

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 9

SOMMARIO



● IL PUNTO.....PAG. 2

DOTTRINA

● PROFESSIONISTI: DAL 29 AGOSTO
OBBLIGATORIO FORNIRE IL PREVENTIVO
AI CLIENTI di **POTITO DI NUNZIO**
E **MORENA MASSAINI** PAG. 3

● BENEFICI "NORMATIVI E CONTRIBUTIVI":
CASI DI RECUPERO DA PARTE
DEGLI ORGANI DI VIGILANZA
di **ROBERTO CAMERA** PAG. 6

● PERMANE L'INCERTEZZA IN TEMA
DI LICENZIAMENTO DELL'APPRENDISTA
IN STATO DI GRAVIDANZA
di **GABRIELE FAVA** PAG. 8

● ASSUNZIONE DI APPRENDISTI E DIRITTO DI
PRECEDENZA DEI LAVORATORI A TERMINE
di **ALBERTO BORELLA** PAG. 10

● ORIENTAMENTO SESSUALE E IDENTITÀ
DI GENERE NEI LUOGHI DI LAVORO:
TUTELA IN EVOLUZIONE?
di **ANTONELLA ROSATI** PAG. 15

● IL RAPPORTO DI LAVORO DEI FAMIGLIARI
di **FABIO BONATO** PAG. 17

RUBRICHE

SENZA FILTRO
QUANDO CASCA IN FALLO L'AUTORITÀ
GARANTE DELLA CONCORRENZA
di **ANDREA ASNAGHI**PAG. 18

UNA PROPOSTA AL MESE
RIVEDERE GLI IMPORTI
(E LA LOGICA) DELLA TRASFERTA
di **ANDREA ASNAGHI**PAG. 21

SENTENZE

La Cassazione riflette sul concetto di rischio elettivo
di **RICCARDO BELLOCCHIO**PAG. 23

Folgorazione mortale di un apprendista minorenni
e responsabilità del caposquadra di **LUCA DI SEVO** ...PAG. 23

Il patto di stabilità nel rapporto di lavoro
del dirigente di **LAURA POZZI**PAG. 24

Regolarizzazione della posizione contributiva
del lavoratore in caso di mancato versamento
da parte del datore di lavoro di **LUCIANA MARI**PAG. 25

Licenziamento per giusta causa e proporzionalità tra
fatto addebitato e recesso di **BARBARA BRUSASCA** ..PAG. 25

Sentenza "Abercrombie": il licenziamento
del lavoratore intermittente venticinquenne non
è discriminatorio di **STEFANO GUGLIELMI**PAG. 26

Cambio mansione in caso di sopravvenuta ridotta
capacità lavorativa di **LAURA POZZI**PAG. 26

Il badge serve solo per controllare le presenze!
di **LUCIANA MARI**PAG. 27

Gli assistenti di volo non sono esentati dal lavoro
notturno per la cura dei figli minori
di **SILVANA PAGELLA**PAG. 27

Direttore Responsabile
POTITO DI NUNZIO

Redattore Capo
D. MORENA MASSAINI

Redazione
ANDREA ASNAGHI
RICCARDO BELLOCCHIO
STELLA CRIMI
ALESSANDRO PROIA

Segreteria di Redazione
MARINA DUCCI

Progetto e Realizzazione Grafica
ELENA DIZIONE

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

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

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

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

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

Sezione Semplificazione normativa:
Coordinatore Andrea Asnaghi
Anna Adamo, Brunello Barontini,
Gianluca Belloni, Luca Bonati,
Marco Cassini, Alberta Clerici,
Gabriele Correr, 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 Mataraca, Luca Paone,
Roberto Picci, Isabella Prati,
Alessandro Proia, Maria Grazia Silvestri,
Marianna Tissino, Enrico Vannicola.

Grandissimo risalto per la Categoria milanese al Convegno del 15 settembre organizzato dal CPO e dall'ANCL SU di Milano in collaborazione con il Comune di Milano che ha visto la presenza di importanti relatori oltre che dei vertici nazionali della categoria per dibattere sul futuro del lavoro autonomo in chiave europea e sulle novità apportate dalla recente legge di riforma. Il convegno si è svolto a Milano in una sala gremitissima di colleghi.

Un grazie particolare alla Collega Laura Specchio, Consigliera Comunale e Presidente Commissione Lavoro, Attività Produttive, Commercio del Comune Milano, per l'intervento al Convegno e per aver fatto da anello di congiunzione tra i Consulenti del Lavoro e le strutture comunali, nazionali ed europee.

“Ci sono importantissimi temi di carattere europeo sui quali i Consulenti del Lavoro saranno chiamati a lavorare”, spiega l'eurodeputato Brando Benifei, membro della Commissione Affari Sociali del Parlamento UE. “Ad esempio, stiamo lavorando sulla riforma del distacco transnazionale dei lavoratori, sul coordinamento dei sistemi di sicurezza locale, sui nuovi prodotti pensionistici privati integrativi comuni. Oggi la sfida, per tutti i professionisti, è imparare ad usare i bandi e i fondi UE.”

“L'Erasmus dei professionisti e dei giovani imprenditori. Un mese o più di esperienza all'estero, a fianco di colleghi dell'Unione Europea, per conoscere nuove esperienze e opportunità di business.

L'ANCL Nazionale è pronta ad offrire ai Consulenti del Lavoro questa straordinaria possibilità” afferma il Presidente Nazionale Dario Montanaro, “Le ricerche” continua il Presidente Montanaro “ci dicono che i professionisti che hanno vissuto questa esperienza hanno ulteriormente sviluppato le proprie attività”.

“I Consulenti del Lavoro di Milano sono pronti a cogliere le opportunità offerte dalla Brexit. Noi li aiutiamo con la formazione, come testimonianza il successo per il nostro corso sulla lingua inglese professionale” fa presente Alessandro Graziano, Presidente di ANCL Milano.

“Dopo i provvedimenti che hanno consentito ai professionisti l'accesso ai fondi strutturali e diretti europei serve aprire un dialogo con le Regioni, gli enti che ora gestiranno di fatto gran parte di queste risorse. E, in termini di sostegno al reddito alla categoria, occorre portare in porto la nuova norma sull'equo compenso”, così, Marina Calderone, presidente dell'Ordine Nazionale dei Consulenti del Lavoro.

“Il modello professionale italiano, in particolare quello dei consulenti del lavoro, va fatto proprio dalla Unione Europea” ha sostenuto Potito di Nunzio, Presidente del Consiglio dell'Ordine di Milano. “Bisogna evitare”, ha continuato il Presidente di Nunzio, “che l'allargamento a 28 Stati, con normative sociali, previdenziali e fiscali non completamente armonizzate, possa consentire l'“esportazione” di manodopera illegale o a basso costo ad opera di Società di comodo appositamente costituite in Stati dove le garanzie, le tutele e i costi sono di gran lunga più bassi degli altri Paesi dell'Unione”.

Sulla nostra pagina Facebook sono disponibili tutte le video interviste e fra non molto sarà pubblicata l'intera registrazione dell'evento.

Professionisti: dal 29 agosto obbligatorio fornire il preventivo ai clienti¹

È entrata in vigore il 29 agosto u.s. la norma che pone a carico dei professionisti l'*obbligo* di rilasciare il preventivo scritto (o digitale) da sottoporre al cliente al momento del conferimento dell'incarico nell'ottica di garantire sempre più trasparenza nei rapporti con la clientela.

Si tratta di una previsione contenuta nella Legge annuale per il mercato e la Concorrenza (Legge 4 agosto 2017, n. 124, **art. 1, comma 141, sub 6, lett. d**) che riguarda tutte le professioni regolamentate (dai consulenti del lavoro agli avvocati, ai commercialisti etc.) e che ha modificato l'articolo 9, comma 4, del Decreto Legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 marzo 2012 n. 27.

Dunque, si tratta di un adempimento già previsto in passato ma che, rispetto al 2012, presenta alcune novità in quanto, principalmente, assume il carattere della obbligatorietà oltre alla necessità di forma scritta o digitale.

Le previsioni del Legislatore del 2012

Il decreto legge n. 1 del 24 gennaio 2012 citato aveva previsto che il compenso per le prestazioni professionali fosse pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale: "Il professionista deve rendere noto al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo

tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi. (...)" Così recitava il comma originario dell'art. 9 che è stato modificato con decorrenza 29 agosto c.a. in quanto viene introdotta la obbligatorietà della comunicazione al Cliente e della redazione del preventivo.

Le modifiche del 2017

Come detto nel 2017 viene modificato il D.l. del 2012 stabilendo che il professionista ha l'**obbligo** di comunicare una serie di elementi ai clienti e di formulare, in ogni caso, il preventivo indipendentemente da una richiesta del Cliente in tal senso.

Recita, infatti, l'art. 9, comma 5 del D.l. n. 1/2012 dopo le modifiche della legge annuale sulla concorrenza: "Il compenso per le prestazioni professionali è pattuito, nelle forme previste dall'ordinamento, al momento del conferimento dell'incarico professionale. Il professionista deve *rendere noto obbligatoriamente*, ➔

¹ Articolo pubblicato sulla Rivista Guida al Lavoro de Il Sole24Ore, n. 36 del 15 settembre 2017, pagg. 18-20.

in forma scritta o digitale, al cliente il grado di complessità dell'incarico, fornendo tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili dal momento del conferimento fino alla conclusione dell'incarico e deve altresì indicare i dati della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività professionale. In ogni caso la misura del compenso è previamente resa nota al cliente obbligatoriamente, in forma scritta o digitale, con un preventivo di massima, deve essere adeguata all'importanza dell'opera e va pattuita indicando per le singole prestazioni tutte le voci di costo, comprensive di spese, oneri e contributi. (...)."

Operativamente, dunque, il professionista deve fornire al proprio Cliente, in un'ottica di trasparenza,

a) la comunicazione obbligatoria, in forma scritta o digitale, che riporti:

- il grado di complessità dell'incarico;
- gli oneri ipotizzabili dal conferimento dello stesso alla sua conclusione;
- gli estremi della polizza assicurativa per i danni provocati nell'esercizio dell'attività;

b) e, in particolare, il compenso richiesto per svolgere la prestazione (preventivo di massima).

A tale proposito il preventivo

- è reso in forma scritta o digitale (la sacralità della forma è posta a tutela di ambo le parti; per il consulente è una maggior garanzia in caso di recesso anticipato, di mancato pagamento da parte del cliente ed in materia di responsabilità professionale);
- formulato anche in termini di massima;
- adeguata secondo l'importanza dell'opera;
- per tutte le singole prestazioni, compresi gli oneri, spese e contributi.

Ovviamente la comunicazione e il preventivo andranno consegnati al cliente prima di eseguire le prestazioni e si terrà conto, nella formulazione, di quanto richiesto dal Cliente o da questi illustrato specificando, tuttavia, che opera anche una clausola di salvaguardia che agisce nel caso insorgano esigenze non previste o non prevedibili dalle parti al conferimento dell'incarico e che producano effetti sul compenso pattuito che viene così modificato in corso d'opera. Il preventivo e il suo contenuto sono dunque vincolanti per il professionista, salvo che le

modifiche si rendano necessarie durante l'esecuzione delle prestazioni. Opportuno appare, dunque, formulare in tali casi un nuovo preventivo da consegnare al cliente, con le medesime modalità descritte, indicando i nuovi costi al Cliente (v. oltre).

Volgendo lo sguardo nello specifico ai Consulenti del lavoro, occorre leggere le previsioni contenute nel "Nuovo codice deontologico del Consulente del Lavoro in vigore dal 27 settembre 2016 approvato con delibera n. 333 del 29 luglio 2016" dal quale si evince che i Consulenti del lavoro hanno optato per una formula "soft" non impegnando il Consulente all'obbligo della forma scritta, ma raccomandando la redazione del preventivo: "Il Consulente determina con il cliente il compenso professionale ai sensi dell'articolo 2233 del c.c., tenuto conto di quanto previsto dall'art. 2, comma 1, lettera b), della Legge 4 agosto 2006, n. 248, e dall'articolo 9, comma 1, della Legge 24 marzo 2012, n. 27, che hanno abrogato le disposizioni, legislative e regolamentari, che prevedono con riferimento alle attività libero professionali o intellettuali l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime, e fatto salvo quanto previsto dalle leggi speciali.

È opportuno che i preventivi siano resi per iscritto

Ora, chiaramente, la disposizione deve essere letta nel senso della obbligatorietà conformemente alla legge.

Per quanto concerne il dettaglio delle indicazioni da inserire nella comunicazione e nella formulazione del preventivo, pare corretto segnalare che l'indicazione del compenso spettante al professionista sia dettagliata voce per voce identificando, ad esempio:

- l'attività di consulenza, indicando il numero di mensilità oppure identificando le spese per singole prestazioni dedotte in contratto. Nel caso di importo forfettario annuo, indicare sempre cosa è compreso nel forfait e soprattutto cosa è escluso,
- l'elaborazione di ogni singolo prospetto di paga, stabilendo il numero di mensilità,
- l'esecuzione di servizi contabili, sempre indicando il numero di mensilità interessate,
- la redazione delle dichiarazioni fiscali, specificando infine il diritto al rimborso delle spese documentate e sostenute a causa della prestazione resa, ➔

gli importi dovuti alla Cassa previdenziale e IVA.

Quanto precede si deve intendere come riferito ad un complesso di attività professionali normalmente richieste. Laddove, tuttavia, si evidenziassero ulteriori voci di spesa i compensi professionali verranno adeguati sulla base di una nuova negoziazione, in ragione delle attività non comprese, non previste e non prevedibili tra le parti, ma necessitate ed effettivamente svolte.

La quantificazione del compenso, ritenuto congruo, proporzionato e soddisfacente per l'incarico professionale conferito e liberamente determinato, si intende commisurato al grado di complessità dell'incarico e all'importanza dell'opera.

Opportuno appare anche specificare che il cliente dichiara di essere consapevole ed informato del grado di complessità dell'incarico e di aver ricevuto tutte le informazioni utili circa gli oneri ipotizzabili e di essere stato edotto delle problematiche pertinenti l'incarico professionale conferito. Quest'ultimo deve altresì impegnarsi a comunicare e a mettere a disposizione ogni documento utile allo svolgimento dell'incarico.

Pare opportuno, infine, indicare anche il compenso orario del professionista e dei propri collaboratori per tutte quelle prestazioni che potranno essere valorizzate in funzione delle ore di attività prestata. In tal caso, però, ogni qual volta si inizia una attività che sarà quantificata in base alle ore di prestazione, si ritiene necessario comunicare al cliente preventivamente il numero delle ore di lavoro previste per tale attività oppure un

range di ore indicando il minimo e il massimo.

Riguardo alla sacralità della forma, converrà al professionista acquisire sempre la prova dell'avvenuta consegna del preventivo, soprattutto quando la consegna è in forma cartacea.

Da ultimo si ricorda che, in assenza di tariffe professionali legali, in caso di contestazione del compenso, il giudice farà sempre riferimento agli accordi sottoscritti tra le parti e solo in assenza applicherà i parametri di riferimento previsti per legge. La Categoria dei Consulenti del Lavoro non si è fatta trovare impreparata a questo appuntamento. Infatti, tramite la propria Fondazione Universo Lavoro (FUL) sarà rilasciata tra qualche giorno la procedura informatica del cd "Fascicolo del Cliente" che consentirà non solo la redazione del preventivo ma anche tutti gli adempimenti conseguenti alla presa in carico del cliente stesso. Infatti la procedura consentirà l'emissione automatica del mandato professionale, delle comunicazioni obbligatorie, della documentazione per la *privacy* e antiriciclaggio, ecc.. Insomma un vero e proprio fascicolo elettronico (interamente personalizzabile nel caso si volessero aggiungere, eliminare o modificare le clausole predisposte dal Dipartimento giuridico del Consiglio Nazionale dell'Ordine) che consentirà al Consulente del Lavoro di tenere sotto controllo tutti gli adempimenti e le eventuali scadenze legate all'incarico professionale. Tale procedura, interamente gratuita, sarà utilizzabile registrandosi al sito www.ful.cloud.

Benefici "normativi e contributivi": casi di recupero da parte degli organi di vigilanza

Sono stati chiariti, dall'Ispettorato nazionale del lavoro, gli ambiti di applicazione della disposizione che prevede la modalità preliminare di fruizione dei **benefici "normativi e contributivi"**. Parliamo degli obblighi scaturenti dal co. 1175, dell'art. 1, della Legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (Legge Finanziaria 2007), che evidenzia come i benefici normativi e contributivi, previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale, siano subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva (DURC) ed al rispetto del trattamento economico e normativo derivante dalle previsioni dei contratti collettivi nazionali e, laddove esistenti, dai contratti territoriali e/o aziendali.

comma 1175. A decorrere dal 1° luglio 2007, i benefici normativi e contributivi previsti dalla normativa in materia di lavoro e legislazione sociale sono subordinati al possesso, da parte dei datori di lavoro, del documento unico di regolarità contributiva, fermi restando gli altri obblighi di legge ed il rispetto degli accordi e contratti collettivi nazionali nonché di quelli regionali, territoriali o aziendali, laddove sottoscritti, stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

In parole povere, l'accesso ai benefici "normativi e contributivi", previsti da norme in materia di lavoro, è subordinato al possesso del DURC ed al rispetto degli obblighi previsti dalla normativa lavoristica e dai contratti collettivi².

I chiarimenti, rivolti agli Ispettorati territoriali del lavoro ed agli uffici dell'Inps, sono arrivati con la **circolare INL n. 3 dello scorso 18 luglio 2017** ed hanno risolto alcune interpretazioni controverse e restrittive che avevano portato al disconoscimento degli incentivi fruiti da alcune aziende.

DURC

Il primo intervento chiarificatore – da parte dell'Ispettorato del Lavoro – riguarda la mancanza del DURC. Detta eventualità provoca il venir meno di tutti i benefici goduti dall'azienda per tutta la compagine aziendale e per tutto il periodo di assenza del "documento unico di regolarità contributiva".

La perdita delle agevolazioni riguarda esclusivamente il periodo di non rilascio del DURC che decorre dal momento in cui gli illeciti, che ne costituiscono il presupposto, sono definitivamente accertati. Una volta esaurito il periodo di non rilascio del DURC l'impresa potrà tornare a godere di benefici "normativi e contributivi", ivi compresi quei benefici di ➤

1. Le considerazioni esposte sono frutto esclusivo del pensiero dell'autore e non hanno carattere in alcun modo impegnativo per l'Amministrazione di appartenenza.

2. Stipulati dalle organizzazioni sindacali dei datori di lavoro e dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

cui è ancora possibile usufruire in quanto non legati a particolari vincoli temporali.

Violazione agli obblighi di legge ed al rispetto degli accordi e contratti collettivi

Qualora l'impresa violi gli obblighi di legge in materia di lavoro e di legislazione sociale ovvero non rispetti gli accordi e/o i contratti collettivi applicati (nazionale, regionali, territoriali o aziendali), l'interruzione alle agevolazioni assume rilevanza limitatamente al lavoratore cui gli stessi benefici si riferiscono ed esclusivamente per una durata pari al periodo in cui si sia protratta la violazione. In pratica, si interrompono i benefici soltanto in relazione a quei lavoratori per i quali non siano stati rispettati i requisiti previsti dalla norma e limitatamente ad una durata pari ai periodi di inosservanza.

Inoltre, l'Ispettorato chiarisce che qualora le violazioni

siano regolarizzate dall'azienda (sempreché ciò sia possibile) prima dell'avvio di qualsiasi accertamento ispettivo, il godimento dei benefici non si interrompe.

Questa soluzione rovescia l'interpretazione restrittiva sinora data e che era improntata ad una revoca "totale" dei benefici in capo all'intera compagine aziendale, a seguito di violazioni di obblighi di legge o di contratto collettivo anche di lieve entità. Detto atteggiamento poteva comportare una penalizzazione addirittura maggiore (e quindi più grave) rispetto a quella prevista dal Decreto Ministeriale del 30 gennaio 2005, secondo il quale il mancato rilascio del DURC e le conseguenti interruzioni circa la fruizione della totalità dei benefici in godimento da parte dell'impresa avvengono esclusivamente qualora vi siano violazioni particolarmente gravi ed evidenziate nell'allegato A al D.M. 30 gennaio 2015, che qui si allega.

Allegato A

Elenco delle disposizioni in materia di tutela delle condizioni di lavoro la cui violazione è causa ostativa alla regolarità

VIOLAZIONE	PERIODO DI NON REGOLARITÀ
Rimozione od omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro - <i>articolo 437 codice penale</i>	24 mesi
Omicidio colposo - <i>articolo 589, comma 2, codice penale</i>	24 mesi
Lesioni gravi derivanti da violazione di norme di tutela o da carenza di misure di prevenzione - <i>articolo 590, comma 3, codice penale</i>	18 mesi
Violazioni particolarmente gravi in materia di Sicurezza sul Lavoro - <i>articoli 55, commi 1, 2 e 5 lett. a), b), c), d); 68 comma 1 lett. a), b); 87, commi 1, 2 e 3; 159, commi 1 e 2 lett. a), b); 165; 170; 178; 219; 262 commi 1 e 2 lett. a), b); 282 commi 1 e 2 lett. a); del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81.</i>	12 mesi
Norme per la prevenzione degli infortuni e l'igiene del lavoro in sotterraneo - <i>articolo 105, comma 1 lett. a) e b), D.P.R. n. 320/1956</i>	12 mesi
Occupazione di lavoratori extra-comunitari privi del permesso di soggiorno, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo. - <i>articolo 22, comma 12, D.lgs. n. 286/1998</i>	8 mesi
Disposizioni in materia di lavoro irregolare - <i>articolo 3, commi da 3 a 5, del D.l. 22 febbraio 2002, n. 12, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 aprile 2002, n. 73</i>	6 mesi
Violazione dei Riposi giornalieri e/o settimanali; esclusivamente qualora la violazione si sia verificata per almeno il 20% della manodopera regolarmente impiegata. - <i>articoli 7 e 9 D.lgs. n. 66/2003</i>	3 mesi

Permane l'incertezza in tema di licenziamento dell'apprendista in stato di gravidanza

La Cassazione, con la sentenza n. 5051/2016, è recentemente tornata ad affrontare la delicata questione della coincidenza temporale tra periodo di maternità e recesso da parte del datore di lavoro alla scadenza del contratto di apprendistato. Il tema è particolarmente rilevante poiché pone un problema di equo contemperamento tra i valori costituzionali in gioco: la tutela delle lavoratrici madri (art. 37, co. 1, Cost.), da una parte, e la libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), dall'altra.

La pronuncia trae origine da uno degli aspetti maggiormente controversi che contraddistinguono il rapporto di apprendistato; ossia il tema del recesso al termine del periodo formativo dell'apprendistato. In particolare, nel caso di specie, il licenziamento era intervenuto in violazione di quanto stabilito dall'art. 54 del D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151, per essere stato comminato nel periodo intercorrente tra l'inizio della gravidanza e il compimento di un anno di età del figlio. In tali fattispecie, per espressa previsione dell'art. 54 co. 5 del D.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 il licenziamento è da considerarsi nullo.

I giudici della Cassazione, hanno stabilito che, qualora il licenziamento della lavoratrice madre assunta in apprendistato sia giudicato nullo e sia inutilmente trascorso il termine finale della parte formativa sen-

za che il datore abbia esercitato la facoltà di recesso, il giudice che ordina la reintegrazione della lavoratrice nel posto di lavoro, deve, altresì, condannare il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni non riconosciute, non sino alla fine del periodo formativo, ma, al contrario, per tutto il periodo sino alla reintegra. Tale tipologia di condanna trova applicazione anche qualora la reintegra sia stata disposta per un periodo successivo allo scadere del periodo formativo. E questo proprio perché, una volta spirato inutilmente il termine finale della parte formativa, il rapporto si trasforma automaticamente in ordinario a tempo indeterminato.

Il tema affrontato dalla Cassazione, come detto, va ben al di là delle semplici spettanze economiche che la lavoratrice apprendista può vantare in caso di licenziamento illegittimo, poiché contribuisce ad evidenziare le problematiche interpretative ed applicative connesse alla peculiare forma contrattuale dell'apprendistato. Forma contrattuale che, come noto, ha struttura bifasica: la prima contraddistinta da una causa mista costituita da scambio tra lavoro retribuito e formazione, la seconda assimilabile ad un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato. Quest'ultima è meramente eventuale poiché il datore di lavoro ha la facoltà di recedere con preavviso *ex* →

art. 2118 c.c., al termine del periodo di formazione. Ad avviso di chi scrive andrebbe condotto un serio ragionamento sull'intera tematica connessa al licenziamento intimato durante la parte formativa dell'apprendistato. Stante l'attuale quadro normativo, infatti, risulta difficile per l'interprete riuscire a comprendere se, in caso di maternità durante il periodo formativo sia in ogni caso garantita al datore di lavoro la possibilità di recedere dal rapporto di lavoro, ovvero se debba considerarsi applicabile la normativa che tutela la lavoratrice madre. Non essendo prevista nessuna deroga specifica per la madre apprendista all'interno del D.lgs. n. 151/2001, si dovrebbe concludere che anche all'apprendista si debba applicare il rigoroso regime approntato dalla legge a tutela della lavoratrice madre. Tuttavia, ciò comporterebbe inesorabilmente che in ogni caso in cui la lavoratrice apprendista si trovi in stato di gravidanza, diverrebbe impossibile per il datore di lavoro esercitare la facoltà, riconosciutagli dalla legge, di impedire la trasformazione del rapporto in ordinario lavoro a tempo indeterminato.

La difficile questione interpretativa è stata già oggetto di un interpello (n. 16/2012) al Ministero del lavoro da parte del Consiglio nazionale dell'ordine dei consulenti del lavoro. Il Dicastero, dopo aver evidenziato che eventuali cause di nullità del licenziamento trovano evidentemente applicazione anche con riferimento ai lavoratori impiegati con contratto di apprendistato, ha sostenuto che, al termine dei periodi di divieto, il datore di lavoro possa legittimamente

esercitare il diritto di recesso previsto in materia di apprendistato. In tal caso, il periodo non potrà che decorrere, dal termine del periodo di divieto di licenziamento *ex art. 54 D.lgs. n. 151/2001* e non dal termine del periodo di formazione. L'interpretazione fornita dal Ministero, per quanto razionale, pare fondata più su un sapiente bilanciamento di interessi e di principi costituzionali, piuttosto che su una vera e propria analisi giuridica delle norme sull'apprendistato e sul divieto di licenziamento in maternità.

La stessa Cassazione, chiamata a dirimere la sopracitata questione, si è limitata a statuire il diritto alla retribuzione sino ad un valido atto interruttivo del rapporto, non potendosi considerare tale il licenziamento intimato in violazione dell'art. 54 del D.lgs. n. 151/2001. È del tutto evidente che la Suprema Corte si è limitata ad aderire implicitamente alla tesi dell'assoluta prevalenza della normativa a tutela della maternità rispetto a quella in materia di recesso dal contratto di apprendistato al termine del periodo formativo.

Vista l'attuale situazione di incertezza, e posto che la Suprema Corte non si è mai pronunciata appieno sulla tematica in oggetto, è assolutamente necessario un intervento chiarificatore e dirimente da parte del Legislatore. Tale intervento dovrebbe dettare una specifica deroga alla tutela *ex D.lgs. n. 151/2001*, ovvero modificare l'attuale normativa in tema di apprendistato al fine di eliminare le incertezze applicative che questa particolare forma "ibrida" di contratto di lavoro ha generato e sta continuando a generare.

Assunzione di apprendisti e diritto di precedenza dei lavoratori a termine

Il Ministero del Lavoro, rispondendo ad una istanza di interpello presentata dalla Confcommercio, ha affrontato una interessante problematica fornendo alcune riflessioni - il perché non le si voglia definirle "risposte" lo capirete in seguito - in merito alla possibile rilevanza del diritto di precedenza, manifestabile da un lavoratore a tempo determinato che abbia prestato attività per un periodo superiore ai sei mesi, ove la sua azienda intenda procedere all'assunzione di un lavoratore con un contratto di apprendistato.

Il quesito ha una reale fondatezza in quanto il rapporto di apprendistato deve considerarsi a tutti gli effetti un contratto a tempo indeterminato e il diritto di precedenza - ove esercitato nei termini e nei modi previsti dall'art. 24, co. 4, del D.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 - matura proprio in relazione a nuove assunzioni a tempo indeterminato.

Meno interessante, per non dire scontata, la risposta ministeriale alla prima parte del quesito, ove si chiede se il diritto di precedenza deve essere considerato anche in occasione della prosecuzione del rapporto al termine del periodo formativo.

Ma procediamo, come sempre, con ordine.

Interpello 8 agosto 2017, n. 2

La questione di cui viene interessata la Direzione Generale dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali riguarda la corretta interpretazione dell'articolo 24, comma 1, del D.lgs. n. 81/2015. L'istante chiede se costituisca o meno violazione del sopra citato diritto di precedenza, che la norma riconosce al lavoratore a tempo determinato,

- sia l'ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo formativo del contratto di apprendistato stipulato con un lavoratore già in forza presso la stessa azienda;
- sia la nuova assunzione, con contratto di apprendistato, di un altro lavoratore.

La risposta del Ministero del Lavoro parte dal presupposto che ai sensi dell'art. 41 del D.lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 l'apprendistato è espressamente qualificato come contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, concludendo che

appare corretto ritenere che anche le assunzioni con tale tipologia contrattuale possano rientrare nell'ambito di quelle contemplate nell'articolo 24.

Fatta questa premessa l'interpello fornisce una prima risposta - come detto talmente prevedibile da dubitarsi della necessità di farne oggetto di interpello - circa l'ipotesi di prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo formativo del contratto di apprendistato, ritenendo che nel caso

va esclusa la violazione dell'articolo 24 del decreto legislativo n. 81/2015 atteso che ai fini dell'esercizio del diritto di precedenza rileva il momento dell'assunzione dell'apprendista, che si realizza con l'attivazione del contratto di apprendistato e non con la successiva fase di naturale prosecuzione del rapporto di lavoro al termine del periodo di formazione. →

La conclusione è assolutamente condivisibile in quanto il mantenimento in servizio al termine del contratto di apprendistato non rappresenta una novazione del rapporto, anche in considerazione del disposto del co. 4 dell'art. 42 che, disciplinando e permettendo il recesso, con l'obbligo del prescritto preavviso, dal contratto al termine del periodo di apprendistato, stabilisce che se il diritto al recesso non viene esercitato il rapporto *“prosegue come ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato”*.

Decisamente più interessante il riscontro al secondo quesito in quanto, secondo il Ministero,

una nuova assunzione con contratto di apprendistato andrà comunque considerata in relazione al diritto di precedenza vantato dal lavoratore a tempo determinato.

Il ragionamento si fonda sulla necessità che qualsiasi assunzione a tempo indeterminato, anche con rapporto di apprendistato, deve tenere conto di tutti i soggetti che vantano un diritto di precedenza, sempre che, secondo il Ministero, questi risultino privi della qualificazione per la mansione oggetto del contratto formativo, giungendo pertanto a ritenere che non ricorre:

la violazione del diritto di precedenza qualora il lavoratore risulti già qualificato per la mansione oggetto del contratto di apprendistato in virtù dei pregressi rapporti di lavoro a tempo determinato.

Fin qui, nulla da dire. Non vi è dubbio che un lavoratore che non può accedere ad una determinata tipologia contrattuale non può nemmeno, quale necessario corollario, vantare alcun diritto di precedenza rispetto ad altri candidati. Se quindi, come nel caso in questione, un soggetto non ha i requisiti per sottoscrivere un contratto di tipo formativo, in quanto risultante in possesso di una qualificazione maggiore rispetto a quella che il contratto gli consentirebbe di raggiungere, è palese che questo tipo di rapporto verrebbe disconosciuto e con esso le conseguenti agevolazioni normative e contributive.

La risposta ministeriale, nonostante affermi l'ovvio, appare - quantomeno a chi scrive - un poco criptica ma soprattutto giuridicamente poco articolata e non supportata in motivazione.

In primis appare generico chiarire - come fa il Ministero - che non vi sarebbe alcuna violazione del diritto di precedenza ove venisse escluso un candidato (titolare di un diritto di precedenza) che

risulti già formato per la qualifica finale oggetto del contratto di apprendistato.

Certo, lo capisce anche un bambino. Ma in quali casi il lavoratore a termine risulterebbe in possesso di una formazione tale da collidere con lo scopo formativo del contratto di apprendistato?

L'interpello non ce lo dice esplicitamente. E nemmeno il Ministero è in grado di richiamare un qualche passaggio normativo che dia fondatezza giuridica alla sua risposta, limitandosi a citare un proprio precedente intervento, l'**interpello n. 8/2007**, che peraltro, per quanto diremo oltre, non può essere oggettivamente ritenuto dirimente la problematica. Questa quindi la risposta, che il Ministero motiva, con inusuale concisione e sintesi, con ragioni di

coerenza con quanto già chiarito con risposta ad interpello n. 8/2007 e con la circolare ministeriale n. 5/2013.

Per capire meglio il pensiero ministeriale, dobbiamo quindi, necessariamente, rileggere con la dovuta attenzione i documenti di prassi citati.

Interpello 2 febbraio 2007, n. 8

In quell'occasione la questione avanzata da Confindustria, di cui venne interessata la Direzione generale per l'Attività Ispettiva, riguardava la possibilità di procedere o meno alla assunzione come apprendisti di lavoratori che avevano in precedenza prestato attività lavorativa presso il medesimo datore di lavoro con rapporti di natura temporanea quale, ad esempio, un contratto a tempo determinato.

Partendo dalla considerazione dell'istante - su cui il Ministero concorda - **che non esiste in effetti** →

alcuna previsione normativa “che escluda la possibilità di assumere giovani in apprendistato solo per il fatto di essere già stati in precedenza impiegati o comunque utilizzati dalla stessa impresa”, l’interpello ritiene necessario chiarire la portata di questa affermazione, al fine di non eludere le citate finalità dell’istituto ed in particolare quella legata al raggiungimento di precisi obiettivi formativi propri dell’apprendistato.

Richiamando la sentenza della **Cassazione 6 giugno 2002, n. 8250** viene precisato innanzitutto come tale problematica non si ponga qualora il soggetto da assumere con contratto di apprendistato professionalizzante abbia svolto in precedenza un periodo lavorativo in forza di una diversa qualifica professionale. In casi analoghi la giurisprudenza di legittimità ha stabilito infatti che il contratto formativo deve ritenersi validamente stipulato

ove le finalità formative traggano origine dal comune interesse delle parti ad un mutamento delle mansioni contrattuali o di quelle precedentemente svolte e, quindi, alla prosecuzione del rapporto di lavoro con mansioni diverse, in quanto in tali situazioni il contratto di formazione può assolvere pienamente alla sua ragione causale, quale mezzo idoneo a promuovere l’acquisizione di nuove professionalità (nell’interesse del lavoratore), oltre che l’esatto adempimento delle diverse mansioni (nell’interesse del datore di lavoro).

Più problematica la fattispecie ove vi sia una coincidenza della qualifica professionale già in possesso del lavoratore con la qualifica cui tende il rapporto di natura formativa.

L’interpello, considerata, come già sottolineato, l’inesistenza di precisi riferimenti normativi e/o di indicazioni di natura contrattuale, ritiene possibile far riferimento alla giurisprudenza in materia di contratto di formazione lavoro che, pur essendo una fattispecie contrattuale diversa, presenta elementi di contiguità con il contratto di apprendistato professionalizzante per quanto attiene ai profili formativi. Cita pertanto la sentenza della **Cassazione 1 novembre 2004, n. 17574** che così aveva statuito:

è ben possibile che un lavoratore già impegnato con un contratto di natura formativa possa essere parte di un ulteriore contratto che abbia come oggetto altro tipo di formazione, anche se astrattamente rientri nella stessa qualifica contrattuale purché l’ulteriore contratto sia idoneo a conferire una professionalità diversa da quella già acquisita.

E dato che il contratto di apprendistato professionalizzante non è volto alla acquisizione di una qualifica professionale ma ad una **qualificazione**, la risposta al quesito secondo il Ministero impone una valutazione finalizzata a verificare

se, nell’ambito del piano formativo individuale sia ravvisabile un percorso di natura addestrativa di carattere teorico e pratico volto ad un arricchimento complessivo delle competenze di base trasversali e tecnico professionali del lavoratore.

Nell’ambito di questa valutazione appare evidente, a parere del Ministero, che venga ad assumere rilevanza non secondaria anche la durata del rapporto di lavoro precedentemente intercorso con il datore di lavoro, in quanto tale elemento incide inevitabilmente sul bagaglio complessivo delle competenze già acquisite dal lavoratore e per questo fissa il seguente principio:

*A mero titolo orientativo, non sembra ammissibile la stipula di un contratto di apprendistato professionalizzante da parte di un lavoratore che abbia già svolto un periodo di lavoro, continuativo o frazionato, in mansioni corrispondenti alla stessa qualifica oggetto del contratto formativo, per **una durata superiore alla metà di quella prevista dalla contrattazione collettiva**; tale conclusione è dettata dalla necessità che il precedente rapporto di lavoro, sotto il profilo dell’acquisizione delle esperienze e delle competenze professionali, non abbia a prevalere sull’instaurando rapporto di apprendistato.*

In sostanza è presto detto: se un lavoratore ha prestatto attività per un periodo superiore alla metà della durata di un ipotetico contratto di apprendistato il Ministero ritiene che abbia acquisito quel ➔

bagaglio formativo di nozioni di carattere teorico-pratico quanto più completo possibile, legato non solamente allo svolgimento della mansione assegnata, individuata dalla qualifica contrattuale, ma ad una più complessa ed articolata conoscenza sia del contesto lavorativo che delle attività che in esso sono svolte.

Per converso, se il rapporto ha avuto una durata inferiore, l'acquisizione si presume non avvenuta e il contratto formativo può essere legittimamente stipulato. Ci limitiamo qui ad evidenziare, senza aggiungere ulteriori commenti, come nei contratti artigiani la metà della normale durata dell'apprendistato possa arrivare anche a due anni e mezzo. Un periodo di tempo decisamente ragguardevole.

Tutto chiaro? No, assolutamente no, perché ad un'attenta lettura emerge che nell'interpello il parere è espressamente formulato **a mero titolo orientativo**, che la dice tutta della inconsistenza giuridica della indicazione ministeriale.

Potremmo addirittura concludere che siamo di fronte a un interpello "anomalo", nel quale si riporta una mera **istruzione operativa interna rivolta al proprio personale ispettivo**, di fatto invitato a non contestare rapporti di apprendistato instaurati con lavoratori che abbiano avuto precedenti rapporti lavorativi a termine entro i limiti temporali indicati.

Una indicazione di massima che si basa, chiaramente ed essenzialmente, su una sorta di presunzione, in quanto il percorso formativo - che comprende, come abbiamo visto, la **complessa ed articolata conoscenza sia del contesto lavorativo che delle attività che in esso sono svolte** - può svilupparsi più o meno velocemente sia in funzione delle capacità del lavoratore che della capacità formativa dell'azienda proprio in funzione della complessità delle attività specifiche aziendali e della stessa organizzazione aziendale, più o meno complesse.

Ministero del lavoro

- Circolare 21 gennaio 2013, n. 5

A seguito delle modifiche apportate dalla legge n. 92/2012 alla disciplina dell'apprendistato prevista dal D.lgs. n. 167/2011, il Ministero era tornato sulla questione della rilevanza di eventuali pregresse espe-

rienze lavorative, con particolare riferimento a quelle a tempo determinato presso la medesima azienda.

La questione viene descritta come particolarmente delicata perché in caso di accertamento di una qualificazione già posseduta dall'apprendista all'atto dell'instaurazione del rapporto, la circostanza renderebbe nullo il contratto di apprendistato causa l'impossibilità di formare il lavoratore rispetto a competenze di cui è già in possesso.

È pur vero, prosegue la circolare, che un rapporto di lavoro preesistente di durata limitata, anche di apprendistato, non pregiudica la possibilità di instaurare un successivo rapporto formativo. Richiamando i principi già espressi con risposta ad interpello n. 8/2007, anche se riferiti al precedente quadro regolatorio, sottolinea, ancora una volta, che le indicazioni valgono

in mancanza di esplicite previsioni normative o contrattuali.

Le conclusioni che seguono sono le medesime già espresse nell'interpello del 2007, ovvero

*occorre valutare se nell'ambito del piano formativo individuale sia ravvisabile un percorso di natura addestrativa di carattere teorico e pratico volto ad un **arricchimento complessivo delle competenze di base trasversali e tecnico-professionali** del lavoratore. Nell'ambito della valutazione rileva peraltro anche la durata del rapporto di lavoro precedentemente intercorso con il datore di lavoro, in quanto tale elemento incide inevitabilmente sul bagaglio complessivo delle competenze già acquisite dal lavoratore.*

*A mero titolo orientativo, non sembra ritenersi ammissibile la stipula di un contratto di apprendistato da parte di un lavoratore che abbia già svolto un periodo di lavoro, continuativo o frazionato, in mansioni corrispondenti alla stessa qualifica oggetto del contratto formativo, per una durata superiore alla metà di quella prevista dalla contrattazione collettiva; tale conclusione è dettata dalla necessità che **il precedente rapporto di lavoro, sotto il profilo dell'acquisizione delle esperienze e delle competenze professionali, non abbia a prevalere** →*

sull'instaurando rapporto di apprendistato.

Osservazioni finali

Come ben sappiamo, le circolari, gli interpelli, i pareri ministeriali per quanto autorevoli non rappresentano che una mera opinione, liberamente valutabile dal giudice in sede di contenzioso. E in questa ottica il convincimento espresso dall'interpello n. 2 del 8 agosto 2017 presumibilmente non assurgerà a punto di riferimento per futuri giudicati.

Se infatti, come abbiamo cercato di dimostrare, le indicazioni ministeriali del 2007, che oggi vengono richiamate, appaiono una mera istruzione operativa ad uso ispettivo - **basata essenzialmente sul buon senso e sulla deflazione di un possibile contenzioso** - si deve ritenere sprovvisto di rilevanza giuridica l'attuale tentativo ministeriale di definire la portata di quel diritto legale di precedenza che l'art. 24 del D.lgs. n. 81 del 15 giugno 2017 riserva a tutti i lavoratori che, nell'esecuzione di uno o più contratti a tempo determinato presso la stessa azienda, hanno prestato attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi.

In conclusione non ci può convincere questo interpello che, non solo non si fonda su alcuna lettura (magari discutibile) di una disposizione di legge, non solo richiama indicazioni espresse a mero titolo orientativo con destinatari principalmente i propri ispettori, ma soprattutto e addirittura pare non convincere lo stesso Ministero interpellato.

Questo dubbio nasce dalla chiosa finale dell'interpello n. 2/2017 che così conclude:

In definitiva, in linea con le osservazioni innanzi esposte e ferme restando eventuali diverse disposizioni dei contratti collettivi ai sensi del comma 1 del citato articolo 24, si ritiene che non possa integrare la violazione del diritto di precedenza sia la prosecuzione del rapporto di lavoro dell'apprendista al termine del periodo di formazione, non trattandosi di una nuova assunzione, sia la nuova assunzione di un apprendista nella misura in cui il lavoratore a termine risulti già formato per la qualifica finale oggetto del contratto di apprendistato.

Concetto peraltro ancor più chiaramente espresso nel precedente interpello n. 8/2007 che riferendosi al criterio della irrilevanza dei soli precedenti periodi lavorativi inferiori alla metà di quella prevista dalla contrattazione collettiva, così recitava:

*Comunque, l'applicazione di tale criterio, in quanto implica una **valutazione delle competenze già in possesso del lavoratore anche ai fini della elaborazione del piano formativo individuale, suggerisce un opportuno coinvolgimento delle parti sociali finalizzato ad una più puntuale considerazione di quei contenuti formativi "diversi ed ulteriori" in grado di giustificare sia l'instaurazione del contratto di apprendistato, sia una eventuale diversa rimodulazione della durata dello stesso proprio in considerazione delle preesistenti esperienze del lavoratore***

È evidente come si auspichi che sia la contrattazione collettiva a farsi parte attiva e diligente per una disciplina *ad hoc*, individuando, in presenza di precedenti periodi lavorativi a termine, quei criteri che consentano o escludano l'accesso al contratto formativo, definendone l'eventuale loro rilevanza sia in termini quantitativi (rimodulazione della durata) che qualitativi (minori contenuti formativi).

Come dire: per il Ministero la metà del periodo è "ragionevole" ma i contratti potrebbero fare valutazioni anche diverse.

Su questo si permetta a chi scrive di nutrire forti dubbi sulla reale capacità della contrattazione collettiva di fissare regole astratte che garantiscano la corretta e oggettiva "*valutazione delle competenze già in possesso del lavoratore*", dovendo un'eventuale già raggiunta qualificazione essere accertata caso per caso, e non in base a indicazioni generiche (o prettamente matematiche) che risulterebbero inevitabilmente fonte di pericolosi contenziosi.

Per una regolamentazione di questo tipo sarebbe sicuramente preferibile ed auspicabile uno specifico intervento legislativo.

E questo prima che la contrattazione collettiva e poi la giurisprudenza facciano i soliti danni.

LOREDANA FERLUGA ANALIZZA LA TUTELA COMUNITARIA E INTERNA SUL TEMA DELL'ORIENTAMENTO SESSUALE E IDENTITÀ DI GENERE

Orientamento sessuale e identità di genere nei luoghi di lavoro: tutela in evoluzione?¹

Attraverso questo contributo l'Autore analizza il quadro normativo, nazionale e comunitario, della tutela dei lavoratori omosessuali mettendo in evidenza da un lato i numerosi risultati conseguiti, dall'altro come molto si debba ancora fare in tema di accesso al lavoro e di tutele sindacali.

La tutela comunitaria dei lavoratori omosessuali

Con riferimento al mondo del lavoro, fino all'intervento del legislatore nazionale nel 2003, l'orientamento sessuale ha trovato protezione unicamente in ambito comunitario: ruolo basilare sul versante della tutela antidiscriminatoria dei lavoratori omosessuali assume la previsione nella Direttiva 2000/78/CE del divieto di discriminazione per motivi di "tendenze sessuali"².

Le norme dell'ordinamento interno

La citata Direttiva viene attuata nell'ordinamento nazionale dal D.lgs. n. 216/2003³ ed appaiono subito manifeste le ricadute di una normativa ad *hoc* a protezione dei lavoratori omosessuali⁴.

Paradigmatico a tal proposito, risulta l'esempio del licenziamento: l'art. 4, comma 1, D.lgs. n. 216/2003 estende la sanzione della nullità prevista dalla norma statutaria ai patti o atti diretti a fini di discriminazione "di handicap, di età o basata sull'orientamento sessuale o sulle convinzioni personali".

Dunque oggi discriminatorio è anche il licenziamento intimato in ragione dell'orientamento sessuale del lavoratore, che è nullo "indipendentemente dal-

la motivazione addotta" e comporta l'applicazione della tutela reintegratoria.

Anche la riforma del mercato del lavoro del 2003 recepisce le indicazioni del legislatore comunitario: l'art. 10, comma 1, D.lgs. n. 276/2003 inserisce un divieto espresso, a carico delle Agenzie per il Lavoro e degli altri operatori autorizzati, di svolgere "qualsiasi indagine o comunque trattamento di dati o di preselezione dei lavoratori, anche con il loro consenso" in base ad un elenco molto ampio di fattori di discriminazione tra i quali viene menzionato anche l'orientamento sessuale⁵.

Nella parte finale del medesimo comma la norma conclude riferendosi al "divieto di trattare dati personali del lavoratore che non siano strettamente attinenti alle loro attitudini professionali e al loro inserimento lavorativo" al fine di evitare che considerazioni avulse dalla valutazione professionale dei lavoratori possano essere poste a fondamento di atti discriminatori⁶.

Essa inoltre, negando qualunque rilievo al consenso, conduce ad una tutela rinforzata dei diritti del prestatore di lavoro. L'art. 10 introduce dunque novità ragguardevoli: ha anticipato la soglia di tutela fissandola ad un momento propedeutico all'assunzione, ha ampliato la sfera di attività non autorizzate agli operatori del mercato del lavoro e ha introdotto il riferimento "all'orientamento sessuale" tra le potenziali cause di discriminazione.

La rilevanza dell'inclusione dell'orientamento sessuale tra i fattori di discriminazione

Le conseguenze dell'inclusione dell'orientamento →

1. Sintesi dell'articolo pubblicato sul Massimario di Giurisprudenza del Lavoro 6 giugno 2017, pp. 374-380 dal titolo "Discriminazioni sui luoghi di lavoro e orientamento sessuale".

2. La Corte di Giustizia (11 luglio 2006, causa C-13/05, *Chacon Navas*) ha chiarito che l'elencazione dei fattori di discriminazione contenuta nelle Direttive 2000/78/CE e 2000/43/CE riveste carattere tassativo.

3. Cfr. L. Calafà, *Le discriminazioni basate sull'orientamento sessuale*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, cit. 171 ss.

4. L. Di Paola, *Discriminazioni sul posto di lavoro: si amplia l'area dei divieti*, in *Le nuove leggi civ.*

comm. 2003, 863; P. Bellocchi, *Divieti di discriminazione, interventi di contrasto e sanzioni specifiche contro gli atti discriminatori*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale. Il lavoro privato e pubblico*, Milano 2006, 467 ss.

5. A. Lassandri, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, cit. 97.

6. M. Ricci, *Divieto di indagini sulle opinioni e trattamenti discriminatori nel mercato del lavoro*, in M. Miscione, M. Ricci (a cura di), *Organizzazione e disciplina del mercato del lavoro. Titoli I e II - Artt. 1-19. Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Coordinato da F. Carinci, Milano 2004, 234 ss.

sessuale tra i fattori di discriminazione sono duplici e riguardano sia il regime probatorio che quello sanzionatorio⁷. Con riferimento al primo aspetto, mentre il legislatore comunitario stabilisce una vera e propria inversione della prova⁸, fondata sulle asserzioni del lavoratore, nel nostro sistema il legislatore opta per l'introduzione di un principio di favore per la parte debole che agisce in giudizio. Nel procedimento di cognizione⁹ il prestatore di lavoro ricorrente può dedurre in giudizio elementi di fatto anche sulla base di dati statistici, spettando al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione.

Si legittima in tal modo una inversione parziale dell'onere della prova per la quale, pur non esonerando espressamente il ricorrente, si considera necessaria e sufficiente la prova presuntiva con l'ausilio supplementare dei dati statistici, i quali rappresentano un importante meccanismo nell'accertamento della sussistenza delle discriminazioni indirette¹⁰.

Sul terreno sanzionatorio, il legislatore comunitario¹¹ demanda agli Stati membri la determinazione delle sanzioni da irrogare e dei provvedimenti necessari per la loro applicazione assicurando che le sanzioni siano proporzionate e dissuasive.

Nella legislazione nazionale la ricostruzione della disciplina delle procedure giurisdizionali attivabili a fronte di una discriminazione sessuale appare complessa¹²: l'apparato dei rimedi giurisdizionali e delle misure risarcitorie, anche con riferimento al danno non patrimoniale¹³ è completato dalla tutela stabilita dalla riforma del mercato del lavoro.

La violazione del divieto di indagini e di trattamenti discriminatori contenuto nel citato art. 10 comporta una responsabilità penale a carico del trasgressore e l'applicazione di sanzioni amministrative¹⁴: essendo la norma penale non suscettibile di interpretazione estensiva, appaiono chiare le conseguenze della eventuale mancata inclusione dell'orientamento sessuale tra le possibili cause di discriminazione contemplate dall'articolo stesso.

Le deroghe al divieto di discriminazione in ragione all'orientamento sessuale

Il divieto generale subisce una significativa eccezione laddove ammette differenze di trattamento "qualora, per la natura dell'attività lavorativa o per il contesto in cui esse viene espletata, si tratti di caratteristiche che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività medesima"¹⁵.

Anche l'art.10 del D.lgs. n. 276/2003 fa salvi le informazioni e i dati personali acquisiti che si riferiscono a "caratteristiche che incidono sulle modalità di svolgimento dell'attività lavorativa o che costituiscono un requisito essenziale e determinante ai fini dello svolgimento dell'attività lavorativa"¹⁶. Risulta lampante la difficoltà di individuare tipologie di lavoro per le quali il requisito dell'eterosessualità sia essenziale.

Conclusioni

Nonostante il traguardo conseguito con la Legge 20 maggio 2016, n. 76 che regola le unioni civili tra le persone dello stesso sesso, risultati significativi in termini di uguaglianza formale e sostanziale - sia con riferimento all'accesso al lavoro che agli altri aspetti del rapporto di lavoro - potrebbero essere ottenuti attraverso l'utilizzo di altri strumenti¹⁷. In particolare, sarebbe opportuno muoversi lungo una tripla linea di intervento e cioè attraverso:

- a) organismi appositamente istituiti per fronteggiare le questioni di parità relative ad alcuni gruppi, con possibilità di assistenza alle vittime nel dar seguito alle denunce da esse sporte in materia di discriminazioni, di svolgimento di inchieste, di pubblicazioni di relazioni, di analisi e di supervisione sulla parità di trattamento;
- b) adozione di azioni positive con specifico riferimento ai lavoratori omosessuali;
- c) organizzazioni sindacali che hanno la possibilità di mettere a segno, attraverso la contrattazione collettiva, obiettivi che riducano le differenze tra i gruppi vittime di trattamenti discriminatori.

7. È difficile, se non impossibile, per il lavoratore dimostrare in giudizio criteri o elementi decisivi alla base di atti, patti o comportamenti che hanno prodotto gli effetti pregiudizievoli: v. M. Barbera, *Discriminazioni ed uguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano 1991.
 Anche A. Vallebona, *Gli oneri di deduzione di prova nelle controversie di lavoro: il sistema disegnato dalle Sezioni Unite*, in "Quad. dir.lav. e rel. ind." 3, 2006, 33.
 8. Corte di Giustizia 25 aprile 2013, causa C-81/12, *Asociatia Accept c. Consiliul National pentru Combaterea Discriminariilor*, in "Guida. Lav." 2013, 36. In dottrina, S. Bastianon, *Calcio professionistico e discriminazioni fondate sulle tendenze sessuali*, in "Riv.dir.sport." 2014, 1 ss.
 9. Artt. 702 bis ss. c.p.c. richiamato dall'Art. 28, D.Lgs. 1

settembre 2011, n. 150; sugli aspetti processuali del diritto antidiscriminatorio, E. Tarquini, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Milano 2015.

10. In dottrina, G. Nicosia, *Onere della prova e "canone inverso" nel processo del lavoro*, in C. Romeo (a cura di), *Processo del lavoro. Commento sulle norme del codice di rito, delle leggi speciali e analisi tematiche delle tutele giurisdizionali*, Torino 2016, spec. 473-477; R. Santagata De Castro, R. Santucci, *Discriminazioni e onere della prova: una panoramica comparata su effettività e proporzionalità della disciplina (parte I e II)*, in "Arg. Dir.Lav." 2015, 3 e 4-5, risp. 534 e 820.
 11. Art.17, Direttiva 2000/78/CE.
 12. S. Giubboni, S. Borelli, *Discriminazioni, molestie, mobbing*, cit. 1861.

13. Art. 4, comma 1, D.Lgs. n. 216/2003.
 14. L'Art. 18, comma 5, D.Lgs. 276/2003 rinvia alle disposizioni penali dell'Art. 38 St. Lav. stabilendo inoltre nei casi più gravi anche la sospensione dell'autorizzazione a svolgere le attività di somministrazione, intermediazione ecc e nell'ipotesi di recidiva, la revoca dell'autorizzazione da parte dell'autorità competente.
 15. Art. 3, comma 3, D.Lgs n. 216/2003.
 16. O. La Tegola, *Oltre la discriminazione: legittima differenziazione e divieti di discriminazione*, in "Giorn. dir. lav. e rel.ind." 2009, 471 ss.
 17. R. Santagata De Castro, R. Santucci, *Diritto antidiscriminatorio e accesso alla giustizia: Unione Europea, Germania e Italia a confronto*, in "Dir.merc.lav." 2014, 2, 335 ss.

IUNIO VALERIO ROMANO ANALIZZA L'ELEMENTO DELLA GRATUITÀ E DELLA ONEROSITÀ NEL LAVORO SVOLTO DAI FAMIGLIARI

Il rapporto di lavoro dei famigliari

Come noto il Legislatore non ha fornito alcuna definizione di lavoro subordinato, definendo invece la figura di prestatore di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.). La giurisprudenza ha quindi enucleato gli indici della subordinazione, suddividendoli in interni, esterni e sussidiari. Il fattore determinante per considerare subordinato un rapporto di lavoro è la presenza del potere direttivo in capo al datore di lavoro, che si sostanzia nell'emanazione di ordini specifici e nell'assidua attività di vigilanza sull'operato del prestatore. La natura subordinata di un rapporto di lavoro pertanto non può essere priva del potere direttivo, organizzativo e disciplinare da parte del datore. L'onere della prova della presenza degli indici è in capo a chi intende dimostrare la natura subordinata del rapporto ma, come anche affermato dalla Giurisprudenza di Cassazione (Cass. civ. sez. lav. n. 7652/2012 e Cass. civ. sez. lav. n. 16254/2011), gli indici non possono essere giudicati presenti per il solo fatto che sono carenti prove di sussistenza di altra forma di prestazione.

Per natura ogni attività lavorativa si presume a titolo oneroso, salvo dimostrare esistente una finalità solidaristica in luogo di quella lucrativa. La giurisprudenza di Cassazione (Cass. civ., sez. lav., n. 1833/2009) afferma infatti che il lavoro in ambito familiare fra stretti congiunti può presumersi a titolo gratuito ed è parimenti intesa a titolo gratuito anche la prestazione in presenza di vincolo politico, ideale o religioso. L'onere della prova dell'onerosità ricade su chi vuole affermare la natura lucrativa. Qualora prestatore e datore siano conviventi nel medesimo nucleo familiare la gratuità è presunta, mentre in caso di appartenenza a distinti nuclei si presume che la prestazione sia onerosa (salvo prova contraria). I criteri appena

esposti trovano sicura applicazione per i rapporti di lavoro in imprese individuali, società di persone e studi professionali, mentre risulta più sfumata per quelli in ambito di società di capitali. Merita menzione la collaborazione occasionale nell'impresa da parte di familiari titolari di pensione o titolari di altro rapporto di lavoro: l'interpretazione ministeriale è nel senso di ammettere la gratuità di tale tipologia, salva appunto l'occasionalità di tali prestazioni (lettera circolare prot. n. 10478 del 10 giugno 2013).

Nel settore agricolo invece il Legislatore (art. 74, D. Lgs n. 276/2003) espressamente prevede che le collaborazioni occasionali tra familiari non integrino mai rapporto di lavoro autonomo o subordinato. Per contrastare i rapporti di lavoro fittizi l'Inps ha dettato delle precise valutazioni probatorie (messaggio n. 7068 del 20 novembre 2015) da effettuarsi in sede di accertamento. Poiché i soli accertamenti di natura induttiva riferiti ai singoli rapporti sono difficilmente sostenibili in sede di contenzioso, tutte le circostanze inerenti questi devono essere confrontate con elementi di natura oggettiva riferiti al contesto aziendale.

In conclusione, al principio di onerosità della prestazione lavorativa corrisponde il principio di presunta gratuità della prestazione resa in ambito familiare. Questo non significa però che il disconoscimento dei rapporti di lavoro subordinato tra familiari, considerati "fittizi", debba avvenire in maniera automatica ma vero è che la presunzione di gratuità può essere vinta dalla prova contraria (l'onere della prova è in capo a chi intende farla valere). L'organo chiamato a gestire le eventuali contestazioni sarà sempre gravato dall'obbligo di motivazione dei propri assunti, così come previsto dall'art. 13, D. Lgs. n. 124/2014.

1. Sintesi dell'articolo pubblicato su D&PL, n. 30/2017, p. 1877 e ss dal titolo "Il rapporto di lavoro subordinato tra famigliari"



SENZA FILTRO

Rubrica impertinente di **PENSIERI IRRIVERENTI**

di **ANDREA ASNAGHI**

Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

Quando casca in fallo l'Autorità Garante della Concorrenza

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – che d'ora in poi definiremo anche con l'acronimo AGCM che tale istituzione si è attribuito – è una nobile istituzione e lo diciamo con convinzione e senza alcuna ironia.

Sul proprio sito www.agcm.it si possono osservare le numerosissime attività ed iniziative molto utili ed interessanti che l'Autorità promuove. Vi si leggono anche le linee-guida che definiscono le finalità ed i principi della nobile istituzione, fra i quali spiccano i seguenti: garantire la tutela della concorrenza e del mercato, contrastare le pratiche commerciali scorrette nei confronti dei consumatori e delle microimprese e tutelare le imprese dalla pubblicità ingannevole e comparativa. Questi scopi sono conformati ad un codice etico che mette al primo posto – naturalmente, data la delicatezza del compito – principi quali l'imparzialità e la correttezza. Data la funzione tanto importante in un mercato tanto aperto quanto ricco di insidie, spiace dover notare che AGCM abbia fatto una scivolata (tale, almeno, a parere di chi scrive) che non toglie, ovviamente, nulla alla nobiltà dell'istituzione e dei suoi componenti e che pertanto, a maggior ragione, ben poteva essere evitata.

Ma andiamo con ordine.

Il 16 febbraio 2017 l'AGCM edita un *pamphlet* molto utile dal titolo accattivante, "Io non ci casco", tuttora reperibile sul sito (sezione www.agcm.it/stampa/news, poi ricercabile per data), un *vademecum* per le

imprese che contiene alcune avvertenze contro la squallida pratica dei bollettini ingannevoli di pagamento che pervengono alle aziende, un fenomeno diffuso da decenni. In pratica, e soprattutto nei confronti di ditte di nuova costituzione, arrivano alle imprese bollettini o moduli di iscrizione accattivanti, ingannevoli perché, per importi, per *layout* e per terminologie usate, i pagamenti ivi previsti sembrano emessi da Enti della Pubblica Amministrazione e quindi dovuti - proprio qui sta l'inganno - mentre si tratta semplicemente di abbonamenti a servizi editoriali, propagandistici o informativi di nessuna utilità. Diciamolo chiaramente: sono i classici specchietti per allodole.

Molto opportunamente l'AGCM interviene con il predetto opuscolo segnalando, ancora una volta, queste pratiche truffaldine (se i servizi avessero una qualche utilità o valore non avrebbero bisogno di ricorrere a pratiche ambigue: chi sta correttamente sul mercato si vuole distinguere, non confondere...) e dando alcune indicazioni utili per non cadere in trappola. Sono infatti enumerati ben dieci consigli, per lo più di assoluto buonsenso.

Ora, prima di entrare nel merito, sia consentita una riflessione parallela. Dato che chi scrive conosce bene il fenomeno avendolo incontrato innumerevoli volte nel corso degli ultimi 30/35 anni, risulta evidente che gli emanatori di tali bollettini-fuffa (per non dire truffa) peschino i dati da istituzioni pubbliche (in generale le Camere di Commercio): lo si capisce chiaramente quando, confrontando i dati, si nota come una im- ➔

precisione, anche di poco conto, contenuta nei dati gestiti dall'istituzione (ad esempio un'inversione di caratteri nel nome della via della sede legale o anche solo un numero civico impreciso) venga riportata pari pari nel modulo ingannevole. A questo punto ci aspetteremmo una maggior solerzia nel controllo su "come e a chi" questi dati vengono passati, perseguendo eventuali frodi alla fonte e non a valle del fenomeno. Tuttavia probabilmente la *privacy* e la tutela dei dati in Italia servono solo a rompere le scatole alle imprese (con oneri e relative sanzioni spesso al confine dell'assurdo) e non a tutelarle.

Ma torniamo ai consigli utili dell'AGCM.

Dopo i vari opportuni avvertimenti di non firmare e di capire bene di che si tratta prima di pagare o aderire ad alcunché la nostra attenzione cade sul consiglio n. 9 che riportiamo integralmente (grassetto compreso).

9. RICHIEDETE L'ASSISTENZA DELLA VOSTRA ASSOCIAZIONE DI CATEGORIA.

*Le vostre associazioni di categoria di riferimento sono al corrente di queste tipologie di pratiche commerciali scorrette: se avete dubbi o cercate supporto e assistenza legale, **non esitate a contattarle.***

Ora forse è il caso di spiegare - anzi no, di ricordare: perché faremmo un'offesa all'intelligenza dei funzionari AGCM se pensassimo che essi ignorino queste cose - ad AGCM alcuni particolari:

1. Le associazioni di categoria non svolgono utilità pubblica, non hanno quantomeno tale finalità, ma sono entità private portatrici di interessi privati.
2. Le associazioni di categoria sono sul mercato quali erogatrici di servizi spesso anche con forme di concorrenza non perfettamente eque, in quanto oltre al peso politico godono di canali preferenziali su cui ogni tanto ci farebbe piacere che qualcuno facesse una riflessione. Questi servizi - in ogni caso - non sono gratuiti ma sono rivolti ad associati che per far ciò pagano una quota associativa e talvolta anche quote a parte per i servizi aggiuntivi ricevuti. Non è pertanto di regola possibile rivolgersi a tali associazioni per assistenza o informazioni senza esservi associati ed essere in regola coi relativi pagamenti.

3. Sul mercato dei servizi, le associazioni di categoria non sono né le uniche né le principali fonti di informazione di carattere amministrativo; soprattutto per le piccole e medie imprese questa funzione è svolta in modo precipuo dai professionisti dell'area tecnico-giuridica: ciò è tanto vero che fra i nostri clienti, a cui rendiamo quotidianamente informazione ed assistenza, vi sono anche molte imprese associate alle predette organizzazioni ma che cercano supporto e consulenza dal professionista di fiducia (e fanno bene, vista la qualità delle informazioni e dell'assistenza che ricevono ...).
4. Ma c'è di più. Le associazioni di categoria sono, di fatto, organizzazioni di tendenza: associarsi ad esse, infatti, vuol dire conferire a loro un mandato di rappresentanza (noi consulenti del lavoro lo sappiamo bene e sappiamo quali ricadute ciò abbia, tanto per fare un esempio, sulla parte c.d. "obbligatoria" dei contratti collettivi); ben al di là di una semplice erogazione di servizi, l'associazione ad una categoria è precisa espressione di un'intenzione latamente politica (ancorché non partitica).

Allora, quando l'AGCM consiglia alle imprese di rivolgersi alle associazioni di categoria (e solo ad esse) non solo privilegia soggetti economici (cioè che stanno sul mercato) a discapito di altri, dando un indirizzo in modo davvero non corretto, non garantista né imparziale, non solo disconosce l'immenso valore e portata del mondo professionale nel settore dell'assistenza alle imprese, ma addirittura adotta una precisa scelta di campo che traccina nell'orientamento politico e di tendenza.

Sarebbe come se (sia consentito l'esempio) l'Agenzia per il farmaco, per contrastare l'abuso del ricorso a sostanze psicotrope, desse il consiglio di non basare una strategia di benessere personale solo sull'assunzione di detti farmaci ma di cercare di riequilibrare la propria dimensione esistenziale facendo una bella chiacchierata con qualche sacerdote. Il che, giustamente, scatenerebbe la reazione di tutte le componenti sociali atee o laiche o anche di tutte quelle forme di religione o spiritualità che non prevedono la "mediazione" di figure prelatizie.

Peraltro, senza volersi sostituire ai solerti funzionari AGCM, il consiglio n. 9 avrebbe potuto facilmente essere formulato, senza perdere in sinteticità ed ef- ➔

ficacia, in un modo più equilibrato, ad esempio:

9. NEL DUBBIO CONSULTATE GLI ESPERTI

Gli esperti di vostra fiducia (associazioni di categoria, professionisti etc) sono al corrente di queste tipologie di pratiche commerciali scorrette: se avete dubbi o cercate supporto e assistenza legale, **non esitate a contattarli**.

Insomma, il consiglio di rivolgersi alle associazioni di categoria è puramente di parte ed è assolutamente contro i codici di imparzialità e di trasparenza che l'AGCM si è data, in quanto privilegia alcuni operatori a discapito di altri. In ogni caso, se AGCM avesse la bontà di girare sui siti degli studi o per gli studi stessi, troverebbe innumerevoli circolari e *warning* dei professionisti contro i bollettini pirata.

Non sarà che forse quando si parla di concorrenza e libero mercato si tende sempre a considerare (acriticamente e senza uno straccio di ragionamento che non sia preconcetto) le figure professionali come quelle che affossano la concorrenza? Questa dimenticanza - che crediamo, e speriamo, del tutto involontaria - deve probabilmente originarsi da tale preconcetto. Una bella caduta di stile, insomma, se non qualco-

sa di peggio.

Una precisazione forse necessaria. Non abbiamo nulla contro le associazioni di categoria (che svolgono la loro funzione legittimamente e talvolta pure egregiamente), e anche qualora avessimo qualche riserva sul loro *modus operandi*, nel contesto della presente riflessione andremmo fuori tema. Non vorremmo pertanto che si spostasse l'attenzione dal nocciolo del problema, che non è essere o meno *contro* le associazioni di categoria, ma è il *pro* che la sedicente imparziale AGCM rivolge nei loro confronti nell'opuscolo qui in commento, sfoderando un *assist* del tutto gratuito e fuori luogo, degnò della peggiore pubblicità occulta.

Forse qualcuno ci accuserà di essere stati troppo pignoli con queste riflessioni, ma amiamo ricordare il vecchio adagio secondo cui "il diavolo si nasconde sempre nei dettagli".

E ci sia permesso in chiusura di parafrasare un bell'aforisma di *Coleridge* ("Ho visto dimostrare una grande intolleranza per difendere la tolleranza"): nel caso in questione, abbiamo visto dimostrare una grande partigianeria per difendere la concorrenza(?). Speriamo che l'AGCM si corregga e, soprattutto, non "ci ricaschi".

UNA PROPOSTA AL MESE

di **ANDREA ASNAGHI**
Consulente del Lavoro in Paderno Dugnano

Rivedere gli importi (e la logica) della trasferta

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

Il trattamento della trasferta è sempre nell’occhio del ciclone.

Il motivo è molto semplice: gli importi ad essa relativi (o presunti tali) sia in forma analitica che forfettaria o mista godono di un particolare regime di esenzione fisco-previdenziale e rappresentano pertanto, oltre che una normale necessità operativa, nella loro deriva meno nobile un “ghiotto boccone” per diversi soggetti:

- per i datori di lavoro in cerca di facili scorciatoie al risparmio;
- per gli Enti in cerca di implementazioni posticce di imponibili, nulla importa se a ragion veduta o a torto.

Possiamo guardare però anche al fenomeno in senso positivo ed equilibrato ed osservare che le ditte che effettivamente ricorrono alla trasferta hanno l’esigenza di non essere ulteriormente gravate sugli importi di natura risarcitoria, ed inoltre apprezzare (o quantomeno comprendere) una certa attenzione degli Enti di vigilanza sul corretto uso di tali somme. Precisiamo subito che non vogliamo entrare ora nel merito, sul dibattito trasferta/trasfertismo, ma ci ritorneremo in prossimi numeri di questa rivista—, come ultimo capitolo delle *querelle* sul tema, ma fare qualche osservazione sullo stato attuale della tassazione della indennità di trasferta e relative proposte:

Per prima cosa, osserviamo che gli importi – che potrebbero essere posti a rivalutazione ogni due anni – sono fermi al palo da oltre 20 anni. Di mezzo c’è

stata una certa svalutazione e “l’effetto euro”. Senza alcuna pretesa statistico-attuariale, non ci sembra ci voglia “una scienza” particolare per affermare che le 90.000 lire del 1996 non sono assolutamente parificabili ai 46,48 euro odierni.

- La seconda cosa che ci sembra ingiusta e che reca disequilibrio al problema è che non si compie una distinzione sull’importo esente dell’indennità di trasferta, che resta identico sia se si tratti di una trasferta con pernottamento sia se si tratti di una trasferta breve con un solo pasto.
- Il terzo problema che si pone è se qualificare l’indennità di trasferta come una posta di mero rimborso o se si suppone che ricomprenda “altro”; alcune interpretazioni (ad es. l’Interpello del Min. Lavoro n. 15/2010) tendono ad essere un po’ estensive.
- Un ultimo punto riguarda la documentazione ed esposizione di tali poste, su cui vi sono parecchi oscillazioni anche della Magistratura, che oscilla fra posizioni restrittive e lassiste.

Cominciamo dagli importi: diciamo che vedremmo equo aumentare i limiti di esenzione delle indennità di trasferta, su cui proponiamo almeno questi valori: 90 euro per le diarie Italia e 150 euro per le diarie estere. Praticamente, rispetto ai valori attuali, un cambio euro/1000 lire, il che è ciò che di fatto si è verificato nei prezzi al consumo.

Forse anzi la proporzione è bassa ma partiamo almeno da questo nuovo limite (e poi, se del caso, aggiorniamolo più spesso, senza lasciar passare →

un altro quarto di secolo).

La seconda proposta è una razionalizzazione delle quote; non più un importo valido per tutti i casi ma un frazionamento delle indennità a seconda che la stessa retribuisca uno o più pasti ed il pernottamento. Proponiamo queste misure, a titolo esemplificativo:
 21.00 euro primo pasto (diurno) - 40 per estero
 21.00 euro secondo pasto (serale) - 40 per estero
 48.00 euro pernotta (compresa prima colazione) - 70 per estero.

La composizione delle voci ovviamente arriva per sommatoria fino all'importo finale oppure comporta un scomposizione dell'importo totale; per fare un esempio, il rimborso di un pasto e di un pernotta a piè di lista per una trasferta Italia ove invece si concordasse la forfettizzazione per il solo pranzo, comportano nella nostra proposta l'erogazione di una indennità di trasferta esente per euro 21.00, cioè la quota corrispondente al primo pasto.

Come ora, manterremo la forfettizzazione di un terzo, in caso di piè di lista, per altre spese di carattere personale non documentate.

In aggiunta, ma senza possibilità di cumulo con la forfettizzazione di cui al capoverso precedente, l'esenzione potrebbe essere aumentata di un terzo in forza di maggiori importi della contrattazione collettiva (ai sensi art. 51 D.lgs. n.81/2015) valorizzando così l'autonomia collettiva. Il frazionamento ha lo scopo di avvicinare la quota esente alla necessità contingente, dato che oggi siamo troppo distanti sia in senso estensivo che riduttivo: 46,48 euro per un solo pranzo sembrano eccessivi, per una trasferta intera sono obiettivamente una barzelletta.

Con la terza idea ci proponiamo di dare all'indennità di trasferta una chiara caratterizzazione nel senso di mero rimborso delle spese di vitto e alloggio o personali (es. lavanderia o piccole consumazioni), di modo che sia chiaro che tali importi non siano per nulla incidenti né sotto il profilo di retribuzione differita né sotto quello della imponibilità fiscale. A tale scopo, sembrerebbe opportuno stabilire una sorta di "presunzione di consumazione" riservando l'esenzione della trasferta a quei casi in cui sia possibile presupporre che

per effetto della trasferta venga consumato un pranzo in esterno. A tale proposito, sarebbe inoltre utile considerare la trasferta a partire da un certo chilometraggio di stanza dalla sede di lavoro come fanno alcuni contratti collettivi) invece che limitarsi al territorio comunale, che in comuni estesi comporta ingiuste limitazioni mentre in piccoli comuni o in situazioni di confine porta ad eccessi in senso opposto.

Ciò comporta, per finire, che qualora la trasferta (sotto forma di rimborso o di indennità) sia documentata giorno per giorno e missione per missione e non data genericamente, indipendentemente dalla ricorrenza della trasferta la stessa sia sempre considerata integralmente esente ai fini fisco-previdenziali. Ovviamente, tutto quanto corrisposto o spettante a titolo di ore di viaggio o di incentivazione alla trasferta andrebbe tenuto escluso e distinto dalle predette indennità.

Da ultimo, riteniamo utile ai fini di controllo una corretta esposizione degli importi a titolo di trasferta/rimborso sulle scritture di lavoro.

Risolvendo una questione tanto annosa quanto un po' pretestuosa, ciò potrebbe realizzarsi con una semplice modifica del co. 7 dell'art. 39 della L. n. 133/2008, sanzionando l'omessa o infedele registrazione che determina differenti trattamenti retributivi, previdenziali, fiscali ed "economici in genere". Ciò aprirebbe anche a richieste, in via di prassi, di una relativa documentazione più analitica e probante.

Le proposte suddette – le cui quantificazioni e soluzioni vanno ovviamente intese in senso esemplificativo e possono essere sicuramente migliorabili - vanno in una direzione purtroppo raramente intrapresa dal legislatore, cioè quella di coniugare la trasparenza e la severità necessaria contro ogni forma di abuso con la chiarezza, la semplicità e l'aderenza alle situazioni reali che sono necessarie alle imprese ed ai lavoratori. Spesso, ciò che invece rappresenta un grosso limite del sistema-lavoro nel nostro Paese, si preferisce utilizzare soluzioni all'italiana, confuse ed idonee a lasciar convivere imposizioni inique e scorciatoie, che mettono paletti inutili ad imprese serie e corrette, lasciando nel contempo amplissimi margini di manovra a chi vive nel torbido.



ARGOMENTO

“ La Cassazione riflette sul concetto di rischio elettivo ”

La Corte d'Appello di Firenze accoglieva l'appello dell'INAIL contro la sentenza di primo grado che aveva riconosciuto l'indennizzabilità di un infortunio di un lavoratore mentre questo stava fruendo dell'indennità di temporanea per un precedente infortunio.

Il lavoratore si era posto alla guida di un trattore agricolo, il quale si era ribaltato procurandogli lesioni. La Corte d'Appello sosteneva quanto contestato dall'INAIL, ovvero che il lavoratore non trovandosi in occasione di lavoro, in quanto si trovava in un periodo di inabilità derivante dal precedente infortunio, aveva posto in essere l'ipotesi di rischio elettivo, agendo volontariamente ed in modo arbitrario, con un atto estraneo alla finalità lavorativa.

Il lavoratore ricorreva in Cassazione affermando una scorretta applicazione della nozione di rischio elettivo. La Corte di Cassazione accoglie il ricorso del lavoratore,

affermando che in appello si era erroneamente affermato che la mancata astensione dal lavoro del lavoratore infortunato faccia automaticamente venir meno l'occasione di lavoro, concretizzando il rischio elettivo. Più precisamente, la Cassazione riteneva che non fossero stati adeguatamente valutati gli elementi che sostanziano il rischio elettivo, ovvero un atto oltre che essere volontario, è anche arbitrario, diretto a soddisfare impulsi meramente personali e che non abbia alcun nesso di derivazione con lo svolgimento dell'attività lavorativa. Di conseguenza, non è possibile configurare l'ipotesi di rischio elettivo per il solo fatto che il lavoratore infortunato e già in stato di inabilità derivante da precedente infortunio non si sia astenuto dall'attività lavorativa.

La Cassazione rinvia la causa ad altro giudice per ulteriore esame della controversia.

Cass., sez. Lavoro,
20 luglio 2017, n. 17917

AUTORE

RICCARDO BELLOCCHIO
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

“ Folgorazione mortale di un apprendista minorenne e responsabilità del caposquadra ”

La sentenza tratta di un lavoratore qualificato al quale era stata affidata la guida, la sorveglianza e la formazione di un giovane assunto come apprendista minorenne. A causa di un evento accidentale il giovane apprendista rimaneva vittima di un infortunio di gravità tale da causarne la morte per folgorazione. Il qualificato in primo e secondo grado è stato ritenuto, seppure in maniera residuale, responsabile dell'evento e del decesso dell'apprendista. In particolare, è stato sentenziato che la lunga esperienza e la prudenza del qualificato restavano l'ultimo possibile importante baluardo a tutela della vita dell'apprendista. A prescindere da specifiche qualifiche o

da formali incarichi nell'ambito delle procedure fissate dal D.lgs n. 626/1994, a giudizio delle Corti, spettava al caposquadra adottare tempestivamente almeno i minimi accorgimenti suggeriti dalla pratica acquisita, tanto più che lo stesso aveva ammesso di aver notato la vicinanza dei fili elettrici al momento di mettersi al lavoro la mattina dell'incidente. In particolare, l'esperienza posseduta e la consapevolezza di dover tutelare un ragazzo non ancora diciottenne dovevano quanto meno renderlo più attento alla situazione di pericolo data dalla pioggia e dall'umidità nell'avvicinarsi ad una linea elettrica in previsione dell'utilizzo di una scala metallica. ➔

Cass., sez. Lavoro,
3 agosto 2017, n. 19435

AUTORE

LUCA DI SEVO
Consulente del Lavoro in Bollate (Mi)



Tenuto conto di quanto complessivamente accertato dai giudici di merito (affidamento del minorenni apprendista al caposquadra, operaio esperto e qualificato anche avvezzo agli accorgimenti in tema di sicurezza) non è possibile escludere il nesso causale tra la condotta del caposquadra e l'infortunio occorso all'apprendista, folgorato dalla scarica elettrica.

Secondo Cass. IV pen. n. 48/1970, la qualifica e le responsabilità del 'preposto' non competono soltanto ai soggetti forniti di titoli professionali o di formali investiture, ma a chiunque si trovi in una posizione di supremazia sia pure embrionale, tale cioè da porlo in condizione di dirigere l'attività lavorativa di altri operai soggetti ai suoi ordini; preposto può essere dunque chi, in una formazione per quanto piccola di lavoratori, anche se composta soltanto di due uomini, esplica le man-

sioni di caposquadra, fuori della immediata direzione di altra persona a lui soprastante (Cass. III pen. n. 2642/1986). Ancora, il caposquadra è un preposto che è tenuto a seguire minuto per minuto l'attività lavorativa allorché questa sia pericolosa. In tal caso è tenuto a controllare l'esecuzione del lavoro compiuto da altri e ad avvertire costoro o terzi dell'insorgenza di un improvviso pericolo (Cass. VI pen. n. 4481/1977).

Ed in particolare, la corresponsabilità è stata considerata indipendentemente dalla osservanza delle norme dettate dal D.lgs n. 626/1994; la responsabilità si fonda su elementari regole di prudenza e di cautela valutate alla luce di tutte le possibili specifiche circostanze del caso specifico, caratterizzato dalla situazione pericolosa e dall'affidamento del minorenni apprendista alla guida del più esperto operaio. Pertanto, il ricorso del caposquadra è stato respinto ed è stata confermata la condanna inflitta in primo e secondo grado.

ARGOMENTO

Il patto di stabilità nel rapporto di lavoro del dirigente

Cass., sez. Lavoro,
9 giugno 2017, n. 14457

AUTORE
LAURA POZZI
Consulente del Lavoro in Cernusco S/N

Il patto di stabilità, o clausola di durata minima del rapporto che dir si voglia, costituisce un vincolo giuridico che limita una o entrambe le parti contraenti. La tenuta giuridica del vincolo discende direttamente dalle condizioni qualificanti il vincolo stesso.

La sentenza in esame ci consente di focalizzare, attraverso l'esame di un caso pratico - *a seguito delle dimissioni rassegnate dal dirigente in violazione del patto di stabilità, il datore di lavoro chiedeva il pagamento della penale* - le condizioni essenziali del patto di stabilità.

Innanzitutto la durata: il vincolo deve necessariamente avere una durata definita ed esplicitata.

Non è infatti ammesso, in quanto illegittimo, un vincolo a tempo indeterminato. E poi il corrispettivo, certamente il requisito cardine del vincolo.

Emerge, dall'analisi del contenzioso qui in esame che, contrariamente al patto di non concorrenza, il patto di stabilità non deve necessariamente avere uno specifico e definito corrispettivo avendo le parti piena libertà sia nel *quantum* che nella forma. Infatti il corrispettivo può consistere in una obbligazione anche non monetaria, purché non simbolica, e proporzionata al sacrificio assunto dal lavoratore (impedimento alla libera recedibilità) oppure,

più semplicemente, in un *quantum* aggiuntivo rispetto al minimo retributivo previsto dalla contrattazione collettiva (come è nel caso oggetto della sentenza). Il patto può costituire parte integrante del contratto di assunzione ma può anche formare oggetto di separata pattuizione. Nel primo caso (quello esaminato dalla Suprema Corte) essendo parte integrante del contratto di assunzione, va da sé che la valutazione della sussistenza del corrispettivo e della sua adeguatezza va valutata nel complesso delle condizioni ivi contenute tenuto conto del trattamento retributivo e normativo previsto.

Qui non è richiesta l'esplicita sottoscrizione della clausola. Il valore della firma per accettazione apposta alla lettera di assunzione si estende anche al patto di stabilità.

Nel caso di separata pattuizione invece è opportuno un richiamo esplicito all'entità e alla modalità di remunerazione al fine di evitare di privare il patto di uno dei suoi requisiti essenziali così come è richiesta la sottoscrizione per accettazione. Il patto può soddisfare esigenze reciproche oppure di una sola delle parti. Infatti esso non segue lo schema sinallagmatico insito nel rapporto di lavoro.

Pertanto la legittimità della limitazione della libertà di recedere va valutata nel complesso delle condizioni esi- ➔



stenti al momento della stipula.

Nel caso in esame, trattandosi di patto apposto ad un rapporto di lavoro dirigenziale ove vige il regime di libera recondibilità per entrambe le parti, ciascuna poteva disporre, a parità di condizioni, della propria facoltà di recesso. Il datore di lavoro era in fase espansiva e necessitava di una stabilità d'impiego a garanzia del perseguimento degli obiettivi

prefissati. Da qui la dichiarazione di legittimità del vincolo apposto unilateralmente a garanzia della prosecuzione del rapporto dirigenziale per un tempo minimo prestabilito.

La sentenza non si occupa della forma ma, già da quanto qui esposto, risulta evidente che è richiesta la forma scritta *ab substantiam*.

ARGOMENTO

“ **Regolarizzazione della posizione contributiva del lavoratore in caso di mancato versamento da parte del datore di lavoro** ”

Secondo la sentenza del supremo Collegio, l'interesse del lavoratore al versamento dei contributi previdenziali di cui sia stato omesso il pagamento integra un diritto soggettivo alla posizione assicurativa, che non si identifica con il diritto spettante all'istituto previdenziale di riscuotere il proprio credito, ma è tutelabile mediante la regolarizzazione della propria posizione. Ne consegue che il lavoratore ha la facoltà di chiedere in giudizio l'accertamento dell'obbligo contributivo del da-

tore di lavoro e vederlo condannare al versamento dei contributi (che sia ancora possibile giuridicamente versare) nei confronti dell'ente previdenziale, purché entrambi siano stati convenuti in giudizio, atteso il carattere eccezionale della condanna a favore di terzo, che postula una espressa previsione, restando altrimenti preclusa la possibilità della condanna del datore di lavoro al pagamento dei contributi previdenziali a favore dell'ente previdenziale che non sia stato chiamato in causa.

Cass., sez. Lavoro,
3 luglio 2017, n. 16351

AUTORE
LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

“ **Licenziamento per giusta causa e proporzionalità tra fatto addebitato e recesso** ”

È nullo il licenziamento per giusta causa intimato al dipendente per un fatto posto in essere dal lavoratore stesso senza dolo e senza che dal fatto sia derivato alcun danno economico al datore di lavoro. Così si è espressa la Corte riferendosi al seguente caso: nei fatti al dipendente, cassiere in una Banca, veniva contestato di aver disposto sul conto corrente di una cliente, per volontà della figlia, peraltro quest'ultima non autorizzata ad operare sul predetto conto, il prelievo di denaro.

Il giorno successivo il dipendente provvedeva a stornare l'operazione come addebito erroneamente digitato.

Il datore di lavoro faceva seguire il licenziamento disciplinare per giusta causa.

Il Tribunale rigetta il ricorso del dipendente che in appello vede accolta la sua richiesta di nullità ed illegittimità del licenziamento.

In secondo grado i giudici rilevano nei fatti una semplice irregolarità commessa dal dipendente, priva di dolo e non integrante giusta causa di licenziamento. Quanto sopra sulla base di fatti peraltro ammessi dal lavoratore. La Suprema Corte adita dalla Banca rigetta il ricorso avanzato sulla base di dieci motivi ritenuti tutti inammissibili per non essere i fatti integranti la giusta causa di licenziamento.

Cass., sez. Lavoro,
25 luglio 2017, n. 18297

AUTORE
BARBARA BRUSASCA
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

“Sentenza “Abercrombie”: il licenziamento del lavoratore intermittente venticinquenne non è discriminatorio”

Corte Europea di Giustizia.
Prima Sezione, 19 luglio 2017,
– causa C – 143/16

AUTORE

STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano

Il lavoratore assunto con contratto di lavoro subordinato intermittente viene licenziato al raggiungimento del venticinquesimo anno di età in quanto la condizione normativa collegata all'età non era più soddisfatta (il caso si riferisce al periodo in cui era in vigore l'articolo 34 del decreto legislativo del 10 settembre 2003, n. 276).

La Corte di cassazione italiana chiede alla Corte europea di giustizia se la disposizione italiana che contiene la limitazione anagrafica dei 25 anni per la tipologia contrattuale intermittente sia o meno contraria al principio di non discriminazione in base all'età sancito dalla direttiva EU 2000/78/CE e dall'art. 21 paragrafo 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

La direttiva in argomento stabilisce che il divieto di discriminazione basato sull'età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell'occupazione.

Tuttavia in talune circostanze, le disparità di trattamento in funzione dell'età possono essere giustificate da obiettivi legittimi di politica dell'occupazione del singolo Stato membro. Il divieto di discriminazione in base all'età fondato sul diritto dell'Unione Europea troverà, se del caso, applicazione ai casi concreti a livello nazionale attraverso le sue disposizioni di attuazione nazionali, interpretate conformemente alle disposizioni di diritto della UE.

Quindi la Corte europea di giustizia si esprimerà sulla compatibilità della disposizione nazionale in esame con la direttiva UE.

La valutazione essenzialmente di fatto della sussistenza di un trattamento meno favorevole, fondamentale per accertare la discriminazione, spetta al Giudice nazionale

che terrà conto del fatto che il licenziamento automatico al compimento del 25° anno di età può essere considerato un limite all'utilizzo del contratto per favorire la stabilizzazione al crescere del lavoratore.

Inoltre, il contratto intermittente costituisce una forma contrattuale *sui generis* caratterizzata da una deroga ai contratti ordinari in termine di organizzazione temporale del rapporto di lavoro e il regime per i lavoratori di età inferiore ai 25 anni costituisce, a sua volta, una deroga alle condizioni normative che giustificano il ricorso a detta tipologia di contratto *sui generis*.

Gli effetti della misura non devono essere confusi con il suo obiettivo come indicato dal Governo italiano: si vuole garantire ai lavoratori più giovani ulteriori possibilità di accesso al mercato del lavoro.

Alla luce delle considerazioni che precedono la Corte europea di giustizia risponde al quesito come segue:

L'art. 2 paragrafo 2 lettera a e l'art. 6 paragrafo 1 della direttiva 2000/78/CE del Consiglio – 27/11/2000 – che stabilisce un quadro generale per le parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una disposizione nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, che prevede che i contratti di lavoro intermittente siano applicabili in ogni caso ai lavoratori con meno di 25 anni di età a condizione che:

- La normativa in parola persegua una finalità legittima collegata alla politica dell'occupazione e del mercato del lavoro
- Raggiunga tale finalità con mezzi appropriati e necessari
- Spetta al Giudice nazionale stabilire se dette condizioni siano soddisfatte nel caso di specie.

ARGOMENTO

“Cambio mansione in caso di sopravvenuta ridotta capacità lavorativa”

Cass., sez. Lavoro,
25 luglio 2017, n. 18293

AUTORE

LAURA POZZI
Consulente del Lavoro in Cernusco S/N

Il caso esaminato dalla Suprema Corte riguarda lo *ius variandi* quale risposta alla sopravvenuta ridotta capacità lavorativa. Il contenzioso ruota attorno all'art. 2103 nella

versione antecedente la modifica intervenuta con il Jobs Act (D. Lgs. 81/2015). Come si ricorderà, il “vecchio” art. 2103 prevedeva l'equivalenza delle mansioni non contemplando →



la possibilità del demansionamento. Nel caso di specie inoltre si evidenzia la necessità di assegnare mansioni compatibili con il nuovo stato di salute ed emerge che, avendo dichiarato l'accertamento medico che la mansione esercitata inizialmente era compatibile con le sopraggiunte condizioni fisiche, ancorché con l'adozione di prescrizioni, la variazione della mansione risultava arbitraria. Non ultimo, la nuova mansione non garantiva lo stesso percorso di carriera. Il datore di lavoro è risultato soccombente nei 3 gradi di

giudizio poiché è stato ritenuto che le mansioni assegnate non fossero equivalenti a quelle di provenienza. A nulla è valso il ricorso del datore di lavoro che poneva l'accento sulla fungibilità delle mansioni prevista dal contratto collettivo applicato e dall'esistenza di un patto di dequalificazione in deroga all'art. 2103 c.c. cui le parti avevano aderito. La condanna ha previsto il reintegro in mansioni equivalenti ed al risarcimento dei danni patrimoniali.

ARGOMENTO

“ Il badge serve solo per controllare le presenze! ”

È illegittimo il licenziamento disciplinare intimato al lavoratore se il datore di lavoro fa indebitamente uso del meccanismo di badge a radiofrequenza (tecnologia RFID), in quanto quest'ultimo è lungi dall'essere una mera evoluzione del cartellino marcatempo e rilevazione presenze. Nel caso concreto, il badge di cui erano stati muniti i lavoratori era in grado di registrare da remoto *“non solo l'orario d'ingresso e di uscita, ma anche le sospensioni, i permessi, le pause”* realizzando così *in concreto*, un controllo continuo, permanente e globale a distanza circa l'osservanza da parte dei dipendenti dei doveri di dili-

genza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Controllo che non è stato né concordato, con le rappresentanze sindacali, né autorizzato, dalla competente sede territoriale dell'INL, in violazione del secondo comma dell'art. 4 della Legge n. 300/70.

La Suprema Corte di Cassazione ha quindi accolto le ragioni di un lavoratore e confermando la statuizione di secondo grado, che ne aveva dichiarato illegittimo il licenziamento e condannato la società datrice al risarcimento del danno ex art. 18 Legge n. 300/70.

Cass., sez. Lavoro,
14 luglio 2017, n. 17531

AUTORE
LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

“ Gli assistenti di volo non sono esentati dal lavoro notturno per la cura dei figli minori ”

La Corte di Appello di Roma, confermava la sentenza del Tribunale di Civitavecchia che aveva respinto il ricorso di un lavoratore, unico affidatario di un figlio convivente minore di anni 12, volto ad ottenere l'esenzione dallo svolgimento di lavoro notturno ai sensi dell'art. 53, comma 2, lettera b) del d.lgs. n. 151/2001. La Corte di Cassazione, a cui il lavoratore si era rivolto, osservava come la disciplina in materia di orario di lavoro, di cui al d.lgs. n. 66/2003, contenente all'art. 11 le specifiche esenzioni dal lavoro notturno, non trova applicazione per il personale di volo (art.2). Nel caso di specie, il riferimento normativo è dato dal d.lgs n. 185/2005, di attuazione della direttiva 200/79/CE, con il quale la materia dell'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo dell'aviazione civile ha

trovato specifica definizione.

La scelta operata dal Legislatore, secondo la Suprema Corte, è rivolta chiaramente ad escludere il personale di volo dalle disposizioni generali in materia di orario di lavoro di cui al d.lgs. n. 66/2003, in ragione della peculiare attività svolta che prevede lunghi spostamenti a cui si accompagna spesso la necessità di pernottare fuori sede.

Il personale di volo può essere esentato solo in presenza di una certificazione medica che attesti l'incompatibilità tra le condizioni di salute del lavoratore e lo svolgimento della prestazione in orario notturno.

Gli organismi medici competenti rilasceranno apposita certificazione in base alla quale il lavoratore potrà essere adibito al lavoro diurno in volo o alle attività *“a terra”* alle quali sia eventualmente idoneo.

Cass., sez. Lavoro,
25 luglio 2017, n. 18285

AUTORE
SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano