

Simintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA



DECRETO LAVORO QUO VADIS? breve carrellata delle prime indiscrezioni

■ CORTE COSTITUZIONALE VS TUTELE CRESCENTI, NUOVA PUNTATA: È LEGGITTIMA LA LIMITAZIONE DELLA TUTELA REINTEGRATORIA AI SOLI CASI DI NULLITÀ ESPRESSAMENTE PREVISTI DALLA LEGGE?

*** ■ LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE COME STRUMENTO DI FIDELIZZAZIONE DEI DIPENDENTI

*** ■ OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

■ LA SORVEGLIANZA SANITARIA NUOVI OBBLIGHI E VECCHI ADEMPIMENTI: ADEMPIMENTI IN CAPO ALLE AZIENDE SEMPRE PIÙ PESANTI INTERPELLO DELLA 1° E 2° COMMISSIONE INTERPELLI

■ RINUNCE IN SEDE CONCILIATIVA: PER L'INPS SONO IMPONIBILI ANCHE LE INDENNITÀ DOVUTE E TRANSATTE

■ APE SOCIALE 2023: REQUISITI E VALUTAZIONE DI CONVENIENZA

■ L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO NON INCIDE SUL TFR

■ FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: SPETTA L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA?

SOMMARIO n. 4

APRILE 2023
Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

Organo Ufficiale del Consiglio Provinciale
dei Consulenti del Lavoro di MilanoDirettore Responsabile:
Potito di NunzioRedattore Capo:
D. Morena MassainiRedazione:
**Centro Studi Unitario
Ordine dei Consulenti
del Lavoro Provincia
di Milano - Ancl Up Milano**Segreteria di Redazione:
**Valentina Brogгинi,
Sara Mangiarotti**Progetto e Realizzazione Grafica:
**Elena Dizione,
Eleonora Iacobelli****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
cpo.milano@consulentidellavoro.it
PEC_ordine.milano@consulentidellavoropec.it
sintesisredazione@gmail.comMensile - Registrazione Tribunale di Milano
n.19 del 30 gennaio 2015Con il sostegno di  Unione Provinciale di Milano■ *Dottrina*

- Decreto lavoro quo vadis? breve carrellata delle prime indiscrezioni **DI MANUELA BALTOLU** PAG. 5
- Corte Costituzionale vs Tutele Crescenti, nuova puntata: è legittima la limitazione della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità espressamente previsti dalla legge? **DI ANDREA OTTOLINA** PAG. 10
- La certificazione della parità di genere come strumento di fidelizzazione dei dipendenti **DI MARCO TUSCANO** PAG. 13
- Obbligo di repêchage: passato, presente e futuro PARTE I **DI EMILIA SCALISE** PAG. 16
- La sorveglianza sanitaria nuovi obblighi e vecchi adempimenti: adempimenti in capo alle aziende sempre più pesanti. Interpello della 1° e 2° Commissione Interpelli **DI NINA CATIZONE** PAG. 23
- Rinunce in sede conciliativa: per l'INPS sono imponibili anche le indennità dovute e transatte **DI ANDREA DI NINO** PAG. 26
- Ape sociale 2023: requisiti e valutazione di convenienza **DI NOEMI SECCI** PAG. 28
- L'indennità sostitutiva del preavviso non incide sul Tfr **DI POTITO DI NUNZIO E LAURA ANTONIA DI NUNZIO** PAG. 33
- Ferie dei dirigenti apicali: spetta l'indennità sostitutiva? **DI ANTONELLA ROSATI** PAG. 35

■ *Sentenze*

- Licenziamento disciplinare: la verifica in concreto della sussistenza di una giusta causa di licenziamento **DI STEFANO GUGLIELMI** PAG. 54
- Appalto di manodopera: quando è genuino e quando invece è illecito **DI ANGELA LAVAZZA** PAG. 56
- È illegittimo il licenziamento del dipendente che durante i permessi ex L. 104 svolge attività a favore dei disabili, anche se non in modalità continuativa: licenziamento illegittimo **DI ELENA PELLEGGATA** PAG. 57
- Comporto "secco" o "per sommatoria", le differenti interpretazioni giudiziali **DI CLARISSA MURATORI** PAG. 58

Rubriche**IL PUNTO**

- Facciamo del bene **DI POTITO DI NUNZIO** PAG. 3

- **HR&ORGANIZZAZIONE** ■ Valutare per valorizzare e potenziare l'efficacia della prestazione **DI FERNANDA SIBONI** PAG. 41
- **SENZA FILTRO** ■ A proposito di adempimenti inutili e costosi... **DI ANDREA ASNAGHI** PAG. 47
- **UNA PROPOSTA AL MESE** ■ Licenziamenti e dimissioni: la rinuncia al preavviso da parte del non recedente **DI ALBERTO BORELLA** PAG. 50



FACCIAMO DEL BENE

L'Arcivescovo Mario Enrico Delpini sarà presente al nostro convegno di mercoledì 3 maggio 2023 alle ore 14,00 per dare inizio all'attività che abbiamo programmato insieme alla Caritas e all'Inps (vedi sotto la locandina). Come ricorderete in febbraio abbiamo sottoscritto il Protocollo di collaborazione (in questa rivista al *link* <https://consulentidellavoro.mi.it/documenti/febbraio-2023/>) che parte con il progetto «DIAMO LAVORO».

Ringrazio personalmente l'Arcivescovo che, fra i suoi mille impegni, non è voluto mancare a questo nostro incontro per farci sentire la sua vicinanza e per ringraziare tutti personalmente per l'impegno civile e sociale che le tre strutture (Caritas Ambrosiana, Inps e Consulenti del Lavoro) mettono a disposizione sinergicamente nei confronti dei bisognosi.

Ringrazio molto anche l'Inps, che sarà presente con i propri vertici territoriali e con il Consigliere di Amministrazione, **Dott. Roberto Lancellotti**, a testimoniare quanto lo stesso Istituto è sensibile ed attivo in queste attività benefiche.

Grazie ovviamente anche all'Ancl UP di Milano che è sempre al fianco del CPO in tutte le iniziative.

Durante il convegno saranno spiegate le modalità operative di partecipazione a

questa attività e **spero non solo di vedere tanta partecipazione al convegno ma anche tanta adesione all'iniziativa.**

L'evento si svolgerà presso l'Aula Multimediale Istituto Don Bosco, in via Melchiorre Gioia 60/62, Milano.

La partecipazione all'evento darà diritto a 3 crediti formativi deontologici, previa registrazione sulla piattaforma <http://formazione.consulentidellavoro.it> entro le ore 23.59 del 2 maggio, selezionando "CONVEGNO IN PRESENZA".

Sarà possibile assistere all'evento anche da remoto. In tal caso, è sempre necessaria l'iscrizione sulla piattaforma <http://formazione.consulentidellavoro.it> entro le ore 23.59 del 2 maggio, selezionando "CONVEGNO ONLINE".

Qualora si scelga di partecipare all'evento da REMOTO (*online*) è **INDISPENSABILE ANCHE** iscriversi all'evento al seguente *link* https://us02web.zoom.us/webinar/register/WN_EkPTOkwkTcS5PZHrLfEHhg

NON MANCATE, FACCIAMO SENTIRE LA VITALITÀ DELLA CATEGORIA

Vi ricordo che il 29 maggio 2023, nel pomeriggio, presenteremo la nostra Fondazione. Riceverete specifiche comunicazioni



CONVEGNO

FONDO DIAMO LAVORO

3 Maggio 2023
ore 14.00 – 18.00

Aula Multimediale Istituto Don Bosco
Via Melchiorre Gioia n. 60/62 – Milano

oppure via Zoom, previa iscrizione al seguente link:
https://us02web.zoom.us/webinar/register/WN_EkPTOkwkTcS5PZHrLfEHhg

PROGRAMMA

- Ore 13.45 Apertura accessi
- Ore 14.00 **Saluti dell'Arcivescovo Mario Enrico Delpini**
- Ore 14.30 *Saluti e intervento dei firmatari sulle ragioni del protocollo siglato dai 3 enti*
Michele Salomone
INPS - Direttore Coordinamento Metropolitano Milano
Roberto Lancellotti
INPS - Consigliere d'amministrazione
Potito di Nunzio
Presidente Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano
Alessandro Graziano
Presidente A.N.C.L. U.P. di Milano
Luciano Gualzetti
Direttore Caritas Ambrosiana
- Ore 15.30 *Presentazione del Fondo Diamo Lavoro*
Giuseppe Sala
Responsabile dei tutor del Fondo Diamo Lavoro
- Ore 16.00 *Testimonianze filmate di aziende e tirocinanti*
- Ore 16,30 *Presentazione applicativo Fondo Diamo Lavoro*
Giulia Dieci
Fondazione San Carlo
- Ore 17,00 *Presentazione materiali di pubblicazione del progetto agli associati*
Grazia Pradella
Responsabile Siloe e Area Lavoro della Caritas Ambrosiana
- Ore 17,45 *Domande e riflessioni*
- Ore 18,00 *Termine dei lavori*



DECRETO LAVORO QUO VADIS?

breve carrellata delle prime indiscrezioni

• DI MANUELA BALTOLU *Consulente del Lavoro in Sassari* •

Il provvedimento, atteso in questi giorni al tavolo del Consiglio dei Ministri, è decisamente corposo e prevede interventi in vari ambiti. Proviamo a sintetizzare alcune delle misure contenute nella bozza diffusa il 18 aprile u.s..

CONTRATTI A TERMINE

L'unico intervento sui contratti a tempo determinato riguarda la rivisitazione delle "causali impossibili" introdotte dal c.d. Decreto Dignità, che saranno sostituite dalle seguenti casistiche:

a) specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'articolo 51, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, ovvero dalle rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria;

b) specifiche esigenze di natura tecnica, organizzativa e produttiva individuate dalle parti in assenza della previsione della contrattazione collettiva, previa certificazione delle stesse presso una delle commissioni di cui agli articoli 75 e seguenti del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276;

c) esigenze di sostituzione di altri lavoratori".

In buona sostanza, solo nel caso in cui i Ccnl non abbiano provveduto ad identificare specifiche causali le parti potranno procedere in autonomia, certificandole ai sensi del D.lgs. n. 276/2003.

In tutta sincerità ci si aspettava un intervento maggiormente incisivo, pur consapevoli che la contrattazione a termine costituisce da sempre terreno di scontro cruento tra le parti sociali.

La certificazione obbligatoria necessita peraltro dei tempi "tecnici" di attivazione, di conseguenza l'utilizzo non risulterebbe partico-



larmente agevole in caso di assunzioni o proroghe urgenti, anche se, ad onor del vero, la normativa non ne vieta la formalizzazione anche a contratto stipulato ma, chiaramente, la causale deve essere certificata nel momento stesso in cui viene apposta.

Si rende quindi necessario, in tal senso, un adeguamento mirato del percorso di certificazione, diversamente la soluzione prospettata rischia di diventare un aggravio burocratico. Nulla cambia rispetto all'identificazione del momento in cui sorge l'obbligo di apporre la causale obbligatoria, ovvero in caso di superamento della durata di 12 mesi, anche mediante proroga, e in caso di qualsiasi rinnovo, anche all'interno dei 12 mesi.

Abolire la necessità di apporre la causale nei primi 12 mesi anche in caso di rinnovo, sarebbe stata una piccola modifica ma con un impatto decisamente importante.

Non è stato invece soppresso il contributo addizionale Nاسpi dello 0,50% previsto per i rinnovi, come invece si era ipotizzato in precedenza.

MODIFICHE AL D.LGS. N.104/2022

Gli obblighi di informazione al lavoratore sulle condizioni di lavoro di cui all'art. 1, D.lgs. n. 152/97, come modificato dal D.lgs. ➤

DECRETO LAVORO QUO VADIS? BREVE CARRELLATA DELLE PRIME INDISCREZIONI

n. 104/2022, e precisamente le lettere da h) a r) esclusa la q)¹, potranno essere assolti con l'indicazione del riferimento normativo o della contrattazione collettiva, anche aziendale, che ne disciplina la materia, e che dovrà essere consegnata o comunque messa a disposizione del lavoratore. Anche in questo caso, in luogo di una modifica strutturata si è preferito agire con una veloce riammissione del riferimento alla contrattazione, considerato inadeguato e insufficiente dalla circolare n. 19/2022 del Ministero del lavoro.

SANZIONI PER OMESSO VERSAMENTO DEI CONTRIBUTI TRATTENUTI AI LAVORATORI

Viene finalmente modificato il testo dell'art. 2, co. 1-*bis*, del D.l. n. 463/1983, che prevede, in caso di omesso versamento dei contributi trattenuti ai lavoratori per importi inferiori a 10.000 euro, l'applicazione della sanzione con importo minimo fissato a 10.000 euro, indipendentemente dall'importo di contribuzione omessa. A causa di ciò, anche in caso di omesso versamento di importo pari, per fare un esempio, a 50 euro, paradossalmente la sanzione dovuta è sempre 10.000 euro.

Con questa modifica la sanzione sarà da una volta e mezzo a quattro volte, stabilendo un'equa proporzionalità tra omissione e sanzione.

DEDUCIBILITÀ CONTRIBUTI LAVORATORI DOMESTICI

L'attuale soglia di deducibilità prevista per i datori di lavoro domestico della contribuzione versata per i lavoratori domestici, pari a 1.549,37 euro, sarà elevata a 3.000 euro.

INCENTIVI ALL'OCCUPAZIONE DEI GIOVANI

Una nuova misura incentivante viene introdotta per gli *under 30* che non studiano e non lavorano (c.d. *neet*), iscritti al programma "iniziativa occupazione giovani".

L'incentivo sarà pari al 60% della retribuzione

imponibile ai fini contributivi erogata al giovane assunto a tempo indeterminato o con contratto di apprendistato dal 1° giugno al 31 dicembre 2023, e potrà essere fruito per un massimo di 12 mesi.

Sarà cumulabile con l'*under 36* e con altri esoneri; il testo della bozza afferma inoltre che in caso di cumulo con altre misure, il beneficio in trattazione spetterà in misura pari al 20% della retribuzione imponibile Inps, e, pertanto, si presume anche in eccedenza a credito rispetto all'importo dei contributi a carico del datore di lavoro.



G.I.L. - GARANZIA PER L'INCLUSIONE

Dal 1° gennaio 2024, abrogato il reddito di cittadinanza (R.d.C.), occuperà il suo posto una nuova misura di contrasto alla povertà, alla fragilità e all'esclusione sociale delle fasce deboli attraverso percorsi di inserimento sociale, nonché di formazione, di lavoro e di politica attiva del lavoro, la "garanzia per l'inclusione" - G.I.L., riservata ai nuclei familiari aventi al loro interno disabili, minori, *over 60* o titolari di invalidità civile.

Le caratteristiche e il funzionamento ricalcano quelle del R.d.C., con opportune modifiche ed integrazioni.

REQUISITI DEI BENEFICIARI

I nuclei che potranno richiederla dovranno avere un valore ISEE non superiore a 7.200 euro e un reddito familiare non superiore a 6.000 euro rapportato al corrispondente parametro della scala di equivalenza identificata; sono state inoltre riproposte molte condizioni già previste per il reddito di cittadinanza, quali, ad esempio, il non essere intestatari di autoveicoli di cilindrata superiore a 1.600 c.c. e di navi e imbarcazioni da diporto, aeromobili etc. Non avranno diritto alla misura coloro che ri- ➤

1. h) periodo di prova; i) formazione erogata dal datore di lavoro; l) ferie e altri congedi retribuiti; m) preavviso; n) retribuzione con periodo modalità di pagamento; o) la programmazione dell'orario normale di lavoro e le

eventuali condizioni relative al lavoro straordinario; p) elementi relativi a lavori con modalità organizzative in gran parte o interamente imprevedibili; r) gli enti e gli istituti che ricevono i contributi dal datore di lavoro.

DECRETO LAVORO QUO VADIS? BREVE CARRELLATA DELLE PRIME INDISCREZIONI

sultano disoccupati a seguito di dimissioni volontarie, per i 2 mesi successivi alla cessazione del rapporto.

MISURA, DURATA E CONDIZIONALITÀ DELL'ASSEGNO

L'importo dell'assegno non potrà superare i 6.000 euro annui moltiplicati per la scala di equivalenza e sarà esente da prelievo fiscale; l'utilizzo potrà avvenire mediante la "carta di inclusione" (sistema di pagamento elettronico). Ai nuclei familiari residenti in abitazione concessa in locazione potrà essere erogato un ulteriore importo, pari all'ammontare del canone annuo di locazione e fino ad un massimo di euro 3.360 euro annui, ovvero 280 euro mensili.

La somma delle due provvidenze è pari 780 euro mensili, esattamente quanto previsto attualmente a titolo di R.d.C..

Esso potrà essere erogato per un massimo di 18 mesi con una sola proroga di ulteriori 12, previa sospensione di 1 mese.

Resta l'obbligo di comunicare all'Inps, entro 30 giorni, l'eventuale avvio di rapporti di lavoro dipendente che, qualora non producano un reddito superiore a 3.000 euro annui non modificheranno l'importo dell'assegno; al contrario, l'eventuale importo eccedente la somma indicata concorrerà alla determinazione del beneficio. In caso di mancata comunicazione l'erogazione viene sospesa fino ad avvenuto adempimento.

Più o meno le stesse regole varranno per l'avvio di nuova attività autonoma, ma in tal caso la comunicazione all'istituto di previdenza dovrà avvenire entro il giorno antecedente l'inizio della stessa.

I beneficiari sono tenuti ad accertare offerte di lavoro a tempo indeterminato e determinato di durata non inferiore a 3 mesi, a tempo pieno o parziale non inferiore al 60% rispetto al tempo pieno, con minimi salariali non inferiori a quelli previsti dai Ccnl ex art. 51, D.lgs. n. 81/2015. Se l'offerta di lavoro ha durata compresa tra 1 e 6 mesi, la G.I.L. viene sospesa d'ufficio per tutta la durata del contratto.

MODALITÀ DI FUNZIONAMENTO

Una volta trasmessa la domanda nell'apposita

piattaforma, i servizi sociali effettueranno una valutazione multidimensionale dei bisogni del nucleo familiare, finalizzata alla sottoscrizione di un patto per l'inclusione e, nell'ambito di tale valutazione, i componenti di età compresa tra 18 e 59 anni attivabili al lavoro, verranno inviati ai centri per l'impiego per la sottoscrizione del patto di servizio personalizzato, che potrà essere anche coordinato con quanto previsto dal programma G.O.L. (garanzia di occupabilità dei lavoratori).

Sarà istituito il "Sistema informativo per l'inclusione sociale e lavorativa – SIISL", che consentirà l'interscambio di informazioni tra tutte le piattaforme digitali dei soggetti accreditati al sistema sociale e del lavoro che concorrono alla realizzazione di itinerari personalizzati per i beneficiari, favorendone i percorsi autonomi di ricerca di lavoro e il rafforzamento delle competenze.

I beneficiari della misura attivabili al lavoro iscritti al SIISL accederanno ad informazioni e proposte sulle offerte di lavoro, corsi di formazione, tirocini e politiche attive a loro adeguati, selezionati sulla base delle esperienze educative e formative e delle competenze professionali pregresse del soggetto stesso.

I CONTROLLI

I controlli sulla spettanza della misura saranno effettuati preventivamente all'erogazione del beneficio da Inl, Inps, Comando Carabinieri per la tutela del lavoro e, su apposite convenzioni, dalla Guardia di Finanza.

Per le finalità di cui sopra vi sarà condivisione tra Inps e Inl di tutte le informazioni e banche dati detenute dall'istituto di previdenza, con modalità che saranno definite con apposito decreto ministeriale.

I controlli anagrafici saranno in capo ai singoli comuni, ed eventuali mancanze determineranno la responsabilità amministrativo - contabile delle amministrazioni interessate e di tutti gli altri soggetti incaricati e preposti alle citate funzioni (art. 1, L. n. 20/1994), oltre ad integrare eventuale responsabilità disciplinare degli stessi. ➤



DECRETO LAVORO QUO VADIS? BREVE CARRELLATA DELLE PRIME INDISCREZIONI

LE SANZIONI

Per dichiarazioni o documentazioni false è prevista la reclusione da due a sei anni, mentre l'omissione della variazione di redditi e patrimonio o altre informazioni rilevanti, è punita con la reclusione da uno a tre anni, in entrambi i casi unitamente alla revoca immediata del beneficio e all'obbligo di restituzione di quanto indebitamente percepito.

Per casi particolari è inoltre prevista la decadenza della G.I.L. per tutto il nucleo familiare (mancata presentazione ai servizi sociali e per il lavoro, mancata partecipazione alle attività formative etc.)

In caso di lavoro irregolare di percettori di G.I.L. è applicata la maggiorazione del 20% delle sanzioni previste dal c. 3/quarter, art. 3, D.l. n. 12/2002.

Il beneficio sarà sospeso in caso di determinate condanne per reati vari nonché in caso di provvedimento definitivo di misure di prevenzione da parte dell'autorità giudiziaria.

INCENTIVI PER ASSUNZIONE DI PERCETTORI DI G.I.L.

- *assunzioni a tempo indeterminato o apprendistato e trasformazioni di contratti a termine in contratti a tempo indeterminato, f.time o p.time*: esonero pari al 100% dei contributi Inps per massimo 24 mesi e fino a 8.000 euro anno;
- *assunzioni a termine e stagionali, f.time o p.time*: esonero pari al 50% dei contributi Inps, fino a 4000 euro l'anno per massimo 12 mesi.

In entrambi i casi il regime di riferimento dell'incentivo sarà il regolamento UE n. 1408/2013, il c.d. regime "*de minimis*", che consentirà l'immediata applicazione della misura in quanto non soggetta ad autorizzazione preventiva UE.

Inoltre, qualora le agenzie per il lavoro prendano parte alla ricollocazione dei lavoratori, spetterà ad esse il 30% dell'incentivo complessivo.

Vengono inoltre riproposti due elementi di dubbia utilità già presenti nella regolamentazione del R.d.C.:

- la bizzarra condizione secondo cui, nel caso di licenziamento del beneficiario di G.I.L. effettuato nei ventiquattro mesi successivi all'assunzione (a tempo indeterminato), il datore di lavoro dovrà restituire l'incentivo fruito maggiorato delle sanzioni civili ma, udite udite, fatti salvi i licenziamenti per G.S. e per G.M.O., che, di fatto, costituiscono la quasi totalità dei licenziamenti possibili, essendo il G.M.S. un'ipotesi abbastanza residuale;
- la spettanza dell'incentivo legata all'inserimento dell'offerta di lavoro da parte dell'azienda nel SSISL, obbligo anch'esso previsto per i percettori di R.d.C., cancellato dalla L. n.234/2021 anche perché difficilmente effettuabile, poiché la piattaforma preesistente non è mai stata pienamente funzionante. La registrazione potrebbe essere vantaggiosa solo se fosse obbligatorio dare evidenza dell'eventuale rifiuto della proposta di assunzione da parte del percettore, in modo non solo da tracciare tale evento per poter revocare il beneficio, ma anche, qualora il rifiuto sia motivato dall'assenza di una delle caratteristiche previste per le offerte, per poter individuare ulteriori proposte di impiego maggiormente valide².

Infine, gli incentivi descritti sono compatibili e aggiuntivi rispetto ad *under 36* ed esonero donne di cui all'art. 1, commi 297 e 298, L. n. 197/2022, fermo restando che se già con tali sgravi contributivi l'aliquota Inps viene azzerata, non è chiaro come si potrà cumulare con questa nuova misura, in quanto il cumulo andrebbe oltre i contributi dovuti, a meno che non venga considerata oggetto di sgravio anche l'Inps a carico del lavoratore, come avvie- ➤



2. Sia concesso il rinvio a Baltolu M., *La politica (in) attiva del reddito di cittadinanza*, Sintesi, giugno 2022.

DECRETO LAVORO QUO VADIS? BREVE CARRELLATA DELLE PRIME INDISCREZIONI

ne per lo sgravio previsto dal D.l. n. 4/2019 per i percettori di R.d.C..

È inoltre previsto un beneficio di 500 euro per un massimo di 6 mesi per i percettori di G.I.L. che avviano un'attività di lavoro autonomo, erogabile in un'unica soluzione entro i primi 12 mesi.

PRESTAZIONE DI ACCOMPAGNAMENTO AL LAVORO PER I PERCETTORI DI R.D.C.

I percettori di R.d.C. che hanno terminato il periodo massimo di fruizione, stabilito per il 2023 in 7 mensilità, potranno richiedere dal 1° settembre la nuova *“Prestazione di Accompagnamento al Lavoro”* - PAL, pari a 350 euro mensili per ciascun richiedente fino a dicembre 2023, compatibile con redditi di lavoro fino a 3.000 euro annui.

G.A.L. GARANZIA PER L'ATTIVAZIONE LAVORATIVA

La G.A.L., *“Garanzia per l'Attivazione Lavorativa”*, è un sostegno previsto per i soggetti di età compresa tra 18 e 59 anni in condizione di povertà (ISEE fino a 6.000 euro) a rischio di esclusione sociale e lavorativa, facenti parte di nuclei familiari che non hanno i requisiti per accedere alla G.I.L.

La G.A.L. potrà essere riconosciuta per un

massimo di due persone per nucleo familiare, con requisiti pressoché identici a quelli previsti per la G.I.L., e sarà pari a 350 euro mensili per 12 mensilità senza possibilità di rinnovo per il primo beneficiario, e 175 euro mensili per il secondo.

Per poter richiedere la G.A.L. dovrà essere sottoscritto il patto di attivazione digitale, in seguito alla convocazione presso il centro per l'impiego competente che dovrà avvenire entro 120 giorni dalla richiesta; in mancanza di tale sottoscrizione il beneficio sarà sospeso.

Una volta sottoscritto il patto di attivazione il percettore sarà tenuto ad aderire ad un percorso personalizzato di inserimento lavorativo, mediante la sottoscrizione di un patto di servizio personalizzato, anche coordinato con GOL.

Come detto, la bozza di decreto tocca diverse argomentazioni; sono presenti numerosi ulteriori interventi che saranno oggetto di futura trattazione, in materia di sicurezza sul lavoro, Fondo nuove competenze, contratto di espansione, familiari degli studenti vittime di infortuni in occasione delle attività formative, lavoro sportivo, assegno unico universale, etc.





CORTE COSTITUZIONALE VS TUTELE CRESCENTI, NUOVA PUNTATA: è legittima la limitazione della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità espressamente previsti dalla legge?

• DI ANDREA OTTOLINA *Avvocato in Milano* •

Negli ultimi anni la Corte Costituzionale è stata più volte interpellata in merito alla legittimità costituzionale di previsioni contenute nel D.lgs. n. 23/2015, arrivando in alcuni casi a dare interpretazioni che, di fatto, hanno smantellato alcuni dei principi che avevano ispirato il legislatore nell'introduzione del contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti. Si pensi ad esempio all'importante sentenza n. 194 dell'8 novembre 2018, con la quale la Corte Costituzionale aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo il meccanismo di rigida predeterminazione dell'indennizzo spettante al lavoratore, previsto dall'art. 3, co. 1 del D.lgs. n. 23/2015.

Ci troviamo ora di fronte ad un nuovo capitolo di quello che, a tutti gli effetti, sembra essere un rapporto particolarmente conflittuale. Con l'ordinanza interlocutoria n. 9530 del 7 aprile 2023, infatti, la Corte di Cassazione ha nuovamente chiesto alla Corte Costituzionale di pronunciarsi in merito ad un passaggio del D.lgs. n. 23/2015, nello specifico ponendola di fronte al dubbio se sia costituzionalmente legittima la delimitazione, contenuta nell'art. 2, co. 1, della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità previsti **espressamente** dalla legge.

Ma facciamo un passo indietro e andiamo ad esaminare brevemente come il *Jobs Act* del 2015 ha rimodulato, rispetto alla previsione contenu-

ta nell'art. 18, co. 1-3 Statuto Lavoratori, le tutele contro i licenziamenti nulli, dedicando l'intero articolo 2 alla disciplina dei licenziamenti discriminatori, nulli ed intimati in forma orale.

L'art. 2 in argomento, infatti, ha sostanzialmente replicato il contenuto dei co. 1-3 dell'art. 18, L. n. 300/1970 (così come riformulato dalla Legge Fornero del 2012), pur con alcune differenze testuali, la prima delle quali riguarda il sistema dei rinvii normativi utili a definire i contorni della nozione di licenziamento discriminatorio. Tale differenza, tuttavia, non ha destato particolari problematiche interpretative, non alterando infatti la portata del concetto di discriminatorietà del recesso operato dal datore di lavoro.

Decisamente più discussa, in dottrina e giurisprudenza, è stata invece la differenza testuale tra le due norme in esame nella definizione delle ulteriori ipotesi alle quali si applica la tutela reintegratoria forte. Mentre infatti l'art. 18, co. 1 elenca in modo preciso alcune di tali ipotesi di nullità del licenziamento (quali il recesso disposto in concomitanza col matrimonio, ovvero in violazione dei divieti disposti dalla normativa a tutela della maternità e paternità, ovvero perché sorretto da motivo illecito determinante), per poi concludere con il richiamo ad altri casi di nullità **"previsti dal-**

CORTE COSTITUZIONALE VS TUTELE CRESCENTI, NUOVA PUNTATA: È LEGITTIMA LA LIMITAZIONE DELLA TUTELA REINTEGRATORIA AI SOLI CASI DI NULLITÀ ESPRESSAMENTE PREVISTI DALLA LEGGE?

la legge”, l’art. 2 del D.lgs. n. 23/2015 non contiene alcun elenco esemplificativo, ma si limita a fare riferimento agli altri casi di nullità *“espressamente previsti dalla legge”*.

A questo proposito, va innanzitutto evidenziato come le ipotesi di recesso nullo specificamente citate dal co. 1 dell’art. 18 Stat. Lav. sono comunque da intendersi pacificamente incluse nella formulazione di cui all’art. 2, D.lgs. n. 23/2015, in quanto esse sono ascrivibili alla categoria della c.d. **nullità testuale**, alla quale l’art. 2 fa appunto riferimento con l’avverbio *espressamente*. La nullità del licenziamento *«in concomitanza col matrimonio»* è infatti espressamente prevista dall’art. 35 del D.lgs. n. 198/2006; la nullità del licenziamento intimato alla lavoratrice nel periodo di protezione e di quello causato dalla domanda o dalla fruizione di congedi legati alla genitorialità è espressamente prevista dall’art. 54 del D.lgs. n. 151/2001; per quanto riguarda il licenziamento per motivo illecito, la sanzione della nullità è espressamente contenuta nel c.c. 2 dell’art. 1418 cod. civ., secondo cui il contratto è nullo per illiceità dei motivi *ex art.* 1345 cod. civ.

Ma quindi, cosa comporta l’inserimento dell’avverbio *“espressamente”* nell’art. 2, co. 1, D.lgs. n. 23/2015 rispetto alla previsione di cui all’art. 18 St. Lav., che tale avverbio non contiene?

La risposta a questo quesito, elaborata dalla dottrina, sta nella differenza tra la sopra citata nullità testuale, che si fonda sul co. 3 dell’art. 1418 c.c. (secondo cui il contratto è nullo nei casi stabiliti dalla legge), e la c.d. **nullità virtuale**, che trova il suo fondamento nel co. 1 dell’art. 1418 c.c., secondo cui il contratto è nullo quando è contrario a **norme imperative**, ciò a prescindere che tali norme non contengano un’esplicita sanzione di nullità.

Proprio in applicazione della tesi della nullità virtuale, la giurisprudenza di legittimità e merito, successiva alla riforma dell’art. 18 Statuto Lavoratori operata dalla L. n. 92/2012, ha in-

dividuato varie ipotesi di nullità non testuale del licenziamento, quali, ad esempio: il licenziamento intimato in violazione del divieto di cui all’art. 5 del D.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, secondo cui non costituisce giustificato motivo di recesso il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto da tempo pieno a tempo parziale (cfr. Trib. Bologna ord. del 19 novembre 2012); il licenziamento intimato per malattia prima dell’effettivo superamento del periodo di comporta, sulla base del carattere imperativo dell’art. 2110 c.c. (cfr. Cass. n. 2425 del 18.11.2014); il licenziamento intimato in violazione della sospensione dei licenziamenti economici durante il periodo emergenziale disposta dall’art. 46, D.l. n. 18 del 17.03.2020 (cfr. Trib. Mantova sent. n. 112/2020).

Ebbene, l’inserimento nell’art. 2, co. 1, D.lgs. n. 23/2015 dell’avverbio *espressamente* ha fatto propendere la dottrina e la giurisprudenza per la tesi secondo cui la formulazione di tale norma escluderebbe l’applicabilità della nullità virtuale alle fattispecie soggette alle tutele crescenti, con la conseguenza che sarebbero esclusi dalla tutela reintegratoria forte quei licenziamenti disposti in violazione di una norma imperativa, qualora tale norma, pur non prevedendo una sanzione diversa, non preveda *espressamente* la sanzione della nullità.

Un esempio esemplificativo di questa differenza di disciplina è proprio il caso oggetto dell’**ordinanza interlocutoria n. 9530/2023** commentata nel presente articolo. Trattasi nello specifico del licenziamento disciplinare disposto in violazione della procedura prevista dalla normativa speciale per gli autoferrotranvieri di cui al Regio Decreto n. 148/1931, normativa ritenuta pacificamente di carattere imperativo che, tuttavia, non contiene espressamente la previsione di nullità degli atti espulsivi disposti in sua violazione.

La giurisprudenza che si è occupata di tale tipologia di licenziamento nell’ambito di rapporti di lavoro soggetti all’art. 18 Statuto La-

CORTE COSTITUZIONALE VS TUTELE CRESCENTI, NUOVA PUNTATA: È LEGITTIMA LA LIMITAZIONE DELLA TUTELA REINTEGRATORIA AI SOLI CASI DI NULLITÀ ESPRESSAMENTE PREVISTI DALLA LEGGE?

voratori ha infatti attuato il principio della nullità virtuale, ritenendo quindi applicabile a tali fattispecie la tutela reintegratoria forte (cfr. Cass. n. 32681 del 9.11.2021).

Lo stesso identico licenziamento, comminato però ad un lavoratore assunto in regime di tutele crescenti, ha portato la Corte di Appello di Firenze (con la sentenza n. 134/2021) ad escludere la tutela reintegratoria e a riconoscere al lavoratore licenziato la sola tutela economica prevista dall'art. 3, D.lgs. n. 23/2015, in quanto in tal caso la nullità non era espressamente prevista dalla norma violata.

La sentenza della Corte d'Appello di Firenze è stata quindi impugnata in Cassazione dallo stesso lavoratore, il quale, in riferimento all'art. 76 Cost., ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, co. 1, D.lgs. n. 23/2015 nella parte che prevede l'applicabilità della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità espressamente previsti dalla legge, per contrasto di tale norma con quanto previsto dalla legge delega n. 183/2014 e, in ogni caso, per l'illogicità e l'incoerenza dell'esclusione della tutela reintegratoria anche a tutti i casi di nullità derivante dall'applicazione dell'art. 1418, co. 1, cod. civ.

Ebbene, la Corte di Cassazione, con l'ordinanza interlocutoria n. 953/2022 in commento, ha ritenuto fondata la suddetta questione di legittimità costituzionale, trasmettendo di conseguenza gli atti alla Corte Costituzionale, con le seguenti argomentazioni:

1) considerato che la legge delega n. 183/2014 stabiliva che il legislatore delegato dovesse prevedere la limitazione della reintegrazione, per le nuove assunzioni rientranti nell'ambito delle tutele crescenti, *“ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato”*, potrebbe risultare non legittima, in quanto appunto in contrasto con la legge delega, la scelta dell'esecutivo di non estendere la tutela reintegratoria a tutti i casi di nullità del licenziamento, ma di limitarla ulteriormente a quelli *“espressamente previsti dalla legge”*;

2) la restrizione della tutela reintegratoria ai soli casi di nullità espressa, escludendo l'operatività del principio generale fissato dall'art. 1418, co. 1, c.c. che ricollega la conseguenza della nullità alla violazione di norme imperative, sarebbe da considerarsi in contrasto con i valori di logicità e coerenza del nostro sistema giuridico.

A questo punto non resta che attendere la decisione della Corte Costituzionale per vedere se la disciplina delle tutele crescenti prevista dal D.lgs. n. 23/2015 sia destinata a subire un nuovo e rilevante ridimensionamento.



LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE come strumento di fidelizzazione dei dipendenti

• DI MARCO TUSCANO *Consulente del Lavoro in Brescia* •

UNA PREMessa

Fidelizzare è un termine che, a ben osservare, può assumere diverse valenze¹, soprattutto se riferito ai dipendenti e ai rapporti di lavoro e all'intento di pervenire ad una stabilizzazione dell'organico aziendale.

In ambito lavoristico, storicamente, oltre agli interventi in campo retributivo, per fidelizzare si è ricorso a strumenti dalla natura puramente negoziale, scatenando la fantasia e l'ingegno di professionisti, datori e operatori che sono pervenuti a clausole "vecchia maniera" fortemente rappresentative della poliformità dell'autonomia privata, sempre volte a trattenere il lavoratore. Tra queste, vi è ad esempio il patto di stabilità, o il patto di prolungamento del periodo di preavviso; senza potersi escludere, in termini di fidelizzazione, il patto di non concorrenza di cui all'art. 2125 c.c., spesso stipulato con un chiaro intento di scoraggiare l'abbandono del posto di lavoro e, in ogni caso, salvaguardarsi difensivamente dalle insidie della concorrenza.

D'altronde il diritto del lavoro, fondato sul contratto, "è anche [...] strumento di gestione dell'impresa e di regolamentazione delle modalità di incontro tra capitale e lavoro"² e non solo fondamentale tutela del lavoratore, pur dovendosi i suddetti strumenti contrattuali scontrarsi con i "vincoli posti dal Legislatore, [...] limitazioni al pieno esplicarsi dell'iniziativa

economica privata delle parti negoziali"³. Non è corretto, tuttavia, trattare di fidelizzazione senza richiamare strumenti dalla diversa essenza, che autorevole dottrina già in passato definì di "natura promozionale" od offensiva (il contrario di difensiva)⁴. A tale bacino, in particolare, possono essere incluse alcune particolari tipologie di leve retributive (generalmente premiali) laddove sfocino nel godimento di *welfare* aziendale⁵, oppure quegli strumenti che mirino ad aumentare la partecipazione e il coinvolgimento del lavoratore, provando a renderlo orgoglioso della realtà di cui fa (e auspicabilmente si sente) parte⁶, se non anche quegli strumenti che permettono un *work life balance*.

Ad una attenta riflessione, risulta pressoché impossibile individuare esaustivamente tutti i possibili strumenti volti a fidelizzare il dipendente; potendosi immaginare un caleidoscopio di strategie ed *escamotage* orientati in tal senso, legati tanto alle singole dinamiche manageriali, quanto alle soggettive leve motivazionali.

Certo è che, senza voler (e poter) affermare quale scelta sia la migliore, appare possibile invece identificare alcuni strumenti "di nuova concezione", che potrebbero indirettamente incidere nella partecipazione del dipendente all'organizzazione, disincentivandone la fuga.

A questi, senza dubbio, può essere ascritta la "Certificazione della parità di genere" di cui ➤

1. Cfr. C. Murena che a tal proposito scrive di "concetti [...] non agevolmente inquadrabili", in *Welfare aziendale e fidelizzazione dei lavoratori*, Lavoro Diritti Europa, n. 3/2020, p. 4.

2. Così M. Biagi, A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di "fidelizzazione" del personale*, Collana ADAPT Modena - n. 1/2001.

3. *Ibidem*.

4. Cfr. M. Biagi, A. Russo, op. cit., i quali

preziosamente individuano tre macrocategorie di strumenti di fidelizzazione del dipendente: strumenti economico-normativi volti a una regolamentazione prettamente contrattuale o retributiva tra le parti, strumenti difensivi volti alla tutela della concorrenza e strumenti promozionali, i quali garantendo trattamenti di *welfare*, *work-life balance* e tematiche connesse, indirettamente incidono nella partecipazione del di-

pendente all'organizzazione.

5. Cfr. *Welfare for people, Quinto rapporto su Il welfare occupazionale e aziendale in Italia*, a cura di M. Tiraboschi, Adapt University Press, in cui è chiarito, più volte, come il *welfare aziendale* possa essere considerato quale strumento di fidelizzazione.

6. Tra questi, ulteriormente, le cd. *stock-option*, la formazione professionale e alcune modalità di *team-working*.



LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE COME STRUMENTO DI FIDELIZZAZIONE DEI DIPENDENTI

all'art. 46-*bis*, comma 1, D.lgs. n. 198/2006, inserito dall'art. 4, L. n. 162/2021.

PERCHÉ LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE PUÒ ESSERE CONSIDERATA UNO STRUMENTO DI FIDELIZZAZIONE DEI DIPENDENTI

Per ottenere la certificazione della parità di genere, l'organizzazione "di qualsiasi dimensione e forma giuridica, operante nel settore pubblico o privato"⁷ deve seguire le regole ed indicazioni contenute nel documento di prassi UNI/PdR 125:2022, posto che "I parametri minimi per il conseguimento della certificazione della parità di genere alle imprese sono quelli di cui alla Prassi di riferimento UNI/PdR 125:2022, pubblicata il 16 marzo 2022, contenente «Linee guida sul sistema di gestione per la parità di genere che prevede l'adozione di specifici KPI (Key Performance Indicator - indicatori chiave di prestazione) inerenti alle politiche di parità di genere nelle organizzazioni» e successive modifiche o integrazioni"⁸.

In particolare, in presenza dei requisiti sufficienti, "Al rilascio della certificazione della parità di genere alle imprese [...] provvedono gli organismi di valutazione della conformità accreditati in questo ambito ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008"⁹, tenuto conto che, così come sancito dalle "norme collaterali", taluni comportamenti e inadempienze "impediscono al datore di lavoro il conseguimento delle stesse certificazioni"¹⁰.

Orbene, assodate le agevolazioni e i benefici sanciti dalla normativa¹¹, è indubbio che l'azienda certificata possa ottenere dei giovamenti in termini reputazionali¹², in ragione del suo

essere equa, inclusiva e sensibile a problematiche sociali. Tali benefici, a ben osservare, possono incidere fortemente al cospetto di clienti e fornitori, ma anche nei confronti di una diversa tipologia di *stakeholders*: i dipendenti.

Teoricamente, infatti, il lavoratore potrebbe maturare quell' "orgoglio di appartenere all'azienda"¹³ virtuosa, tipico della strumentazione promozionale che vive sulla logica partecipativa. E, non a caso, in dottrina si è chiarito come "le emozioni rappresentano una sorta di tessuto connettivo che lega gli scopi organizzativi alle persone e ai gruppi influenzandone le direzioni di scambio e le prestazioni finali"¹⁴, creando in tutta evidenza fidelizzazione e stabilità.

D'altra parte, anche nell'ipotesi in cui la certificazione della parità di genere non fosse ritenuta, di per sé stessa, una leva fidelizzante, risulta facile notare come, ai fini del suo conseguimento, siano da rispettare e garantire alcuni particolari parametri e misure, già ascritti a suo tempo all'alveo degli strumenti di fidelizzazione da autorevole dottrina¹⁵.

Nel dettaglio, il documento UNI/PdR 125:2022 richiede che, per mano del c.d. Comitato Guida¹⁶, sia redatto un Piano Strategico (condiviso dalla direzione e mantenuto aggiornato nel tempo), il quale viene definito dal suddetto documento di prassi come quel "Documento formale nel quale l'organizzazione definisce gli obiettivi da perseguire, stabilisce risorse, responsabilità, metodi e frequenze di monitoraggio", e in cui vengono descritti, in particolare, i KPI adottati (Indicatori chiave di prestazione), utilizzati per il monitoraggio degli obiettivi stabiliti dalla politica organizzativa per la parità di genere. ➤

7. UNI/PdR 125:2022.

8. D.P.C.M. 29 aprile 2022, art. 1.

9. *Ibidem* art. 2.

10. Cfr. a titolo esemplificativo l'art. 2, D.lgs. n. 105/2022 in tema di congedi, l'art. 46, D.lgs. n. 198/2006 relativo alla presentazione del rapporto sulla situazione del personale delle imprese con più di 50 dipendenti e l'art. 18, comma 3-ter, L. n. 81/2017 in materia di *smart working*.

11. Cfr. art. 5, D.lgs. n. 162/2021. In particolare, alle aziende private che siano in possesso della certificazione della parità di genere è concesso: a) un'esonerazione dal versamento di una percentuale dei complessivi contributi previdenziali a carico del datore di lavoro, b) l'ottenimento di un

punteggio premiale per la valutazione di proposte progettuali, da parte di autorità titolari di fondi europei nazionali e regionali, ai fini della concessione di aiuti di Stato a cofinanziamento degli investimenti sostenuti, c) una diminuzione del 30% della garanzia fideiussoria prevista per la partecipazione alle procedure di gara d'appalto pubbliche, d) la possibilità di ottenere un punteggio premiale nelle medesime gare.

12. Cfr. *ex multis* P. Cerulli, *La certificazione della parità di genere: volano per i diritti e per il business. Come ottenerla e conservarla*, in *Lavoro Diritti Europa*, n. 1/2023.

13. Così M. Biagi, A. Russo, *op. cit.*

14. Così D. Pavoncello, *Gestire il cambiamento in una situazione di crisi*, «Osservatorio Isfol», Il

(2012), n. 3, p. 57.

15. Si fa nuovamente riferimento a M. Biagi, A. Russo, *op. cit.* e A. Russo, *Problemi e prospettive nelle politiche di fidelizzazione del personale*, Collana ADAPT – FONDAZIONE "Marco Biagi" n. 3, Giuffrè Editore.

16. Il Comitato Guida è, così come definito dal documento di prassi richiamato, un "Comitato istituito dall'Alta Direzione per l'efficace adozione e la continua ed efficace applicazione della Politica per la Parità di Genere", la quale è definita come un "Documento formale nel quale l'organizzazione definisce il quadro generale all'interno del quale devono essere individuate le strategie e gli obiettivi riguardanti l'uguaglianza di genere".

LA CERTIFICAZIONE DELLA PARITÀ DI GENERE COME STRUMENTO DI FIDELIZZAZIONE DEI DIPENDENTI

Il Piano Strategico, più approfonditamente, così come descritto dalla UNI/PdR 125:2022, deve prevedere i seguenti temi principali:

- Selezione ed assunzione (*recruitment*);
- Gestione della carriera;
- Equità salariale;
- Genitorialità, cura;
- Conciliazione dei tempi vita-lavoro (*work-life balance*);
- Attività di prevenzione di ogni forma di abuso fisico, verbale, digitale (molestia) sui luoghi di lavoro.

Ogni tema prevede al suo interno dei punti essenziali, inquadrabili come obiettivi operativo-gestionali e strumenti attuativi, tra cui quelli indicati in seguito:

- rivolgere le opportunità di carriera ed i programmi per lo sviluppo professionale a tutto lo *staff*¹⁷;
- creare un ambiente lavorativo che favorisca la *diversity* e tuteli il benessere psico-fisico dei/delle dipendenti¹⁸;
- informare periodicamente i/le dipendenti delle politiche retributive adottate in azienda anche con riferimento a *benefit, bonus, programmi di welfare*¹⁹;
- ove esistente, il programma di *welfare* deve considerare le esigenze delle persone di ogni genere ed età²⁰;
- includere nell'ambito del programma di *welfare* aziendale, ove esistente, iniziative specifiche per supportare i/le dipendenti nelle loro attività genitoriali e di *caregiver*²¹;
- offrire servizi specifici quali asili nido aziendale, dopo scuola per i bambini o durante le vacanze scolastiche, *voucher* per attività sportive dei figli, ecc.²²;
- dotarsi di misure per garantire l'equilibrio

vita-lavoro (*work-life balance*) rivolte a tutti/le dipendenti²³;

- stabilire/promuovere accordi specifici per consentire il lavoro *part-time* a chi ne faccia richiesta²⁴;
- offrire flessibilità di orario, stabilendo e comunicando regole e procedure semplici ed accessibili per usufruirne²⁵;
- offrire la possibilità di *smart working*/telelavoro o di altre forme di lavoro flessibile, e orario elastico²⁶;
- garantire che le riunioni di lavoro siano tenute in orari compatibili con la conciliazione dei tempi di vita familiare e personale²⁷;
- prevedere una specifica formazione a tutti i livelli, con frequenza definita, sulla "tolleranza zero" rispetto ad ogni forma di violenza nei confronti dei/delle dipendenti, incluse le molestie sessuali (*sexual harassment*) in ogni forma²⁸.

In altre parole, in termini di fidelizzazione, si può mirare alla certificazione della parità di genere come obiettivo ultimo oppure al fine di conseguire i singoli vari tasselli che la compongono e la rendono possibile; questi ultimi, infatti, possono essere considerati come quei tipici "fattori che pongono attenzione alla persona, considerata non solamente con riferimento al proprio ruolo organizzativo, ma in quanto tale con esigenze e caratteristiche che non si fermano all'interno dell'azienda, ma abbracciano globalmente l'individuo"²⁹ e pertanto elementi fortemente fidelizzanti³⁰.

E se non si sarà riusciti a fidelizzare, si avrà senz'altro contribuito ad altri (e alti) livelli, posto che "la parità di genere può innescare circoli virtuosi che portano benefici per l'azienda, per la società e per l'economia"³¹.

17. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.2 lett. c).

18. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.2 lett. e).

19. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.3 lett. c).

20. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.3 lett. d).

21. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.4 lett. e).

22. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.4 lett. f).

23. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.5 lett. a).

24. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.5 lett. b).

25. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.5 lett. c).

26. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.5 lett. e).

27. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.5 lett. f).

28. UNI/PdR 125:2022 punto 6.3.2.6 lett.

c). Si specifica che la formazione da sempre è considerata una leva fidelizzante, cfr. C.Murena, op. cit., p. 13.

29. Così M. Biagi, A. Russo, op. cit..

30. Peraltro, ad una attenta riflessione, gli strumenti di fidelizzazione "vecchia maniera" potrebbero risultare in antitesi rispetto alla fidelizzazione tramite la Certificazione della parità di genere. A titolo esemplificativo, uno degli elementi del Piano Strategico è "dotarsi di mansionario della singola impresa che completi e detta-

gli quello generico dei CCNL, per la segnalazione da parte dei/delle dipendenti di eventuali disparità retributive"; a ben vedere, gli accordi negoziali che comportano un incremento della retribuzione, potrebbero generare le predette disparità retributive.

31. Così UNI/PdR 125:2022, p. 9. Per alcune riflessioni sulla questione, mi si permetta di rimandare a M. Tuscano, *Alcuni "semplici" motivi per stimolare la certificazione della parità di genere*, in Sintesi n. 03/2023.



OBBLIGO DI REPÊCHAGE: passato, presente e futuro. Parte I

• DI EMILIA SCALISE *Consulente del Lavoro in Milano* •

Sicuramente a tutti o (quasi) è capitato di doversi cimentare in un licenziamento per giustificato motivo oggettivo e a dover spiegare al proprio cliente che tale tipologia di licenziamento si identifica in “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso” e che, per essere legittimo, necessita la presenza di un nesso di causalità tra il motivo addotto al licenziamento e la soppressione del posto di lavoro, nonché l’assenza di altra posizione presente (o aperta) nella quale ricollocare il lavoratore interessato al licenziamento.

Proprio perché è prassi (spero non comune) nel nostro lavoro, il presente contributo ha quale finalità di ripercorrere le varie tappe temporali che hanno dato origine all’obbligo di repêchage, onere di matrice giurisprudenziale, che trae fondamento nell’istituto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Al fine di una migliore trattazione dell’argomento, il presente contributo sarà suddiviso in due parti.

La prima parte, riportata nel presente numero, apre le danze con la storia che ha dato origine all’obbligo di repêchage, partendo dai primordiali accordi interconfederali del 1950 e del 1965, in tema di licenziamenti individuali nel settore industriale, per poi sviluppare la disciplina derivante dalla Legge 15 luglio 1966, n. 604, e, infine, approfondire i successivi orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, che ne hanno fornito la definizione nonché delineato l’ambito di applicazione.

La seconda parte, che sarà disponibile nel prossimo numero, vuole approfondire la relazione sempre più forte che si è creata negli anni tra l’obbligo di repêchage e lo *ius variandi*, che ha determinato un’estensione dell’obbligo di ricollocazione anche verso mansioni inferiori a quelle

svolte dal lavoratore licenziato, nonché porre i riflettori sul nuovo orientamento giurisprudenziale della Corte Costituzionale in tema di violazione dell’obbligo di repêchage.

Non resta che augurare buona lettura.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: UN TUFFO NEL PASSATO

Inizierei questo percorso partendo proprio dal tema della risoluzione del rapporto di lavoro. Tutto ebbe inizio nel 1942 quando il Legislatore, attraverso il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 (meglio noto come Codice civile), elaborò il concetto di “libera recedibilità” o, utilizzando un’espressione latina, il c.d. recesso “*ad nutum*”.

In particolare, l’art. 2118 c.c., al primo comma, stabilisce che “Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti dalle norme corporative, dagli usi o secondo equità”. Segue poi l’art. 2119 c.c., il quale prevede che “Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato, o senza preavviso, se il contratto è a tempo indeterminato, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto”.

Alla luce della disciplina contenuta nel Codice civile, appare chiara quale fosse la volontà iniziale del Legislatore del 1942: lasciare libera recedibilità in capo alle parti, senza alcun obbligo di mutuo consenso¹.

Questa concezione di piena libertà trovò fondamento in quella che era la concezione predominante dell’epoca storica in cui risale il Codice civile: parliamo di una concezione di ➤

1. Barassi, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, V&P, 2003, Ristampa anastatica dell’edizione del 1901 a cura di Mario Napoli, pag. 872.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

matrice puramente liberista che nell'art. 2118 c.c. ha trovato fondamento normativo.

Tuttavia, l'opinione di quel tempo iniziò pian piano a cambiare.

Le forze socialiste e le forze popolari ispirate alla morale cristiana iniziarono a delineare nuovi diritti, anche in virtù dei principi di matrice codicistica della c.d. correttezza e reciproca lealtà, che trovarono immediatamente fondamento normativo proprio nella Costituzione entrata in vigore nel 1948: parliamo, infatti, dell'art. 41 della Costituzione, relativo alla c.d. libertà di impresa, e agli artt. 1 e 4 della Costituzione, i quali rispettivamente stabiliscono che *“L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro”* e che *“La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto. Ogni cittadino ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società”*.

Orbene, appare evidente che, al fine di garantire e tutelare questi nuovi principi costituzionali, non fosse più sufficiente la disciplina contenuta nel Codice civile in materia di risoluzione del rapporto di lavoro e che, quindi, fosse necessario un intervento legislativo più pregnante a livello normativo.

Anzitutto, le prime pressioni arrivarono proprio dai lavoratori attraverso le loro organizzazioni sindacali che mediante accordi sindacali a livello interconfederale delinearono le fondamenta sul concetto di licenziamento individuale e tutele dei lavoratori.

In data 18 ottobre 1950 venne infatti sottoscritto il primo accordo interconfederale sui licenziamenti individuali. Tale accordo attribuiva quale diritto al lavoratore licenziato di richiedere un tentativo conciliativo al Collegio di Conciliazioni ed Arbitrato, qualora lo

stesso ritenesse il licenziamento addotto ingiustificato. In particolare, l'art. 1 di tale accordo² aveva sottratto al datore di lavoro il ruolo di interprete inappellabile delle esigenze aziendali: il licenziamento per ragioni oggettive era legittimo solo se fossero stati adeguatamente temperati gli interessi dell'impresa e gli interessi dei lavoratori.

L'accordo interconfederale del 18 ottobre 1950 rappresentò quindi il primo tentativo di limitare la libertà del datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro: poiché non individuava i presupposti in presenza dei quali il datore di lavoro poteva recedere, l'accordo rimetteva la valutazione dei singoli casi concreti al giudizio equitativo di tali collegi, sulla base dei principi contenuti nell'art. 1³ dell'Accordo stesso. Secondo la disciplina dettata da tale accordo interconfederale, non era quindi sufficiente che il datore di lavoro dimostrasse l'effettiva sussistenza della ragione addotta a fondamento del recesso, ma doveva provare *“l'impossibilità di una utilizzazione del lavoratore in altri servizi nell'ambito dell'azienda”*⁴.

Un secondo accordo interconfederale fu poi sottoscritto in data 29 aprile 1965. Questo accordo, oltre a prevedere lo stesso diritto di tentativo conciliativo di cui all'accordo interconfederale precedente, introdusse tre nuovi concetti: la forma scritta del licenziamento, l'obbligo di motivazione e l'onere della prova sulla sussistenza del motivo oggetto di licenziamento in capo al datore di lavoro.

Il *repêchage* fece, quindi, la sua prima indiretta apparizione attraverso questi due accordi interconfederali applicabili, però, solo al settore industriale.

È proprio sulla falsa riga di questi due accordi interconfederali che il Legislatore decise di intervenire nuovamente: in data 15 luglio 1966 entrò così in vigore la Legge n. 604 rubricata ►

2. Accordo interconfederale 18 ottobre 1950 art. 1: *“Nel concordato intento di prevenire i licenziamenti individuali ingiustificati e la possibilità di turbamenti in occasione di licenziamenti individuali, le parti: [...] hanno deliberato di dar vita ad un apposito «Collegio di Conciliazioni e Arbitrati» al quale deferire l'esame dei licenziamenti individuali quando i lavoratori interes-*

sati ne facciano istanza, essendo stato stabilito che nel caso in cui il Collegio non ritenesse valide le ragioni addotte dal datore di lavoro, questi, su invito del Collegio, provvederà a ripristinare il rapporto di lavoro, oppure, qualora per considerazioni di opportunità, lo stesso datore di lavoro considerasse incompatibile la permanenza del lavoratore nell'azienda, a versare una penale in

aggiunta al trattamento di licenziamento”.

3. Giugni, *La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Rivista di diritto del lavoro*, 1957. Vol. 1, pag. 224-225.

4. Per la citazione si veda Coll. Torino lodo 2 aprile 1962; Coll. Venezia 13 ottobre 1952 e Coll. Venezia 2 aprile 1962, in AA. Vv. op. cit. pp. 146-147.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

“Norme sui licenziamenti individuali”.

Non c'è molto da aggiungere su tale norma. È già a noi tutti noto che si tratta di una disposizione normativa che in prima battuta delimita la libertà di recedibilità (aggiungerei datoriale) sancita dal Codice civile: ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1, infatti, il licenziamento del prestatore di lavoro può avvenire solo o per giusta causa o per giustificato motivo (oggettivo o soggettivo)⁵.

Direi che ai fini della nostra trattazione, occorre soffermarci solo sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Anzitutto è opportuno precisare che già le prime pronunce immediatamente successive all'emanazione della Legge n. 604/1966 valorizzarono il nuovo bilanciamento di interessi rinnovato dal Legislatore⁶: si affermò che la ragione addotta a fondamento del recesso doveva essere “idonea” a giustificarlo o che doveva esistere un rapporto di adeguatezza tra la misura del licenziamento e l'esigenza aziendale che lo aveva determinato.

Non solo, i giudici di merito, proseguendo su questo primo filone giurisprudenziale, già nei primi anni '70 iniziarono a parlare di ripescaggio seppur la Legge n. 604/1966 non facesse alcun accenno diretto all'obbligo di *repêchage*: *“Perché la riduzione del personale giustificata, ai sensi della Legge 604/1966, il licenziamento individuale del lavoratore, non basta che la riduzione sia imposta da esigenze di ristrutturazione dell'azienda, ma deve il datore di lavoro provare di non essere in grado di utilizzare, magari adibendo a diverse mansioni, il lavoratore, destinato al licenziamento”*⁷.

Nacque così la tesi secondo cui la giustificazione del licenziamento sarebbe stata condizionata alla prova dell'assoluta inutilizzabilità del lavoratore anche in altre mansioni⁸. In particolare, andò a consolidarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il *repêchage*

non solo identificava lo strumento del licenziamento come l'“*extrema ratio*” a cui il datore di lavoro doveva ricorrere nel caso in cui venisse meno una determinata posizione di lavoro⁹, ma che tale obbligo si configurasse anche in ragione dell'art. 2103 c.c. rubricato “*Prestazione del lavoro*”, qualora in azienda fossero presenti mansioni che il datore di lavoro potesse esigere dal lavoratore.

Sulla spinta giurisprudenziale del licenziamento come “*extrema ratio*”, il Legislatore intervenne nuovamente, qualche anno dopo l'entrata in vigore della Legge n. 604/1966.

Con la Legge 20 maggio 1970, n. 300 (meglio noto come lo *Statuto dei Lavoratori*), venne introdotto l'art. 18 che, nella sua precedente formulazione (ossia prima dell'intervento della Riforma Fornero), non lasciava alcun dubbio interpretativo: una volta accertata l'illegittimità del licenziamento per carenza del motivo addotto ovvero anche per mancato rispetto dell'obbligo di ricollocare il lavoratore presso altro settore o reparto, il giudice non aveva altra soluzione se non condannare il datore di lavoro alla reintegrazione¹⁰.

A fronte di una consolidata giurisprudenza di merito e di legittimità formatasi nel tempo, nonché alla luce di quest'ultimo intervento normativo, tra gli elementi che il giudice era chiamato a valutare, pertanto, si era andato a inserire anche la questione della ricollocazione del lavoratore, posto che, nel caso di illegittimità, la conseguenza era una e una soltanto: la reintegra.

La situazione, però, in parte cambiò nel 2012, con riferimento alle conseguenze derivanti dal licenziamento, quando il Legislatore andò a diversificare gli effetti a seconda del vizio pendente sul provvedimento datoriale. Con la Riforma Fornero¹¹ il Legislatore, infatti, modulò la sanzione applicabile in caso ►

5. Art. 1, Legge 15 luglio 1966, n. 604 “*Nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con enti pubblici, ove la stabilità non sia assicurata da norme di legge, di regolamento e di contratto collettivo o individuale, il licenziamento del prestatore di lavoro non può*

avvenire che per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del Codice civile o per giustificato motivo”.

6. Cfr. Pret. Milano 27 novembre 1969, in OGL, 1969, pp. 88 ss..

7. Cass. Sez. lav 12 dicembre 1972, n. 3578.

8. Pera, *Foro Italiano*, 1973, pag. 655

9. Cass. Sez. lav. 7 luglio 1992, n. 8254;

Cass. Sez. lav. 19 giugno 1993, n. 6814;

Cass. Sez. lav. 14 settembre 1995, n. 9715;

Cass. Sez. lav. 28 settembre 2006, n. 21035.

10. Perulli, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, 2017, Torino.

11. Legge 28 giugno 2012, n. 92.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

di vizio del licenziamento, nel senso di prevedere la reintegra solo nel caso di nullità del licenziamento perché discriminatorio o perché determinato da motivo illecito, mentre negli altri casi la tutela applicata è rimasta di natura meramente risarcitoria.

Lo scenario delineato dalla Riforma Fornero, in materia di tutele in caso di licenziamento, subisce nuovamente un mutamento con l'entrata in vigore del *Jobs Act*¹², il quale fece venir meno ogni distinzione in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo, in termini di tutela applicata: trova applicazione solo la tutela di natura meramente risarcitoria.

In ogni caso, con riferimento ai riflessi sull'obbligo di *repêchage*, il filone giurisprudenziale rimase pressoché invariato: si è continuato a ricondurre tale obbligo nella teoria dell'“*extrema ratio*” del licenziamento.

La giurisprudenza prevalente, infatti, continuò comunque a sostenere che la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo presuppone, da un lato, l'esigenza di soppressione di un posto di lavoro, dall'altro l'impossibilità di diversa collocazione del lavoratore licenziato, considerate anche la sua professionalità raggiunta, in altra posizione lavorativa analoga (o inferiore) a quella soppressa¹³.

Occorre però precisare che i giudici di merito delimitarono in parte tale onere in ragione di un principio di ragionevolezza: “*la ragionevolezza dell'operazione non deve comportare rilevanti modifiche organizzative ovvero ampliamenti di organico o innovazioni strutturali non volute dall'imprenditore*”¹⁴.

In concreto, la giurisprudenza riconosce che la tutela del posto di lavoro non può arrivare fino al punto di chiedere al datore di lavoro uno sforzo irragionevole, che possa comportare un'alterazione dell'organizzazione aziendale o oneri economici e organizzativi eccessivi.

DEFINIZIONE E AMBITO DI APPLICAZIONE DELL'OBBLIGO DI REPÊCHAGE

Possiamo quindi definire l'obbligo di *repêchage* come un onere in capo al datore di lavoro, che intenda procedere con un licenziamento per giustificato motivo, di verificare la possibilità di adibire il prestatore a diverse mansioni, senza che ciò comporti alterazioni della struttura organizzativa¹⁵.

Sul datore di lavoro, quindi, non incombe solo l'obbligo di dimostrare il nesso causale tra il licenziamento individuale e le effettive esigenze di carattere produttivo e organizzativo, ma soggiace anche quello di provare l'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre posizioni lavorative presenti nell'organizzazione aziendale¹⁶.

Al fine di bilanciare gli interessi costituzionali contrapposti (da un lato la libertà di iniziativa economica e dall'altra la tutela al lavoro), la giurisprudenza, nel corso della sua evoluzione, ha fondato la legittimità del giustificato motivo oggettivo di licenziamento principalmente su tre pilastri: la non presuntuosità delle ragioni addotte; l'esistenza di un nesso causale tra le ragioni addotte e il licenziamento intimato; l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in altra posizione all'interno della struttura organizzativa.

Nonostante l'obbligo di *repêchage* risulti essere di utilizzo costante nella fase di valutazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il suo presupposto giuridico, invece, appare essere ancora poco chiaro. Nel delineare l'obbligo di *repêchage*, infatti, la giurisprudenza è stata ripetutamente chiamata a definirne anche i limiti¹⁷.

Tra i principali limiti dell'obbligo di *repêchage*, è indubbia la tesi secondo cui il datore di lavoro non è tenuto ad alcuna variazione della propria struttura organizzativa al fine di ➤

12. Decreto Legislativo 4 marzo 2015, n. 23.
13. Cass. Sez. lav. 5 marzo 2015, n. 4460; Cass. Sez. lav. 22 marzo 2016, n. 5592; Cass. Sez. lav. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. Sez. lav. 20 ottobre 2017, n. 24882; Cass. Sez. lav.

22 novembre 2017, n. 27792.

14. Cass. Sez. lav. 3 dicembre 2019, n. 31521.
15. Cass. Sez. lav. 1° dicembre 2015, n. 24421; Cass. Sez. lav. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. Sez. lav. 28 settembre 2016, n. 19185.

16. Cass. Sez. lav. 20 dicembre 2001, n. 16106; Cass. Sez. lav. 16 maggio 2003; Cass. Sez. lav. 7 aprile 2010, n. 8237.

17. Calcaterra, *La giustificazione causale del licenziamento*, op. cit. pag. 250.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

ricollocare il dipendente licenziato. La verifica dell'avvenuto adempimento dell'obbligo di *repêchage* si svolge avendo a riguardo all'organizzazione datoriale come articolata al tempo stesso del licenziamento¹⁸. Lo abbiamo detto prima: il datore di lavoro, infatti, non è in alcun modo tenuto a modificare l'organizzazione per creare *ex novo* un posto di lavoro in cui collocare il lavoratore in esubero¹⁹.

Circa, invece, l'ambito di applicazione, opinione consolidata è che il tentativo di *repêchage* debba avvenire nell'ambito dell'intero complesso aziendale e non soltanto nell'unità produttiva dove il lavoratore è impiegato²⁰. La dottrina prevalente, infatti, sostiene che, per quanto concerne l'ambito di riferimento dell'obbligo di ricollocazione, è ormai pacifico che debba essere presa in considerazione l'organizzazione aziendale nella sua totalità e non solo l'articolazione, il reparto, l'ufficio o la sede in cui il lavoratore era precedentemente impiegato²¹.

Inoltre, parte della giurisprudenza ha dato rilievo anche al fenomeno dei gruppi o del collegamento societario, ma sempre nell'ipotesi in cui si ravvisi che l'articolazione in una pluralità di soggetti giuridici sia prestabilita allo scopo di eludere l'applicazione di norme imperative o in frode alla legge²².

Non solo, secondo dottrina e giurisprudenza prevalente, l'obbligo di *repêchage* deve estendersi anche alle altre società facenti parte del medesimo gruppo imprenditoriale, quando si dimostri la sussistenza di un unico centro di imputazione dei rapporti giuridici²³ valutando anche le sedi all'estero²⁴, fino a estendersi alla sussistenza della codatorialità: "non è sufficiente il collegamento economico e funzionale tra imprese rispetto al *repêchage*, essendo necessario che ricorra la figura della c.d. codatorialità secondo i canoni identificativi individuati dalla giurisprudenza di legittimità"²⁵.

Inoltre, sempre nell'ottica di delineare l'ambito di applicazione dell'obbligo di *repêchage*, occorre precisare che la giurisprudenza ha sostenuto la tesi secondo cui tale onere non opera nei confronti di tutti i lavoratori subordinati: ne sono infatti esclusi i dirigenti, in quanto, imporre tale obbligo in capo al datore di lavoro risulta essere incompatibile con la posizione dirigenziale in riferimento alla quale è previsto un regime di libera recondibilità²⁶.

Pertanto, stante la particolare posizione del lavoratore che ricopre la qualifica di dirigente, il quale non è assistito delle stesse tutele previste, in caso di licenziamento, per le altre categorie contrattuali (operai, impiegati e quadri), la giurisprudenza ha elaborato il principio secondo cui l'obbligo di *repêchage* non trova applicazione in caso di recesso datoriale nei confronti del dirigente, alla luce del principio di libera recondibilità che caratterizza tale categoria di prestatore di lavoro.

In ogni caso, uno degli indizi di cui si avvale la giurisprudenza per confermare l'adempimento dell'obbligo di *repêchage* è quello di verificare, non solo la possibilità di assegnazioni ad altre posizioni già presenti in azienda all'atto del licenziamento, ma anche l'inesistenza di assunzioni successive in posizioni organizzative equiparabili a quelle precedentemente occupate dal lavoratore licenziato.

Questo elemento è considerato indicativo del fatto che il dipendente espulso non avrebbe potuto continuare a collaborare proficuamente e utilmente all'interno dell'impresa: "si potrebbe osservare come l'eventuale nuova assunzione possa essere valutata dal giudice quale elemento sintomatico dell'insussistenza ab origine delle ragioni addotte a giustificazione del recesso"²⁷. Si precisa, a tal proposito, che il lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo gode di un diritto ➤

18. App. L'Aquila 14 luglio 2016; Cass., Sez. lav. 15 maggio 2012, n. 7512, in *Obbligo contrattuale*, 2012, pag. 8-9, con nota di Vanacore.

19. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, 2005, pag. 21.

20. Varva, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, 2011, pag. 455.

21. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, 2005, pag. 23.

22. Cass. Sez. lav. 16 luglio 1992, n. 2005; Cass. Sez. lav. 29 marzo 1999, n. 3030;

Cass. Sez. lav. 16 maggio 2003 n. 7717.

23. Cass. Sez. lav. 16 maggio 2003; Cass.

Sez. lav. 21 aprile 2016 n. 8068; Cass. Sez. lav. 26 agosto 2016 n. 17638.

24. Cass. Sez. lav. 15 luglio 2010, n. 16579.

25. Cass. Sez. lav. 31 maggio 2017, n. 13809.

26. Cass. Sez. lav. 3 dicembre 2019, n. 51521.

27. Varva, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, 2011, pag. 455.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

di precedenza su future assunzioni, definito proprio dalla legge: *“I lavoratori licenziati da un’azienda per riduzione di personale hanno la precedenza nella riassunzione presso la medesima azienda entro sei mesi”*²⁸.

Da ultimo, è opportuno ricordare che, in molte altre decisioni di merito, sono poi emersi profili riconducibili all’ambito del *repêchage* con riferimento alle mansioni da considerare al fine di verificarne la fattibilità o meno.

All’impostazione tradizionale, che portava a circoscrivere la ricerca di un’alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo alle mansioni c.d. equivalenti, si sono affiancate decisioni che hanno mostrato particolare interesse alla conservazione del posto di lavoro, ritenendo opportuno che il datore di lavoro offrisse al lavoratore, laddove disponibili, anche mansioni inferiori, rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore e compatibilmente con l’organizzazione aziendale²⁹.

In particolare, si richiama la sentenza della Cassazione, Sezione lavoro, del 9 novembre 2016, n. 22798 che, alla stregua di precedenti pronunce di merito, ha affermato quanto segue: *“il mezzo di gravame fondato sull’assunto, errato in diritto, secondo cui l’obbligo di repêchage non si estenda anche alle mansioni inferiore a quelle del lavoratore licenziato, non può che essere respinto, atteso che, come riportato nello storico della lite, il lavoratore aveva segnalato [...] la mancata offerta datoriale di compiti equivalenti o anche di livello inferiore e che, nel corso del giudizio medesimo, tali fatti avevano trovato conferma, conclamando la violazione dell’obbligo di repêchage”*.

ONERE PROBATORIO NELL’OBBLIGO DI REPÊCHAGE

A chiusura del presente contributo, appare opportuno accennare un altro tema legato all’obbligo di *repêchage* ossia l’onere della prova.

Se è indubbio che ai sensi e per gli effetti

dell’art. 5 della L. n. 604/1966 l’onere di dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo spetta al datore di lavoro, diversi sono stati gli orientamenti giurisprudenziali circa il quesito su chi ricadesse l’onere probatorio in merito all’assolvimento dell’obbligo di *repêchage*, se anch’esso in capo al datore di lavoro oppure al lavoratore.

In particolare, il nodo problematico della questione soggiace sul sistema di ripartizione degli oneri di prova e allegazione tra le parti alla luce dell’obbligo di *repêchage*, la cui fonte non è legislativa ma giurisprudenziale.

Per decenni la giurisprudenza ha optato per una soluzione “intermedia”: seppur l’onere di provare l’assolvimento dell’obbligo di *repêchage* sia in capo al datore di lavoro, in virtù del fatto che su di esso ricade l’obbligo di dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, il lavoratore mantiene però l’onere di dedurre e allegare prove sull’esistenza di posizioni lavorative vacanti da ricoprire³⁰.

Questa ripartizione, come osservato dalla dottrina³¹, trova fonte nel ragionevole compromesso tra interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e quello dell’imprenditore di scegliere e attuare le proprie strategie aziendali, al fine di mitigare le gravose conseguenze dell’onere probatorio ricadente sullo stesso.

A partire dal 2016, però, l’orientamento sopra descritto ha iniziato a intraprendere un percorso del tutto diverso: in particolare parte della giurisprudenza ha iniziato definendo “singolare”³² la ripartizione tra onere di prova e di allegazione.

Nello specifico, la giurisprudenza ha iniziato a sostenere che la “divaricazione” tra oneri di allegazione (in capo al lavoratore) e di prova (in capo al datore di lavoro) non può essere accolta in quanto risulta priva di valido fondamento giuridico-normativo e pertanto ciò discenderebbe da una erronea qualificazione ►

28. At. 15, comma 6, Legge 29 aprile 1949, n. 264.

29. Cass. Sez. lav. 8 marzo 2016, n. 4509.

30. Cass. Sez. lav. 29 marzo 2001, n. 4670; Cass. Sez. lav. 22 ottobre 2009, n. 22417;

Cass. Sez. lav. 21 agosto 2013, n. 19353; Cass. Sez. lav. 12 febbraio 2014, n. 3224; Cass. Sez. lav. 22 febbraio 2021, n. 4673.

31. Persiani, Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêcha-

ge, in Giur. it. 2016, 1166-1167; Marranca, Giustificato motivo oggettivo, obbligo di repêchage e ripartizione dell’onere probatorio, in ADL, 2015, 3.

32. Cass. Sez. lav. 22 marzo 2016, n. 5592.

OBBLIGO DI REPÊCHAGE: PASSATO, PRESENTE E FUTURO. PARTE I

del *repêchage* come elemento costitutivo della domanda del lavoratore ricorrente anziché inteso come fatto impeditivo del diritto da questi azionato e parte “integrante” della fattispecie del giustificato motivo oggettivo, come suo elemento essenziale, con onere probatorio a carico del datore di lavoro ai sensi e per gli effetti dell’art. 5, L. n. 604/1966³³. Secondo tale tesi, non si può quindi esigere che il lavoratore ricorrente collabori mediante apposite allegazioni con il datore di lavoro convenuto, in quanto ciò si tradurrebbe in una inammissibile facilitazione della prova in favore di quest’ultimo con riduzione del *thema probandum*³⁴.

Occorre però osservare che, nonostante il forte tenore della posizione giurisprudenziale sopra descritto, la giurisprudenza ha più volte cercato di equilibrare l’onere della prova mediante il principio di ragionevolezza: è stato, infatti, più volte sostenuto che “*al datore di lavoro non può chiedersi una prova assoluta ed inconfutabile*”³⁵; “*l’onere della prova relativo*

all’impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell’ambito dell’organizzazione aziendale – concernendo un fatto negativo – deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi [...]; detto onere [...] deve essere comunque mantenuto entro limiti di ragionevolezza, sicché esso può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva e indiziaria”³⁶.

La prima parte di questo contributo, volto a ripercorrere la storia dell’obbligo di repêchage, termina qui.

Proseguiremo, come anticipato nell’introduzione, nel prossimo numero parlando del rapporto tra obbligo di repêchage e ius variandi e come questo si sia evoluto nel tempo, a seguito delle modifiche apportate dal Jobs Act con riferimento all’articolo 2103 del Codice civile, per poi concludere con l’analisi circa il nuovo orientamento della Corte Costituzionale sulle tutele poste in essere dall’ordinamento in caso di violazione dell’obbligo di repêchage.

33. Cass. Sez. lav. 22 marzo 2016, n. 5592; Cass. Sez. lav. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. Sez. lav. 11 ottobre 2016, n. 20436.

34. Megna, *Licenziamento per giustificato moti-*

vo oggettivo tra impossibilità di repêchage ed oneri probatori, in *Giur. It.*, 2017, 412.

35. Cass. Sez. lav. 3 marzo 2014, n. 4920.

36. Cass. Sez. lav. 19 febbraio 2008, n. 4068.



LA SORVEGLIANZA SANITARIA NUOVI OBBLIGHI E VECCHI ADEMPIMENTI: adempimenti in capo alle aziende sempre più pesanti. Interpello della 1° e 2° Commissione Interpelli

• DI NINA CATIZONE *Consulente del Lavoro in Torino* •

Non è un caso che la Commissione Interpelli del Ministero del Lavoro si sia tanto occupata ultimamente della sorveglianza sanitaria sui lavoratori e degli obblighi del medico competente. Il fatto è che la disciplina dettata in materia dal D.Lgs. n. 81/2008 sta creando alle imprese problemi quanto mai ostici.

L'Interpello **n. 1 del 1° febbraio 2023** risponde a un quesito di grande attualità per le imprese: i lavoratori agili debbono essere sottoposti a sorveglianza sanitaria? Ben due sono le conclusioni formulate dalla Commissione Interpelli.

La prima, desunta dall'art. 39, D.lgs. n. 81/2008, è che il datore di lavoro può nominare più medici competenti, individuando tra essi un medico con funzioni di coordinamento, per particolari esigenze organizzative nei casi di aziende con più unità produttive, nei casi di gruppi di imprese nonché qualora emerga la necessità in relazione alla valutazione dei rischi. Con l'avvertenza che, in questa ipotesi, ogni medico competente verrà ad assumere tutti gli obblighi e le responsabilità in materia ai sensi della normativa vigente. E tra tali obblighi fa spicco quello di effettuare la sorveglianza sanitaria nei casi previsti dall'art. 41, D.Lgs. n. 81/2008.

Seconda conclusione, destinata a sgomentare quanti in tempo di Covid hanno ritenuto e ancora oggi ritengono ingiustificato l'aggiornamento del D.V.R. in relazione al rischio associato all'infezione, salvo il caso degli am-

bienti di lavoro sanitario o socio-sanitario o qualora il rischio biologico sia un rischio di natura professionale, già presente nel contesto espositivo dell'azienda. Tanto è vero che ad avviso della Commissione Interpelli dovrà essere cura del datore di lavoro rielaborare il documento di valutazione dei rischi nei casi di cui all'art. 29, comma 3, del D.lgs. n. 81/2008.

Del pari illuminante è l'Interpello **n. 2 del 14 marzo 2023**. Il quesito è se il combinato disposto degli artt. 25, comma 1, lettera a), 18, comma 1, lettera a), e 29, comma 1, del D.lgs. n. 81/2008 determini l'obbligo per il datore di lavoro di procedere in tutte le aziende alla nomina preventiva del medico competente al fine del suo coinvolgimento nella valutazione dei rischi, anche nelle situazioni in cui la valutazione dei rischi non abbia evidenziato l'obbligo di sorveglianza sanitaria. E questa è la risposta: "la nomina del medico competente è obbligatoria per l'effettuazione della sorveglianza sanitaria nei casi previsti dall'art. 41, D.lgs. n. 81/2008 e, pertanto, il MC collabora, se nominato, alla valutazione dei rischi di cui all'art. 17, comma 1, lettera a), D.lgs. n. 81/2008".

A questo punto, dobbiamo renderci conto dei seri problemi che le imprese sono chiamate ad affrontare. E il primo problema nasce dal fatto -implacabilmente confermato dalla Commissione Interpelli- che il medico competente è presente in azienda a condizione che venga ►

LA SORVEGLIANZA SANITARIA NUOVI OBBLIGHI E VECCHI ADEMPIMENTI: ADEMPIMENTI IN CAPO ALLE AZIENDE SEMPRE PIÙ PESANTI. INTERPELLO DELLA 1° E 2° COMMISSIONE INTERPELLI

nominato dal datore di lavoro. E in linea con quanto statuiscono più norme del D.lgs. n. 81/2008 (come gli artt. 2, comma 1, lettera b-*bis*), 25, comma 1, lettere b) e h), 29), il datore di lavoro ha l'obbligo di nominare il medico competente nei casi di sorveglianza sanitaria indicati dall'art. 41, in particolare nel comma 1, alle lettere a) e b):

“a) nei casi previsti dalla normativa vigente, nonché dalle indicazioni fornite dalla Commissione consultiva di cui all'articolo 6;

b) qualora il lavoratore ne faccia richiesta e la stessa sia ritenuta dal medico competente correlata ai rischi lavorativi”.

Donde una conclusione dirompente. L'art. 5 Statuto dei Lavoratori vieta gli accertamenti sanitari sui lavoratori da parte del datore di lavoro, e a questo divieto deroga l'art. 41, comma 1, D.lgs. n. 81/2008, norma dunque applicabile ai soli casi espressamente e tassativamente previsti. Al di fuori di tali casi, l'unica strada percorribile è quella del controllo sanitario sull'idoneità affidato, non già al medico competente nominato dal datore di lavoro, bensì al medico pubblico nel rispetto del comma 3 dell'art. 5 Statuto dei Lavoratori. Ne consegue un'implicazione destinata a mettere in difficoltà tutte le imprese. Basti riflettere che il datore di lavoro è tenuto a redigere una relazione sulla valutazione di **tutti** i rischi per la sicurezza e la salute durante l'attività lavorativa, nella quale siano specificati i criteri adottati per la valutazione stessa (art. 28, comma 2, lettera a), D.lgs. n. 81/2008), e, dunque, in primo luogo, ad individuare tutti i fattori di pericolo concretamente presenti all'interno dell'azienda. Ma ove e sino a quando non identifichi uno o più rischi riconducibili nell'ambito dell'art. 41, comma 1, D.lgs. n. 81/2008, non risulta obbligato, né legittimato, a nominare quel medico competente la cui collaborazione pur gli sarebbe necessaria per identificare siffatti rischi.

Si comprende allora che gli Interpelli nn.

1/2023 e n. 2/2023, pur ineccepibili, abbandonano le imprese in un dramma originato dalla scelta operata nel D.lgs. n. 81/2008 mediante la limitazione della sorveglianza sanitaria del medico competente alle ipotesi di cui all'art. 41. Riflettiamo, infatti, sui casi non riconducibili nell'art. 41 D.lgs. n. 81/2008, e dunque sui casi in cui l'unica strada percorribile è quella del controllo affidato al medico pubblico. Non per nulla allarma tanto le aziende, per fare un solo esempio, un caso come quello del lavoratore che sembri manifestare disturbi psichici. Solo che la strada del medico pubblico non sempre appare agevolmente e rapidamente percorribile, con il risultato di lasciare le aziende in preda a possibili responsabilità anche penali. Tanto più che il TUSL circoscrive, è vero, la presenza del medico competente, e, dunque, la sua sorveglianza sanitaria, ai soli casi di cui all'art. 41. Ma nel contempo stabilisce a carico del datore di lavoro (e del dirigente) l'obbligo di garantire l'idoneità del lavoratore all'espletamento dei compiti affidati a ciascuno. Leggiamo, infatti, una norma fondamentale, ma da non pochi trascurata, quale l'art. 18, comma 1, lettera c), D.lgs. n. 81/2008: “nell'affidare i compiti ai lavoratori, tenere conto delle capacità e delle condizioni degli stessi in rapporto alla loro salute e alla sicurezza”. Diverse sono le ipotizzabili modalità di adempimento degli obblighi ma comune l'obiettivo di assicurare che il lavoratore sia in condizioni che permettano lo svolgimento in sicurezza dell'attività lavorativa” (come da tempo dice la Corte di Cassazione). Ed è evidente che tra queste modalità è determinante proprio la sorveglianza sanitaria.

Non per nulla, una risalente Circolare del Ministero del Lavoro, la n. 3/2017, proprio in base all'art. 18, comma 1, lettera c), D.lgs. n. 81/2008, si propose di rendere obbligatoria la sorveglianza sanitaria da parte del medico competente al di fuori dei casi espressamente ➤

LA SORVEGLIANZA SANITARIA NUOVI OBBLIGHI E VECCHI ADEMPIMENTI: ADEMPIMENTI IN CAPO ALLE AZIENDE SEMPRE PIÙ PESANTI. INTERPELLO DELLA 1° E 2° COMMISSIONE INTERPELLI

e tassativamente previsti nell'art. 41 D.lgs. n. 81/2008. A questo fine, la Circolare tentò un distinguo tra "tutti i casi in cui la normativa vigente prevede l'obbligo della sorveglianza sanitaria" e "i casi in cui si debba valutare lo stato di salute del lavoratore, al fine dell'affidamento dei compiti specifici, che non dipendono dai rischi presenti nell'ambiente di lavoro, ma dalla capacità del lavoratore stesso di svolgerli (es. lavori in quota, lavori in sotterraneo o in ambienti chiusi in genere, lavori subacquei, ecc.)". E con riguardo alla prima categoria di casi, indicò la violazione dell'art. 18, comma 1, lettera g), D.lgs. n. 81/2008, mentre con riguardo alla seconda categoria indicò la violazione dell'art. 18, comma 1, lettera c), D.lgs. n. 81/2008.

Certo, lo abbiamo appena sottolineato, l'art. 18, comma 1, lettera c), D.lgs. n. 81/2008 contiene una norma di basilare rilievo. E tuttavia una norma di per sé inidonea a rendere obbligatoria la sorveglianza sanitaria da parte del medico competente al di fuori dei casi espressamente e tassativamente previsti nell'art. 41, comma 1, D.lgs. n. 81/2008. Beninteso, sarebbe aprioristico negare che lo stesso medico competente -ove comunque presente in quanto nominato- segnali al datore di lavoro l'esigenza di un ricorso al medico pubblico, ove s'imbatta in un'ipotesi in cui occorra verificare l'idoneità di un lavoratore al di fuori dei casi indicati dall'art. 41, D.lgs. n. 81/2008. Ma si sa che una circolare non può modificare una norma di legge.



RINUNCE IN SEDE CONCILIATIVA: per l'INPS sono imponibili anche le indennità dovute e transatte

• DI ANDREA DI NINO *Consulente del Lavoro in Milano* •

Con l'ordinanza n. 8913 del 29 marzo 2023, la Corte Suprema di Cassazione ha affermato che il versamento della contribuzione previdenziale all'Inps spetta anche sulle somme non erogate al lavoratore quando, a seguito di un accordo in sede conciliativa, quest'ultimo rinunci all'indennità sostitutiva del preavviso.

I fatti di causa hanno visto la Corte d'Appello di Bologna riformare la pronuncia di primo grado e accogliere l'istanza presentata da un'azienda avverso un verbale di accertamento emesso dall'Ips, avente ad oggetto il pagamento dei contributi omessi e dovuti in relazione alle indennità di mancato preavviso non erogate a dei lavoratori licenziati.

I rapporti dei suddetti lavoratori, in particolare, erano stati risolti facendo ricorso all'erogazione di somme corrisposte a titolo di incentivo all'esodo, accordate in sede conciliativa sindacale. In tale sede, pertanto, i lavoratori coinvolti avevano rinunciato, tra l'altro, alle indennità di mancato preavviso previste dalla contrattazione collettiva.

Tanto premesso, la corte territoriale ha ritenuto che le parti, potendo rinunciare all'elemento contrattuale dell'indennità di mancato preavviso, avessero esercitato un diritto disponibile. In relazione a ciò e non essendo stata corrisposta alcuna somma a tale titolo, non poteva scaturire un'obbligazione contributiva.

L'Inps, nel presentare ricorso avverso la decisione della Corte d'Appello, ha illustrato come, a proprio dire, sussistessero i presupposti della violazione o falsa applicazione dell'art. 12, Legge n. 153/69 e dell'art. 1, D.l. n. 338/1989, in materia di "minimale contributivo". Secondo la

parte ricorrente, infatti, gli elementi economico-contrattuali previsti dalla legge quale è "l'indennità di mancato preavviso" prevista dall'art. 2118 c.c., seppur non corrisposte in virtù dell'accordo intercorso tra le parti, sarebbero comunque state imponibili a contribuzione.

In particolare, l'art. 1 del D.l. n. 338/1989 prevede che la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali non possa essere inferiore all'importo delle retribuzioni stabilito dalle leggi. La norma, pertanto, richiama il parametro della retribuzione legale e non quella effettivamente corrisposta al lavoratore. A tal proposito, ad esempio, sono irrilevanti gli inadempimenti del datore di lavoro nei confronti del lavoratore nel pagamento delle retribuzioni. Da questo si deduce, pertanto, che l'obbligazione previdenziale è autonoma da quella retributiva.

A titolo esemplificativo, i giudici della Cassazione hanno ripercorso alcune precedenti pronunce riguardanti accordi per la riduzione dell'orario di lavoro o attinente alla sospensione temporanea della prestazione e conseguente omessa retribuzione. Tali accordi, in definitiva, "non sono opponibili all'Inps" (Cass. n. 15120/2019, Cass. n. 13650/2019), inerendo al rapporto di lavoro e non al distinto rapporto previdenziale, ed essendo il secondo autonomo rispetto al primo, oltre che presidiato dalla regola del minimale contributivo, per cui rileva, ai fini della contribuzione, la retribuzione dovuta per legge. A fronte degli elementi di diritto espressi, la corte ha ribadito che i diritti previdenziali che sorgono a seguito di atti normativi non sono ➤

RINUNCE IN SEDE CONCILIATIVA: PER L'INPS SONO IMPONIBILI ANCHE LE INDENNITÀ DOVUTE E TRANSATTE

disponibili tra le parti contrattuali ed eventuali rinunzie alle somme dovute non sono rilevanti ai fini della determinazione dei contributi previdenziali.

L'azienda, pertanto, pur avendo risolto consensualmente i rapporti di lavoro nell'ambito dell'accordo conciliativo che ha seguito l'intimazione del licenziamento, è tenuta al pagamento dei contributi corrispondenti alle indennità di mancato preavviso che avrebbero dovuto essere corrisposte in mancanza di accordo.

La Corte territoriale, a dire dei giudici di legittimità, non ha applicato i principi di diritto sopra riportati: difatti, la sentenza di appello ha parlato di *"risoluzione consensuale del rapporto"* e di *"rinuncia al diritto all'indennità sostitutiva di preavviso"*, senza considerare che tanto vale nel rapporto di lavoro, ma non nel distinto rapporto previdenziale, essendo la transazione, e quindi la rinuncia al diritto, inopponibile all'Inps.

La Cassazione osserva altresì come l'Inps non abbia richiesto il versamento dei contributi sulle somme pagate in adempimento della transazione, bensì abbia domandato, in base alla regola del minimale contributivo alla quale rileva la retribuzione dovuta secondo legge, il pagamento di *"somme che sarebbero state dovute appunto in forza di legge (art. 2118 c.c.) e aventi titolo nel rapporto di lavoro, a prescindere da quanto poi abbiano stabilito le parti in sede transattiva"*.

In conclusione, e in accoglimento del ricorso presentato dall'Inps, gli Ermellini hanno decretato che la Corte territoriale avrebbe dovuto verificare se, data la volontà di recedere comunicata dalla società, fosse spettata l'indennità sostitutiva di preavviso ai lavoratori, a prescindere poi dal fatto che questa non sia stata pagata in quanto i predetti lavoratori abbiano accettato somme a titolo diverso, ovvero di incentivo all'esodo.



APE SOCIALE 2023: requisiti e valutazione di convenienza

Anticipo pensionistico a carico dello Stato accessibile anche per chi matura i requisiti nel 2023: analizziamo le condizioni da rispettare e la convenienza di questa misura di accompagnamento alla pensione.

• DI NOEMI SECCI *Consulente del Lavoro in Sassari* •

Vola ancora l'Ape sociale, giunta ormai al settimo anno di operatività: la legge di Bilancio 2023 (L. n. 197/2022) ha previsto infatti la proroga di questo strumento di accompagnamento alla pensione, includendo nella platea dei beneficiari coloro che maturano i requisiti richiesti entro il 31 dicembre 2023.

L'**Ape sociale** (art. 1, co. 179, L. n. 232/2016), nel dettaglio, è un'indennità di prepensionamento erogata dall'Inps, che ha la funzione di sostenere il reddito del lavoratore, se appartenente a specifiche categorie tutelate, dai 63 anni di età sino alla maturazione del requisito anagrafico per la pensione di vecchiaia ordinaria (art. 24, co. 6, D.l. n. 201/2011). Considerando che, ad oggi (e almeno sino al 31 dicembre 2024), l'età pensionabile è pari a 67 anni, la durata massima del periodo di scivolo indennizzato è di 4 anni. Tuttavia, in molti si chiedono se usufruire di questa misura di sostegno possa comportare degli svantaggi in termini di pensionamento: per rispondere alla domanda, analizziamo nello specifico lo strumento e prendiamo in esame un caso di studio, che evidenzia l'ammontare della pensione di vecchiaia a seguito di un periodo di Ape sociale ed a seguito del regolare svolgimento dell'attività lavorativa.

REQUISITI

In merito alla possibilità di fruire dell'**anticipo pensionistico** a carico dello Stato, è innanzitutto necessario aver compiuto **63 anni** di età ed aver **cessato l'attività** lavorativa. Successivamente alla decorrenza della prestazione, è possibile rioccuparsi, ma il reddito annuo derivan-

te dal nuovo lavoro non deve superare 8.000 euro per i lavoratori dipendenti o parasubordinati, 4.800 euro per i lavoratori autonomi.

Il beneficiario deve inoltre appartenere a una delle seguenti **categorie tutelate**: disoccupati di lungo corso, invalidi dal 74%, *caregiver* e addetti ai lavori gravosi. Per ciascuna di queste categorie è disposto un differente requisito di contribuzione.

Il beneficiario non deve essere titolare di pensione: laddove acquisisca il diritto ad un trattamento pensionistico durante il periodo di fruizione dell'Ape sociale, l'indennità è revocata dal momento della decorrenza della pensione (Circ. Inps n. 100/2017, p.8).

CONTRIBUTI

I requisiti di **contribuzione** richiesti per l'accesso al prepensionamento con Ape sociale sono:

- 30 anni di versamenti per i disoccupati di lungo corso, per i *caregiver* e per gli invalidi dal 74%;
- 36 anni per gli addetti ai lavori gravosi;
- 32 anni per gli operai edili, per i ceramisti e per i conduttori di impianti per la formatura di articoli in ceramica e terracotta.

Le donne, inoltre, hanno diritto a una riduzione del requisito contributivo pari a un anno per ogni figlio, sino a un massimo di due anni di sconto. Durante il periodo di fruizione dell'indennità, l'Inps non accredita contributi figurativi: questo in quanto il requisito contributivo minimo utile alla pensione di vecchiaia ordinaria (art. 24, co. 6, D.l. n. 201/2011) è generalmente pari a 20 anni e deve essere già raggiunto ►



APE SOCIALE 2023: REQUISITI E VALUTAZIONE DI CONVENIENZA

per accedere all'Ape sociale.

Ad ogni modo, il beneficiario dell'Ape sociale, se lo desidera, può richiedere all'Inps l'autorizzazione al versamento dei contributi volontari, per aumentare l'importo della futura pensione di vecchiaia.

CATEGORIE TULATE

Le categorie beneficiarie dell'Ape sociale sono costituite dai disoccupati di lungo corso, dai *caregiver*, dagli invalidi dal 74% e dagli addetti ai lavori gravosi.

DISOCCUPATI DI LUNGO CORSO

Alla categoria dei **disoccupati di lungo corso** ai fini dell'Ape sociale coloro che risultano:

- in stato di disoccupazione a seguito di licenziamento, anche collettivo, o di dimissioni per giusta causa, o per effetto di risoluzione consensuale nell'ambito della procedura di conciliazione obbligatoria (art. 7, L. n. 604/1966);
- in stato di disoccupazione a seguito di cessazione di un contratto a termine, laddove risultino almeno 18 mesi di periodi di lavoro subordinato negli ultimi 36 mesi.

CAREGIVERS

Appartengono alla categoria dei *caregivers* coloro che assistono, da almeno 6 mesi, il coniuge (o parte dell'unione civile) o un familiare di primo grado, convivente, con *handicap* riconosciuto in situazione di gravità (art. 3, co. 3, L. n. 104/1992).

Può rientrare nella platea dei beneficiari anche chi assiste e convive, da almeno 6 mesi, con un familiare entro il secondo grado, ma in questo caso è necessario che il coniuge o i genitori del disabile abbiano compiuto i 70 anni di età, oppure siano anch'essi affetti da patologie invalidanti o siano deceduti o mancanti.

INVALIDI

Possono beneficiare dell'Ape sociale anche coloro a cui è stata riconosciuta un'**invalidità civile** pari o superiore al 74%.

ADDETTI AI LAVORI GRAVOSI

Appartengono alla categoria degli **addetti ai lavori gravosi** i lavoratori subordinati che hanno svolto per almeno 6 anni negli ultimi 7 anni, o per 7 anni nell'ultimo decennio, un'attività lavorativa particolarmente rischiosa o pesante, che deve far parte dell'elenco di cui alla Tabella A del D.M. del 5 febbraio 2018 o all'All. 3, L. n. 234/2021.

AMMONTARE DELL'INDENNITÀ

Il valore dell'Ape sociale è pari all'importo della rata mensile della pensione calcolata al momento dell'accesso all'indennità, sino al tetto massimo di 1.500 euro mensili lordi, non rivalutabili.

L'indennità, incompatibile con l'indennità di disoccupazione e con qualsiasi tipologia di pensione diretta, è assimilata al reddito di lavoro dipendente dal punto di vista fiscale e dà dunque diritto all'applicazione delle relative detrazioni e, sussistendo i requisiti reddituali, del trattamento integrativo di cui al D.l. n. 3/2020.

DOMANDA DI CERTIFICAZIONE DEI REQUISITI

La domanda per la liquidazione dell'indennità Ape sociale non può essere approvata se prima non è stata inoltrata la domanda di **certificazione del diritto alla prestazione**.

Per certificare il diritto alla prestazione, l'Inps deve verificare la sussistenza delle condizioni per l'accesso all'Ape sociale: i requisiti devono risultare già soddisfatti al momento della presentazione della domanda di certificazione, ad eccezione del requisito anagrafico, dell'anzianità contributiva, nonché della conclusione della fruizione del trattamento di disoccupazione e del periodo di svolgimento dell'attività lavorativa gravosa in via continuativa; queste condizioni, che l'Inps certifica in via prospettica, devono comunque maturare entro la fine dell'anno in corso al momento di presentazione della domanda. Per non perdere ratei di trattamento, coloro che, al momento della presentazione della domanda di certificazione delle condizioni, risultano già in possesso di tutti i requisiti previsti, possono presentare contestualmente anche la domanda ►

APE SOCIALE 2023: REQUISITI E VALUTAZIONE DI CONVENIENZA

di Ape sociale (messaggio Inps n. 163/2020). Qualora risultino perfezionati tutti i requisiti, l'Ape sociale decorre dal primo giorno del mese successivo all'invio della domanda di trattamento, previa cessazione dell'attività di lavoro. Le domande di certificazione, come chiarito dal decreto Lavoro, possono essere presentate entro i termini di scadenza del 31 marzo 2023 o del 15 luglio 2023, nonché, tardivamente, entro il 30 novembre 2023 (le istanze saranno accolte soltanto in caso di sussistenza di risorse residue).

CALCOLO DELL'INDENNITÀ

L'indennità di Ape sociale è pari all'importo della pensione spettante al momento di accesso alla prestazione, senza operare penalizzazioni o ricalcoli con sistema interamente contributivo. Tuttavia, è previsto un tetto massimo di importo, che ammonta a 1.500 euro mensili lordi. Ai fini fiscali, l'indennità è assimilata al reddito di lavoro dipendente.

CASO DI STUDIO

Per comprendere se la fruizione dell'Ape sociale possa riflettersi negativamente sull'importo della futura pensione, osserviamo il seguente caso di studio, relativo a un addetto ai lavori gravosi:

- lavoratore dipendente iscritto presso Inps Fpld;
- data di nascita 10/11/1957;
- addetto a mansioni gravose per almeno 6 anni negli ultimi 7;
- la sua situazione previdenziale presso Inps Fpld, al 30/06/2020 (data ultimo aggiornamento dell'estratto conto certificativo), risulta la seguente:
 - settimane accreditate: 1884, pari ad anni 36, mesi 3;
 - sussistendo la successiva regolare continuazione nel versamento della contribuzione, al 31/12/2020 vi sono anni 36 mesi 9.

Si procede dunque al calcolo relativo alla simulazione dell'indennità di Ape sociale ed al calcolo della pensione di vecchiaia ordinaria successivamente spettante.

DETTAGLIO SITUAZIONE PREVIDENZIALE IPOTIZZATA AL 31-01-2021 (SULLA BASE DEGLI ACCREDITI ORDINARI)

Totale contribuzione: 1914 settimane, pari ad anni 36 mesi 10.

ANNO	CONTRIBUTI UTILI A PENSIONE (IN SETT.)		
	Diritto	Misura	Ret. (Euro)
1970			
1971			
1972			
1973			
1974	13	13	
1975			
1976			
1977	7	7	
1978	44	44	
1979	17	17	€ 810,83
1980	4	4	€ 187,98
1981			
1982	16	16	€ 1.382,03
1983	30	30	€ 2.700,03
1984	9	9	€ 1.219,87
1985	21	21	€ 1.345,37
1986	52	52	€ 6.261,00
1987	52	52	€ 7.684,36
1988	49	49	€ 6.488,76
1989	52	52	€ 8.776,66
1990	49	49	€ 8.573,60
1991			
1992	39	39	€ 10.397,31
1993	52	52	€ 12.971,85
1994	52	52	€ 12.765,27
1995	52	52	€ 13.533,24
1996	52	52	€ 13.377,38
1997	52	52	€ 12.337,55
1998	52	52	€ 16.240,42
1999	52	52	€ 16.138,16
2000	52	52	€ 15.556,65
2001	52	52	€ 17.559,00
2002	52	52	€ 16.734,00
2003	52	52	€ 14.872,00
2004	52	52	€ 21.955,00
2005	52	52	€ 14.509,00
2006	52	52	€ 19.365,00
2007	52	52	€ 21.227,00
2008	52	52	€ 20.464,00
2009	52	52	€ 23.257,00

APE SOCIALE 2023: REQUISITI E VALUTAZIONE DI CONVENIENZA

ANNO	CONTRIBUTI UTILI A PENSIONE (IN SETT.)		
	Diritto	Misura	Ret. (Euro)
2010	52	52	€ 23.729,00
2011	52	52	€ 25.178,00
2012	52	52	€ 23.604,00
2013	52	52	€ 23.683,00
2014	52	52	€ 23.716,00
2015	52	52	€ 24.028,00
2016	52	52	€ 23.972,00
2017	52	52	€ 15.756,00
2018	52	52	€ 24.103,00
2019	52	52	€ 24.664,00
2020	52	52	€ 24.664,00
2021	4	4	€ 2.055,33

CALCOLO APE SOCIALE CON ACCESSO AL 01.02.2021

L'Ape sociale è calcolata con sistema misto (retributivo sino al 31.12.1995, poi contributivo) in quanto l'interessato possiede meno di 18 anni di contributi al 31.12.1995.

Esito elaborazione misura pensione

NOMINATIVO		DATA DI NASCITA		CODICE FISCALE		
Importo della Pensione Annua	Pensione annua lorda (PAL)	Netto	Luogo di nascita		SESSO	M
	€ 15.442,10		Tipo di prestazione	MISTO 1996		
Importo della Pensione Mensile	€ 1.187,85			Verifica Importi soglia	AS*1,2	€ 552,34
Mesi di pensione	13	Contribuzione al 29.1.2021	36A e 10M		AS*1,5	€ 690,42
Data di pensionamento	01/02/2021	Età al pensionamento	63A e 2M		AS*2,8	€ 1.288,78

	RMS	Sett	Quote
Quota A	€ 439,79	454	€ 3.993,32
Quota B	€ 491,48	156	€ 1.533,40
Quota C	-	1304	€ 9.915,37
L. n. 190/2014	-	0	€ 0,00
Totale	-	1914	€ 15.442,10
MONTANTE	€ 200.919,42		

Importo Ape sociale lordo al 01.02.2021: 1.187,85 euro mensili

Importo Ape sociale netto al 01.02.2021: 1.083,00 euro mensili

Il lavoratore riceverà la suddetta indennità

sino alla data del pensionamento per vecchiaia, ipotizzata, in base ai futuri adeguamenti alla speranza di vita previsti, al 01.12.2024.

La pensione spettante alla data risulterà la seguente:

Esito elaborazione misura pensione

NOMINATIVO		DATA DI NASCITA	10.11.1957	CODICE FISCALE		
Importo della Pensione Annua	Pensione Annua Lorda (PAL)	Netto	Luogo di nascita		SESSO	M
	€ 17.343,99	€ 14.482,11	Tipo di prestazione	MISTO 1996		
Importo della Pensione Mensile	€ 1.334,15	€ 1.114,01		Verifica Importi soglia	AS*1,2	€ 552,34
Mesi di pensione	13	Contribuzione al	36A e 10M		AS*1,5	€ 690,42
Data di pensionamento		Età al pensionamento			AS*2,8	€ 1.288,78

Importo pensione di vecchiaia lordo al 01.12.2024: 1.334,15 euro mensili

Importo pensione di vecchiaia netto al 01.12.2024: 1.114,01 euro mensili.

L'importo della pensione di vecchiaia risulta più elevato rispetto a quello dell'Ape sociale, pur non essendo stata accreditata contribuzione aggiuntiva, in quanto:

- le retribuzioni che costituiscono la retribuzione media settimanale delle quote retributive sono rivalutate annual-

mente in base all'indice Foi;

- è rivalutato annualmente anche il montante contributivo, cioè la somma dei contributi accantonati;

• cresce, all'aumentare dell'età pensionabile, il coefficiente moltiplicatore, che trasforma il montante contributivo in assegno di pensione. In caso di continuazione nel versamento della contribuzione in misura pari all'ultimo imponibile (prosecuzione dell'attività lavorativa o versamento di contributi volontari), pari a circa 25.000 euro annui, l'importo lordo della pensione risulterebbe invece pari a € 1.472,61 lordi mensili.

APE SOCIALE 2023: REQUISITI E VALUTAZIONE DI CONVENIENZA**Tabella di riepilogo** (fruizione Ape sociale dal 02.2021 al 11.2024)

TIPOLOGIA DI TRATTAMENTO	IMPORTO LORDO MENSILE	IMPORTO NETTO MENSILE ¹	DECORRENZA
Ape sociale	€ 1.187,85	€ 1.083	01/02/2021
Pensione di vecchiaia a seguito di Ape sociale	€ 1.334,15	€ 1.114,01	01/12/2024
Pensione di vecchiaia a seguito di continuazione dell'attività lavorativa o versamento di contributi volontari	€ 1.512,61	€ 1.260,58	01/12/2024

1. Al netto dell'Irpef, considerando le detrazioni per reddito spettanti.

CONCLUSIONI

Il mancato accredito di contribuzione durante il periodo di Ape sociale, nel caso di specie, comporta una penalizzazione lorda sulla futura pensione di € 178,46 mensili. La differenza è giustificata dal maggiore ammontare del montante contributivo, mentre si registra solo un moderato aumento della retribuzione pensionabile.

Il versamento di contribuzione volontaria per tutto il periodo di fruizione dell'Ape sociale avrebbe però un costo complessivo di € 31.624. Considerando la differenza mensile netta di € 146,57 tra i due trattamenti, il costo si ammortizzerebbe in 213 mesi, ossia in 17 anni e 9 mesi. Considerando però la possibili-

tà di deduzione del costo della contribuzione volontaria dall'imponibile Irpef, il costo si ammortizzerebbe realmente in 183 mesi, pari a 15 anni e 3 mesi. Tale valutazione è ovviamente da considerarsi attendibile soltanto in assenza di altri redditi dell'interessato.

Laddove l'interessato abbia possibilità di scelta, sarebbe da consigliarsi la continuazione dell'attività lavorativa in luogo dell'Ape sociale, per ottenere una pensione maggiore. La fruizione dell'Ape sociale unitamente al versamento di contribuzione volontaria, considerando i lunghi tempi necessari ad ammortizzare i costi sostenuti, non è consigliabile.



L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO non incide sul Tfr*

Qualora il preavviso non sia lavorato avendo esso natura obbligatoria e non reale, il lavoratore ha diritto esclusivamente alla indennità sostitutiva del preavviso ma non anche al suo calcolo nel Tfr

• DI POTITO DI NUNZIO *Consulente del Lavoro in Milano* e DI LAURA ANTONIA DI NUNZIO *Avvocato in Milano* •

L'indennità sostitutiva del preavviso non incide sul calcolo del trattamento di fine rapporto: è la Corte di Cassazione 19 gennaio 2023, n. 1581 ad affermarlo in una sentenza che sta facendo discutere, ma i cui contenuti sono, in realtà, tutt'altro che inediti nel panorama giurisprudenziale.

IL CALCOLO DEL TFR

Per comprendere l'approdo a cui sono arrivati i giudici di legittimità nella sentenza n. 1581/2023 in commento, occorre innanzitutto ricordare come si calcola il Tfr, somma alla quale viene riconosciuta natura di retribuzione differita, a maturazione progressiva, il cui diritto alla percezione sorge unicamente al momento della cessazione del rapporto di lavoro, salvo i casi di anticipo stabiliti per legge. L'art. 2120, comma 2, c.c. dispone che, salvo diversa previsione dei contratti collettivi, la retribuzione annua da prendere a base di calcolo del Tfr comprende tutte le somme corrisposte "in dipendenza" del rapporto di lavoro, "a titolo non occasionale" e con esclusione dei rimborsi spesa. Secondo i giudici di legittimità l'indennità di mancato preavviso non rientra nella base di computo del Tfr "poiché essa non è dipendente dal rapporto di lavoro, essendo invece riferibile ad un periodo non lavorato, una volta avvenuta la cessazione del detto rapporto". Superato infatti l'orientamento secondo cui al preavviso debba essere riconosciuta efficacia reale e dando ormai per assodata, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, la sua natura meramente obbligatoria, se parte recedente sceglie di non far lavorare il preavviso, il rapporto di lavoro cessa immediatamente, col solo obbligo di

corrispondere alla parte non recedente un'indennità parametrata alla retribuzione che sarebbe spettata per il periodo non lavorato. "Ne consegue che il periodo di mancato preavviso deve essere escluso dal computo delle mensilità aggiuntive, delle ferie e del Tfr in quanto essendo mancato l'effettivo servizio, il lavoratore ha diritto esclusivamente alla indennità sostitutiva del preavviso ma non anche al suo calcolo per quel che qui interessa nel Tfr posto che il preavviso di licenziamento non ha effetto reale".

NATURA DEL PREAVVISO: REALE O OBBLIGATORIA?

Pertanto, la prima questione alla quale la Corte ha dovuto rispondere è se l'indennità sostitutiva del preavviso sia o meno da ritenere una somma che "dipende" dal rapporto di lavoro, ossia un importo dovuto quale corrispettivo della controprestazione cui il lavoratore è tenuto nei confronti di parte datoriale. La risposta a tale quesito necessitava però di un precedente chiarimento circa la natura da riconoscere al preavviso, se reale od obbligatoria. Fino a pochi anni fa l'opinione dominante in dottrina e in giurisprudenza riteneva che il preavviso avesse efficacia reale, ossia che il rapporto di lavoro e le connesse obbligazioni proseguissero a tutti gli effetti per l'intera durata del preavviso, salva l'ipotesi di accettazione da parte del lavoratore dell'indennità sostitutiva del preavviso. Secondo l'ormai superata teoria dell'efficacia reale del preavviso, parte datoriale non poteva scegliere a sua insindacabile discrezione se far lavorare il preavviso o risolvere immediatamente il rapporto alla consegna del recesso con pagamento dell'indennità sostitutiva: se il lavoratore non accettava l'indennità, il rapporto di lavoro ➤

* Pubblicato su *Corriere delle Pagine*, 9 marzo 2023.



L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA DEL PREAVVISO NON INCIDE SUL TFR

proseguiva fino alla scadenza del periodo di preavviso contrattualmente previsto, con conseguente prosecuzione di tutte le obbligazioni connesse al rapporto, comprese la maturazione della retribuzione, delle ferie, del Tfr, ecc.

Il lavoratore, dal canto suo, rimaneva imbrigliato al rapporto ormai concluso, non potendo impegnarsi in un altro rapporto di lavoro fino al termine del periodo di preavviso, in quanto doveva considerarsi a disposizione del datore di lavoro recedente fino alla scadenza del preavviso.

I MOTIVI DELLA DECISIONE DELLA CASSAZIONE

L'orientamento ormai prevalente, basandosi su un'interpretazione più fedele alla lettera della norma contenuta nell'art. 2118 c.c., ricollega all'istituto del preavviso natura meramente obbligatoria, attribuendo alla parte recedente il diritto potestativo di determinare se il preavviso debba essere lavorato, con conseguente prosecuzione del rapporto di lavoro fino a scadenza del termine, oppure debba essere indennizzato, con cessazione immediata del rapporto di lavoro. Dunque, in questa diversa prospettiva se effettivamente viene prestata durante il preavviso attività lavorativa, il dipendente maturerà tutti gli emolumenti legati al rapporto di lavoro, compresa l'incidenza sul Tfr delle somme retributive percepite in questo periodo; se invece il lavoratore viene esonerato dal prestare in servizio il periodo di preavviso, la relativa indennità non potrà essere annoverata tra i compensi che, ai sensi del secondo comma dell'art. 2120 sopra citato, formano la base di calcolo del Tfr, in quanto non "dipende" dal rapporto di lavoro, quanto piuttosto dalla sua risoluzione.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Sicuramente si tratta di una sentenza che creerà un nutrito dibattito, nonostante - lo si ripete - enunci un principio di diritto già sostenuto in precedenza in qualche sentenza della Suprema Corte (tra le più recenti, Cass. Civ. Sez. Lav., 05/10/2009, n. 21216 e Cass. Civ. Sez. Lav., 27/08/2015, n. 17248), anche se non rappresentava un approdo consolidato. Dibattito che può avere un senso solo se il contratto collettivo applicato non prevede la modalità di calcolo del

Tfr. Diversamente il dibattito è inesistente. Infatti, si ricorda che il legislatore disciplina le modalità di calcolo del Tfr solo nel caso in cui il contratto nulla prevede in tal senso.

E proprio in quest'ultima ipotesi che si inserisce il dibattito in quanto aveva indotto molti operatori, seppure in via prudenziale, a riconoscere al lavoratore licenziato l'incidenza dell'indennità sostitutiva del preavviso sul Tfr, emolumento la cui erogazione potrà essere in futuro omessa proprio sulla base del pronunciamento in commento.

Alcuni commentatori hanno già sostenuto la disparità di trattamento economico che tale principio di diritto fa conseguire ad una mera scelta discrezionale di parte datoriale a discapito del lavoratore.

Il riconoscimento dell'indennità sostitutiva in luogo del preavviso lavorato porterà a parte datoriale un risparmio economico non indifferente, considerato anche l'attuale coefficiente di rivalutazione del trattamento di fine rapporto, e conseguentemente una perdita considerevole per il lavoratore.

Si ritiene tuttavia che i giudici di legittimità abbiano coerentemente tratto da premesse generalmente condivise, quali l'obiettivo contenuto della norma contenuta nell'art. 2120, comma 2 c.c. e la natura obbligatoria del preavviso, le corrette conclusioni.

L'indennità sostitutiva del preavviso non può essere intesa come somma che dipenda (leggasi "legata e conseguente") al naturale e fisiologico svolgimento del rapporto di lavoro; si tratta piuttosto di un indennizzo che - seppur parametrato alla retribuzione persa per il periodo di preavviso non prestato - non può produrre tutti i benefici che solo l'effettiva prestazione può generare. Tanto più che non rientra neppure nel concetto di "non occasionalità" richiesto dal menzionato art. 2120 c.c. per le somme da annoverare nella base di calcolo del Tfr.

Una volta consolidato l'orientamento che sostiene la natura obbligatoria del preavviso, non potrà che consolidarsi - come logica conseguenza - anche il principio di diritto per cui nel calcolo del Tfr non incide l'indennità sostitutiva del preavviso.



■ **DIRIGENTI APICALI: ANNA CASALINO ANALIZZA COME SI RAPPORTANO IL DIRITTO ALLE FERIE, IL POTERE DI AUTODETERMINAZIONE DELLE STESSE E LA INDENNIZZABILITÀ DELLE FERIE NON GODUTE**

FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: spetta l'indennità sostitutiva?*

• DI ANTONELLA ROSATI *Ricercatrice Centro Studi Unitario Ordine dei Consulenti del Lavoro Provincia di Milano - Ancl Up Milano* •

A partire dalle indicazioni contenute nell'ordinanza della Cassazione n. 6262 del 24 febbraio 2022, l'Autrice si interroga su quell'orientamento giurisprudenziale che considera il potere di autodeterminazione delle ferie del dirigente apicale idoneo a precluderne la monetizzazione in caso di cessazione del rapporto di lavoro. L'analisi viene svolta attraverso una ricostruzione normativa entro la quale deve essere ricondotto il diritto alle ferie nonché le più recenti pronunce con cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ne ha affermato il rango di diritto sociale fondamentale dell'Unione Europea.

PREMESSA

Il tema con cui è chiamata a confrontarsi la Corte di Cassazione nella fattispecie di cui all'ordinanza n. 6262/2022 riguarda la verifica di quell'orientamento secondo cui al dirigente dotato di funzioni verticistiche non sarebbe accordata, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, la monetizzazione delle ferie non fruitive, stante il potere che egli avrebbe di determinare autonomamente il periodo entro il quale reintegrare le proprie energie psico-fisiche.

La stesura del contributo che qui si ripropone, avvenuta in concomitanza con la pubblicazione della sentenza Cass. civ. n. 18140/2022 intervenuta sul medesimo tema nel settore pubblico, ha sollecitato un interessante raffronto tra le due pronunce.

DUE FATTISPECIE PARTICOLARI

Nel caso di cui all'ordinanza Cass. civ. n. 6262/2022, a fronte di un rapporto di lavoro giornalistico dirigenziale, il ricorrente incidentale ha sottoposto all'attenzione dei giudici di legittimità la violazione di legge cui sarebbe incorso la Corte territoriale nel momento in cui ha ritenuto assorbente l'accertamento circa il potere di autodeterminazione delle ferie di cui egli era dotato, nonché l'assenza di ragioni di servizio che ne giustificassero la presenza in ufficio anche durante il periodo di ferie e ha così escluso il diritto del lavoratore a vedersi corrispondere l'indennità sostitutiva delle ferie non godute. Il fatto che il lavoratore abbia ricoperto un ruolo dirigenziale nell'ambito di una società di telecomunicazioni stimola alcune riflessioni circa l'attività giornalistica che, per le modalità di svolgimento, sfugge all'esatta definizione del numero delle ore di lavoro e della loro distribuzione.

Non meno speculativa è la fattispecie sottoposta all'attenzione della Cassazione nella sentenza Cass. civ. n. 18140/2022.

In questo caso, il medesimo tema dell'autodeterminazione delle ferie viene confrontato con le peculiarità del rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione, lì dove l'accesso del dirigente alla monetizzazione delle ferie non godute è esclusa non da una costruzione giurisprudenziale ma da una disposizione legislativa, l'art. 5, comma 8, D.l. n. 95/2012, necessitato da esigenze di *spending review*¹. ➤

* Sintesi dell'articolo pubblicato ne LG, 2/23 dal titolo *Il diritto alle ferie del dirigente nel dialogo tra le Corti*.
1. Sul punto si vedano i contributi di M. Corti, *Legislazione anticrisi e diritto alle ferie: i difficili equilibri della Corte costituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, fasc. 4,

2016, 1129 ss.; M. Isceri - G. Iorio, *La monetizzazione delle ferie tra legge italiana e Diritto eurounitario: presupposti e implicazioni*, nota a Cass. Civ., Sez. lav., 12 febbraio 2020, n. 3476, ord., in *Lavoro e previdenza oggi*, 9, 2020, 631 ss.



FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: SPETTA L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA?

Muovendo da questi due casi, l'interrogativo di cui è stata recentemente investita la Suprema Corte ha riguardato la compatibilità con la disciplina europea di quella tendenza a ritenere l'accertamento del solo potere di autodeterminazione delle ferie del dirigente quale elemento preclusivo l'indennizzo sostitutivo.

Il tentativo ordinatorio del presente contributo opera una distinzione tra tre regimi di tutela, enucleati alla luce delle concrete modalità di accesso alla fruizione delle ferie, dell'eventuale conseguimento dell'indennità sostitutiva e della configurabilità di una tacita rinuncia.

Un primo piano di indagine riguarda la regola generale della commutabilità delle ferie in indennità sostitutiva per il lavoratore che non abbia potuto fruirne.

A un secondo livello si colloca la vicenda giuridica dei dirigenti.

Infine, la peculiare condizione dei dipendenti pubblici, schiacciati tra le esigenze di contenimento della spesa pubblica e la difficoltà di ritagliarsi del tempo per reintegrare le proprie energie psico-fisiche, dovendo fronteggiare quotidianamente endemiche carenze di organico.

INQUADRAMENTO SISTEMATICO DEL DIRITTO ALLE FERIE

Già nel 1936 la Convenzione OIL n. 52 prevedeva, all'art. 2, il diritto di ogni lavoratore a ferie retribuite per un periodo minimo di sei giorni continuativi in un anno di lavoro.

Successivamente, all'interno della Carta Sociale Europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961, gli Stati membri del Consiglio d'Europa si impegnarono, all'art. 2, a garantire il godimento di ferie retribuite, nella misura di almeno quattro settimane annue.

Nello stesso senso anche la Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata nel Consiglio Europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989, che stabilì al punto 8 il diritto per ogni lavoratore della Comunità europea al riposo settimanale e a ferie

annuali retribuite.

Venendo all'ordinamento giuridico italiano, il terzo comma dell'art. 36 Cost. è chiaro nel definire il diritto alle ferie quale diritto irrinunciabile del lavoratore².

La loro funzione precipua consisteva nel ritemperare le energie psico-fisiche di ogni lavoratore senza distinzioni di sorta e tanto non necessariamente una volta decorso un anno di svolgimento ininterrotto della prestazione, ammettendo la Corte costituzionale un bisogno minore ma proporzionato alla quantità di lavoro svolto.

L'interpretazione di questa finalità si è andata affinando, puntando le ferie a consentire anche la soddisfazione di esigenze ricreative e culturali del lavoratore, nonché la sua partecipazione attiva alla vita familiare.

I giudici di legittimità hanno altresì chiarito che porre i lavoratori nella condizione di fruire di un periodo di svago e di riposo è una necessità che coinvolge anche il datore, non solo perché obbligato dall'art. 2087 c.c. ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro ma anche in quanto interessato a conseguire un più proficuo rendimento dei dipendenti, una volta ritemprati dal periodo di ferie³. L'avvento della Dir. CE n. 88/2003, e in particolare del suo art. 7, trasferito dal legislatore italiano nell'art. 10, D.lgs. n. 66/2003, ha concorso a definire alcuni aspetti concreti circa le modalità entro le quali il lavoratore deve esercitare tale diritto⁴.

La norma, al primo comma, fissa in quattro settimane annue la durata minima delle ferie di cui almeno due continuative, a richiesta del lavoratore, devono necessariamente essere concesse nell'anno di maturazione, mentre la fruizione delle restanti due può rinviarsi, ma sempre entro il limite temporale dei diciotto mesi successivi al primo termine.

Non solo il lavoratore deve fruire delle ferie, ma non può accettare un corrispettivo economico sostitutivo.

2. Si esprimono in questi termini le ben note sentenze della Corte cost. 10 maggio 1963, n. 66 e Corte cost. 19 giugno 1990, n. 297.

3. Su questo punto la già citata sentenza

della Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 616.

4. R. Riviero, *La nuova disciplina delle ferie tra obblighi comunitari e principi costituzionali*, in LG, 2006, 12, 1163.

FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: SPETTA L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA?

È stato osservato⁵ come il fatto che il legislatore ha previsto la possibilità di compiere il rapporto ai diciotto mesi successivi delle due restanti settimane di ferie non fruite entro l'anno di maturazione deve essere interpretato quale elemento rivelatore di un *favor* verso l'effettivo godimento, in luogo dell'accantonamento di un tesoretto di riposi non goduti. Laddove però il rapporto sia cessato senza che l'ammontare di ferie non godute sia stato estinto, al lavoratore verrà corrisposta un'indennità, la cui natura giuridica è oggetto di un dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Le difficoltà interpretative sembravano essere state composte da una soluzione mediana emersa in giurisprudenza che deponeva a favore di una natura mista⁶, animata da una componente prevalentemente risarcitoria, che fisserebbe pertanto la prescrizione in termini ordinari, alla quale si aggiungerebbe una innegabile connotazione retributiva.

Premessa la copertura costituzionale del diritto alle ferie e la sua irrinunciabilità, non sfugge che resta da esaminare il disposto codicistico *ex art.* 2109 c.c. che, al comma 2, rimette all'imprenditore la collocazione temporale delle ferie.

LA COLLOCAZIONE TEMPORALE DELLE FERIE NEL CONFRONTO TRA LE PARTI

La definizione del momento in cui il lavoratore può godere di quel periodo di ricreazione rappresentato dalle ferie è infatti ricondotta a una prerogativa del datore di lavoro, ascrivibile all'esercizio del suo potere organizzativo⁷.

Rispetto a una programmazione unilaterale del periodo feriale, il lavoratore è solo titolare della mera facoltà di comunicare, in maniera tempestiva, il periodo in cui vorrebbe usufruire delle ferie, ma non può alimentare una legittima aspettativa che le istanze manifestate

trovino accoglimento.

Il datore di lavoro dovrà infatti bilanciare gli interessi del lavoratore con le esigenze dell'impresa, conformando questa valutazione a un canone di buona fede⁸.

Stabilito dunque il piano ferie, nel contemperamento tra le prevalenti esigenze aziendali e l'interesse del lavoratore, il datore di lavoro deve comunicarlo ai dipendenti con congruo anticipo.

Si ritiene tuttavia in dottrina⁹ come, dinanzi all'inerzia della parte datoriale, il lavoratore che non ne abbia sollecitato l'adempimento, rispetto all'attribuzione delle ferie, conservi sia la possibilità di agire per il risarcimento del danno¹⁰ ai sensi dell'art. 2087 c.c., sia il diritto a vedersi corrispondere l'indennità sostitutiva.

Quest'ultimo aspetto trova conforto in quella giurisprudenza che, se da un lato preclude al lavoratore ogni possibilità di agire in autotutela, dall'altro nega la configurabilità di un comportamento concludente per il caso in cui questo, parte debole del rapporto, non abbia sollecitato il datore di lavoro¹¹.

Dinanzi a una giurisprudenza che non riconosce al silenzio del lavoratore valore abdicativo del diritto alle ferie, appare quindi di difficile inquadramento quell'orientamento che ribalta il sistema delle garanzie per il lavoratore in posizione dirigenziale, in particolare di tipo apicale.

IL POTERE DI AUTODETERMINAZIONE DELLE FERIE DEL DIRIGENTE

Oggetto di un vivace scambio dialettico tra Corte di Cassazione e Corte di Giustizia dell'Unione Europea, il paradigma sedimentatosi nella giurisprudenza muoveva dal presupposto per il quale il lavoratore in posizione dirigenziale fosse contrattualmente forte, al punto da avere una particolare autonomia nella gestione e organizzazione delle modalità di svolgimento della ➤

5. F.V. Ponte, *La tutela del diritto alle ferie: dalla protezione della salute alla realizzazione delle esigenze della vita non lavorativa della persona*, in Arg. dir. lav., 4-5, 2014, 1218

6. Per la natura mista dell'indennità sostitutiva si segnalano Cass. Civ. 26 luglio 2013, n. 18168; Cass. Civ. 9 luglio 2012, n. 11462; Cass. Civ. 27 novembre 2012, n. 21028.

7. In giurisprudenza *ex plurimis* Cass. Civ. n. 25159/2014; Cass. Civ. n. 21918/2014; Cass. Civ. n. 18166/2013; Cass. Civ. n. 9816/2008;

Cass. Civ. n. 7951/2001. In dottrina G. Ferraiù, *In tema di determinazione del periodo feriale*, nota a Cass. Civ., Sez. lav., 12 giugno 2001, n. 7951, in LG, 2002, I, 56.

8. *Ex plurimis* Cass. Civ. 24 ottobre 2000, n. 13980, in Riv. it. dir. lav., 2001, II, 504 (nota di: Calafà). Sul tema del bilanciamento tra interesse aziendale e interesse del lavoratore si è espresso anche il Ministero del Lavoro con la circ. 3 marzo 2005, n. 8/2005.

9. P. Ichino - L. Valente, *L'orario di lavoro e i riposi*. Art.2109, in F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice civile Commentario*, 2012, 393 ss.

10. In tal senso Cass. Civ. 29 gennaio 2016, n. 1756.

11. In dottrina M.G. Mattarolo, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva?* Nota a Corte di Giustizia CE, Grande Sez., 20 gennaio 2009, n. 350/06, in questa Rivista, 2009, 5, 467.

FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: SPETTA L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA?

propria prestazione lavorativa, del proprio orario di lavoro e del periodo di riposo.

Il pericoloso assioma che veniva a crearsi precludeva automaticamente al dirigente, che non avesse autodeterminato le ferie, l'accesso alla monetizzazione.

Il mancato godimento veniva infatti imputato alla scelta del lavoratore di non esercitare la facoltà di fruirne liberamente quando avesse voluto, anziché a un inadempimento datoriale rispetto alla definizione e tempestiva comunicazione del piano ferie, quasi a configurare nella quiescenza del dirigente una tacita rinuncia a quello che tuttavia è stato chiaramente definito dalla Carta costituzionale come diritto irrinunciabile del lavoratore, nonché posto a presidio della tutela della sua salute psico-fisica.

Le valutazioni necessarie a verificare se al lavoratore spettasse l'indennità sostitutiva si scontravano tuttavia con il proliferare di figure dirigenziali convenzionali nonché con le sempre più sfumate distinzioni gerarchiche tra i dirigenti di vertice, intermedi e minori.

La dottrina aveva allora definito relativa¹² la presunzione a tenore della quale al dirigente appartenesse la prerogativa di definire autonomamente il proprio periodo feriale, ben potendosi rinvenire figure dirigenziali sprovviste di tale potere, alle quali avrebbe dovuto quindi essere corrisposta l'indennità sostitutiva delle ferie non godute, per non essere dipesa la mancata fruizione dalla loro volontà.

Laddove invece fosse emersa in giudizio la capacità di fruire delle ferie indipendentemente da ogni condizionamento o intromissione datoriale, il dirigente, tendenzialmente in posizione apicale, sarebbe riuscito a conseguire la monetizzazione per la mancata fruizione dei riposi solo dimostrandone la riconducibilità a oggettive necessità aziendali.

Sul piano processuale, e in particolare sotto il profilo dell'onere della prova, è stato chiarito¹³ come spetti al datore di lavoro sollevare l'eccezione relativa alla sussistenza in capo al dirigente del potere di autodeterminazione delle ferie.

A questa eccezione il lavoratore avrebbe dovuto reagire contro eccependo l'impossibilità di accedere al riposo, a causa di sopravvenute urgenze aziendali.

IL DIVIETO DI MONETIZZAZIONE DELLE FERIE ANCHE IN CASO DI CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO NEL PUBBLICO IMPIEGO

Le nubi per i dipendenti pubblici si addensano ulteriormente.

Il regime di *austerità*, imposto dal contesto socioeconomico entro il quale nel 2012 si è insediato il Governo Monti, ha infatti comportato l'adozione di una serie di misure volte al contenimento della spesa pubblica.

Tra queste è l'art. 5, D.l. n. 95/2012, ancora in vigore, che al comma 8 stabilisce in particolare che le ferie, i riposi e i permessi spettanti al personale, anche di qualifica dirigenziale, delle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, sono obbligatoriamente fruiti secondo quanto previsto dai rispettivi ordinamenti e non danno luogo in nessun caso alla corresponsione di trattamenti economici sostitutivi con la conseguenza che dovranno essere disapplicate eventuali disposizioni più favorevoli contenute nella contrattazione collettiva.

È evidente il disallineamento rispetto alla disciplina prevista per i dipendenti del settore privato, nonché lo scollamento dalla disciplina nazionale e comunitaria che sorregge l'istituto delle ferie.

Appaiono condivisibili i dubbi di costituzionalità della norma sollevati dal Tribunale di Roma nel 2015¹⁴, ai quali tuttavia non ha dato ➤

12. P. Dui, *Dirigenti e autodeterminazione delle ferie*, in LG, 2009, II, 1154. In dottrina si veda anche il contributo di F. Lunardon, *Irrinunciabilità del diritto alle ferie, indennità sostitutiva e responsabilità del datore di lavoro*, in Giur. it., 2020, 10, 2190 ss.

13. Cass. Civ. 14 marzo 2016, n. 4920, in

Riv. it. dir. lav., 2016, II, 795 ss. con nota di F. De Falco. In dottrina anche M. Frediani, *Ferie non godute e prova liberatoria della responsabilità datoriale*, in questa Rivista, 2004, 8, 757.

14. Trib. Roma, Sez. lav., 5 maggio 2015, n. 193, ord. (in G.U., 7 ottobre 2015, n. 40).

FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: SPETTA L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA?

seguito la Consulta: la Corte Costituzionale ha rigettato la questione, in quanto una norma che punta a scongiurare un uso distorto della monetizzazione non potrebbe dirsi contraria alla Costituzione.

La decisione tuttavia non soddisfa.

Se da un lato, infatti, può ritenersi condivisibile il tentativo di impedire la prassi dell'intenzionale mancato godimento delle ferie da parte del lavoratore, il quale preferisca accantonarle e conseguire, al momento della cessazione del rapporto, una cospicua indennità sostitutiva, al contempo il divieto di monetizzazione non si è rivelato una strategia efficace. Con particolare riferimento alla categoria dei dirigenti pubblici, le perplessità sono corroborate dal fatto che l'esperienza ci consegna realtà entro le quali il loro diritto alle ferie è quotidianamente frustrato da situazioni di emergenza e carenze di organico che impediscono la programmazione e l'effettivo godimento del periodo di riposo.

Il dirigente pubblico si ritrova così dinanzi alla scelta tra il perseguimento dell'interesse pubblico o privato, nella consapevolezza che sacrificare il proprio diritto alle ferie non comporterebbe alcuna attribuzione in termini economici in caso di cessazione del rapporto ma cedervi, quando intervengano urgenze indifferibili, lo esporrebbe a profili di responsabilità.

Le armi a difesa del dirigente che abbia assecondato il prevalente interesse pubblico appaiono limitate in ultima istanza alla sola ordinaria azione per il risarcimento del danno da incolpevole mancato godimento del diritto alle ferie¹⁵.

IL DIRITTO ALLE FERIE NEL PRISMA DELL'ART. 31 DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

Sullo scenario legislativo e giurisprudenziale sin qui tracciato, si sono innestate a partire dal 2016 alcune pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, i cui rilievi

scardinano tanto l'automatismo che tradizionalmente colpisce i dirigenti in regime di impiego privato, quanto la particolare legislazione prevista per i pubblici dipendenti.

L'approccio è animato da due presupposti.

Il primo attiene alla condizione di debolezza contrattuale del lavoratore e dunque alla necessità che gli vengano chiaramente rappresentati gli effetti pregiudizievoli cui talune condotte, in particolare di tipo omissivo, lo espongono.

Un secondo fondamentale aspetto preso in considerazione consiste nel dato per il quale il diritto alle ferie permea tutto l'apparato legislativo dell'Unione Europea e, ancor prima di essere codificato nell'art. 31 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, è un diritto comune alle tradizioni costituzionali dei Paesi che l'hanno sottoscritta.

In particolare, nel caso *Max Planck Institute*¹⁶, la Corte di Lussemburgo è stata investita dell'interpretazione del secondo paragrafo dell'art. 7, Dir. 2003/88.

Nel caso di specie, il datore di lavoro aveva invitato il lavoratore a fruire delle ferie, omettendo tuttavia di calendarizzarle.

Il lavoratore ne fruiva per alcuni giorni e, una volta cessato il rapporto, rivendicava l'indennità sostitutiva per l'ammontare di ferie mai fruito.

La Corte getta un faro sulla comunicazione che deve avvenire tra datore di lavoro e lavoratore ai fini della programmazione della collocazione temporale delle ferie, nonché sul grado di trasparenza a cui questa deve essere informata.

Solo nel caso in cui il datore di lavoro lo abbia concretamente posto nella condizione di beneficiare delle ferie e, ciò nonostante, il lavoratore si sia scientemente determinato nel senso di non goderle, pur consapevole delle conseguenze giuridiche pregiudizievoli che ne sarebbero per lui determinate, a quel punto l'automatismo dell'estinzione del diritto e dell'impossibilità di monetizzare i riposi non goduti non sarà in contrasto con l'art. 7, Dir. 2003/88. ▶

¹⁵ Si veda in proposito Corte cost. n. 286/2013, punto 9.3 del considerando in diritto e Corte cost. n. 95/2016, motivi della decisione punto 4.

¹⁶ Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV contro Tetsuji Shimizu, C-684/16, sentenza del 6 novembre 2018.

FERIE DEI DIRIGENTI APICALI: SPETTA L'INDENNITÀ SOSTITUTIVA?

Spetterà al datore di lavoro l'onere di dimostrare in giudizio di aver utilizzato la massima diligenza per porre il dipendente nella condizione di fruire delle ferie e per informarlo delle conseguenze che si sarebbero prodotte nella sua sfera giuridica in caso di mancato godimento. Una tale soluzione giuridica trova il proprio fondamento nella definizione che la Corte dà delle ferie, quale diritto che assurge al rango di diritto sociale fondamentale dell'Unione Europea, con due conseguenze di primario rilievo. La prima è che ai diritti fondamentali gli Stati membri non possono apportare modifiche. In secondo luogo, avere ricondotto il diritto alle ferie all'art. 31 della Carta, e dunque a un principio essenziale del diritto sociale dell'Unione, consente alla Corte di affermarne la natura imperativa e incondizionata. Conclude la Corte affermando che l'art. 31 della Carta UE conferisce al lavoratore il diritto di agire in giudizio contro il proprio datore di lavoro, invocando l'applicazione al caso concreto di quello che dunque è un diritto sociale fondamentale dell'Unione. Al contempo, il giudice nazionale investito della controversia dovrà disapplicare la normativa interna che preveda l'estinzione del diritto alle ferie per il lavoratore che non sia stato posto nella condizione concreta di usufruirne.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

In che modo i principi sanciti dalla Corte di Giustizia hanno influenzato il diritto del lavoro italiano? Purtroppo, questo radicale cambio di pro-

spettiva non è stato recepito dall'ordinanza Cass. Civ. 24 febbraio 2022, n. 6262 che conclude l'esame del caso ribadendo che il lavoratore era dotato del potere di determinare autonomamente le proprie ferie e finisce col considerare questo unico elemento condizione sufficiente perché il dirigente perdesse il diritto a vedersi corrisposta l'indennità sostitutiva, così tradendo il modello europeo. La sentenza Cass. Civ. n. 18140/2022 si segnala invece per aver assunto una posizione più aderente a quanto indicato dalla Corte di Giustizia, rimproverando, infatti, alla Corte del merito di non aver verificato se il datore di lavoro si fosse attivato per fare in modo che il lavoratore fruisse delle ferie e in quale misura l'endemica insufficienza di organico emersa in giudizio ne avesse impedito il godimento. Entrambe, pur palesando una diversa sensibilità nei confronti del tema sottoposto, hanno avuto il merito di disegnare il percorso verso il superamento di quel retaggio che faceva conseguire automaticamente dall'accertato potere di autodeterminazione delle ferie del dirigente la preclusione della monetizzazione dei riposi non fruiti, obbligando interamente il lavoratore a dimostrare la sussistenza di ragioni impeditive la fruizione e imputabili alla parte datoriale.

Il risultato è un orientamento maggiormente garantista nei confronti del lavoratore, nonché più coerente con l'inquadramento del diritto alle ferie quale diritto sociale fondamentale dell'Unione Europea.

VALUTARE PER VALORIZZARE E POTENZIARE l'efficacia della prestazione

Alcuni recenti sondaggi rilevano che il 91% dei responsabili delle risorse umane è preoccupato per il *turnover* dei dipendenti nell'immediato futuro.

“Mentre l'economia continua a riprendersi dalle interruzioni causate dalla scorsa pandemia, le organizzazioni si trovano ad affrontare un mercato del lavoro molto diverso ed estremamente competitivo rispetto agli anni passati”, ha dichiarato Jamie Kohn, direttore dello studio sul tema promosso da Gartner (società americana di ricerca strategica). “Mentre molti stanno vivendo un numero *record* di ruoli aperti, le aziende stanno anche cercando di mitigare il *turnover* represso dei dipendenti”.

Si potrebbe parlare di una vera e propria guerra dei talenti che spinge molte aziende a interrogarsi sull'effettiva efficacia delle strategie di *employee retention* riferita alle risorse considerate “pregiate”.

Come è noto, nel linguaggio degli specialisti di HR, l'*employee retention* è quell'insieme di strategie pensate per far restare in azienda le persone che vi lavorano, dandogli delle motivazioni solide per scegliere di non spostarsi in altre organizzazioni, anche qualora se ne presenti la possibilità.

Tuttavia, è difficile comprendere quali possono essere le migliori strategie di *employee retention* da adottare senza prima aver attivato adeguati processi di valutazione che consentano di capire meglio l'effettivo valore e peso della risorsa disponibile, le sue potenzialità di sviluppo, le sue motivazioni, le sue insoddisfazioni.

Per questa ragione mi addenterò nel mondo della valutazione in ambito organizzativo esplorando da vicino significati, metodi e contenuti.

IL PROCESSO DI VALUTAZIONE

Gestire le persone significa applicare strumenti/metodi e ricorrere a modelli interpretativi per ottimizzare il rapporto tra il sistema delle risorse professionali disponibili e il sistema degli obiettivi da raggiungere.

Consideriamo l'azienda, o lo studio professionale, come un sistema aperto (ovvero, come un insieme di elementi interconnessi e interdipendenti che lavorano insieme per raggiungere un obiettivo comune) che è influenzato dalle forze esterne come il mercato, la concorrenza, la tecnologia, i cambiamenti nella normativa (e così via), e che, a sua volta, influisce sull'ambiente esterno attraverso le attività che sviluppa. Potremmo dire che gestire le risorse umane significa saper integrare opportunamente il sistema organizzativo con il comportamento individuale dei dipendenti, dove il “come farlo” dipende dalle caratteristiche del sistema organizzativo stesso e dalla qualità del comportamento atteso. Per attuare questo tipo di integrazione, è indispensabile ricorrere a percorsi valutativi che consentano di comprendere anzitutto qual è lo “stato dell'arte” dell'azienda e delle risorse che vi operano. La valutazione è, quindi, uno strumento fondamentale della gestione delle risorse umane che consente di analizzare e verificare la *performance*, avere elementi oggettivi su cui basarsi per orientare ➤

opportunamente i collaboratori a raggiungere gli obiettivi aziendali mediante la coerente valorizzazione delle qualità professionali di ciascun dipendente.

Di fatto, anche se decidiamo di non esercitarla in maniera esplicita e formalizzata, la valutazione è una modalità inevitabile: pensiamo a tutte le volte che abbiamo osservato un collega o un collaboratore nel proprio lavoro e ci siamo fatti un'idea della qualità della sua prestazione attribuendogli un giudizio del tipo: "ok" non "ok", "giusto" o "sbagliato". Ne consegue che la valutazione è un meccanismo a cui tutti siamo soggetti e, affinché possa risultare fruttuoso, è necessario che venga esercitato consapevolmente ed in maniera strutturata e precisa. Perché una valutazione risulti efficace è necessario che sia ancorata a definiti parametri / categorie, che verta su un oggetto specifico e limitato e che sia manifesta.

È noto che il processo di valutazione è, il più delle volte, condizionato da aspetti soggettivi e che la differenza tra oggettività e soggettività in una valutazione riguarda il grado di imparzialità che viene messo in atto attraverso il presidio del nesso tra giudizio espresso ed eventi oggettivi. Una valutazione è tanto più obiettiva quanto più si basa su prove e fatti verificabili, indipendentemente dalle opinioni e dalle esperienze personali del valutatore.

Certamente, chiunque valuta può incorrere in errori, dato che i "filtri percettivi" che possono influenzare la valutazione sono sempre in agguato. Eccone alcuni: i così detti "bias cognitivi", che sono distorsioni relative alla nostra capacità di elaborare le informazioni. Per esempio, la tendenza a confermare le nostre credenze preesistenti rispetto a qualcosa o a qualcuno, ignorando le informazioni contrarie; i preconcetti basati sull'etnia, sull'età, sul genere, sull'orientamento sessuale o su altre caratteristiche di chi abbiamo davanti; le emozioni del momento che ci possono condurre ad essere indulgenti piuttosto che severi nel giudizio su qualcuno; il contesto in cui avvie-

ne la valutazione; le esperienze personali pregresse (se abbiamo avuto esperienze negative in passato con una determinata persona potremmo valutarla in modo negativo anche in futuro, nonostante le diverse circostanze).

Essere consapevoli dei filtri percettivi che influenzano la valutazione porta a ricercare il modo di minimizzare il loro impatto, mirando ad ottenere un livello di obiettività accettabile. Da qui il ricorso a metodi e strumenti opportuni che possono aiutarci in questa direzione. Ma cosa occorre valutare in azienda?

LA VALUTAZIONE DEL POTENZIALE

La valutazione del potenziale è l'analisi delle capacità «potenziali» che non vengono abitualmente espresse nell'attività lavorativa quotidiana di *routine*, ma che potrebbero essere indagate, valorizzate ed incoraggiate per la crescita professionale del lavoratore al fine di migliorare la sua *performance* e favorire lo sviluppo di carriera. È particolarmente utile nei casi in cui è necessario attivare processi di diversificazione tra carriera manageriale e tecnico-professionale, nelle situazioni di proiezione del lavoratore verso nuove aree di attività o nei casi di attribuzione di nuovi incarichi strategici per l'organizzazione.

Le principali finalità della valutazione del potenziale sono: garantire flessibilità all'organizzazione, promuovere un sistema di coerenza tra ruolo e scelta di chi lo ricopre, orientare lo sviluppo ed i piani di carriera, finalizzare le azioni formative e i relativi piani.

La valutazione del potenziale è utile e funzionale quando è rapportata ad una determinata posizione organizzativa e ad un ruolo «atteso» che deve essere preventivamente precisato e scrupolosamente descritto.

Riguardo ai metodi, lo strumento d'elezione è *l'assessment center* che è un intervento diagnostico volto a valutare l'insieme delle caratteristiche che si ipotizza siano presenti in un individuo, ma che non sono ancora state espresse o ►

comunque non sono risultate visibili nella consuetudine lavorativa. Come ho già avuto modo di precisare nel mio articolo precedente (vedi Sintesi - mese di febbraio 2023), è opportuno che *l'assessment* venga gestito da psicologi del lavoro (o comunque mediante una *partnership* fra consulente del lavoro e psicologo) che hanno competenze adeguate per effettuare correttamente sia la progettazione che la rilevazione di “come” e “cosa” si vuole indagare.

LA VALUTAZIONE DELLA PRESTAZIONE

Per valutazione della prestazione si intende il processo attraverso il quale il capo diretto rileva, analizza e gestisce la performance del collaboratore. La prestazione è il raffronto fra i risultati conseguiti dal lavoratore in relazione agli obiettivi assegnati in un arco di tempo convenzionato. La valutazione della *performance* è importante per diverse ragioni: in primo luogo, aiuta le organizzazioni a identificare i dipendenti che stanno fornendo un valore aggiunto e quelli che potrebbero aver bisogno di migliorare; in secondo luogo è un'occasione per stimolare il collaboratore ad agire sulle proprie aree critiche; in terzo luogo è un mezzo per sviluppare piani di carriera e percorsi di crescita coerenti e pertinenti. Senza valutazione non è possibile fornire al collaboratore *feedback* precisi e circostanziati sul proprio operato e quindi renderlo consapevole delle proprie aree di miglioramento.

In sintesi, possiamo dire che i principali obiettivi della valutazione della prestazione sono: 1) sviluppare la competenza, la motivazione e la qualità della performance; 2) favorire lo sviluppo personale e professionale; 3) fornire al dipendente un *feed back* franco ed oggettivo sul proprio andamento; 4) facilitare e migliorare la comunicazione fra capo e collaboratore; 5) orientare e sviluppare le prestazioni verso gli obiettivi attesi; 6) decidere in merito ad eventuali incrementi retributivi; 7) sviluppare percorsi di formazione coerenti.

Gli oggetti di questo tipo di valutazione sono

essenzialmente i risultati ottenuti dal lavoratore in relazione agli obiettivi assegnati (“*cosa*” è stato fatto) e i comportamenti organizzativi agiti dallo stesso (“*come*” è stato fatto). Per procedere adeguatamente, si rende anzitutto necessario definire con precisione la *prestazione attesa*, per poi confrontarla con la *prestazione effettiva* prodotta dal collaboratore. Va ricordato che il processo di valutazione della prestazione è strettamente collegato a quello di sviluppo del dipendente.

Possiamo individuare 5 fasi chiave del processo di valutazione: 1) definizione ed attribuzione degli obiettivi; 2) individuazione dei KPI (*Key Performance Indicators*); 3) rilevazione dei risultati e dei comportamenti; 4) colloquio di sviluppo; 5) azioni di sviluppo.

Relativamente alla prima fase, è particolarmente importante individuare gli obiettivi da attribuire in una logica “*SMART*”, ovvero sottoporre gli obiettivi a dei criteri di formulazione precisi, ricordando che un obiettivo per essere correttamente formulato è utile che sia: specifico (ben individuato e concreto), misurabile (espresso in numeri o in indicatori), ambizioso (adeguatamente sfidante), realistico (raggiungibile date le risorse e i tempi a disposizione), tempificato (connotato da una scadenza entro cui è necessario venga raggiunto).

Venendo alla seconda fase del citato processo, va detto che i KPI (*Key Performance Indicators*) sono un insieme di elementi quantificabili che vengono utilizzati in azienda per valutare le prestazioni dei collaboratori e per monitorare il conseguimento degli obiettivi strategici ed operativi. Di fatto sono una metrica per misurare l'andamento dei processi aziendali rispetto agli obiettivi prefissati. I KPI, per risultare funzionali, devono essere in grado di mettere in evidenza se l'azienda sta compiendo progressi verso il raggiungimento dei propri obiettivi ed espressi numericamente, in maniera tale da consentire un'adeguata comparazione dei valori durante le fasi di monitoraggio.

La scelta dei KPI aziendali più adatti dipende dalla tipologia dell'organizzazione e dalle mete che si intendono raggiungere. Per definirli correttamente, può essere utile ricorrere ad alcune domande, per esempio: quali KPI esprimono ciò che si vuole raggiungere ed entro quando? Servono a verificare se si è sulla buona strada per raggiungere gli obiettivi? Sono utili per strutturare il sistema premiante in una logica meritocratica? Sono facilmente condivisibili? Sono semplici da comprendere? Sono rilevanti in questo momento per il raggiungimento degli obiettivi? Sono in grado di mostrare lo stato di avanzamento verso l'obiettivo? Sono facilmente misurabili? Sono comparabili anche a distanza di tempo? Alcuni esempi di KPI possono essere: % completamento di un progetto nel tempo definito; % traguardi raggiunti secondo la tabella di marcia prospettata; numero ore pianificate vs ore effettive; % capacità delle risorse; scostamento del *budget* (pianificato vs effettivo); numero di errori; numero reclami dei clienti; ritorno sull'investimento (ROI).

La fase tre del processo di valutazione contempla la rilevazione dei risultati e dei comportamenti che può essere realizzata mediante l'osservazione diretta di come opera il collaboratore, l'analisi degli *output* da lui prodotti, la raccolta di informazioni a 360° mediante questionari di autovalutazione ed etero-valutazione (somministrati a capi, colleghi, clienti). Sicuramente, il «segreto» di una efficace valutazione consiste nello stimolare nel collaboratore un processo di leale autovalutazione che accresca la sua consapevolezza rispetto ai propri punti di forza e alle proprie aree di miglioramento e di sviluppo professionale.

Tuttavia, qualsiasi sia il metodo di valutazione utilizzato, è di fondamentale importanza che i risultati della valutazione vengano elaborati, comunicati e commentati in maniera opportuna in un colloquio *ad hoc* fra capo e collaboratore (fase 4, colloquio di sviluppo). Il *setting* del colloquio di sviluppo è caratterizzato da un incontro, formale istituzionalizzato e tem-

pificato, fra responsabile e collaboratore durante il quale è possibile analizzare e commentare i dati raccolti per trarre informazioni e spunti non solo sugli aspetti migliorativi della prestazione, ma anche sulle prospettive di sviluppo carriera e sugli aspetti motivazionali relativi al percorso professionale previsto nel futuro. Affinché tale incontro risulti efficace e produttivo, è necessario che vengano presidiate alcuni stadi del colloquio. Lo stadio iniziale: è il momento in cui è importante che il responsabile trasmetta disponibilità all'incontro e serenità di approccio, dichiari l'obiettivo e la durata dell'incontro, spieghi le modalità di procedere che verranno utilizzate, verifichi la reale disponibilità all'ascolto e all'interazione da parte del collaboratore. Lo stadio centrale è il momento della condivisione delle valutazioni e quindi è utile invitare il collaboratore ad esprimere la propria autovalutazione e ad esternare il proprio punto di vista integrato da esempi concreti e dati. È opportuno argomentare comunanze e differenze fra le due valutazioni, sviluppare i punti chiave, essere consequenziali, dedicare il tempo necessario a sciogliere eventuali nodi critici rispondendo con chiarezza alle domande poste dal collaboratore e alle eventuali obiezioni, gestendo con calma e serenità i punti di disaccordo. Lo stadio finale è quello in cui è opportuno richiamare e sintetizzare i principali punti toccati, tirare le conclusioni ri-puntualizzando le aspettative e gli obiettivi di sviluppo identificati, comunicare disponibilità e supporto e concludere in maniera positiva, richiamando gli aspetti di utilità del colloquio ed esprimendo frasi di incoraggiamento.

Infine, la fase cinque prevede l'individuazione e la realizzazione delle azioni di sviluppo che consiste nello stilare e nell'attuare un piano di intervento per colmare il "gap" fra prestazione effettuata e prestazione attesa. Tale piano può contemplare sia compiti specifici attribuiti al dipendente, utili ad allenare alcune capacità volte a migliorare la prestazione, sia supporti ►

quali affiancamenti, formazione mirata, step intermedi di monitoraggio dell'andamento della prestazione (insieme al proprio Responsabile)

LA VALUTAZIONE DELLE COMPETENZE

La rilevazione delle competenze, intese come l'insieme di conoscenze, capacità e comportamenti attivati in un contesto dato, è una pratica che permette di ottimizzare le risorse umane disponibili, migliorare la produttività, pianificare lo sviluppo professionale e gestire l'eventuale *turnover*. Le competenze, sia tecniche che trasversali, sono ciò che una persona dimostra di saper fare, intellettualmente ed operativamente, in relazione ad un obiettivo, compito o attività in un determinato contesto professionale. Le prime (quelle tecniche) consentono al soggetto di svolgere attività specifiche nell'ambito di una determinata professione, sono settoriali, specialistiche, necessarie per poter svolgere adeguatamente alcuni compiti. Le seconde (le trasversali o "*soft skills*") sono invece il complesso delle abilità e qualità che caratterizzano il comportamento professionale di un soggetto e si stanno rivelando sempre più determinanti per favorire il successo professionale di persone e aziende.

Per poter rilevare in maniera strutturata e pertinente le competenze possedute dalle risorse interne all'organizzazione, è necessario redigere il repertorio delle competenze attese che consiste nella specifica e dettagliata descrizione delle competenze funzionali all'esercizio di un determinato ruolo. Il repertorio rappresenta l'insieme delle competenze comportamentali organizzative riconosciute come rilevanti dall'azienda per ottenere le prestazioni auspiccate.

All'interno del "repertorio" le competenze trasversali possono essere suddivise in 4 macroaree, che diventano oggetto di valutazione: 1) Cognitiva. È l'area degli elementi intellettivi, considera la predisposizione al ragionamento logico, la capacità di scomporre un problema nei suoi fattori costitutivi, l'abilità dell'individuare criticità ed elaborare ipotesi di soluzione. 2) Realizzati-

va. Area degli elementi legati all'azione e alla capacità di incidere sul contesto; riguarda la determinazione verso il raggiungimento degli obiettivi, il *problem solving* operativo e la capacità di anticipare gli eventi mettendo in atto iniziative pertinenti. 3) Relazionale. Riguarda l'area degli elementi attinenti alla sfera dell'interazione con gli altri. Ha a che fare con l'abilità nel comunicare, nel comprendere le esigenze altrui e con la capacità di lavorare in squadra. 4) Gestionale. È l'area degli elementi attinenti al coordinamento delle attività di riferimento e la gestione delle risorse disponibili. Riguarda la propensione ad identificare obiettivi e priorità, a programmare attività, ad utilizzare metodi di gestione e controllo, a presidiare gli interlocutori con autonomia e responsabilità decisionale.

Ogni competenza, rientrando in una delle categorie sopra descritte, può essere identificata da uno specifico "titolo", da una "definizione" che ne spiega il significato ed essere precisata da una "declaratoria", cioè chiarita da dei "descrittori comportamentali" che la connotano per consentire a chi valuta di essere in grado di rilevare i «segnali visibili» che denotano la sua presenza. Ciascuna competenza, così descritta, può essere valutata mediante appositi questionari e griglie di osservazione.

La conoscenza del livello di competenze possedute da singoli professionisti permette di comprendere quali possono essere le ragioni di una prestazione poco soddisfacente e di individuare l'eventuale delta da colmare mediante opportuni interventi formativi.

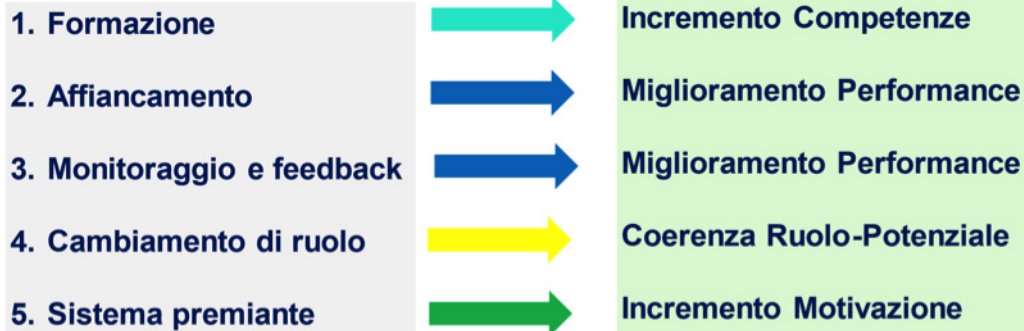
CONCLUSIONI

L'attuazione di un coerente processo valutativo è la base per individuare le strategie più pertinenti di *employee retention*, strategie che possono riguardare il creare un ambiente di lavoro positivo e stimolante in cui i dipendenti si sentano valorizzati e apprezzati, il fornire opportunità di formazione e sviluppo professionale ➤

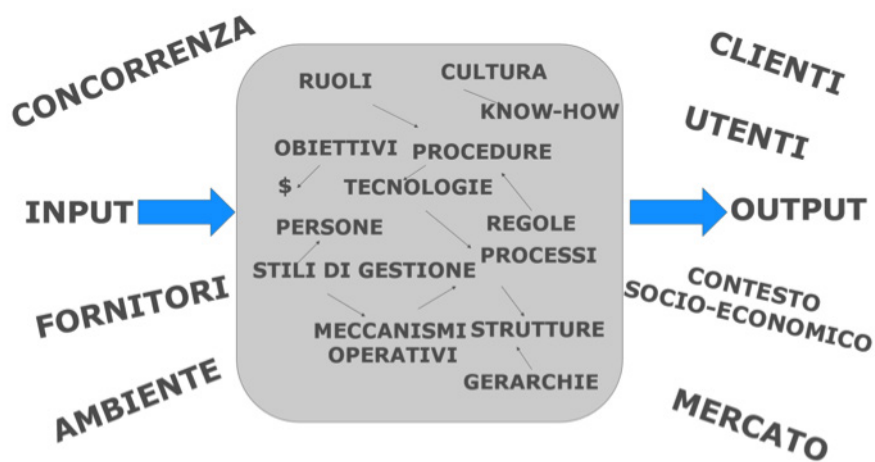
volti a migliorare le competenze e a favorire la crescita professionale, il riconoscere e premiare le prestazioni di qualità, l'offrire vantaggi come

la flessibilità d'orario, la possibilità di lavorare da remoto o altri *benefit* volti a migliorare la qualità lavorativa e di vita del collaboratore.

AZIONI DI SVILUPPO



ORGANIZZAZIONE COME SISTEMA APERTO



BIBLIOGRAFIA DI RIFERIMENTO

<https://www.gartner.com/en/newsroom/press-releases/09-30-21-gartner-survey-reveals-ninety-one-percent-of-hr-leaders-are-concerned-about-employee-turnover-in-the-immediate-future>

Andrea Castiello D'Antonio - (2005) Il colloquio di valutazione delle prestazioni. Tecniche e metodi operativi per condurre il colloquio valutativo tra capo e collaboratore - Franco Angeli

Andrea Castiello D'Antonio - (2020) Il capitale umano nelle organizzazioni. Metodologie di valutazione e sviluppo della prestazione e del potenziale - Hogrefe

William Levati, Maria V. Saraò - (2016) Il modello delle competenze - Franco Angeli

Maurizio Agnesa (2020) - Psicologia manageriale. La gestione psicologica delle risorse umane - Libreriauniversitaria.

A PROPOSITO DI adempimenti inutili e costosi...

Ti capita a volte di imbatterti in norme la cui ragione sfugge, a meno che (il sospetto è legittimo) non vi sia qualcuno che attraverso di esse persegue interessi particolari. Ora permetterete l'argomento un po' particolare e forse anche fuori tema rispetto a questa Rivista (ma in tema ci torneremo in un attimo) ma vorrei parlare degli adempimenti di "trasparenza e pubblicità" previsti dalla L. n. 124/2017, art. 1, commi 125-129 (come sostituito dall'art. 35 del D.l. n. 34/2019, ed eventuali modifiche ed integrazioni - che quelle non mancano mai). Tranquilli, non facciamo come il legislatore, che ti spara in faccia 27 riferimenti di legge e poi ti lascia lì come un pesce appena pescato a boccheggiare tramortito fra Gazzette Ufficiali e banche dati per capire cosa diavolo voglia dalle nostre povere vite.

Le norme in questione prevedono, in due parole, che - per "adempimenti di trasparenza e pubblicità" di cui sfugge a prima vista la ragione sostanziale - i soggetti che avessero ricevuto nel 2022 dalle Autorità Pubbliche dei contributi, delle sovvenzioni e/o dei vantaggi non aventi carattere generale, se non sono tenuti alla redazione della nota integrativa, sono obbligati entro il 30 giugno 2023 a segnalare la cosa nel proprio sito *web*. Se il sito *web* non ce l'avessero, la medesima segnalazione può essere fatta nel portale digitale "dell'associazione di categoria di appartenenza". Pena una non risibile sanzione amministrativa.

Ora, sono necessarie alcune annotazioni.

La prima è che con un pensiero ingenuo un'anima semplice come quella che scrive sarebbe istintivamente portata a pensare che a tale proposito è stato istituito un "Registro nazio-

nale degli aiuti di Stato" (www.rna.gov.it/RegistroNazionaleTrasparenza). Uno riceve uno o più aiuti - o come dice la norma "sovvenzioni, sussidi, contributi o aiuti, in denaro o in natura, non aventi carattere generale e privi di natura corrispettiva, retributiva o risarcitoria" - e la cosa viene annotata in quel posto apposito. Chiunque nel pubblico corrisponda una provvidenza del genere ad un soggetto, lo iscrive nel registro suddetto e il gioco (cioè la trasparenza) è fatto. Ma chissà, forse non è così e i fiumi, fiumicelli, rivoli e rigagnoli degli aiuti si dipanano come una foce a delta, e così, senza obbligo da parte di chi li corrisponde di segnarli nel registro, qualcosa si perde per strada. Ora i casi sono due: o chi eroga questi contributi è obbligato a segnarli nel registro (e se non lo fa è una mancanza dell'erogatore, e non del beneficiario) oppure questo obbligo per taluni enti non sussiste (e allora è una mancanza del legislatore). Anche perchè trasparenza vorrebbe che tutti questi aiuti fossero lì, belli in evidenza e consultabili da chiunque in un pubblico registro.

Dopo di che, un'annotazione nella nota integrativa - se un soggetto è tenuto a redigerla - sembra un fatto normale, quasi scontato: nel rendere conto delle particolarità di gestione sicuramente avere ricevuto contributi del genere è una cosa che sembra opportuno evidenziare. Ma il resto?

Per quale motivo si deve inserire questa informazione (sia pure se i contributi superano i 10.000 euro nell'anno) in un portale *web* aziendale? A chi giova questa informazione e come e quanto è reperibile e consultabile in tal modo?

Ora a pensar male si farà anche peccato, ma visto che molte aziende, soprattutto quelle di ▶

piccole dimensioni, la nota integrativa non sono tenute a farla e del sito *web* non sono provviste, ecco che arriva il salvataggio: pubblica il dato (inutile) sul portale *web* della tua categoria. La tua associazione ti salva, ti protegge, pensa a te (sembra la pubblicità della Coop): te lo dicono le norme. Che ogni tre per due sulle associazioni di categoria spingono, attraverso di esse ti è suggerito di fare molte cose, dalle richieste di cassa integrazione alla rappresentanza in questo o quel consesso o alla presentazione di una domanda (guarda un po') per l'ottenimento di contributi (magari anche con un qualche canale privilegiato). Assòciati, ti dice la legislativa manina amica (delle associazioni), è più utile e conveniente.

Qui si possono offrire molte riflessioni.

La prima è che la libertà di associazione è anche, costituzionalmente, una libertà negativa. Ma oggi sempre di più si spingono le aziende ad associarsi. Che sia un bene o un male non so dire, che sia quasi un obbligo mi pare una cosa un po' poco democratica. Un non associato deve godere degli stessi diritti e delle medesime facilitazioni di un associato, se no è discriminazione (oggi va di moda dire così, ormai la discriminazione da questione seria è diventato il "prezzemolo giuridico").

La seconda è una mera curiosità: con quale criterio si indica la possibilità di indicarle sul sito dell'associazione di categoria? Cos'ha in più un sito di un'associazione rispetto ad un altro sito? Mettiamo che una società si occupi di agevolazioni, non potrebbe essere ugualmente efficace pubblicarle sul sito di quella società? O perché non sul sito del proprio commercialista o consulente del lavoro? Perché non sul sito della propria squadra del cuore (è più facile che cambi l'associazione rispetto a quella)? Si noti che è un'annotazione sostanzialmente poco utile (così com'è costruita), un intralcio, un orpello normativo. Però porta acqua a qualcuno che magari porta acqua di ritorno a chi ha previsto questa cosa (qualcuno lo chiama lobbismo, che non è vietato ma che non deve costringere a cose inuti-

li/dannose). Insomma, sarà anche un momento di siccità ma quest'acqua appare un po' sporca, non tanto buona da bere.

La terza annotazione si collega alla seconda ed è che le associazioni di categoria sono primariamente un luogo di rappresentanza. Quindi chi si associa conferisce loro un mandato (e non è cosa indifferente perché poi è sostanzialmente obbligato a rispettare ciò che la sua associazione sottoscrive - un caso eclatante è la parte c.d. obbligatoria dei contratti collettivi), tuttavia le associazioni stanno sempre più diventando dei centri di affari economici, portatori di interessi privatistici - ad esempio mostruosi erogatori di servizi - e che entrano in competizione sul mercato beneficiando di spintarelle come quella di cui stiamo parlando (non è qualcosa di palese, sembra più un "effetto *Nudge*", è un meccanismo subliminale di indirizzo). Il tutto nel sonno più totale dell'autorità garante, per cui "il" problema paiono essere più spesso i professionisti, specie se ordinistici.

Prendete le ricchissime casse edili (si dice al plurale, perché sono tante quanto, più o meno, le province, ed ognuna ha regole di funzionamento diverse, una vera meraviglia gestionale): sono gestite da associazioni di categoria privatissime ma stanno diventando sostanzialmente obbligatorie, pena grossi disagi e penalizzazioni per le aziende. Qualcuno si è mai preoccupato di esaminarne e regolarne il funzionamento e la gestione? Ma è un tema che riguarderebbe pure gli altri Enti bilaterali (anch'essi spinti tantissimo), e ne riparleremo un'altra volta.

La quarta ed ultima riflessione è anch'essa strettamente collegata alla terza ed è che usciti dal mondo del corporativismo (che in alcuni settori, neanche tanto mascherato, sussiste ancora) se un'associazione è fonte di lucro perché non far nascere associazioni come funghi? Ci sono tanti vantaggi, dal *dumping* contrattuale alla gestione di enti bilaterali farlocchi o di enti formativi altrettanto pretestuosi, ma in grado di convogliare interessantissimi fiumi di denaro. Nuove associazioni, che vanno ad erodere un pezzettino di torta ad associazioni ➤

di categoria più tradizionali (ma sempre tutti con le mani nella torta stanno).

Ma stiamo forse dicendo che le associazioni di categoria sono “il male”? No, nessun manicheismo e massimo rispetto dei ruoli. È che le associazioni di categoria (e lo stesso potremmo dire per le associazioni dei lavoratori) a dispetto di tanto parlare sulla libertà sindacale, sulla responsabilità sociale, sulla rappresentanza etc. possono sostanzialmente fare ciò

che vogliono (e lo fanno...), ricevono considerevoli spinte (come nel caso che ha dato il pretesto per queste righe, ma che è solo un piccolissimo esempio) spesso anche sotterranee, non particolarmente visibili, insomma non sempre brillano per specchiata gestione e trasparenza (anche quando della trasparenza si cerca di farle, posticciamente, garanti). Tutto qui.

Una qualche riflessione la meriterà prima o poi tutto questo, no?

LICENZIAMENTI E DIMISSIONI: la rinuncia al preavviso da parte del non recedente



E non è necessario perdersi in astruse strategie, tu lo sai, può ancora vincere chi ha il coraggio delle idee.

(R. Zero, "Il coraggio delle idee")

Ci imbattiamo spesso in sentenze che - al di là delle più o meno condivisibili motivazioni giuridiche - non convincono per i principi ivi affermati, una cosa che dovrebbe spingere un attento legislatore ad intervenire prontamente per evitare che il consolidarsi di tali orientamenti possa danneggiare posizioni soggettive ugualmente meritevoli di tutela. Una di queste è la sentenza della **Corte di Cassazione n. 27934 del 13 ottobre 2021**.

I FATTI IN CAUSA

Il caso riguarda le dimissioni di un dirigente che aveva manifestato la propria volontà di cessare il lavoro alla scadenza del periodo di preavviso previsto dal Ccnl.

La società datrice di lavoro informava il lavoratore di rinunciare al preavviso lavorato disponendo la cessazione con effetto immediato del rapporto di lavoro. Veniva in pratica rifiutata la prestazione lavorativa offerta, senza però corrispondere alcunché al lavoratore a titolo risarcitorio per il periodo di lavoro che lo stesso si era dichiarato disponibile a lavorare.

LA DECISIONE

Nel considerare legittimo l'operato del datore di lavoro, la Corte parte da un primo assunto ovvero che *l'istituto del preavviso, comune alla maggior parte dei contratti di durata a tempo indeterminato ... adempie alla funzione economica di attenuare per la parte che subisce il recesso - che è atto unilaterale recettizio di esercizio di un diritto potestativo - le conseguenze pregiudizievoli della cessazione del contratto*.

Prosegue ancora precisando che *in caso di licenziamento si ritiene che il preavviso abbia la*

funzione di garantire al lavoratore la continuità della percezione della retribuzione in un certo

lasso di tempo al fine di consentirgli il reperimento di una nuova occupazione; in caso di dimissioni del lavoratore il preavviso ha la finalità di assicurare al datore di lavoro il tempo necessario ad operare la sostituzione del lavoratore recedente.

In questo passaggio la Corte evidenzia solo l'interesse della parte che subisce gli effetti della cessazione del rapporto senza considerare, sottovalutandole, le possibili ragioni che hanno spinto il recedente a porre fine al rapporto di lavoro.

Gli Ermellini si soffermano poi sul tema dell'efficacia, reale o obbligatoria, del preavviso ritenendo che ciò sia decisivo della questione affermando che, ove si optasse per *la natura reale del preavviso, con diritto quindi della parte recedente alla prosecuzione del rapporto fino alla scadenza del relativo periodo, non potrebbe ipotizzarsi una rinuncia della parte non recedente idonea a determinare la immediata estinzione del rapporto di lavoro*.

Nel caso invece se ne riconosca l'efficacia obbligatoria, il preavviso può ben essere considerato *quale mero obbligo (accessorio e alternativo) dell'esercizio del recesso; la parte recedente è libera di optare tra la prosecuzione del rapporto durante il periodo di preavviso e la corresponsione a controparte dell'indennità (con immediato effetto risolutivo del recesso)*.

E fin qui, parlando della parte *recedente*, potremmo pure condividere.

Sono le conclusioni che ne seguono che destano quale perplessità soprattutto ove si so-

UNA PROPOSTA AL MESE

stiene, dapprima, che *dalla natura obbligatoria dell'istituto in esame discende che la parte non recedente, che abbia - come nel caso di specie - rinunciato al preavviso, nulla deve alla controparte, la quale non può vantare alcun diritto alla prosecuzione del rapporto di lavoro fino a termine del preavviso* e subito dopo che *alcun interesse giuridicamente qualificato è, infatti, configurabile in favore della parte recedente; la libera rinunciabilità del preavviso esclude che ad essa possano connettersi a carico della parte rinunziante effetti obbligatori in contrasto con le fonti dell'obbligazioni indicate nell'art. 1173 cod. civ.* Proviamo ad analizzare meglio queste due affermazioni.

IL DIRITTO ALLA PROSECUZIONE DEL RAPPORTO

Cominciamo col primo punto affrontato dagli Ermellini ovvero la natura obbligatoria o reale del preavviso. Detto che *nulla questio* sugli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità circa l'efficacia obbligatoria del preavviso, non possiamo esimerci dall'evidenziare come tale questione si ponga solo ed esclusivamente in merito alle conseguenze di tale qualificazione sul *"preavviso non lavorato"* da cui dipende la quantificazione della relativa indennità sostitutiva. Parliamo di malattie sopravvenute, di successivi aumenti contrattuali ma anche delle quote di mensilità supplementare, ferie e trattamento di fine rapporto.

Ma quando si parla di *"efficacia obbligatoria del preavviso lavorato"* si utilizza - a parere di chi scrive - una terminologia impropria perché tale periodo è semplicemente un normale periodo di lavoro dove l'*efficacia reale* non è in discussione. Il fatto che vi sia stata una preventiva manifestazione di volontà di cessare, un domani, il rapporto di lavoro non significa nulla considerato che tale incombenza risulta necessaria per evitare le pregiudizievoli conseguenze economiche collegate all'eventuale mancato rispetto dei termini di preavviso.

In sostanza la manifestazione di volontà di cessare il rapporto di lavoro è finalizzata ad individuare il giorno in cui si vuole che terminino

gli effetti del contratto. Se voglio andarmene un determinato giorno lo devo dire tot giorni prima per una semplice ragione di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto; se non lo faccio ne subirò le conseguenze. Non significa assolutamente che il giorno di comunicazione di tale volontà è quello in cui il recedente intende cessare il proprio rapporto, considerando quindi il periodo di preavviso lavorato una sorta di "fastidio" da rispettare a tutela del solo ricevente, che quindi potrebbe pure rinunciarvi. Seguendo questo ragionamento la disdetta data ad un contratto di locazione, formulata nel rispetto del preavviso, dovrebbe essere qualificata come disponibilità ad abbandonare immediatamente l'immobile.

Intendiamoci, potrebbe anche essere che un lavoratore abbia interesse ad una risoluzione immediata del rapporto (pensiamo ad una improvvisa migliore offerta di lavoro) ma questa disponibilità dovrà essere accertata dalle parti che, nel caso, saranno libere, ma sempre di comune accordo, di regolamentarla come meglio credono.

Al contrario la Cassazione equipara il recesso per dimissioni ad un *«Voglio andarmene ora; se vuoi sono disposto a lavorare il preavviso altrimenti anche a me va bene chiuderla lì.»* in una sorta di presunzione assoluta che risulta spropositata anche in considerazione della seconda conclusione della Corte, sopra riportata, che andiamo ad analizzare.

L'INTERESSE GIURIDICAMENTE TUTELATO

Abbiamo visto come la Corte ritenga che nel caso di volontà a cessare un rapporto lavorativo non sia configurabile nel preavviso alcun interesse giuridicamente qualificato in favore della parte recedente.

Ma siamo davvero certi che sia così?

Proviamo ad ipotizzare una azienda che opti, suo malgrado, per la cessazione dell'attività e quindi, fatti due calcoli circa gli ordinativi residui da evadere, abbia individuato al 31 ottobre 2023 la data in cui non avrà più bisogno dei propri lavoratori e quindi comunichi a tut- ➤

UNA PROPOSTA AL MESE

ti i dipendenti, nel rispetto del preavviso, il licenziamento.

Vogliamo davvero permettere che i lavoratori lo abbandonino prima di tale data senza pagare pegno alcuno e che siano ugualmente considerati dei "licenziati"?

Siamo così certi che il povero datore di lavoro non meriti una minima tutela?

Pensiamo anche al lavoratore che, a fronte di un periodo di preavviso di una sola settimana, in un'ottica di correttezza verso l'azienda, segnali la volontà di cessare il proprio rapporto di lavoro con qualche mese di anticipo. Stando al ragionamento della Corte, per la quale pare essere la data di manifestazione della volontà di porre fine al rapporto lavorativo il momento in cui scaturisce il diritto dell'azienda di rinunciare al preavviso, il datore potrebbe cessare da subito, mesi prima, il rapporto? Siamo certi che il lavoratore non meriti una qualche attenzione?

Ma soprattutto pensiamo al caso di un lavoratore che sa che maturerà i requisiti di accesso alla pensione il 31 luglio 2023, che per dimettersi deve rispettare un periodo di preavviso di qualche mese e che quindi a inizio maggio presenti al datore di lavoro le proprie formali dimissioni. Vogliamo permettere che la decisione del datore di lavoro di porre fine immediatamente al rapporto influisca sul diritto al pensionamento del lavoratore che sarà così costretto a cercarsi, per qualche mese, una nuova occupazione in una fascia d'età che rende la cosa non certo facile?

Siamo così certi che l'aspirante pensionato non meriti una maggiore attenzione?

LA CAUSA DEL CONTRATTO

Volendo cercare delle giustificazioni giuridiche alla nostra critica - chiaro, comunque, che ciò che qui si pone è una questione di buon senso - potremmo partire dal concetto di *causa del contratto* su cui dottrina e giurisprudenza hanno discusso per anni.

Non è certo intenzione di chi scrive tediarsi riproponendo tale dibattito ma appare utile richiamare alle contrapposte tesi.

Secondo una prima opinione, quella che si rifà alla *teoria della funzione economico-sociale o teoria oggettiva*, la causa è la finalità, come detto economico-sociale, del contratto, funzione che si risolve nella sintesi dei suoi effetti essenziali. Così si sostiene che in una compravendita la causa è semplicemente lo scambio di cosa contro prezzo. Stando invece alla *teoria soggettiva* la causa è lo scopo delle parti, ma non tutti gli scopi che spingono all'atto, bensì solo lo scopo ultimo, quello oggettivato nel negozio.

In base alla terza teoria, ovvero la *teoria della funzione economico-individuale*, la causa è nello scopo pratico del contratto.

Per anni la giurisprudenza ha sposato la tesi della funzione economico-sociale anche se negli ultimi approdi si è affermata la lettura che vede nella causa la *ragione pratica dell'operazione negoziale* ovvero *la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a perseguire*.

Se quindi la causa rappresenta lo scopo che una parte si prefigge nell'atto, è chiaro che si sta parlando dell'obiettivo non solo di cessare il rapporto lavorativo ma di farlo in una determinata data. Derubricare a mero motivo la scelta della efficacia temporale di un atto così importante, quasi fossero delle irrilevanti pulsioni che si esauriscono nella sfera interiore del soggetto, non appare degno di un ordinamento giuridico attento ai diritti delle persone.

Peraltro, è proprio perché il diritto di recesso è riconosciuto dal codice civile a condizione che venga rispettato un congruo preavviso (certamente a tutela dell'interesse della controparte ma non solo nell'esclusivo interesse di quest'ultima) che chi scrive ritiene che tale onere confermi la rilevanza giuridica dello *scopo* che il recedente si prefigge nell'atto ossia far cessare il rapporto lavorativo nei tempi che la norma gli consente di individuare.

Nondimeno, per completezza d'analisi, andrebbero anche richiamati i concetti di causa in astratto e di causa in concreto.

La *causa in astratto* è la funzione tipica assegnata dal legislatore ad un determinato tipo negoziale: lo abbiamo visto quando abbiamo ➤

UNA PROPOSTA AL MESE

parlato di funzione economico-sociale del negozio giuridico.

La seconda, la *causa in concreto*, è invece il complesso di interessi che i contraenti perseguono attraverso la materiale stipulazione di un determinato negozio, la ragione pratica che, nella realtà, induce le parti a concludere *quel* contratto. In questi casi si parla di funzione economico-individuale del negozio giuridico. Ovviamente la causa in concreto deve emergere oggettivamente dal regolamento di interessi posto in essere dalle parti, dagli accordi raggiunti dalle parti. E nei casi qui in discussione non si può negare che l'interesse della parte a cessare il rapporto lavorativo sussiste - e viene chiaramente esplicitato nell'atto posto in essere - solo ove ciò avvenga in quella determinata data.

LE POSSIBILI SOLUZIONI

Nonostante i giudici di Piazza Cavour abbiano motivato la loro decisione *alla stregua di una interpretazione letterale e logico-sistematica dell'art. 2118 cod. civ.* appare evidente come la questione presenti - e lo abbiamo evidenziato - risvolti delicati che non possono essere trascurati. E non basta sostenere che è sempre fatta salva la possibilità che a livello di disposizione contrattuale, collettiva o individuale, si possano regolare diversamente le conseguenze della rinuncia al preavviso da parte del datore di lavoro o del lavoratore. Occorre di più.

Ove quindi si volesse intervenire, tre sono le possibili modalità di intervento.

1. L'ideale sarebbe ovviamente agire sull'art. 2118 del codice civile specificando le conseguenze della rinuncia della parte non recedente al preavviso lavorato. Ad esempio si potrebbe prevedere che:

a) qualora la parte non recedente intenda porre fine immediatamente al rapporto durante il preavviso lavorato (rigorosamente inteso ossia

il solo periodo stabilito dal Ccnl o dalle parti) ciò verrà considerato una sorta di contro-licenziamento o contro-dimissioni anche se esclusivamente in relazione all'obbligo di corrispondere un risarcimento per il diniego, da parte del non recedente, alla dichiarata disponibilità del recedente di prestare attività lavorativa durante il preavviso, ovviamente considerando, per la sua quantificazione, solo la parte di esso non lavorato, con annessa copertura contributiva qualora la rinuncia avvenisse da parte del datore di lavoro;

b) se invece il non recedente, a fronte di una anticipata comunicazione di recesso rispetto ai termini minimi di preavviso previsti tra le parti, volesse a sua volta recedere prima che decorra ufficialmente il preavviso lavorato questo fatto verrebbe qualificato come un vero e proprio licenziamento, con tutto ciò che ne consegue.

2. Inserire la predetta clausola nel contratto individuale di assunzione consci che lasciare in toto all'autonomia privata la disciplina di tale fattispecie comporta sempre un rischio di contenzioso che sarebbe bene evitare con un intervento alla fonte nei termini di cui al precedente punto.

3. Intervenire a livello di Ccnl. Qui purtroppo pare che la sensibilità degli estensori degli accordi collettivi sia, in alcuni casi, piuttosto scarsa. Ci vengono in mente non solo alcuni contratti del personale dirigenziale, ma addirittura quello del Settore Edile, firmato da Ance e da Cgil, Cisl e Uil, dove si prevede che *la parte che riceve il preavviso può troncare il rapporto, sia all'inizio sia nel corso del preavviso, senza che da ciò derivi alcun obbligo di indennizzo per il periodo di preavviso non compiuto.*

E qui una domanda circa la reale capacità delle parti contrattuali di comprendere ed efficacemente tutelare gli interessi dei propri rappresentanti andrebbe fatta.

Ma questa è un'altra storia.



ARGOMENTO

Licenziamento disciplinare: la verifica in concreto della sussistenza di una giusta causa di licenziamento

Il dirigente impugnava il licenziamento in tronco irrogatogli deducendone la natura ritorsiva dello stesso, in quanto intimato a seguito e per effetto della rottura, all'inizio del luglio 2017, della relazione sentimentale che aveva intrattenuto sin dal luglio 2012 con la Presidente della Società, in subordine l'illegittimità del recesso per insussistenza dei fatti contestati e comunque per sproporzione della sanzione espulsiva.

Il Tribunale dichiarava inammissibile il ricorso.

In sede di opposizione, ritenuto ammissibile il ricorso, il Tribunale di Catanzaro ha affermato sussistenti, sulla base della prova testimoniale, gli episodi di insubordinazione contestati: è pertanto da escludersi la nullità ritorsiva del licenziamento, dal momento che la conflittualità esistente tra le parti, per ragioni di carattere meramente sentimentale, seppur poteva essere stata concausa del contegno assunto dalle parti e della conseguente cessazione del rapporto di lavoro, non aveva costituito il motivo unico determinante del licenziamento, essendosi per contro venuto a creare in ambito lavorativo una situazione insostenibile.

Il Tribunale ha affermato, comunque, l'illegittimità del licenziamento sotto il profilo della proporzionalità, anche alla luce delle pregresse modalità di svolgimento della prestazione.

La Corte d'Appello, adita in sede di reclamo, ha accolto l'impugnazione incidentale proposta dalla Società nei confronti del lavoratore e ha dichiarato la legittimità del licenziamento irrogato allo stesso.

Per la cassazione della sentenza di appello ricorre il lavoratore, resiste con controricorso la Società. Il Procuratore Generale ha depositato requisitoria scritta con cui ha chiesto rigettarsi il ricorso.

Il Tribunale ha affermato con esplicita statuizione che la conflittualità esistente tra le parti, per ragioni di carattere meramente sentimentale, seppur possa essere stata concausa del contegno assunto dalle parti e della conseguente cessazione del rapporto di lavoro, non ha costituito il motivo unico determinante del licenziamento, così peraltro escludendo il motivo ritorsivo.

Tale statuizione non risulta dalla sentenza di appello aver formato oggetto del reclamo principale proposto dal lavoratore, nè ciò è dedotto nell'odierno motivo di ricorso. Pertanto, sulla mancanza di motivo ritorsivo del ►

Cass., sez. Lavoro,
28 marzo 2023, n. 8737

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro
in Milano



licenziamento si è formato giudicato interno. La doglianza dell'imputabilità del licenziamento alla relazione affettiva che sarebbe intercorsa tra il lavoratore e la Presidente del datore di lavoro già disattesa dal Tribunale, è inammissibile per il formarsi del giudicato interno e per il difetto di rilevanza.

È contestata poi la proporzionalità della sanzione espulsiva, atteso che la proporzionalità deve essere valutata avendo riguardo all'entità dell'inadempimento e della colpa, nonché della grave incidenza di essi sull'elemento della fiducia che il datore di lavoro deve poter riporre sul lavoratore ai fini della prosecuzione del rapporto.

Questa Corte ha più volte affermato (si v., Cass., n. 12789 del 2022) che l'art. 2119 c.c. configura una norma elastica, in quanto costituisce una disposizione di contenuto precettivo ampio e polivalente destinato ad essere progressivamente precisato, nell'estrinsecarsi della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, fino alla formazione del diritto vivente mediante puntualizzazioni, di carattere generale ed astratto, precisando che l'operazione valutativa, compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali come quella dell'art. 2119 c.c., non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità (Cass., nn. 1351 del 2016, 12069 del 2015, 6501 del 2013), poichè l'operatività in concreto di norme di tale tipo deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento.

La relativa valutazione deve essere operata con riferimento agli aspetti concreti afferenti alla natura e alla utilità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, al nocumento eventualmente arrecato, alla portata soggettiva dei fatti stessi, ossia alle circostanze del loro verificarsi, ai motivi e all'intensità dell'elemento intenzionale o di quello colposo (Cass., nn. 1977 del 2016, 1351 del 2016, 12059 del 2015).

I fatti addebitati devono rivestire il carattere di grave violazione degli obblighi del rapporto di lavoro, tale da lederne irrimediabilmente l'elemento fiduciario e spetta al giudice di

merito valutare la congruità della sanzione espulsiva non sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda processuale che, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico, risulti sintomatico della sua gravità rispetto ad un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro, assegnandosi, innanzi tutto, rilievo alla configurazione che delle mancanze addebitate faccia la contrattazione collettiva, ma pure all'intensità dell'elemento intenzionale, al grado di affidamento richiesto dalle mansioni svolte dal dipendente e dalla qualifica rivestita, alle precedenti modalità di attuazione del rapporto, alla sua particolare natura e tipologia (v. ad es. Cass. nn. 2013 del 2012).

Nella specie la Corte d'Appello, pur richiamando modalità di comportamento del lavoratore riguardanti le attività fissate per il mese di agosto, ha incentrato la sussistenza della giusta causa nella violazione dell'ordine di servizio del 24 luglio 2017, allorchè in data 31 luglio 2017, il lavoratore senza richiedere alcuna autorizzazione abbandona in via anticipata il posto di lavoro, nonostante fosse stato chiarito nella riunione di metà mese l'assoggettamento senza deroghe agli orari di entrata e di uscita indicati in contratto.

Atteso che la Corte d'Appello ha dato atto che una modifica dell'orario di lavoro del ricorrente era intervenuta in modo chiaro e definitivo solo il 24 luglio, ne discende che la legittimità del recesso è stata affermato con riguardo al mancato rispetto dell'orario di lavoro in un limitato arco temporale di pochi giorni.

Tale statuizione non ha fatto corretta applicazione dei principi sopra richiamati, che richiedono un più ampio vaglio di contesto oggettivo e soggettivo, ai fini della valutazione della sussistenza della giusta causa di recesso.

La Corte dichiara inammissibile il primo motivo di ricorso, accoglie il secondo motivo nei sensi di cui in motivazione. Cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia, anche per le spese del presente giudizio di legittimità, alla Corte d'Appello di Catanzaro in diversa composizione.

Appalto di manodopera: quando è genuino e quando invece è illecito

La sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha confermato che, in tema di appalto avente ad oggetto la prestazione di servizi, è fondamentale il requisito dell'autonomia di gestione e di organizzazione dell'appaltatore. Il caso portato all'attenzione della Suprema Corte riguarda la valutazione dell'esistenza di una interposizione fittizia di manodopera tra una società appaltatrice del servizio di *call center* e l'appaltante con conseguente accertamento, per i dipendenti della società appaltatrice, dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze della società appaltante. Il Tribunale di Roma aveva rigettato la domanda mentre la Corte di Appello, in riforma della sentenza di primo grado, aveva ritenuto che tra le parti fosse esistente un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con le decorrenze e gli inquadramenti specificati per ciascun lavoratore.

Il Giudice di Appello aveva ritenuto che, dall'istruttoria espletata, fosse emerso che il servizio reso dai dipendenti della società appaltatrice era stato a beneficio esclusivo della società appaltante. La stessa società appaltante aveva conferito nell'appalto beni di rilevanza tutt'altro che marginale e dai quali non si poteva prescindere per il raggiungimento dello scopo dell'appalto. Inoltre, il compenso era stato parametrato alle giornate di lavoro effettuate, azzerando così il rischio economico per l'appaltatrice. I dipendenti poi, con accertamenti testimoniali, avevano confermato che il rapporto con la società appaltante aveva superato la mera collaborazione con gestione diretta da parte dell'appaltante di turni ed orari; il controllo era superiore al solo coordinamento.

Per la Suprema Corte la sentenza impugnata ha correttamente applicato i principi già affermati: l'appalto di manodopera vietato dall'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960, va ricavato tenendo conto della previsione dell'art. 3 della stessa legge concernente l'appalto (lecito) di opere e servizi all'interno dell'azienda con organizzazione e gestione propria dell'appaltatore. L'appalto di manodopera è configura-

bile sia in presenza degli elementi presuntivi considerati dal terzo comma del citato art. 1 (impiego di capitale, macchine ed attrezzature fornite dall'appaltante), sia quando il soggetto interposto manchi di una gestione di impresa a proprio rischio e di un'autonoma organizzazione (da verificarsi con riguardo alle prestazioni affidategli) in particolare nel caso di attività esplicate all'interno dell'azienda appaltante, sempre che il presunto appaltatore non dia vita, in tale ambito, ad un'organizzazione lavorativa autonoma e non assuma, con la gestione dell'esecuzione e la responsabilità del risultato, il rischio di impresa relativo al servizio fornito. Peraltro, con riferimento agli appalti cosiddetti "endoaziendali", che sono caratterizzati dall'affidamento ad un appaltatore esterno di attività strettamente attinenti al complessivo ciclo produttivo del committente, è precisato che il richiamato divieto di cui all'art. 1 della Legge n. 1369 del 1960 opera tutte le volte in cui l'appaltatore mette a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore stesso i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della prestazione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa.

Ancora, la valorizzazione, al fine dell'esclusione della genuinità dell'appalto, dell'assenza di una organizzazione di impresa impiegata nello stesso e della riferibilità alla committente del concreto esercizio del potere direttivo sui lavoratori formalmente dipendenti dalla appaltatrice si pone in linea con l'insegnamento della Suprema Corte secondo il quale il divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro previsto dall'art. 1 della Legge 1369 del 1960 opera tutte le volte in cui l'appaltatore metta a disposizione del committente una prestazione lavorativa, rimanendo in capo all'appaltatore datore di lavoro i soli compiti di gestione amministrativa del rapporto (quali retribuzione, pianificazione delle ferie, assicurazione della continuità della presta-



Cass., sez. Lavoro,
16 febbraio 2023,
n. 4828

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro
in Milano

zione), ma senza che da parte sua ci sia una reale organizzazione della prestazione stessa, finalizzata ad un risultato produttivo autonomo né una assunzione di rischio economico con effettivo assoggettamento dei pro-

pri dipendenti al potere direttivo e di controllo (Cass. n. 7820 del 2013, n. 6343 del 2013, n. 19920 del 2011, n. 7898 del 2011, n. 11720 del 2009, n. 16788 del 2006).

In conclusione, il ricorso è rigettato.



ARGOMENTO

È illegittimo il licenziamento del dipendente che durante i permessi ex L. 104 svolge attività a favore dei disabili, anche se non in modalità continuativa: licenziamento illegittimo

La fruizione di permessi ex Legge n. 104 per l'assistenza a un familiare disabile riveste nell'ordinamento italiano una finalità ultima di rilievo costituzionale, basata sugli articoli 2 e 32 Cost. nonché sui principi di solidarietà interpersonale ed intergenerazionale.

Pertanto, nell'indicare che il diritto ai permessi retribuiti è riconosciuto al lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con *handicap* in situazione di gravità, il nesso che il testo normativo pone non è di tipo strettamente temporale, cioè tra la fruizione del permesso e la prestazione di assistenza in precisa coincidenza con l'orario di lavoro, bensì funzionale, tra il godimento del permesso e le necessità, gli oneri, le incombenze che connotano l'attività di assistenza delle persone disabili in condizioni di gravità. Il contenuto dell'assistenza che legittima l'assenza dal lavoro (il permesso retribuito), quindi i tempi e i modi attraverso cui la stessa viene realizzata, devono individuarsi in ragione della finalità per cui i permessi sono riconosciuti, cioè la tutela delle persone disabili, il cui bisogno di ricevere assistenza giustifica il sacrificio organizzativo richiesto al datore di lavoro.

È a questo ultimo assunto a cui pervengono gli Ermellini investiti nel giudizio di merito sul caso di un dipendente, licenziato per averne fruito, a detta del datore di lavoro, indebitamente, dei giorni di permesso ex Legge n. 104 per assistere entrambi i genitori disabili. La corte territoriale ha accertato durante il primo grado che il lavoratore aveva trasferito il padre presso la propria abitazione, stante l'aggravarsi delle condizioni della madre e che aveva usufruito dei giorni di permesso coordinandosi con la sorella, con cui condivideva l'onere della cura dei genitori, svolgendo si

delle attività inerenti tale cura ma anche delle attività di svago personali, come la lettura di un libro per due ore, presso i giardini pubblici in orario considerato lavorativo (dalle ore 9 alle ore 17). Proprio a fronte di questi intervalli di svago si era mossa l'azienda procedendo con il licenziamento del lavoratore per giusta causa, per avere il dipendente usufruito dei permessi di cui all'articolo 33, comma 3, della Legge n. 104 del 1992, per finalità estranee all'assistenza dei genitori disabili.

Il giudice aveva dichiarato illegittimo il licenziamento, sia in primo che in secondo grado, e tale interpretazione viene coerentemente confermata anche dalla Suprema corte. La valutazione del giudice di appello ha confermato che fosse sostanzialmente garantita dal lavoratore l'assistenza ai genitori, nei sette giorni oggetto di investigazione, ed ha sottolineato come tale onere di assistenza dovesse valutarsi con la necessaria flessibilità, in modo da poter considerare anche i bisogni personali del dipendente e l'integrità del suo equilibrio psicofisico, sottoposto ad una gravosa prova per le incombenze legate alla cura dei familiari in difficili condizioni di salute; ciò secondo una interpretazione che tenga conto dei principi costituzionali di tutela della salute e della solidarietà familiare.

Sulla base di tali premesse, escluso un utilizzo dei permessi in funzione "meramente compensativa" delle energie impiegate dal dipendente per l'assistenza fornita in orario extralavorativo, spetta al giudice di merito valutare se la fruizione dei permessi possa dirsi in concreto realizzata in funzione della preminente esigenza di tutela delle persone affette da disabilità grave, e nella salvaguardia di una residua conciliazione con le altre

Cass., sez. Lavoro,
13 marzo 2023, n. 7306

AUTORE
ELENA PELLEGGATA
Consulente del Lavoro
in Milano



incombenze personali e familiari che caratterizzano la vita quotidiana di ogni individuo. Nei casi in cui il lavoratore in permesso *ex* articolo 33, comma 3 *cit.*, svolga l'attività di assistenza in tempi e modi tali da soddisfare in via preminente le esigenze ed i bisogni dei congiunti in condizione di handicap grave, pur senza abdicare del tutto alle esi-

genze personali e familiari altre rispetto a quelle proprie dei congiunti disabili e pure a prescindere dall'esatta collocazione temporale di detta assistenza nell'orario liberato dall'obbligo della prestazione lavorativa, non potrà ravvisarsi alcun abuso del diritto o lesione degli obblighi di correttezza e buona fede, quindi alcun inadempimento.



ARGOMENTO

Comporto “secco” o “per sommatoria”, le differenti interpretazioni giudiziali

Il tema del comporto “secco” o “per sommatoria” è stato più volte affrontato in sede giudiziale.

Il caso in esame aveva determinato la condanna alla reintegra nel posto di lavoro di un dipendente che – secondo l'interpretazione dei giudici del merito – non aveva superato nell'anno solare il periodo di comporto.

Il licenziamento veniva quindi dichiarato illegittimo e la società condannata al risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 18, Legge 20 maggio 1970, n. 300.

La Corte d'Appello era giunta alla suddetta conclusione applicando al caso di specie il concetto di “comporto secco” sulla base del combinato disposto degli articoli 175 e 177 del Ccnl Commercio del 18 luglio 2008 e giungendo alla conclusione che se ad un periodo di malattia, nello stesso anno, segue un'interruzione, comincia a decorrere un nuovo periodo di comporto.

Nello specifico, il lavoratore si era assentato per due periodi di malattia nell'arco del 2007, con soluzione di continuità tra i due eventi morbosi, e per nessuno dei due periodi si era verificato il superamento dei 180 giorni consecutivi. Per tale ragione la corte concludeva per l'illegittimità del licenziamento non essendosi determinato in nessuno dei due casi il superamento del comporto tale da giustificare il recesso dal rapporto lavorativo.

La società ricorre per cassazione ritenendo il ragionamento alla base dei giudici di merito non allineato con i criteri ermeneutici che devono sottendere non solo alle norme di diritto, ma anche alle previsioni contrattuali contenute nei Ccnl, in particolare nel con-

tratto collettivo citato.

La Corte di Cassazione, nell'accogliere il ricorso della società, afferma infatti che l'interpretazione operata dalla corte distrettuale, “ogni periodo di comporto ha durata di 180 giorni”, è una lettura isolata dal contesto delle previsioni contrattuali in cui è stata inserita.

In particolare tale previsione va ricollegata all'articolo 177 in cui si afferma che per malattia e infortunio valgono distinti ed autonomi periodi di comporto, ciascuno di 180 giorni cadauno. Ciò premesso, il concetto espresso non era certamente assimilabile al caso oggetto d'esame, in quanto nella specifica fattispecie al lavoratore erano riferibili unicamente due periodi di assenza per malattia. Ma la Corte di Cassazione fa ulteriori precisazioni.

In primo luogo, dall'analisi del Ccnl citato, non vi sono elementi a supporto per desumere in modo chiaro che in caso di interruzione della malattia decorra automaticamente un nuovo periodo di comporto, ed inoltre, non vi è neppure lo specifico riferimento contrattuale al carattere consecutivo, e quindi ininterrotto delle assenze per malattia.

Si aggiunga a questo che l'utilizzo del termine “periodo” in forma singolare non depone certo a favore di un'interpretazione che permetta la conservazione del posto di lavoro a fronte di più periodi di assenza per malattia che per sommatoria determinino il superamento dei 180 giorni.

Per il caso in esame la Corte di Cassazione ha quindi concluso per il rinvio alla medesima Corte d'Appello in diversa composizione per una nuova pronuncia giudiziale.

Cass., sez. Lavoro,
20 febbraio 2023,
n. 5288

AUTORE
CLARISSA MURATORI
Consulente del Lavoro
in Milano



L'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano ha istituito la **Settima Edizione di "Il lavoro tra le righe - Premio letterario Consulenti del Lavoro Provincia di Milano"**, riconoscimento annuale per le migliori pubblicazioni in materia di lavoro.

[**Regolamento e termini per la presentazione delle opere.**]
Il concorso è articolato in sei sezioni:

1 Amministrazione del personale

Argomenti di amministrazione del personale, ossia gestione dei rapporti di lavoro (opere monografiche e manuali completi).

2 Diritto del lavoro

Dottrina e analisi della giurisprudenza del lavoro (opere monografiche o manuali o collane sul diritto del lavoro, previdenziale, assicurativo e sindacale, escluse le tesi di laurea).

3 Riviste e periodici

Pubblicazioni periodiche (mezzo stampa od online) su argomenti esclusivi in materia di lavoro e giuslavoristici.

4 Saggistica sul lavoro, relazioni industriali, risorse umane e nuove tecnologie

Opere monografiche su gestione del capitale umano, aspetto organizzativo e socio economico del personale, industry 4.0, intelligenza artificiale ecc.

5 Romanzo sul lavoro

Narrativa in genere, romanzi, racconti, che hanno come tema principale o correlato il lavoro in ogni sua forma.



6 Menzione Speciale

Ad insindacabile giudizio del Comitato Direttivo, un'opera, una rivista (anche telematica), una newsletter, un'iniziativa editoriale, una collana, un centro di ricerca o un autore (anche non partecipanti al Premio) che si distinguano per utilità, puntualità, precisione, innovazione, ricerca nel campo del lavoro.

i **Le opere devono essere state pubblicate tra il 1 settembre 2021 e il 31 dicembre 2022.**

Le opere, presentate dall'Autore o dall'Editore, saranno analizzate da un Comitato Direttivo e da una Giuria, composti da Consulenti del lavoro iscritti all'Ordine di Milano o al CSU (Centro Studi Unitario dell'Ordine Consulenti del lavoro di Milano e A.N.C.L. - Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro, Unione Provinciale di Milano).

✉ Le opere (libri, testi, riviste, pubblicazioni) dovranno essere spedite in almeno n. 3 copie all'**Ordine dei Consulenti del Lavoro di Milano**, oppure, in caso di opere in formato digitale o e-book inviate all'email:

premioletterario@consulentidellavoro.mi.it

📍 Sulla busta, o nell'oggetto dell'email, dovranno essere riportate la sezione di appartenenza e la seguente indicazione:

**Consulenti del Lavoro di Milano
Centro Studi Unitario
PREMIO LETTERARIO
Via Aurispa 7
20122 Milano**

! Ricezione opere entro il 15 maggio 2023.

Per le riviste, potranno essere inviate da tre a un massimo di cinque numeri a scelta pubblicate nel periodo considerato.

PDF Per permettere al maggior numero di giurati di leggere i testi è fortemente raccomandato l'invio delle opere in formato PDF o versione ebook.

🏆 Sarà assegnato un premio per ogni sezione, salvo diversa decisione della Giuria e ad insindacabile decisione della stessa e del Comitato Direttivo.

Lavoro Diritti Europa

Rivista nuova di Diritto del Lavoro

Publicata con il sostegno anche dell'Ordine

Siamo lieti di annunciare l'uscita del n.1/2023 di LavoroDirittiEuropa. Con altrettanto piacere comuniciamo che il n.3/2022 di LDE ha registrato oltre 130 mila accessi (117.651 il numero antecedente); dati rilevati da Google Analytics. LDE ha ottenuto la classificazione ANVUR come Rivista Scientifica dell'Area 12. La Rivista si propone di affrontare i temi più attuali del diritto del lavoro, alla luce della Dottrina e della Giurisprudenza più recenti, con l'obiettivo di creare uno strumento di riflessione, di approfondimento e di servizio per la comunità dei giuslavoristi. Al fine di facilitare l'accesso alla più ampia platea di destinatari LDE viene concepita come strumento agile, in formato elettronico e ad accesso libero e gratuito (open access).

Per accedere al sito della Rivista, è sufficiente fare clic sul seguente indirizzo:

► <https://www.lavorodirittieuropa.it/> ◀

Da oggi LDE è anche su Facebook e LinkedIn!

Segui la nostra pagina per rimanere costantemente aggiornato!

È sufficiente cliccare sul relativo logo

facebook

LinkedIn

Per consultare i numeri precedenti, è sufficiente fare clic sul link [Archivio Rivista](#)

Per chi voglia collaborare con la Rivista, si rinvia al file [COLLABORA CON NOI](#)

All'indirizzo di posta elettronica della Rivista possono essere fatti pervenire commenti ai temi trattati negli articoli pubblicati, che verranno poi inseriti nella rubrica ["a parer mio, la voce dei lettori"](#)

Sarà gradito l'inoltro di questo messaggio alla Sua mailing-list e/o a chi ritiene possa essere interessato; si sottolinea l'opportunità di [isciversi alla NEWSLETTER](#), che si pone come strumento di servizio per dare una tempestiva informazione su sentenze, accordi collettivi, testi normativi o altri documenti di interesse immediato.

L'indirizzo di posta elettronica della Rivista è: redazione@lavorodirittieuropa.it

Auguriamo a tutti buona lettura.

COME COLLABORARE CON LAVORO DIRITTI EUROPA

Indichiamo qui alcuni modi per una collaborazione (ben accetta) alla Rivista.

- Segnalare sentenze, ordinanze e altri provvedimenti significativi
- Segnalare il nome di chi potrebbe scrivere una nota a tali provvedimenti
- Segnalare Accordi collettivi, Verbal di conciliazione, Lodi arbitrali significativi per il contenuto e meritevoli di diffusione, che saranno tempestivamente diramati con la [Newsletter](#)
- Proporre temi per un saggio o un articolo e, auspicabilmente, il nome di chi potrebbe occuparsene
- Segnalare Convegni, Seminari e altre occasioni di studio in materia di diritto del lavoro (da pubblicare nella rubrica: "Eventi")
- Inoltare la Rivista alla propria mailing-list e/o a chi si ritiene possa essere interessato
- All'indirizzo di posta elettronica della Rivista possono essere anche fatti pervenire commenti agli articoli pubblicati, che verranno poi inseriti, senza necessità di preventivo accordo, nella rubrica ["a parer mio, la voce dei lettori"](#)

[Iscriviti alla Newsletter](#)

"Ricordiamo che la rivista on line "Lavoro Diritti Europa" è pubblicata anche con il sostegno dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Milano. In ogni numero della Rivista (nella sezione Rubriche/ Punti di vista) sarà presente un nostro intervento sulle problematiche di stretta attualità con suggerimenti e orientamenti per la risoluzione dei problemi che si riscontrano nella quotidiana attività professionale. Ricordiamo che un componente del Centro studi unitario Ordine dei Consulenti del lavoro provincia di Milano - Ancl Up Milano fa parte del Comitato di redazione della Rivista".