assiste cioè al fenomeno del lavoratore assente ingiustificato, non retribuito, non contribuito, ma in forza comunque sul libro unico del lavoro per mesi e mesi, una snervante prova di forza in attesa che alla fine desista e rassegni correttamente le proprie dimissioni, magari perché nel frattempo ha trovato nuova collocazione e quindi necessita di essere assunto presso altro datore di lavoro. Per quanto possa essere una soluzione apparentemente affascinante, una controffensiva del datore di lavoro, risulta essere particolarmente pericolosa per lo stesso.

In primis, l’assenza priva di motivazione ha una sua ben determinata collocazione all’interno di tutti i Ccnl, rientra cioè nelle procedure disciplinari, è quindi condizione necessaria per attestare l’assenza e l’ingiustificatezza della stessa.

Qualcuno ha provato a sostenere anche la possibilità di aprire la procedura secondo quanto disciplinato dal singolo CCNL applicato, senza però arrivare alla sanzione espulsiva, fermandosi ad una sospensione senza retribuzione; ma il contratto prevede un limite massimo in questo caso, nella generalità dei casi la sospensione disciplinare può avere una durata massima di dieci giorni (per alcuni CCNL anche meno), e dopo? Il lavoratore rimane assente ingiustificato non retribuito. In entrambi i casi, cioè sia che venga attivata la procedura disciplinare, sia che non venga attivata, lasciare il lavoratore nel limbo della sospensione comporta dei rischi non indifferenti per il datore di lavoro. L’assenza del lavoratore risulta nei fatti “giustificata” per il datore di lavoro per sua espressa inattività, ancorché espletata la procedura disciplinare, mettendolo a rischio di molteplici possibilità.

Potrebbe esserci infatti una ripresa contributiva da parte dell’ente per i periodi non lavorati, oppure un eventuale successivo certificato medico del lavoratore (ad esempio di infortunio non professionale accorso durante la partita di calcio con gli amici, o di stato interessante della lavoratrice), oppure una lettera da parte del sindacato che intima l’azienda a ripristinare il rapporto di lavoro a seguito di prolungamento di una sospensione al di fuori delle casi- ➔

stiche del CCNL ed a questo punto per fatti non imputabili al lavoratore stesso, con la pretesa dei mancati stipendi; giusto per fare alcuni scenari.

L'unica procedura corretta

Orbene, non potendo in alcun modo sostenere le dimissioni per fatti concludenti, il datore di lavoro dovrà necessariamente attivare la procedura disciplinare per assenza ingiustificata ed arrivare al licenziamento disciplinare.

Si tratta dell'unica corretta procedura applicabile, per la felicità delle FAQ ministeriali che trovano compiuta applicazione e per l'infelicità delle tasche dei datori di lavoro e dello stato.

Vero è infatti che il datore di lavoro, in caso di licenziamento disciplinare, debba versare all'Inps una somma pari al quarantuno per cento del massimale mensile della NASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale maturata negli ultimi tre anni e, pertanto, per una persona con un'anzianità lavorativa di tre anni o più, la tassa a carico dell'azienda raggiunge quasi i 1.500 euro.

Altrettanto vero è che l'assenza improvvisa del dipendente, costringe l'azienda a procedere con una repentina riorganizzazione del lavoro e con l'eventuale ricerca di un sostituto in fretta e furia, con tutti i costi che ne conseguono.

Ma è bene sottolineare che l'azienda non ingenua ha modo di recuperare, almeno in parte, il costo che sostiene. Prima di tutto trattandosi di licenziamento giusta causa per assenza ingiustificata, si procede alla trattenuta del mancato preavviso.

Poi si può pacificamente parlare di danno subito dall'azienda che, in tal senso può essere attivato nei

confronti del lavoratore procedendo con il recupero dei costi sostenuti.

È suggeribile, quanto meno per una questione di opportunità procedurale, prevedere nei regolamenti aziendali delle "penali".

Quando si parla di penale, si intende una clausola contrattuale, ai sensi degli artt. 1382 cc e seguenti, dove vengono disciplinati gli effetti di un inadempimento in modo diverso da quello legale, concordando, grazie all'autonomia negoziale, una preventiva e convenzionale forma di liquidazione del danno.

Siffatta penale meramente risarcitoria è dovuta, per espressa previsione normativa, indipendentemente dalla prova del danno, agevolando quindi non poco l'azione, in questo caso, dell'azienda e sottraendola dalla disciplina generale di cui all'artt. 1223 e seguenti del codice civile (il risarcimento del danno).

Con un ulteriore vantaggio, l'importo a titolo di penale, può essere recuperato dal datore al lavoratore, mediante trattenute sulla retribuzione, anche per importi superiori al quinto, in quanto trattandosi di crediti contrapposti aventi l'origine da un unico rapporto, possono seguire la compensazione atecnica tra gli stessi¹⁰.

Certo, alla fine di tutto e per i successivi ventiquattro mesi, l'indennità Naspi spetterà al lavoratore che furbescamente ha perso il posto di lavoro per causa a lui imputabile e quindi per motivi disciplinari, ma è bene anche ricordare che si tratta di una frode alla legge per l'indebito pagamento da parte dell'Inps¹¹ e sia mai che la macchina pubblica intervenga successivamente in tal senso, sostenendo anche il dolo del lavoratore ed avvallando l'eventuale truffa ai danni dello Stato¹².

10. Art. 1241 cod.civ..

11. Art. 2033 cod.civ..

12. Art. 640 comma 2 n.1 cod.pen..

Buoni pasto: le nuove regole introdotte dal Decreto 7 giugno 2017, n. 122

In uno “Stato del benessere” (*welfare state*), spesso in difficoltà nel garantire assistenza e sicurezza sociale ai propri cittadini attraverso politiche pubbliche, si affianca il cosiddetto secondo *welfare*, ovvero il *welfare* aziendale.

Il *welfare* aziendale ad oggi integra risorse, prestazioni e servizi che il *welfare state* pubblico spesso non riesce ad assicurare, ponendo in essere un sistema per cui un'azienda garantisce ai propri dipendenti dei *benefits*, al fine di migliorarne la vita privata e lavorativa, a fronte di esenzioni fiscali e contributive. Tra le erogazioni di *welfare* aziendale, è possibile ricordare iniziative volte al sostegno allo studio, alla genitorialità, alla tutela della salute, fino a proposte per il tempo libero.

L'importanza del *welfare* aziendale è sempre più riconosciuta, anche grazie ad una regolamentazione maggiore all'interno di alcuni contratti collettivi, che ne prevedono l'introduzione obbligatoria all'interno delle aziende, attraverso l'elaborazione di piani di *flexible benefits*.

I datori di lavoro, nel panorama aziendale italiano, spesso erogano buoni pasto quale *welfare* aziendale, nell'ottica di porre attenzione alla necessità di vitto dei propri lavoratori. La disciplina dei buoni pasto è stata da ultimo regolamentata dal D.M. 7 giugno 2017, n. 122, che ha introdotto importanti novità sull'utilizzo di tali strumenti, ampliando inoltre la platea degli esercizi convenzionabili per l'accettazione degli stessi.

Prima di analizzare nello specifico la nuova disciplina, è bene definire cosa sono i buoni pasto, ai sensi dell'art. 2 del D.M. n. 122/2017: il buono pasto è il documento di legittimazione, che può essere emesso in formato sia cartaceo che elettronico, e fornisce al suo titolare il diritto di ottenere il servizio sostitutivo di mensa per un importo pari al valore facciale. Secondo le disposizioni contenute all'art. 51 del Tuir, co. 2, i buoni pasto non concorrono a formare il reddito del dipendente fino ad un importo complessivo giornaliero di € 5,29, se sono in formato cartaceo, e di € 7,00, se invece sono in formato elettronico. Ciò significa che il valore facciale giornaliero del buono pasto può essere determinato dall'azienda, senza che vi sia alcun limite minimo o massimo, ma vanno sempre considerate le soglie che determinano l'esenzione fiscale e contributiva di tale erogazione.

Il buono pasto, quindi, permette al lavoratore di acquistare presso un negozio convenzionato generi alimentari che sopperiscano alle esigenze legate all'alimentazione del giorno di lavoro. Quali soggetti convenzionati possiamo ricordare quelli che somministrano alimenti e bevande, svolgono attività di mensa aziendale ed interaziendale, vendono al dettaglio prodotti alimentari; a questi sono stati aggiunti, dall'art. 3 del Decreto sopracitato, anche quegli esercizi che svolgono attività di agriturismo, di ittiturismo e presso i banchi del mercato. Il decreto ministeriale precisa che i titolari degli esercizi →

convenzionabili devono stipulare un accordo con le società di emissione di buoni pasto, ovvero con le imprese certificate che ne svolgono l'attività di emissione: detti accordi devono contenere la durata del contratto, le condizioni economiche, ed il termine del preavviso per l'eventuale rinegoziazione o la disdetta; le clausole di utilizzabilità del buono pasto, relative alle condizioni di validità, ai limiti di utilizzo e ai termini di scadenza; l'indicazione dello sconto incondizionato riconosciuto alla società emittente dai titolari degli esercizi convenzionati per effetto dell'utilizzo dei buoni pasto presso i medesimi; l'indicazione del termine di pagamento che la società emittente è tenuta a rispettare nei confronti degli esercizi convenzionati; l'indicazione del termine, non inferiore a 6 mesi dalla data di scadenza del buono pasto, entro il quale l'esercizio convenzionato potrà esigere il pagamento delle prestazioni effettuate e l'indicazione di eventuali ulteriori corrispettivi riconosciuti alla società emittente.

La novità più importante introdotta dal decreto ministeriale, la cui vigenza è iniziata il giorno 9 settembre, riguarda però la possibilità di cumulare fino a otto buoni pasto contemporaneamente, mentre dalla precedente normativa, la L. n. 190/2014, permane il disposto che i buoni pasto non possono essere né commercializzabili e né convertibili in denaro, oltre che non cedibili e di conseguenza esclusivamente utilizzabili dal titolare. Il D.M. n. 122/2017 specifica, infatti, che i buoni pasto sono erogabili solo ai prestatori di lavoro subordinato, a tempo pieno o a tempo parziale, anche qualora l'orario di lavoro non preveda una pausa per il pasto e sono distribuibili

anche ai soggetti che hanno instaurato con il datore di lavoro un rapporto di collaborazione non subordinato. Ciò significa che il lavoratore titolare del buono non potrà quindi "regalare" il ticket a persone terze, anche qualora fossero parenti o familiari. La cumulabilità dei buoni pasto rappresenta una miglioria per tutti i lavoratori, poiché la precedente normativa ne vietava esplicitamente la possibilità. Dalla lettura della norma emerge inoltre che è possibile all'interno della stessa azienda, avere contemporaneamente la gestione di buoni pasto sia cartacei che elettronici. Nulla vieta di avere anche all'interno di ogni categoria di lavoratori delle differenziazioni nell'utilizzo dei buoni pasto, ma devono in ogni caso essere rispettati i criteri previsti dall'art. 4 del decreto in commento.

Personalità del buono, non cedibilità, non commercializzazione

Infine, il decreto precisa che il buono pasto consente al titolare di ricevere un servizio sostitutivo di mensa, e ciò comporta l'utilizzo del ticket mensa solo per l'acquisto di alimentari e bevande e non per beni differenti da quelli commestibili, oltre che specificare che i ticket mensa sono utilizzabili esclusivamente per l'intero valore facciale e quindi, in altre parole, non danno diritto ad alcun resto.

Nonostante la rilevanza mediatica a seguito dell'emissione del D.M. n. 122/2017, non è stato introdotto alcun obbligo per gli esercizi convenzionabili di stipulare un accordo con le società di emissione, per cui ad oggi i lavoratori possono utilizzare i buoni pasto solo ed esclusivamente presso i soggetti che hanno previsto tale opzione.

Indennità di trasferta: la querelle pare finalmente risolta. Ma sul trasfertismo...

Al di là di ogni più rosea previsione. Con la sentenza n. 27093 datata 24 ottobre 2017 la Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite chiude, si spera in maniera definitiva, a favore delle aziende la *querelle* sul trattamento di trasferta e trasfertismo iniziata nel 2012¹, che si pensava definitivamente chiusa nel 2016 grazie ad una norma di interpretazione autentica dell'art. 51, co. 6, del Tuir², e inaspettatamente riaperta agli inizi 2017 da una ordinanza della Cassazione che aveva sollevato il dubbio che lettura della disposizione in questione, solo asseritamente interpretativa, fosse invece di tipo innovativo e pertanto non potesse che avere valore esclusivamente per l'avvenire³.

Lo fa con una corposa sentenza di oltre trenta pagine, con una ricostruzione storica molto articolata (che, per quanto qui interessa, non andremo a riportare nei suoi dettagli) da cui emerge un *mix* di rigore giuridico e di buon senso che lascia sperare che la questione non possa riproporsi in un prossimo futuro.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 27093 del 24 ottobre 2017

Gli Ermellini, dopo aver ripercorso tutta l'evoluzione normativa della disciplina delle indennità corrisposte dal datore di lavoro ai dipendenti che prestano la propria opera al di fuori della sede dell'impresa, evidenziano come la posizione espressa dalla sentenza n. 396 del 2012 (consolidata nelle successive sentenze di legittimità) avesse creato *"notevoli incertezze, determinate dalla mancata condivisione di tale orientamento da parte delle Pubbliche Amministrazioni del settore nonché da una variegata giurisprudenza di merito"*.

In questa situazione il legislatore era intervenuto con l'art. 7-*quinquies* del D.l. n. 193 del 2016 mediante una norma di interpretazione autentica di cui, ora, l'ordinanza di rimessione mette in discussione la portata interpretativa *"in quanto non si limita a chiarire il senso della norma preesistente (articolo 51, comma 6, Tuir) o a scegliere uno dei possibili sensi ad essa attribuibili, ma sembra piuttosto avere un valore innovativo"*⁴. ➔

1. Cassazione n. 396 del 13 gennaio 2012.
2. D.L. n. 193 del 22 ottobre 2016.
3. Cassazione n. 9731 del 18 aprile 2017.
4. Per un approfondimento si rinvia A.

Borella, *Trasferta e trasfertismo: la storia infinita di un inopportuno bracci o di ferro fra giudici e legislatore*, in Sintesi, ottobre 2017, pag. 13.

Pur riconoscendo in parte fondate le perplessità che avevano spinto la Cassazione a chiedere l'intervento delle Sezioni Unite, la decisione in commento esprime una posizione in contrasto con la recente giurisprudenza di legittimità.

La censura che viene operata alla lettura data art. 51, co. 6, del Tuir dal 2012 ad oggi è che questa si fosse limitata *“al senso letterale della parole senza indagare - come prescrive l'art. 12 disp. Prel. Cod. civ. - l'intenzione del legislatore alla stregua dei criteri di interpretazione storica, logico-sistematica e teleologica. Ebbene, **nella specie**, per cogliere l'esatta portata della suindicata espressione è necessario fare uso di tutti i suddetti criteri interpretativi”*.

Nella particolare *querelle* su trasferta e trasfertismo le Sezioni Unite ritengono necessario quindi derogare alla regola che vede l'interpretazione fermarsi al solo dato grammaticale, potendo quindi ricorrere agli altri criteri interpretativi solo in presenza di problemi interpretativi per insufficienza del dato letterale o equivocità.

La precisa ed anche complessa ricostruzione della genesi della locuzione *“anche se corrisposta con carattere di continuità”* porta quindi la Cassazione a ritenere che - diversamente da quanto affermato dalla sentenza n. 396 del 2012 cit. e dalla successiva conforme giurisprudenza di legittimità - ad essa non possa essere attribuito il significato di limitare la *“rigida continuità”* della *“trasferta abituale”* e della corresponsione del relativo compenso, considerando tale elemento come eventuale. È infatti proprio la presenza dell'inciso *“anche se ...”* dimostra che il legislatore ha considerato la *“continuità”* della prestazione del *“trasfertista abituale”* solo eventuale e comunque indifferente ai fini del relativo trattamento contributivo; nel senso che pure in ipotesi di continuità il trattamento non deve essere quello ordinario previsto per la retribuzione, bensì quello più favorevole previsto per l'indennità di trasferta o i compensi analoghi.

La Suprema Corte arriva quindi ad enunciare il seguente principio di diritto:

“in materia di trattamento contributivo dell'indennità di trasferta, alla stregua dei criteri di interpretazione letterale, storica, logico-sistematica e teleologica, l'espressione “anche se corrisposta con carattere di continuità” - presente sia nell'art. 11 della legge 4 agosto 1984, n. 467 sia nel vigente art. 51, comma 6, del TUIR (così come nel comma 6 dell'art. 48 del TUIR, nel testo risultante dalle modifiche introdotte dal D.lgs. 2 settembre 1997, n. 314) - deve essere intesa, nel senso che l'eventuale continuità della corresponsione del compenso per la trasferta non ne modifica l'assoggettabilità al regime contributivo (e fiscale) meno gravoso (di quello stabilito in via generale per la retribuzione imponibile), rispettivamente previsto dalle citate disposizioni”;

In altre parole l'elemento della continuità (o ripetitività o altissima frequenza che dir si voglia) non risulta essere la discriminante fra trasferta e trasfertismo, discriminante che piuttosto va ricercata nella differenziazione fra l'elargizione di elementi collegati in modo analitico a ciascun singolo giorno di trasferta (ancorché esercitata in modo continuativo) oppure elargita in modo indifferenziato come quota di retribuzione, perdendo quindi qualsiasi connessione con la verifica o meno di un analitico se/come/quando di ogni singolo movimento del dipendente *“sempremobile”*. Notevole infine non solo che si enunci tale criterio per l'effetto della interpretazione autentica operata nel 2016 da legislatore, ma che si sostenga (fra le righe, almeno così pare a chi scrive) che tale interpretazione logico-sistematica ben avrebbe potuto evincersi dalla norma originaria, con una maggiore accortezza e senza (si consenta) la frenesia di onnipotenza interpretativa di cui talvolta qualche magistrato sembra affetto.

Quanto in questi fenomeni vi siano anche valutazioni politico-sociali non è dato sapere. Ovviamente va benissimo così perché questa volta (*una tantum*) condividiamo in pieno la *ratio* della decisione in commento. Certo in chi scrive rispetto ad altre sentenze rimane il dubbio che se si fosse voluto giungere ad ➔

una determinata conclusione o al suo opposto si sarebbe potuto farlo sulla base di motivazioni (almeno in apparenza) valide e giuridicamente supportate.

La ricostruzione storica (che qui come già detto non ripercorreremo) proposta dalla sentenza n. 27093/2017 porta la Cassazione ad escludere che la decisione del legislatore di intervenire con una norma retroattiva sia contestabile.

Si osserva infatti come, il linea generale, qualsiasi intervento legislativo destinato a regolare situazioni pregresse - a prescindere dalla sua qualificazione o autoqualificazione in termini di norma interpretativa, innovativa, di sanatoria - deve essere conforme ai principi costituzionali della ragionevolezza e della tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, nonché al rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario, anche se finalizzato alla necessità di riduzione del contenzioso o di contenimento della spesa pubblica o a far fronte ad evenienze eccezionali.

In questo caso *“la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto o di ristabilire un’interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore a tutela della certezza del diritto e dell’uguaglianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale”*.

Nel caso di specie, statuisce la Suprema Corte, ricorrono tutti questi elementi, essendo infatti innegabile che:

- 1) *la tesi della disposta attribuzione alla norma interpretativa di un significato non compatibile con il suo tenore letterale, non è condivisibile perché basata su una esegesi dell’espressione “anche se ...” contenuta nell’art. 51, comma 6, TUIR che non trova riscontro nella relativa interpretazione letterale, storica, logico-sistematica e teleologica;*
- 2) *... omissis...*
- 3) *in considerazione del mancato adeguamento delle Amministrazioni del settore e della complessiva giurisprudenza di merito all’orientamento di legittimità inaugurato dalla*

sentenza n. 396 del 2012 si era venuta a creare una “situazione di oggettiva incertezza del dato normativo”, determinata da “un dibattito giurisprudenziale irrisolto”;

4) con l’art. 7-quinquies cit. è stata “ristabilita un’interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore”, che, con l’inciso “anche se ...”, aveva manifestato l’intenzione di ampliare e non di restringere l’ambito di applicabilità del regime contributivo più favorevole.

Ne deriva che il suddetto intervento legislativo risulta conforme ai principi costituzionali della ragionevolezza e della tutela del legittimo affidamento nella certezza delle situazioni giuridiche, cioè a “principi di preminente interesse costituzionale”.

Le indennità per trasfertismo

Se da un lato possiamo ritenere risolto sia per il presente che per il passato (ante 2012) il discorso “trasferta” (quantomeno sull’esclusione della mera continuità come elemento caratterizzante, che resta - come già avrebbe dovuto essere - problema definitivamente risolto ed in modo equo e razionale), rimangono alcune criticità in riferimento al trattamento fiscale delle indennità per trasfertismo, la cui disciplina dopo l’approvazione dell’articolo 7-quinquies del D.L. n. 193 del 22 ottobre 2016 risulta la seguente:

1. Il comma 6 dell’articolo 51 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, si interpreta nel senso che i lavoratori rientranti nella disciplina ivi stabilita sono quelli per i quali sussistono contestualmente le seguenti condizioni:

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

dipendente si è effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta.

2. Ai lavoratori ai quali, a seguito della mancata contestuale esistenza delle condizioni di cui al comma 1, non è applicabile la disposizione di cui al comma 6 dell'articolo 51 del testo unico di cui al citato decreto del Presidente della Repubblica n. 917 del 1986 è riconosciuto il trattamento previsto per le indennità di trasferta di cui al comma 5 del medesimo articolo 51.

La soluzione adottata dal legislatore, salvo quanto detto finora, potrebbe apparire su un solo punto innovativa e, in tal senso foriera di possibili scelte elusive. Chi scrive vorrebbe evidenziare che per poter togliere ai giudici la facoltà - erroneamente interpretata come indipendenza della magistratura ma che in fondo appare un'appropriazione illecita del potere legislativo - di decidere arrampicandosi sugli specchi con interpretazioni fantasiose, il legislatore rischia di esagerare nel senso opposto.

Per poter accedere al regime del trasfertismo è infatti necessaria la sussistenza - chi scrive ritiene non solo formale ma sostanziale - di tutti e tre i requisiti previsti, ma (e qui, e solo qui, cioè in sostanza nel co. 2, sta l'esagerazione e la portata potenzialmente innovativa, se letta maliziosamente) l'assenza di anche un solo requisito determina *ipso facto* l'applicazione del più favorevole regime della trasferta.

I tre requisiti infatti non sono del tutto uguali in quanto a valenza sul fenomeno del lavoratore in missione. La mancata indicazione della sede di lavoro potrebbe infatti essere strumentale al beneficio: si pensi ad un impiegato amministrativo che abbia una effettiva postazione lavorativa fissa e che una volta al mese si rechi in trasferta per il quale si ometta volontariamente l'indicazione nel contratto di assunzione della sede lavoro. Anche la corresponsione al dipendente, in relazione di un'indennità o maggiorazione di retribuzione in misura fissa, attribuite senza distinguere se il dipendente si è effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta potrebbe essere nascondere intenti elusivi: si pensi al citato impiegato amministrativo al quale si riconosce una indennità di 1.000,00 euro

mensili a fronte di una sola trasferta.

In questa situazioni si ritiene che la discriminante continuerà ad essere, *in primis*, la previsione di cui alla lettera b) dello "svolgimento di un'attività lavorativa che richiede la continua mobilità del dipendente", che giocoforza impone una attenta valutazione delle mansioni e della modalità di svolgimento delle stesse. Ma soprattutto dovrà essere tenuto in considerazione l'inciso di cui alla lettera c) che prevede la corresponsione dell'indennità "in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa in luoghi sempre variabili e diversi".

Esemplificando non si potrà sostenere che l'erogazione di un premio fisso, che prescinde dalla circostanza che il dipendente si sia effettivamente recato in trasferta e dal luogo della stessa, possa essere soggetto al regime di cui al co. 6 dell'art. 51 del Tuir se poi non si possa provare che l'attività lavorativa sia svolta in luoghi "sempre variabili e diversi" ovvero che richieda la "continua mobilità del dipendente".

È facilmente intuibile come espressioni quali "sempre" oppure "continua" non lascino presagire nulla di buono.

Una precisazione deve essere fatta: l'art. 51, co. 6, del Tuir si riferisce ad una "indennità o maggiorazione di retribuzione in misura fissa" per cui non è necessario - stando ad una rigorosa interpretazione letterale - che l'indennità sia mensile e quindi uguale in tutti i mesi, ma potrebbe ben essere sia una indennità giornaliera, purché di importo sempre uguale, rapportata ai giorni di calendario (31 giorni a gennaio e 28 a febbraio), ma anche riferita ai giorni teoricamente lavorativi della settimana (dal lunedì al venerdì o dal lunedì al sabato a seconda del Ccnl) purché attribuita "senza distinguere se il dipendente si è effettivamente recato in trasferta e dove la stessa si è svolta".

Ciò premesso, nei casi in cui venissero disconosciuti i presupposti di legge e disconosciuta la riconducibilità alla fattispecie del trasfertista, bensì a quella della trasferta, si pone il problema del trattamento fiscale e contributivo delle somme corrisposte.

La risposta non è per nulla facile anche se per quanto sopra precisato si potrebbero tenere distinte due fattispecie:

- nell'ipotesi di indennità riconosciuta in cifra →

fissa mensile l'importo, a rigor di logica, parrebbe doversi ricondurre ad intera ripresa fiscale e previdenziale, non essendo possibile l'imputazione alle singole trasferte; decisamente impervia infatti la strada che pretenderebbe di riconoscere la non imponibilità (entro il limite massimo giornaliero di esenzione) delle somme erogate, chiedendone l'imputazione ai giorni di effettiva trasferta, con un calcolo proporzionale che consideri l'indennità fissa come implicitamente riferita ai soli singoli giorni di comprovata attività lavorativa al di fuori del territorio comunale.

- nel caso invece di indennità corrisposte per le singole giornate (ovviamente per tutte le giornate teoricamente lavorabili) si ritiene che i soli importi riferiti alle giornate non lavorate ovvero con prestazione lavorativa presso la sede o all'interno del comune, debbano essere considerati in toto imponibili riservando pertanto l'esenzione fiscale e contributiva alle indennità riferibili ai soli giorni di effettiva trasferta fuori dal territorio comunale, sempre che sia possibile darne prova con documentazione varia (ricevute per vitto e/o alloggio, rimborsi chilometrici, pedaggi autostradali, *parking*, etc).

Appare peraltro evidente che con l'attuale disciplina il riconoscimento dell'indennità di trasfertismo venga ridotto a casi rari come, ad esempio, viaggiatori e piazzisti di aziende commerciali oppure a lavoratori in mobilità continua, tipo certi lavori nel campo cantieristico o dell'autotrasporto, qualora l'azienda voglia con essi attuare una determinata politica retributiva "omnicomprensiva" e non "*day by day*". Peraltro anche in questi casi non sono da escludersi comportamenti potenzialmente considerabili elusivi ove anziché accedere al regime dei "trasfertisti" si opti (senza rispettarne le condizioni) per il regime della "trasferta"; le scelte sono pertanto da analizzare con cura e prudenza, anche se evidentemente non è estranea ad esse l'entità delle indennità concordate con il lavoratore.

Abbiamo già segnalato su questa Rivista che l'intero argomento "trasferta" avrebbe bisogno di una rivisitazione complessiva che calibrasse meglio fattispecie, esenzioni ed obblighi documentali, in modo da coniugare semplicità, trasparenza e razionalità. Il che, purtroppo, nel panorama normativo attuale appare auspicio pressoché chimerico.

EMANUELE DAGNINO CONFRONTA I BIG DATA: LA FUTURA SFIDA DI UN CONFRONTO
TRA MANAGEMENT E INFORMATICA PER LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA DEI LAVORATORI

Urgente la riflessione sui risvolti etici della workforce analytics¹

L'Autore, con questo contributo, analizza la gestione dei *big data* – definita dal Garante Europeo come “la pratica di combinare enormi volumi di informazioni provenienti da diverse fonti e di analizzarle, usando sofisticati algoritmi per informare le decisioni” – sul terreno della disciplina lavoristica, recentemente riformata dal Regolamento Europeo in materia di protezione dei dati personali².

People o workforce analytics: big data al lavoro

Nel contesto lavoristico per *big data* si intende la combinazione di dati (tradizionali e non) tecnologicamente elaborati per creare processi volti ad identificare, selezionare, suddividere e valutare candidati e lavoratori³. È questo il principio cardine della *workforce analytics*, ovvero fondare le decisioni relative alle risorse umane non su valutazioni soggettive, bensì su una estesa quantità di dati oggettivi.

Essa rappresenta una forma di trattamento automatizzato di dati personali utilizzati per misurare determinati aspetti relativi a una persona fisica, per analizzare o prevedere il rendimento professionale, la situazione economica, la salute, le preferenze, gli in-

teressi, l'affidabilità, il comportamento etc, consentendo così ai *leader* di perfezionare l'effettività delle decisioni e le strategie di gestione⁴.

I rischi riscontrabili sono tre ovvero un alto livello di invasività, la possibilità che i dati includano errori e i potenziali effetti discriminatori dell'uso dei *big data* nella gestione del personale.

Big data e protezione dei dati personali

In tema di protezione dei dati è utile esaminare la disciplina comunitaria, riformata dal recente Regolamento Europeo⁵.

Si distinguono tre fasi del processo: acquisizione dei dati, analisi dei dati e applicazione della conoscenza.

Per quanto concerne la raccolta, il trattamento potrebbe riguardare, ad esempio, dati relativi a precedenti lavoratori per realizzare un modello di riferimento per la selezione del personale oppure riguardare la forza lavoro attuale per ponderare scelte organizzative o ancora fondarsi su dati acquisiti da soggetti terzi al fine della costruzione del modello di interesse.

Nella fase di analisi si intercettano le connessioni rilevanti per stabilire quali variabili siano di interesse e costruire modelli di riferimento, producendo ➔

1. Sintesi dell'articolo pubblicato su LLI, Vol. 3, No. 1, 2017, ISSN 2421-2695 dal titolo “People Analytics: lavoro e tutele al tempo del management tramite big data”
2. Una definizione meno tecnica ci è offerta da Degryse, *Digitalisation of the economy and its impact on the labour markets*, ETUI, Working Paper 2016.02, 10 ovvero *big data* «come combinazione e somma totale

dei dati (personali, commerciali, geografici, comportamentali) disponibili sulle reti digitali – internet, telefoni cellulari, navigatori satellitari ecc. – e utilizzabili come materia prima”.
3. K. Trindel, *Written Testimony of Kelly Trindel*, testimonianza offerta in occasione dell'incontro organizzato dalla EEOC, dal titolo *Big Data in the Workplace*:

Examining Implications for Equal Employment Opportunity Law (13 ottobre 2016).

4. SHRM Foundation, *Use of Workforce Analytics for Competitive Advantage*, Maggio 2016, 10.

5. Entrato in vigore il 24 maggio 2016, verrà applicato a partire dal 25 maggio 2018, andando a sostituire, abrogandola, la Direttiva 95/46/CE.

nuovi dati che, a loro volta, diventano materia prima per altre fasi del trattamento. Infine, la fase di applicazione della conoscenza acquisita potrà essere automatizzata o meno e potrà richiedere il trattamento di nuovi dati provenienti da singoli individui.

La nuova disposizione si muove in una duplice direzione. Da un lato introduce una nuova ipotesi quanto al venir meno del limite contro decisioni basate su trattamenti totalmente automatizzati: al trattamento necessario per la conclusione stessa del contratto o la sua esecuzione e all'ipotesi di autorizzazione per mezzo di legge del trattamento, si aggiunge il consenso espresso dell'interessato.

Dall'altro si pone un limite rispetto ai trattamenti eccezionali, quanto all'uso di dati sensibili, e si richiede che nell'attuare tali trattamenti il titolare assicuri diritti, libertà ed interessi legittimi dell'interessato, almeno con riferimento al *“diritto di ottenere l'intervento umano da parte del titolare del trattamento, di esprimere la propria opinione e di contestare la decisione”*.

A queste tutele si aggiungono dei diritti di informazione del soggetto interessato da processi decisionali automatizzati sia che i dati siano raccolti presso l'interessato sia che siano raccolti da fonti terze (artt. 13 e 14).

Infine di rilievo, anche con riferimento all'ambito dei *big data*, risulta l'introduzione del diritto di rettifica (art. 16) e del diritto all'oblio (art.17), che vanno ad incidere sui dati disponibili per le attività di *analytics* e sulla loro accuratezza⁶.

Il trattamento dei dati nei contesti di lavoro

Il Regolamento interviene maggiormente sul tema del trattamento dati nei contesti lavorativi.

Oltre a prevedere in maniera esplicita alcune ipotesi di trattamento di dati sensibili legate al rapporto di lavoro (medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente)⁷, prevede all'art. 88 che gli Stati Membri possano introdurre discipline specifiche, anche tramite contrattazione collettiva, a

salvaguardia della dignità umana, degli interessi legittimi e dei diritti fondamentali degli interessati, in particolare per quanto riguarda la trasparenza del trattamento, il trasferimento di dati personali nell'ambito di un gruppo imprenditoriale o di un gruppo di imprese che svolge un'attività economica comune e i sistemi di monitoraggio sul posto di lavoro.

Tornando al contesto interno, negli ambiti di lavoro la normativa si integra con lo Statuto dei lavoratori agli artt. 4 e 8 che disciplinano i controlli a distanza sull'attività lavorativa e il divieto di ricerche sulle opinioni personali dei lavoratori e su fatti non attinenti con l'attitudine lavorativa. Occorre in primo luogo soffermarsi sulla questione del consenso.

Per quanto riguarda il trattamento di dati comuni nei contesti di lavoro le deroghe più rilevanti sono quelle ai sensi delle lettere a) e b) art. 24 del Codice relative, rispettivamente, a trattamenti necessari per l'adempimento di obblighi dettati da legge, regolamenti o dalla normativa comunitaria e per adempiere a obblighi derivanti da rapporti contrattuali con l'interessato.

Quanto ai dati sensibili l'art. 26 prevede un regime più articolato ed esistono due diversi ordini di eccezioni.

Per quanto riguarda il contesto lavoristico riguardano il trattamento *dei dati riguardanti l'adesione di associazioni od organizzazioni a carattere sindacale o di categoria ad altre associazioni organizzazioni o confederazioni a carattere sindacale o di categoria e dei dati contenuti nei curricula, nei casi di cui all'articolo 13, comma 5-bis.*

Il secondo riguarda il venir meno del solo requisito del consenso, persistendo la necessità di ottenere l'autorizzazione (art. 26 co. 4)⁸, se il trattamento è *necessario per adempiere a specifici obblighi o compiti previsti dalla legge, da un regolamento o dalla normativa comunitaria per la gestione del rapporto di lavoro, anche in materia di igiene e sicurezza del lavoro e della popolazione e di previdenza e assistenza, nei limiti previsti dall'autorizzazione e ferme restando le disposizioni del codice di deontologia e di buona condotta.* ➔

6. In breve sul punto C. Ogriseg, *Il Regolamento UE n. 2016/679 e la protezione dei dati personali*, cit., R. 47.

7. Art. 9 co. 2 l. h), Regolamento UE n. 679/2016.

8. In vigore dal 1° gennaio del 2017 e fino al 24 maggio del 2018 (ovvero fino all'inizio dell'applicazione del nuovo

Regolamento UE), l'Autorizzazione n. 1/2016 - autorizzazione al trattamento dei dati sensibili nei rapporti di lavoro. Si tratta di una autorizzazione generale che consente di operare trattamenti nelle modalità e negli ambiti descritti senza necessità di richiedere una diversa autorizzazione di volta in volta.

Per tutti i trattamenti permane, anche rispetto a quelli predisposti in ambito lavorativo, la necessità di fornire previa informativa ai sensi dell'art. 13 e del rispetto, quanto alla liceità del trattamento, dei principi, sopra richiamati, posti dall'art. 11 co. 1 del Codice Privacy. Rilevano, ancora, le disposizioni lavoristiche previste dallo Statuto e richiamate agli artt. 113, co. 1, e 114 del Codice Privacy (divieto di indagini sulle opinioni e disciplina dei controlli a distanza), peraltro assistite dalla sanzione penale di cui all'art. 38 Stat.

Il divieto di indagini sulle opinioni personali e sui fatti non attinenti alla attitudine professionale e la tutela antidiscriminatoria

L'art. 8 dello Statuto dei lavoratori incide sulla possibilità di ottenere, dall'interessato o da terzi, informazioni riguardanti quegli ambiti specifici, così come sulle finalità di acquisizione della conoscenza dell'analisi⁹.

È da mettere in risalto come nessun impatto abbia, nella disposizione in esame, il consenso dell'interessato, data la natura indisponibile del diritto sancito; non solo, il divieto non riguarda solo notizie riservate o segrete che si collocano in una sfera strettamente privata, ma rileva anche l'indagine su notizie pubblicamente accessibili¹⁰ rappresentative della proiezione pubblica della persona, sì che accompagnarle con un divieto di raccolta ha lo scopo di scongiurare che, su questa base, un lavoratore possa essere penalizzato¹¹. Se non ingenerano dubbi le opinioni personali - la cui indagine è vietata - maggiori perplessità solleva l'interpretazione della seconda parte dell'articolo, laddove il divieto è esteso *ai fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale*.

Si viene così a costituire un divieto dai contorni evanescenti e mutevoli¹² in ragione delle peculiarità del

rapporto di lavoro instauratosi.

La rilevanza ai fini della valutazione dell'attitudine professionale rappresenta, dunque, il discrimine tra una indagine vietata ed una conforme.

La questione di fondo rispetto alle attività di *workforce analytics* - volte a definire l'attitudine professionale di un candidato o di un dipendente - riguarda l'imprescindibile collegamento tra il fatto indagato e l'accertamento di tale attitudine professionale, nel senso che il primo è funzionale al secondo.

Ma la validità di una correlazione discende dalla correttezza dei dati utilizzati, dalla capacità rappresentativa del campione selezionato che potrebbe, per di più, non rimanere stabile nel tempo¹³.

La decisione potrebbe essere inficiata da un errore nella costruzione del modello o nei dati in essa trattati, oppure essere discriminatoria in ragione di eventuali pregiudizi, più o meno intenzionali, anche a prescindere dall'esistenza di errori.

Si tratta di problematiche che vanno ad invalidare l'attendibilità e la regolarità della correlazione utilizzata¹⁴.

La disciplina italiana - ed europea - distingue tra discriminazione diretta ed indiretta.

Per discriminazione diretta si intende il trattamento meno favorevole riservato ad una persona a causa di uno dei fattori vietati, laddove la nozione di "minor favore" può essere indagata anche tramite comparazione meramente ipotetica¹⁵.

Una discriminazione indiretta, invece, si verifica quando *una disposizione, un criterio, una prassi, un atto, un patto o un comportamento apparentemente neutri possano mettere persone che si ritrovino in una categoria protetta «in posizione di particolare svantaggio»*¹⁶.

Tanto nel caso di una discriminazione attuata intenzionalmente, quanto nel caso in cui gli effetti di-

9. È fatto divieto al datore di lavoro, ai fini dell'assunzione, come nel corso dello svolgimento del rapporto di lavoro, di effettuare indagini, anche a mezzo di terzi, sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore".

10. S. Cui, *Il diritto penale del lavoro: sicurezza del lavoro, malattie professionali, previdenza ed assistenza, soggetti deboli, discriminazione, controlli e risarcimento del danno*, Halley, 2007,

235. Conformemente, si veda E. Barraco A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy*, cit. 101 ss.

11. S. Rodotà, Prefazione, in A. Trojsi, *Il diritto del lavoratore alla protezione dei dati personali*, cit.

12. E. Barraco A. Sitzia, *Potere di controllo e privacy*, cit., 102.

13. A. C. King, M. Mrkonich, *"Big Data" and the Risk of Employment Discrimination*, cit.

14. Sono queste le quattro categorie di rischi nei processi decisionali del lavoro segnalate da Pauline Kim: discriminazione intenzionale;

errore nei dati; pregiudizi statistici; svantaggi strutturali. Anche altre tassonomie sono state proposte. In particolare si veda S. Barocas, A. D. Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, cit.

15. M. Barbera, Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, 2007, XXXIII.

16. Così gli artt. 2, co. 1, l. b) dei d. lgs. n. 215 e n. 216 del 2003.

scriminatori conseguano all'attività di *analytics* in via involontaria, non sembra porsi in dubbio l'applicazione delle tutele antidiscriminatorie.

La disciplina antidiscriminatoria sembrerebbe, quindi, in linea di principio, in grado di rispondere ai pericoli dell'uso dei *big data*. Sussistono, però, delle difficoltà laddove dal piano astratto dei principi giuridici si passa all'atto pratico.

Il problema fondamentale è quello di identificare il pregiudizio dovuto all'utilizzo di un modello statistico *biased*. Le modalità di funzionamento degli algoritmi impiegati sono spesso inintelligibili e poco comprensibili persino agli stessi addetti ai lavori oltre al fatto che questi servizi sono sottoposti a ferrei regimi di segretezza.

Conclusioni

L'Autore conclude il suo intervento evidenziando l'urgenza di una riflessione sui futuri risvolti etici della *workforce analytics* dal momento che tale pratica, incastonata nell'immaginario cibernetico dominante, è foriera di un ideale di *governance* basata sui numeri¹⁷.

Il rischio è una de-umanizzazione del lavoro e per alcuni autori¹⁸ le informazioni potrebbero essere impiegate per capire fino a che punto è possibile "sfruttare" un dipendente o per selezionare solo dipenden-

ti dai più elevati standard di *performance*, escludendo così tutti quei lavoratori che, per condizioni soggettive (fisiche, educative e culturali), non siano in grado di onorare tali standard o ancora per individuare quei lavoratori che potranno in futuro soffrire di patologie, così da evitare di assumerli o promuoverli.

Di contro, per altri autori¹⁹ i processi di analisi dei *big data* possono essere utilizzati per debellare pregiudizi e possono condurre a migliori informazioni per potenziare l'apporto di lavoratori con eterogenee capacità lavorative e far sì che i carichi siano ispirati a standard di salute migliori, evitando i rischi di *burnout*.

Il diritto del lavoro deve intervenire per conformare agli interessi di giustizia sociale le tendenze verso una verità ricercata meccanicamente (tramite un processo primariamente tecnico-scientifico).

L'Autore infine chiosa evidenziando come le pratiche di *workforce analytics* – e i relativi studi – siano ancora in una fase embrionale e come si renderanno sempre più indispensabili soluzioni innovative basate su un dialogo interdisciplinare tra il mondo del *management* e quello dell'informatica.

A tale scopo potrà, auspicabilmente, essere utile coinvolgere le rappresentanze sindacali nella strutturazione delle pratiche di *workforce analytics*, così da garantire i diritti dei lavoratori e dei candidati.

17. A. Supiot, *La gouvernance par le nombre*, Fayard, 2015.

18. J. Raso Delgue, I rapporti di lavoro nell'era digitale, DRI, 4/2014, 958.

19. M. Maschke, *Digitalisation: challenges for company codetermination*, ETUI Policy Brief, n. 7/2016, 2.

CARMELO ROMEO ANALIZZA GLI EFFETTI DEL “RITO FORNERO”
SULLE TUTELE ALL’INTERNO DEL PROCESSO DEL LAVORO

Criticità del “Rito Fornero”: verso un ritorno al passato?¹

Nel contributo in commento, l’Autore si concentra sulla crisi dell’effettività delle tutele nel processo del lavoro, ascrivendo al rito Fornero la responsabilità di aver dato una definitiva “spallata” al concetto di celerità del processo. Sia perché l’obiettivo iniziale della Legge Fornero alla prova dei fatti è stato disatteso, sia perché la precedenza del rito Fornero rispetto ad altri procedimenti, ha causato ritardi nell’istruttoria dei riti ordinari.

Ricordiamo che il “rito Fornero” nasce per concentrarsi su controversie di lavoro inerenti la richiesta di reintegrazione nel posto di lavoro a causa di licenziamento ritenuto illegittimo.

Inizialmente accolto con favore, il “rito Fornero” ha suscitato col tempo dubbi e critiche sia da parte del mondo politico che dagli addetti ai lavori del mondo giuslavoristico.

Lo scenario attuale sembra suggerire un desiderio di ritorno al passato, poiché si sono aperte numerose controversie e interrogativi:

- Il rito Fornero è da ritenersi obbligatorio?
- È stato portatore di una duplicazione di tutela sommaria e tutela di piena cognizione?
- Determina una dubbia sorte alle eventuali ulterio-

ri pretese avanzate dal ricorrente oltre la principale inerente l’impugnativa al licenziamento?

- Rende difficile comprendere se la condotta contestata al lavoratore potesse rientrare nell’alveo delle sanzioni conservative, o rientrasse in quello della sanzione reintegratoria?

Ancor più forte è la delusione che l’obiettivo di rendere più snello il processo rispetto al passato, non si sia riscontrato.

Si perseguiva l’ideale di aumentare le tutele nei confronti del lavoratore garantendo un processo di ragionevole (o addirittura breve) durata, con il riflesso per il datore di lavoro di vedere accorciarsi i tempi della sentenza e della conseguente (eventuale) entità del risarcimento.

Tra le cause di insuccesso della riduzione temporale dell’*iter* processuale, è emerso il fatto che in un processo del lavoro è sostanzialmente impossibile contestualizzare il licenziamento in base alla ricostruzione delle vicende inerenti il rapporto di lavoro, ovvero, riducendo il fronte di azione del rito alla domanda di reintegrazione, si è impedita un’analisi approfondita delle vicende che hanno causato l’atto recettizio. E pro- ➔

¹ Sintesi dell’articolo Pubblicato ne *Il lavoro nella giurisprudenza*, 10/2017 dal titolo “La crisi d’effettività delle tutele nel processo del lavoro”

prio questo era uno degli obiettivi del “rito Fornero”, estrapolare dal rito ordinario del lavoro solo il contenzioso avente come riferimento la reintegrazione.

Il modello descritto ha messo quindi in evidenza le seguenti criticità:

1. Le norme inerenti il “rito Fornero”, non trovano collocazione nel corpo del codice di procedura e restano indissolubilmente legate alla L. n. 92/2012, e fanno sì che il nuovo corso sia ridotto ad una specialità della procedura.
2. L'ipotesi di poter avanzare ricorsi limitatamente all'impugnativa di licenziamento ha fatto crescere il numero dei contenziosi, fallendo l'obbiettivo di deflazionare il ricorso alla giustizia.
3. Siccome non è possibile ampliare l'oggetto di discussione all'interno del “rito Fornero”, ciò impone nella realtà un necessario sdoppiamento processuale, laddove le pretese non si limitano a quanto esposto al punto precedente: si ottiene quindi un aumento di lavoro per la magistratura ed un ritardo nelle decisioni inerenti rivendicazioni patrimoniali.

Non da ultimo si pone l'attenzione sul mutamento dei poteri del giudice portati dal “rito Fornero”, relativamente alla decisione sull'illegittimità del licenziamento, sulla tutela applicabile e sul *quantum* della tutela risarcitoria. In controtendenza è intervenuta la normativa del D.lgs. n. 23/2015 che introducendo il contratto a tutele crescenti ha limitato il margine di movimento.

Nonostante ciò, è attesa un'ampia applicazione del rito Fornero nell'immediato futuro, e questo spinge a riflettere su come siano stati incrementati i

poteri decisionali del giudice e quali conseguenze ci si possa attendere.

L'analisi dell'Autore si concentra infine su come sia stata compromessa la celerità del processo: si è innescata una vera e propria crisi di questo valore, partendo dal fatto che attribuendo al “rito Fornero” la precedenza assoluta, si è ingenerato inevitabilmente un cospicuo incremento dei ritardi nell'istruttoria delle cause di lavoro con rito ordinario. Questo ha determinato una notevole ricaduta negativa sul livello delle tutele giudiziarie che il sistema dovrebbe garantire. La problematica prende ancor più evidenza nell'analizzarne i risultati in base alle aree geografiche o territoriali: si ravvisano differenze nelle tempistiche di celebrazione dei processi da zona a zona o da tribunale a tribunale. Tutte le argomentazioni sopra esposte vengono messe in relazione con le maggiori tutele (a giudizio dell'Autore), perpetrate dalle normative in vigore prima dell'avvento della L. n. 92/2012.

In rapida sequenza si citano a titolo esplicativo, la L. n. 533/1973, il D.lgs. n. 80/1998, L. n. 183/2010, e gli artt. 409, 410, 411, 412 c.p.c. ; si tratta degli interventi legislativi volti al perseguimento di un giusto processo e delle tutele giuridiche proprie del nostro ordinamento.

In conclusione, l'Autore auspica un ritorno al passato, ed in particolare alla L. n. 533/1973 che, plasmata in ossequio ai principi dello Statuto dei Lavoratori, offriva un giusto riparo dai tempi dilatati della giustizia. L'analisi si conclude con un accorato appello al recupero di ideali persi, allontanandosi da uno scenario inquietante e contraddittorio attualmente in essere.

Il Disegno di legge Quagliariello in materia di professioni: poche luci, molte ombre, qualche lecito sospetto

Capita talvolta di essere folgorati, come S. Paolo sulla via di Damasco, incontrando disegni di legge che ti lasciano da subito una forte impressione. Differentemente dall'Apostolo delle Genti, tuttavia, molto più spesso questa folgorazione (bisogna aggiungere: purtroppo) ha effetti tutt'altro che positivi, lasciando in bocca un senso di amaro, di incompiutezza, di irragionevolezza, di improvvisazione, a seconda del (de)grado del disegno stesso.

Di fonte al Disegno di legge n. 2790, presentato al Senato nell'aprile di quest'anno ad opera del Senatore Gaetano Quagliariello, le perplessità sono molte (nota bene: il termine "perplessità" ha invero un altissimo coefficiente di eufemismo, ma è stato accuratamente selezionato da chi scrive, diverse volte rimproverato rispetto al tono troppo caustico di questa Rubrica).

Il disegno ha un titolo accattivante: *"Disposizioni per il riequilibrio delle competenze in materia di consulenza del lavoro e per l'introduzione di tutele per i professionisti"*, dal quale già si può cominciare a comprendere il metodo, antico ma pur sempre efficace, del rimescolamento di temi del tutto diversi fra di loro, allo fine di attenuare e nascondere quello che sembra essere l'interesse reale e il vero scopo di un'azione.

Ma andiamo per ordine, seguendo anche la relazione introduttiva, più illuminante dello stesso disegno di legge. La proposta normativa si divide in tre parti, senza una grande correlazione fra di loro, ciascuna della quali presenta parecchie incongruenze, salvo la linearità (ap-

parente) della prima che, forse maliziosamente, ci appare come il vero scopo nascosto.

Il capo primo: un "riequilibrio" senza senso logico e della storia

La prima parte (artt. 1-3), infatti, si occupa del riequilibrio delle competenze in materia di consulenza del lavoro (un problema sentitissimo nel Paese, che evidentemente non ne ha di più seri) e propone di assegnare anche a ragionieri, commercialisti, avvocati e procuratori legali alcune competenze che diverse norme hanno via via riservato ai consulenti del lavoro: in particolare si tratta della possibilità di trasmettere le dimissioni telematiche, di instaurare commissioni di conciliazione in materia di lavoro presso i consigli provinciali e di assistere i lavoratori nelle sedi conciliative e di certificazione.

L'estensore della norma parte da un concetto di fondo, e cioè che dal momento che la legge n. 12/1979 comprende fra i soggetti che possono svolgere adempimenti in materia di lavoro non solo i consulenti del lavoro ma anche le predette categorie, ad esse deve essere estesa la facoltà di fare tutto ciò che possono fare i consulenti del lavoro. Le conquiste di specialità riconosciute ai Consulenti del lavoro rappresenterebbero, per chi ha pensato il DdL, una "ingiustificata disparità" fonte di "erosione delle competenze" delle suddette categorie "progressiva ed inesorabile" (è davvero preoccupante: normalmente infatti avvocati e commercialisti li si →

trovano in fila alla mensa dei poveri o agli uffici comunali di assistenza a chiedere un sussidio ...).

La considerazione da cui parte l'estensore della proposta normativa è una specie di sillogismo: i consulenti del lavoro hanno delle facoltà, anche altri professionisti possono assistere le aziende in materia di lavoro, tutto ciò che possono fare i consulenti del lavoro lo possono fare anche gli altri.

Ma questo sillogismo in realtà, nella sua ultima conclusione fa scaturire altre connessioni logiche davvero ingiuste: se molti altri professionisti possono fare ciò che fanno i consulenti del lavoro,

- i consulenti del lavoro sono una categoria (sostanzialmente) inutile,
 - o – alla meno peggio -
- il consulente del lavoro è un “professionista *minus habens*” rispetto ad altri professionisti che oltre al loro (cioè alle riserve di legge che tali professioni hanno) possono fare *anche* tutto ciò che fa il consulente del lavoro.

Sotto un profilo logico consequenziale, in buona sostanza, ci stanno dicendo che la nostra professione non vale niente (anzi: noi come professionisti valiamo poco o niente, perché le nostre aree di intervento in realtà fanno evidentemente gola a molti).

Può pure darsi che è proprio questo che si voglia dire (qualcuno indubbiamente lo penserà anche), ma si permetta di osservare che non ha senso una professione che non si caratterizzi in senso distintivo da ciò che fanno altre professioni. Quindi il sillogismo è in realtà illogico e pretestuoso.

Bisognerebbe più correttamente andare al senso storico della L. n. 12/79, che ha focalizzato competenze ed attenzioni che da lì a poco avrebbero catalizzato la vita sociale del Paese (tanto che quasi ogni Governo succeduto negli ultimi 25 anni ha sentito l'esigenza di emanare una “sua” riforma del lavoro); quella legge, approvata in un clima di ostilità verso la professione nascente, ha dovuto pagare il prezzo di accondiscendere a che altre professioni ed altri soggetti potessero esercitare l'assistenza verso le imprese in materia di lavoro – e per quanto concerne quel tempo, tale norma di raccordo aveva anche un senso, impedendo che improvvisamente tutti avessero dovuto dotarsi di un consulente del lavoro e fotografando uno stato di fatto (del 1979) che però è oggi profondamente cambiato, a partire dalle condizio-

ni di accesso alla professione del consulente del lavoro. Il quale sempre più si è ritagliato una dimensione non solo di “realizzatore di adempimenti”, ma di soggetto competente in materia di lavoro ed in grado di assistere (talvolta anche con la necessaria terzietà) tutte le parti coinvolte nel processo del rapporto di lavoro (subordinato e non), attento non solo a svolgere “le pratiche” ma alle profonde dinamiche finanche personali che si agitano intorno a tale rapporto e che richiedono competenze e preparazione specifica. L'abbiamo detto più volte in questa Rivista: *il consulente del lavoro sta diventando sempre di più un soggetto che si occupa di persone e dei loro bisogni.*

L'affronto alla nostra professione (quale è, in fondo questa proposta di legge) è quindi, oltre che illogico, antistorico perché compara una legge del 1979 al presente senza tener conto dell'evoluzione della società e delle complessità legate al mondo del lavoro. Solo per fare un esempio: il diploma in ragioneria oggi non è più sufficiente per accedere alla professione del consulente del lavoro, ma a quella del ragioniere sì, tuttavia il ragioniere, a mente della L. n. 12/1979 può fare il consulente del lavoro: una bella discrasia, no? Senza contare che la differenza dell'ambito professionale già si evince chiaramente dai Ministeri che vigilano sui rispettivi Ordini: solo i Consulenti del lavoro sono sotto la vigilanza del Ministero del lavoro, a commercialisti e avvocati pensa il Ministero della Giustizia. Anche qui, un motivo ci sarà ...

Si noti infine che, volendo fare un favore ad avvocati e commercialisti, l'estensore del DdL incappa in un clamoroso *effetto boomerang* quando arriva ad invocare in maniera sproporzionata e spropositata il principio della libertà di concorrenza. Vale la pena di riportare il passaggio in questione della relazione introduttiva al DdL.

“Una delle ragioni d'esser primarie dell'Unione Europea (è) la creazione di un mercato unico in cui tutti gli operatori economici possano interagire tra loro in libertà di azione e movimento. Tale principio, spesso impropriamente riferito alle sole imprese, deve necessariamente includere anche i liberi professionisti nonché i soggetti prestatori di servizi, in modo da riportare all'interno del mercato nazionale (e di conseguenza europeo) l'equilibrio necessario.”

Forse chi scrive sbaglierà, ma questo “tutti possono ➔

fare tutto” sembra esattamente *la negazione del principio di riserva di legge* a determinate professioni in forza della tutela della fede pubblica e del pubblico bene che tali riserve intendono preservare in determinate aree. Nella foga di sparare contro i consulenti del lavoro, ci si spara addosso come professionisti: sembra un po’ come quei genitori in conflitto in cui uno dei due non capisce che delegittimare (o peggio) gratuitamente l’altro mina soprattutto il senso di autorità, di stima e di rispetto dei figli verso *entrambi* i genitori.

Il capo secondo: l’assicurazione del professionista e previsioni fra l’inutile e l’illogico

Si apprende, dal testo della norma, della preoccupazione dell’estensore rispetto al fatto che il commercialista non possa assicurarsi per il rischio di sanzioni tributarie.

Tale vincolo deve probabilmente essere stato superato dalla prassi, in quanto risulta a chi scrive che le assicurazioni per la responsabilità civile professionale coprano (eccome) anche le sanzioni tributarie a cui sono esposti i clienti per errori del professionista. Tuttavia, volendo anche risolvere direttamente quello che per chi ha proposto la norma deve risultare un tremendo dilemma (probabilmente da non dormire la notte, al pari dell’ingiustificata disparità del capo precedente) si prevede che:

- i professionisti ordinistici debbano stipulare assicurazioni per coprire i clienti per danni derivanti dall’esercizio della propria attività professionale; le sanzioni *tributarie* siano irrogate al soggetto che ne ha tratto effettivo beneficio, con diritto di rivalsa nei confronti del professionista;
- se invece il professionista non ha stipulato la polizza, le sanzioni sono irrogate direttamente al professionista.

Sul primo punto, così, a memoria, ci pare che l’obbligo già esista dal 15 agosto 2013, in forza del D.P.R. n. 137/2012, art. 5, e pertanto il passaggio normativo sembra una ripetizione piuttosto inutile.

Sul secondo punto, appare piuttosto rischioso esprimere il concetto legato unicamente alle sanzioni tributarie: se abbiamo intuito la preoccupazione del legislatore proponente, forse sarebbe opportuno e prudente specificare che si vuole estendere il concetto, e non limitarlo (basterebbe scrivere: “le sanzioni amministrative, *anche* di carattere tributario” ...). Poco idonea sembra anche l’espressione “al soggetto che ne ha tratto effettivo be-

neficio”, che apre un mondo di ipotesi su chi possa aver tratto beneficio da un’eventuale violazione nonché se poi si sia trattato davvero di un qualche beneficio (ad esempio su un documento presentato in ritardo, il concetto del beneficio è in sé un po’ sfuggente).

Invece complicata e del tutto assurda è la norma che prevede che il professionista senza assicurazione sia il diretto destinatario della sanzione. Assurda perché in caso di sanzione per propria colpa il professionista sarebbe comunque tenuto a rispondere al cliente, e quindi in prima battuta o è solvibile o non lo è. Peraltro, ricordiamo che la mancata stipula della polizza e la comunicazione al cliente rappresenta un illecito sanzionato dagli ordini professionali, quindi tale previsione di legge rappresenterebbe quasi un *bis in idem*.

Ma l’assurdità più profonda è che si getterebbe l’Amministrazione Pubblica in una situazione kafkiana: chi non vive su Marte sa che molto spesso il confine fra la responsabilità del professionista e la colpa del cliente è abbastanza labile, e si costruisce su cose dette o non dette, oppure dette male o capite peggio, su incarichi affidati o forse no; insomma, spesso la complessità del discernimento di chi è la colpa è davvero alta. A disegno di legge approvato (speriamo mai), nel momento in cui il funzionario dovesse irrogare una sanzione al trasgressore normale (il soggetto persona titolare, in proprio o quale legale rappresentante, del rapporto con la P. A.) potrebbe vedersi respinta la sanzione in forza della colpa da attribuirsi al professionista non assicurato. Situazione grottesca, in cui lo scarico di responsabilità fra il professionista non assicurato ed il cliente potrebbe mettere in seria difficoltà la corretta identificazione del trasgressore (destinatario della sanzione), addirittura con il rischio di vanificare l’effetto deterrente della sanzione stessa: ben lungi dall’essere evitato come la peste, il professionista non assicurato sarebbe al contrario ricercatissimo qualora un soggetto volesse giocare sull’ambiguità delle responsabilità per dilazionare o magari evitare del tutto gli effetti economici di una sanzione.

Il capo terzo: una norma di difficile attuazione (e che non riguarda solo i professionisti)

L’ultima parte della norma assume quasi la forma (insidiosa) di una *captatio benevolentiae*, visto quanto →

stabilito nei Capi precedenti.

Qui il legislatore si prende a cuore il problema del professionista che, infortunato o gravemente malato (con corretta certificazione medica e possibilità di controllo della veridicità della stessa), per tale ragione non riesce a portare a termine gli adempimenti (una prestazione) da eseguirsi nei trenta giorni successivi all'evento. In tal caso, i termini relativi agli adempimenti sono sospesi fino a 45 giorni dopo la conclusione dell'evento (dimissione dalla struttura sanitaria o termine delle cure domiciliari). Stessa previsione in caso di parto prematuro o interruzione di gravidanza (in questo caso la sospensione vale fino al trentesimo giorno successivo); curioso che invece per il parto normale non sia prevista alcuna sospensione, alla faccia della conciliazione vita-lavoro.

In caso di decesso del professionista, la sospensione è inoltre prevista per sei mesi.

La norma non vale solo per i professionisti ordinistici ma viene estesa anche a i titolari individuali di lavoro autonomo o di impresa oppure (se il soggetto colpito risulta essere l'unico amministratore) ai soci di società di persone o di S.r.l.

Questa parte della norma scaturirebbe anche da una buona intenzione - ed in tal senso potrebbe essere affinata - ma ancora una volta sembra destinata per lo più a professionisti che si occupino di meri adempimenti (*idem* per quanto riguarda le imprese).

Per dirla tutta, una norma che permetta di dilazionare aspetti di natura dichiarativa e verso la sola P.A. mal si attaglia alla professione del consulente del lavoro, il quale, proprio in forza della specificità del proprio operato, potrà anche beneficiare del rinvio di adempimenti in scadenza ma ha compiti (uno su tutti, ma non è certo il solo: gli stipendi ogni mese) che difficilmente possono essere dilazionati e che sono conseguenti non tanto al rapporto con lo Stato ma al destinatario più debole del rapporto di lavoro: il lavoratore (eh sì, ancora una volta ci si occupa di persone, non di adempimenti formali).

Non a caso proprio l'Ordine dei Consulenti del lavoro sta pensando di creare (e non è cosa facile) una rete di assistenza ai colleghi in difficoltà anche con casistiche più estese di quelle individuate dalla legge (iniziativa in fase di *start-up* con il nome di "Progetto WEL.CO.M.E.").

Insomma, l'impossibilità sopravvenuta di esercitare la propria professione, ordinistica o meno che sia, si trova

a fare i conti non solo e non tanto con gli adempimenti, ma in prima battuta deve fronteggiare l'esclusione dal mercato per il fatto di non poter far fronte (per le emergenze personali sopravvenute) agli impegni e agli interventi di cui i clienti necessitano. E quindi solo una rete di solidarietà può risolvere il problema, poi il lavoratore autonomo può essere coadiuvato certamente anche da un "rilassamento" sul fronte delle scadenze.

Ci si consenta però un'osservazione: da anni il nostro Centro Studi milanese ha proposto e riproposto (proposta poi ripresa a livello nazionale) la sospensione di alcuni adempimenti - in particolare, cartelle pazze e verbali complessi - in scadenza durante il periodo ferie, argomento ben più semplice ed immediato di quello affrontato dalla norma in commento ma che non ha avuto ad oggi alcun riscontro.

Sarebbe grottesco che al professionista ammalatosi - magari perché costretto a "tirarsi il collo" 12 mesi su 12 - si conceda poi "il contentino" di presentare in ritardo qualche dichiarazione mentre la sua vita professionale e personale è andata a rotoli.

Conclusioni

Stiamo parlando di un disegno di legge che con la professione dei consulenti del lavoro non c'entra nulla, disprezzandone il ruolo e le competenze specifiche (ma non il volume d'affari, ovviamente) e che sembra ispirata ad (qualora non addirittura ispirata *da*) altre professioni. Ciò anche per il corpo complessivo delle proposte normative, che non sembra ben calibrato e messo lì un po' a casaccio come contorno a quello che ci appare come il vero significato della norma: erodere (questo sì ed in maniera pesante) le competenze specifiche che i consulenti del lavoro si sono conquistati sul campo e che sono il riconoscimento della professionalità dimostrata dagli stessi e del loro ambito caratteristico di competenza.

È ora non di fare proposte normative poco decenti e mascherate di una ragionevolezza che davvero non traspare dal testo normativo in esame, ma di cambiare una legge - la n. 12/1979 - che vede i consulenti del lavoro ingiustamente succubi di altre professioni e di altre figure anche non professionali.

Perché se il lavoro è fondamentale nella vita delle persone, chi opera intorno al lavoro deve avere una particolare attenzione ed una peculiare sensibilità professionale. Chi non ce l'ha ... se ne faccia una ragione.

UNA PROPOSTA AL MESE

di ELENA REJA

Consulente del Lavoro in Desenzano del Garda

La solidarietà del sostituito per ritenute fiscali: una proposta per dirimere le divergenze giurisprudenziali e ristabilire un diritto equo

“*Lentamente muore
chi non capovolge il tavolo*”
(P. Neruda)

L'istituto della sostituzione d'imposta, finalizzato a facilitare la riscossione tributaria e a ridurre l'evasione fiscale, pone a carico di terzi (il sostituito) l'obbligo di operare le ritenute e di versare l'imposta *originariamente* dovuta dal sostituito, con obbligo di rivalsa. Soggetto passivo dell'obbligazione tributaria è il sostituito, ossia il percipiente della "ricchezza novella" o il possessore "di redditi" (vedasi D.P.R. n. 917/1986, Tuir), il sostituito, secondo il D.P.R. n. 600/1973, è obbligato al versamento nei confronti dell'Erario, pur essendo estraneo al presupposto.

La Corte di Cassazione, con più pronunce (vedasi Corte di Cassazione, Sez. Trib., sentenza 16 giugno 2006, n. 14033, Corte di Cassazione ordinanza del 14 maggio 2015, n. 9933) ha ribadito che: **"il sostituito sia già originariamente obbligato solidale d'imposta, secondo i principi generali in materia di solidarietà passiva"** (Corte di Cassazione sentenza del 13 giugno 2016, n. 12076).

In caso di mancato versamento delle ritenute, il sostituito risponderà in solido (ai sensi dell'art. 1292

c.c.) all'Amministrazione Finanziaria, con diritto di regresso nei confronti del sostituito.

Di diverso orientamento sono le sentenze di merito, secondo cui non esiste la responsabilità solidale del percipiente in caso di mancato versamento delle ritenute, purchè si dimostri l'effettiva trattenuta subita (vedasi sentenza n. 58/02/2017 della Commissione tributaria provinciale di Sondrio ed anche le sentenze della Commissione tributaria regionale di Milano del 6 dicembre 2016, n. 6550/49/16 e dell'11 gennaio 2016, n. 23/49/16).

I Giudici della Commissione tributaria vorrebbero evitare la doppia imposizione al contribuente a cui siano state operate le ritenute, ma non versate all'Erario. In particolare, nel caso in cui l'azione di regresso non andasse a buon fine, si realizzerebbe una violazione del divieto di doppia imposizione sancito dall'art. 163 D.lgs. n. 917/1986.

Si adotta quindi un'interpretazione puramente letterale all'art. 35 del D.P.R. n. 602/1973, che prevede la responsabilità solidale qualora "il sostituito" venga "iscritto a ruolo per imposte, soprattasse e interessi relativi ➔

a redditi sui quali non ha effettuato né le ritenute a titolo di imposta né i relativi versamenti”, pur in contrasto con quanto sancito dalla Corte di Cassazione.

Un’apertura alle ragioni del contribuente, da parte dei Supremi Giudici, si ha con la recente sentenza della Corte di Cassazione n. 14138 del 7 giugno 2017, in cui viene ribadito il seguente principio di diritto: *“in tema di imposte sui redditi, ai fini dello scomputo della ritenuta d’acconto, l’omessa esibizione del certificato del sostituto d’imposta attestante la ritenuta operata non preclude al contribuente sostituito di provare la ritenuta stessa con*

mezzi equipollenti, onde evitare un duplice prelievo”.

In tale contesto di incertezza interpretativa, sarebbe auspicabile un intervento normativo volto a tutelare i contribuenti in buona fede, anche alla luce del principio della capacità contributiva di cui all’art. 53 della Costituzione.

Si propone una modifica all’art. 35 del D.P.R. n. 602/1973, con il seguente inciso: *“l’obbligazione solidale in capo al sostituito decade, qualora si dimostri di aver subito la trattenuta delle ritenute e di aver effettivamente percepito le somme nette”.*

TESTO NORMATIVO VIGENTE - ART. 35 D.P.R. N. 602/1973	PROPOSTA DI MODIFICA DELL’ART. 35 D.P.R. N. 602/1973
<p>“Solidarietà del sostituto di imposta. Quando il sostituto viene iscritto a ruolo per imposte, sopratasse e interessi relativi a redditi sui quali non ha effettuato né le ritenute a titolo di imposta né i relativi versamenti, il sostituto è coobbligato in solido.”</p>	<p>Solidarietà del sostituto di imposta. Quando il sostituto viene iscritto a ruolo per imposte, sopratasse e interessi relativi a redditi sui quali non ha effettuato né le ritenute a titolo di imposta né i relativi versamenti, il sostituto è coobbligato in solido. <i>L’obbligazione solidale in capo al sostituito decade, qualora si dimostri di aver subito la trattenuta delle ritenute e di aver effettivamente percepito le somme nette.</i></p>

Con questa proposta, il contribuente sostituito risponderebbe all’Erario solo per le eventuali ritenute non effettivamente subite, ossia quelle non prelevate dal sostituto. Una diversa interpretazione sarebbe infatti penalizzan-

te, come accaduto in alcune delle sentenze sopra ricordate, per il sostituito che è incolpevole per le ritenute non versate dal sostituto ma che in ogni caso ha subito obbligatoriamente le trattenute all’atto del pagamento.



ARGOMENTO

“ Obbligo di consegnare la dichiarazione di assunzione: violazione dei termini ”

La Corte di Appello di Cagliari rigettava l'appello presentato da un'azienda condannata in sentenza di primo grado per non aver consegnato, all'atto dell'assunzione ad un dipendente la dichiarazione sottoscritta contenente i dati di registrazione effettuata nel libro matricola nonché la comunicazione disciplinata dal D.lgs 152/1997, relativa alla consegna della dichiarazione di assunzione. L'azienda, tramite accordo sindacale, aveva la possibilità di comunicare ai dipendenti tali informazioni entro 60 giorni dalla data di assunzione, derogando alla normativa, che prevede un obbligo di informazione entro 30 giorni. Nel caso in esame l'azienda non aveva rispettato neanche i termini previsti dall'accordo sindacale. L'azienda propone quindi ricorso in Cassazione affermando di essersi trovata in una situazione di cambio di appalto con collocazione di 176 dipendenti e, di conseguenza, di non aver ottemperato agli obblighi richiamati per esigenze imposte da dinamiche aziendali. In se-

condo luogo, l'azienda solleva un problema di rigidità interpretativa dell'accordo sindacale, in quanto il termine di 60 giorni aveva valenza meramente ordinatoria e per tale motivo il termine sarebbe dovuto decorrere dalla compiuta composizione degli assetti aziendali.

La Cassazione afferma che si ha violazione dell'obbligo richiamato, oltre che quando si omette la consegna della dichiarazione di assunzione contenente tutti i dati prescritti dall'azienda, anche in caso di ritardata consegna della stessa. La Corte sottolinea però che il giudizio verte esclusivamente circa l'individuazione del momento di decorrenza entro cui l'obbligo sarebbe stato da rispettare alla luce dell'accordo sindacale. Su tale questione, la Cassazione rigetta il ricorso poiché il termine di 60 giorni stabilito dall'accordo sindacale deve considerarsi un tempo massimo, e quindi un termine finale, entro cui l'obbligo di comunicazione andava inderogabilmente adempiuto.

Cass., sez. Lavoro,
3 ottobre 2017, n. 23053

AUTORE

RICCARDO BELLOCCHIO
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

“ Procedimento disciplinare e consultazione della documentazione di addebito da parte del lavoratore ”

Il caso in esame tratta del licenziamento disciplinare intimato dal datore di lavoro al dipendente che aveva violato il patto di non concorrenza: il tutto era emerso da riscontri sull'account aziendale in seguito ai quali si era raggiunta la certezza che il lavoratore aveva posto in

essere, con l'ausilio della consorte, una rete di vendita relativa agli stessi prodotti commercializzati dall'azienda ad un prezzo inferiore anche a quello degli agenti dallo stesso coordinati.

Il lavoratore impugnò il licenziamento denunciando →

Cass., sez. Lavoro,
6 ottobre 2017, n. 23408

AUTORE

LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano



la violazione o falsa applicazione di norme di diritto, per il fatto che la parte datoriale aveva prodotto solo in sede di costituzione in giudizio tutta la documentazione su cui si fondava la contestata concorrenza sleale, omettendo di metterla a disposizione in sede di audizione prima del licenziamento.

Nel giudizio di merito, confermato dalla Cassazione, la Corte di Appello di Milano aveva respinto il ricorso dell'interessato confermando la legittimità del licenziamento ed osservando che il dettato normativo, art. 7

Legge 300/70, impone al datore di lavoro una esposizione dettagliata e comprensibile dei fatti all'origine del provvedimento, ma non lo obbliga a mettere *spontaneamente* a disposizione del lavoratore la documentazione su cui si basa l'addebito. Tuttavia, in virtù dei principi di correttezza e di buona fede nell'esecuzione del contratto, il datore di lavoro è tenuto ad offrire in consultazione i documenti aziendali al lavoratore che ne faccia richiesta (definita "qualificata"), se il loro esame sia necessario per predisporre un'adeguata difesa.

ARGOMENTO

“ I termini per impugnare il licenziamento sono gli stessi per rapporti a tempo indeterminato e a termine ”

La sentenza in esame si riferisce ad un docente di scuola secondaria di secondo grado, con contratto di supplenza dal gennaio al giugno 2012, che si vede comminare la sanzione del licenziamento per giusta causa. Avverso il predetto provvedimento il docente propone ricorso chiedendo oltre l'illegittimità del licenziamento anche il risarcimento del danno, pari alla retribuzione globale dovutagli sino alla scadenza del contratto.

Sia il Giudice di primo grado che la Corte di Appello di Milano ritengono inaccettabile l'impugnativa del docente per vizio di forma, dato che il provvedimento era stato impugnato dopo il termine di 60 giorni dalla ricezione della sua comunicazione, così come previsto dall'art.6 della Legge 604/1996 come modificato dalla Legge 183/2010 art.32.

Il docente propone ricorso per la cassazione della sentenza, denunciando falsa applicazione della Legge 604/1996 e Legge 183/2010, ritenendo che il termine di decadenza poteva trovare applicazione solo alle impugnative dei licenziamenti intimati nel corso di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato o anche nell'ambito di contratti di lavoro a termine, ma solo quando

siano implicate questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro oppure alla nullità del termine apposto al contratto e non invece ai casi di risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro, intervenuti prima della scadenza del termine, come nel caso sottoposto.

I Giudici della Cassazione, con una disquisizione di carattere informativo su "Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato" (art.32 L.183/2010) e sulla Riforma Fornero (92/2012), chiariscono che non vi è alcuna ragione per la quale l'ipotesi del licenziamento per giusta causa, irrogato come sanzione, debba restare estraneo al campo di applicazione definito dalla norma. Il termine di decadenza di 60 giorni per l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento, si applica, in forza del comma 2 del citato art.32 a tutti i casi di invalidità del licenziamento, a prescindere dalla natura del rapporto, se a tempo indeterminato o a tempo determinato.

Il principio di diritto affermato è quindi che non esiste differenza fra assunti a tempo indeterminato e a tempo determinato per presentare ricorso.

Il ricorso è rigettato.

Cass., sez. Lavoro,
11 ottobre 2017, n. 23861

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

Licenziamento per giusta causa per fatti non previsti dal CCNL applicato

Cass., sez. Lavoro,
6 novembre 2017, n. 26272

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano

Alla Camera di Commercio di Foggia un cassiere, falsificando le ricevute ed operazioni contabili, emetteva agli utenti ricevuta per l'intero importo versato (€ 77,00) ma registrava per la CCIAA una entrata inferiore (€ 5,00).

A fronte di quanto consegnato all'utente il cassiere provvedeva con storni totali o parziali al fine di versare nelle casse della CCIAA importi inferiori a quelli effettivamente incassati che quindi personalmente tratteneva, il tutto per un importo complessivo superiore ad € 60.000,00.

Alla contestazione del fatto il lavoratore si limitava a respingere l'addebito.

Il lavoratore viene licenziato per giusta causa stante la falsificazione di documenti e la registrazione contabile fasulla con il fine di appropriarsi indebitamente di somme della CCIAA.

Il lavoratore ricorre in Cassazione, dopo aver perso i primi due gradi di giudizio, denunciando che il licenziamento disciplinare è avvenuto per fattispecie non prevista dal CCNL applicato e quindi il provvedimento disciplinare espulsivo è ritenuto eccessivo rispetto all'accaduto.

La Corte di Cassazione con la sentenza in esame respinge il ricorso del lavoratore ribadendo il consolidato orientamento secondo cui il licenziamento per giusta causa ex art. 2119 c.c. sussiste anche in difetto di una specifica previsione del CCNL applicato al rapporto di lavoro subordinato. Infatti l'elencazione delle fattispecie per cui la sanzione è quella espulsiva elencate nei CCNL ha funzione meramente esemplificativa e non preclude quindi il licenziamento disciplinare per un lavoratore che abbia commesso un grave inadempimento o un grave comportamento contrario alle norme dell'etica comune o del comune vivere civile.

ARGOMENTO

Licenziamento per giusta causa: Incensurabilità del giudizio di merito in sede di legittimità

Cass., sez. Lavoro,
5 ottobre 2017, n. 23259

AUTORE
BARBARA BRUSASCA
Consulente del Lavoro in Milano

Il dipendente di una società di smaltimento rifiuti veniva licenziato per giusta causa a seguito di una contestazione disciplinare con la quale gli veniva contestato di essere stato sorpreso, in orario di lavoro, dal Nucleo Operativo Ecologico dei Carabinieri con il cassone dell'automezzo aziendale colmo di materiale anche non ferroso scartato da una ditta privata.

Nello specifico appunto il lavoratore dipendente di azienda appaltatrice del servizio di interesse pubblico di nettezza urbana, si era recato a prelevare rifiuti speciali in azienda diversa da quella presso la quale lavorava. Sia in primo che in secondo grado i Giudici rilevano la

corrispondenza tra i fatti contestati e i motivi posti alla base del licenziamento confermando poi la particolare gravità della condotta tenuta dal lavoratore. Giungono infine a confermare la congruità tra i gravi fatti addebitati e la sanzione adottata dal datore di lavoro motivando ampiamente la propria decisione.

I motivi del ricorso proposto in Cassazione dal lavoratore sono considerati infondati. Il ricorso è respinto. Ribadisce la Suprema Corte un principio già espresso più volte circa l'incensurabilità del giudizio di merito tranne il caso in cui lo stesso sia retto da motivazione illogica.



ARGOMENTO

Valida la rinuncia ad un diritto disponibile comunicata al legale

Cass., sez. Lavoro,
18 ottobre 2017, n. 24559

AUTORE
SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

La Corte di Appello di Roma ribalta la sentenza del Tribunale di Cassino che aveva accolto la domanda del lavoratore per la declaratoria di illegittimità del licenziamento collettivo, ritenendola inammissibile.

Il lavoratore aveva impugnato in data 31.10.2008 il licenziamento comunicatogli dall'azienda con lettera del 14 ottobre 2008 ma, successivamente, in data 23 gennaio 2009, aveva inviato una lettera al proprio avvocato nella quale comunicava l'intenzione di rinunciare a proseguire alcuna azione nei confronti del datore di lavoro per contestare la cessazione del rapporto di lavoro.

In data 28 ottobre 2009, il lavoratore presentava istanza per il tentativo di conciliazione per contestare l'illegittimità del licenziamento, oltre il termine di sei mesi dalla

rinuncia al diritto operata in sede non protetta.

La Corte di Cassazione nel considerare corretto e motivato il percorso argomentativo della Corte d'Appello (Cfr. Cass. 28.08.2013 n. 19831), ritiene valida la rinuncia contenuta nella lettera inviata dal lavoratore al suo legale (e non al datore di lavoro), in virtù del mandato difensivo affidatogli.

Alla comunicazione è stata riconosciuta la sostanza e la forma di una rinuncia ad un diritto disponibile (l'impugnazione del licenziamento), realizzata in una sede non protetta ed impugnabile pertanto nel termine di sei mesi. Dall'analisi del testo della comunicazione, infine, appariva chiaramente la volontà consapevole di voler rinunciare alla contestazione del licenziamento.

ARGOMENTO

Procedimento disciplinare ed illegittimità del licenziamento per giusta causa

Cass. sez. Lavoro,
1 agosto 2017, n. 19103

AUTORE
LAURA POZZI
Consulente del Lavoro in Cernusco S/N

La Sentenza n. 19103/2017 ribadisce la necessità di una puntuale indicazione dei fatti che hanno originato la decisione di procedere con la contestazione disciplinare.

La non specificità e la non chiarezza espositiva dei fatti non consente al lavoratore di conoscere nel merito la mancanza disciplinare e, come conseguenza, di non poter esercitare validamente la sua difesa.

Infatti, i requisiti di citati sono volti a garantire il diritto di difesa del lavoratore incolpato, diritto che sarebbe compromesso qualora si consentisse al datore di lavoro di intimare il licenziamento in relazione a condotte ri-

spetto alle quali il dipendente non è stato messo in condizione di discolarsi, perché non tempestivamente contestate, perché diverse dalle condotte oggetto della iniziale contestazione, perché non adeguatamente definite nelle loro modalità essenziali.

Dottrina e giurisprudenza di legittimità hanno individuato i requisiti fondamentali della contestazione: specificità, immediatezza ed immutabilità.

La loro violazione vizia il procedimento disciplinare determinando la nullità del provvedimento sanzionatorio irrogato.