

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N.2

SOMMARIO



● IL PUNTOPAG. 2

DOTTRINA

- IL TRASFERIMENTO DI UN RAMO D'AZIENDA E LE DIRETTIVE EUROPEE. LE QUESTIONI APERTE di **CATERINA MATACERA** PAG. 3
- LA BANDA DEGLI ONESTI: RIFLESSIONI SU APPALTI ILLECITI E INIZIATIVE DI CONTRASTO di **LUCIA MUSSIO** PAG. 8
- PREMIO DI PRODUTTIVITÀ E CONVERTIBILITÀ IN WELFARE AZIENDALE di **POTITO DI NUNZIO** PAG. 10
- AMMORTIZZATORI SOCIALI E NOZIONE DI UNITÀ PRODUTTIVA di **GABRIELE FAVA E EMILIO ASCHEDEMINI** PAG. 14
- DISTACCHI TRANSNAZIONALI: PROBLEMI DI APPLICABILITÀ DELLE SANZIONI PER GLI OPERATORI EXTRA UE di **ALBERTO BORELLA** PAG. 15
- DIRITTO CIVILE E DIRITTO DEL LAVORO: IL NUOVO INTRECCIO ALLA LUCE DEL JOBS ACT di **ANTONELLA ROSATI**... PAG. 17
- PRIVACY, JOBS ACT E VIDEOSORVEGLIANZA: IL NUOVO CONTROLLO A DISTANZA di **ANTONELLA ROSATI** PAG. 21

SENTENZE



- Problematiche inerenti la comunicazione di recesso in caso di licenziamento collettivo di **LUCA DI SEVO**PAG. 27
- Non è giustificato licenziare per GC il lavoratore che usa toni minacciosi ed offensivi nei confronti del proprio superiore gerarchico di **BARBARA BRUSASCA**PAG. 27
- Licenziamento disciplinare senza preavviso lecito: in caso di dolo di **LUCIANA MARI**PAG. 28
- Demansionamento nel periodo antecedente il Jobs Act di **LAURA POZZI**PAG. 28
- Timbratura per mano dei colleghi: non è licenziamento per giusta causa! di **SILVANA PAGELLA**PAG. 29
- Liceità dell'erogazione di sanzione disciplinare conservativa in mancanza di affissione del codice disciplinare di **PATRIZIA MASI** PAG. 29
- Raggiungimento dell'età pensionabile, clausola di risoluzione automatica e preavviso di **STEFANO GUGLIELMI**PAG. 30
- Insorgenza di sindrome depressiva: riconducibile a mobbing datoriale? di **ANGELA LAVAZZA**PAG. 31

RUBRICHE

- SENZA FILTRO
- LA TUTELA DELLA RISERVATEZZA E IL GARANTE DELLA PRIVACY: E SE SI STESSE ESAGERANDO? di **ALBERTO BORELLA E ANDREA ASNAGHI**...PAG. 23

Organo Ufficiale del Consiglio Provinciale
dei Consulenti del Lavoro di Milano

Direttore Responsabile
POTITO DI NUNZIO

Redattore Capo
D. MORENA MASSAINI

Redazione
ANDREA ASNAGHI
RICCARDO BELLOCCHIO
STELLA CRIMI
ALESSANDRO PROIA

Progetto e Realizzazione Grafica
ELENA DIZIONE

Sede: Via Aurispa 7, 20121 - Milano.
Tel. 0258308188

www.consulentidellavoro.mi.it

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

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

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

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

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

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

Sezione Semplificazione normativa:

Coordinatore Andrea Asnaghi

Anna Adamo, Brunello Barontini,
Gianluca Belloni, Luca Bonati,
Marco Cassini, Alberta Clerici,
Gabriele Corra, Mariagrazia
di Nunzio, Valentina Fontana,
Alessandro Graziano, Paolo Lavagna,
Stefano Lunghi, Mario Massimo
D'Azeglio, Giuseppe Mastalli,
Elena Reja, Paolo Reja, Daniela Stochino

**Sezione Formazione e aggiornamento
professionale: Coordinatrice
Stella Crimi**

Gabriele Badi, Francesca Bravi,
Simone Colombo, Alessandro Cornaggia,
Isabella Di Molfetta, Donatella Gerosa,
Caterina Matarca, Luca Paone,
Roberto Piccini, Isabella Prati,
Alessandro Proia, Maria Grazia Silvestri,
Marianna Tissino, Enrico Vannicola.

il punto

28 e 29 aprile 2017

IX Congresso nazionale di Categoria

I nuovi scenari della professione tra opportunità e regole. Questo il tema scelto per il **IX Congresso nazionale di Categoria**, che sarà inaugurato il 28 aprile 2017 a Napoli. I lavori si svolgeranno presso il Teatro Augusteo, nel cuore della città partenopea, a partire dalle ore 11.00 e termineranno alle ore 13.00 del 29 aprile 2017.

Una due giorni per riflettere sulle funzioni e sulle riserve di legge acquisite dalla Categoria in questi anni, sulla consapevolezza del ruolo sociale e della centralità della sua azione nel mondo del lavoro e nella società. Certezze da cui partire per costruire insieme le azioni e gli scenari nei quali muoversi in futuro, rafforzando la rete professionale e consentendo ai giovani di continuare a scommettere su un avvenire da libero professionista.

Sarà l'occasione per discutere e condividere programmi, obiettivi e nuove opportunità. Si parlerà di politiche attive e welfare aziendale, di previdenza, di tutele per i lavoratori autonomi e di alternanza scuola-lavoro attraverso il confronto diretto con chi quotidianamente svolge l'attività nei territori con impegno e responsabilità.

“Pensare a ciò che la nostra Categoria oggi rappresenta per il tessuto sociale - si legge nella lettera della Presidente CNO, **Marina Calderone**, ai Presidenti Provinciali - implica una doverosa riflessione sul futuro. Ci aspetta un 2017 molto importante e con grandi cambiamenti frutto delle ultime riforme. Per continuare ad essere protagonisti del mondo del lavoro, pertanto, dobbiamo essere preparati alle sfide che ci attendono e insieme definire una strategia”.

Il Consiglio dell'Ordine di Milano parteciperà
ai lavori congressuali
e invita tutti i colleghi milanesi a prenderne parte

Il Trasferimento di un ramo d'azienda e le Direttive Europee. Le questioni aperte

Il tema del trasferimento d'azienda è argomento che, in particolare negli ultimi due decenni, è venuto prepotentemente a conquistare terreno nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Il trasferimento d'azienda ed il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento d'azienda (art. 2112 c.c.) è stato infatti oggetto di un susseguirsi frenetico di interventi derivati tanto dai processi di esternalizzazione di grandi e medie aziende, quanto, se non soprattutto, dall'impulso comunitario. Dottrina e giurisprudenza hanno cercato di fornire interpretazioni conformatrici, colmare lacune e raccordare la legislazione nazionale con quella comunitaria.

Un po' di storia

Mentre la prima direttiva CEE (187/1977) concernente il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di imprese, di stabilimenti o parti di essi, risale al 1977, in Italia bisognerà attendere il 1990, per iniziare il processo (non ancora concluso) di recupero di una più equilibrata combinazione tra disciplina lavoristica e nuove organizzazioni dell'impresa. Con l'approvazione della Legge 428/1990 (art.47) si è proceduto ad una sostituzione dei primi 3 commi dell'art. 2112 c.c. introducendo una diversa disciplina della responsabilità solidale, sulla modalità di liberazione del cedente, nonché l'obbligo per l'acquirente di applicare la contrattazione collettiva in essere prima del trasferimento. Ricordia-

mo che nel testo originale del 1942 il destino dei rapporti di lavoro era lasciato alla volontà dell'alienante, il quale poteva darne disdetta "in tempo utile".

Successivamente nel 1998, con la direttiva 98/50/CE, la Comunità Europea introdusse importanti novità suggerite anche dalla discrasia che iniziava ad evidenziarsi tra fenomeni economici e discipline normative. Con tale direttiva veniva evidenziata l'accezione dell'entità economica oggetto del trasferimento d'azienda - così come era già emerso nella giurisprudenza della Corte di Giustizia - come un'entità economica dotata di minore consistenza materiale (cd. smaterializzata), rispetto a quella ricavabile dal nostro art. 2555 c.c. (*il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*), ponendo, questa, essere costituita anche solo da un insieme di rapporti giuridici.

Per recepire la direttiva 98/50/CE, il governo italiano ha emanato il D.Lgs. 18/1981 con il quale, si avviarono delle modifiche all'art 2112 sia dal punto di vista terminologico, sostituendo i termini cedente e cessionario ad alienante e acquirente, che da quello sostanziale con l'introduzione del comma 5° in cui, per la prima volta, si definiva il concetto di trasferimento d'azienda e si introduceva la nozione legislativa di ramo d'azienda; operazioni che prevedono la continuità del rapporto di lavoro alle dipendenze del cessionario, la conservazione di tutti i diritti e ➔

l'obbligazione solidale del cedente e del cessionario. Queste variazioni rispecchiano per altro un indirizzo giurisprudenziale e dottrinale già consolidato, da tempo infatti si propendeva a non collegare l'origine del trasferimento di azienda o di ramo di essa ad esclusivi atti negoziali.

Con il D.Lgs. 18/2001 si palesava l'intento di espandere il campo di applicazione della normativa, per includere anche fenomeni traslativi che prescindono da un rapporto contrattuale diretto tra cedente e cessionario. Il Decreto in commento riporta inoltre una modifica alla regolamentazione delle informative e delle consultazioni sindacali (di cui all'art.47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428).

La dichiarata finalità del legislatore del 2001, oltre al recepimento della direttiva, era stata quella di porre un limite all'abuso dell'istituto del trasferimento dei rami d'azienda, che molte aziende utilizzavano per liberarsi di interi settori collaterali operando, attraverso l'istituto, vere e proprie riduzioni di personale. Parte della giurisprudenza ha appoggiato tali operazioni escludendo che fosse necessario che le attività oggetto della cessione avessero una propria autonoma organizzazione imprenditoriale presso la cedente, potendo queste essere successivamente organizzate come tali dal cessionario. All'opposto altra giurisprudenza escludeva che potesse sussistere, in caso di cessione di servizi accessori, un legittimo trasferimento di ramo d'azienda.

Il decreto legislativo 18/2001, superando la dicotomia dell'orientamento giurisprudenziale, aveva stabilito che oggetto del trasferimento di azienda dovesse essere *"un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, al fine dello scambio di beni o di servizi, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità"* e che la disciplina si applica anche a trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata **preesistente** come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità".

Il decreto legislativo 18/2001, attraverso tale specifica, perseguiva il fine di ridurre, se non eliminare,

l'utilizzo abusivo dello strumento dell'articolo 2112 c.c., in quelle operazioni in cui l'oggetto non era il genuino trasferimento di una parte di azienda ma solo la cessione di un gruppo di lavoratori celato dietro un inesistente ramo d'azienda.

A distanza di pochi mesi dall'emanazione del decreto legislativo 18/2001, che doveva essere la definitiva attuazione della norma comunitaria, è stata emanata la direttiva 2001/23/CE, avente ad oggetto sempre il mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parte di imprese o di stabilimenti, e che disponeva l'abrogazione delle precedenti Direttive 77/187 e 98/50 restituendo una collettiva disciplina dell'Istituto, per quanto largamente coincidente con le disposizioni previgenti. Sul piano nazionale, il recepimento della direttiva comunitaria, ha comportato la parziale modifica del quinto comma dell'art. 2112 c.c. a opera dell'art. 32 del D.Lgs 276/2003.

Da un lato si è rivisitato il concetto di trasferimento d'azienda o di parte di essa eliminando la **preesistenza** al trasferimento dell'autonomia funzionale del ramo, e ritenendo invece sufficiente l'esistenza dell'autonomia funzionale **al momento** del trasferimento; dall'altro è stato inserito un capoverso finale a regolare l'ipotesi di utilizzo del ramo d'azienda ceduto nell'ambito d'un appalto tra impresa acquirente ed impresa cedente.

L'art. 2112 dopo il D.Lgs. 276/2003: trasferimento di ramo d'azienda questione ancora aperta

Negli ultimi due decenni si è assistito, anche in piccole aziende, ad un aumento, forse amplificato dalla crisi economica degli ultimi anni, dei processi di esternalizzazione, che hanno condotto ad una ampia diffusione dell'utilizzo dell'istituto del trasferimento d'azienda o di un ramo di essa.

In tale scenario è facile che un'interpretazione della definizione del ramo d'azienda in chiave estensiva generi processi di esternalizzazioni non genuini, situazioni queste che vanno poi ad inflazionare il contenzioso, come dimostrano le numerose pronun- ➔

ce su tale tema tanto della Corte di Giustizia della Comunità Europea quanto quelle della nostra Corte di Cassazione.

L'art. 32 del d.lgs. 276/2003, modificando l'art. 2112 c.c. opera una ridefinizione dell'istituto del trasferimento del ramo d'azienda, qualificato come “*un'articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento*”; rispetto alla nozione precedente, le novità si possono ricondurre a:

- 1) eliminazione dell'inciso “*preesistente come tale al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità*”;
- 2) introduzione della disponibilità in mano ai due contraenti del negozio di cessione di identificare quale fosse l'articolazione funzionalmente autonoma possibile oggetto di cessione;
- 3) nella limitazione temporale di tale individuazione al momento del trasferimento.

Nel panorama normativo nazionale è proprio la nozione di “ramo d'azienda”, il cui trasferimento comporta il trasferimento automatico dei rapporti di lavoro dal cedente al cessionario, che viene vissuto come un problema aperto, e si pone alla base dei contrasti interpretativi; problemi che a ben vedere non si riscontrano in egual misura negli altri Paesi dell'Unione Europea, pur destinatari della stessa disciplina comunitaria.

La critica che più frequentemente viene mossa nei confronti della riforma riguarda la possibile agevolazione degli abusi, con particolare riguardo all'elusione della disciplina sui licenziamenti collettivi, ma anche e soprattutto all'esposizione dei lavoratori ad un trasferimento in capo a soggetti, spesso creati ad hoc, che potrebbero non possedere uguali requisiti organizzativi e/o economici del cedente.

È proprio sul tema della qualificazione del trasferimento di parte di azienda che le controversie giurisprudenziali nazionali sono molto vivaci e dibattute, soprattutto quando si tratta di doverne sostenere la legittimità in circostanze nelle quali si palesi l'assenza di requisiti fondamentali quali l'autonomia fun-

zionale sufficiente e/o preesistente.

Pronunce giurisprudenziali molto recenti, non solo di merito, ma anche di Cassazione, testimoniano questa tormentata contrapposizione di vedute.

La dottrina è, sostanzialmente, divisa tra chi ritiene che la nuova norma ha l'intento di superare il requisito della preesistenza del “ramo” alla cessione e chi, invece, ritiene, nonostante l'eliminazione del termine dall'art. 2112 c.c., necessario detto requisito e in ogni caso non sufficiente la mera volontà delle parti - cedente e cessionario - nella determinazione dell'oggetto del trasferimento. L'importanza di tale questione si evidenzia maggiormente alla luce del confronto tra il trasferimento di ramo d'azienda e la cessione di contratto; infatti mentre nel caso della cessione di contratto si è in presenza di un negozio giuridico trilaterale, che necessita per l'efficacia del consenso del ceduto (art.1406 c.c.), nel caso della cessione di ramo, invece, tale consenso non viene contemplato. Pertanto un'applicazione troppo elastica della cessione di ramo potrebbe comportare in qualche caso la compressione dei diritti dei lavoratori ceduti che non avrebbero possibilità di esprimere o meno il proprio consenso.

Alla luce di queste considerazioni possiamo dire che la riforma del 2003, disattendendo i propositi del legislatore, oltre ad essere terreno fertile per possibili abusi, ha reso il quadro normativo maggiormente indeterminato, lasciando troppo labili i confini in termini interpretativi su cosa e come possa determinarsi un ramo d'azienda.

Tale incertezza non è stata superata neanche dalle sentenze della Corte di Giustizia (6 marzo 2014, causa C-458/12 (in Boll. ADAPT, 2014, n. 11)), che pure ha sottolineato la compatibilità comunitaria della disciplina nazionale e chiarito (Corte di Giustizia europea 6 marzo 2014 Causa C-458/12 “Amatori VS Telecom Italia”), che anche “*qualora risultasse, [...], che l'entità trasferita [...] non disponeva, anteriormente al trasferimento, di un'autonomia funzionale sufficiente – circostanza questa che spetta al giudice del rinvio verificare –, tale trasferimento non ricadrebbe sotto la direttiva 2001/23. In tal caso, dalla diret-* →

tiva non deriverebbe alcun obbligo di mantenimento dei diritti dei lavoratori trasferiti. Ciò detto, la direttiva sopra menzionata non deve essere letta nel senso che vieti ad uno Stato membro di prevedere un siffatto mantenimento dei diritti dei lavoratori nella situazione evocata al punto precedente della presente sentenza". Pertanto ogni Stato membro può legittimamente disporre il "mantenimento dei diritti dei lavoratori anche nella situazione in cui l'entità trasferita non disponeva, anteriormente al trasferimento, di un'autonomia funzionale sufficiente.

La Corte specifica, sulla base di quanto affermato nella stessa Direttiva, che deve essere tutelata la situazione dei lavoratori dinanzi al rischio di mutamento di imprenditore, e che ciò può avvenire mediante la previsione di opportune disposizioni a livello nazionale. Dunque, secondo le affermazioni della Corte di Giustizia, la semplice mancanza di autonomia funzionale dell'entità trasferita non può, costituire ostacolo a che uno Stato garantisca nel proprio ordinamento il mantenimento dei diritti dei lavoratori a causa del cambio di imprenditore.

A testimonianza di quanto siano divergenti le posizioni sulla questione del trasferimento d'azienda, o meglio di un suo ramo, troviamo numerosi e diversi pronunciamenti giurisprudenziali, anche molto recenti. Emblematico il caso di due sentenze del Tribunale di Milano, con risultati diametralmente opposti aventi ad oggetto la cessione di un ramo di azienda effettuata da una società appartenente al gruppo di Deutsche Bank.

Nella sentenza n. 3235 emessa dal Tribunale di Milano in data 26 settembre 2013, seguendo l'orientamento maggioritario della Corte milanese, si è interpretato letteralmente la nozione di trasferimento di ramo di azienda ex art 2112 c.c., così come modificato dall'art 32 d.lgs. n. 276/2003, ammettendo che il ramo di azienda possa essere "individuato dal cedente e dal cessionario al momento del trasferimento". Successivamente, a distanza di neanche un mese, la sentenza n. 3653/2013, emessa sempre dal Tribunale di Milano, ha invece dichiarato l'illegittimità della cessione di un ramo di azienda "smaterializza-

to". Il giudice ha ritenuto che la società cedente nell'effettuare l'operazione non soddisfaceva il requisito dell'autonomia funzionale del ramo trasferito, in quanto cedente e cessionario avrebbero creato una struttura produttiva ad hoc deviando così la conformità del ramo aziendale.

A sostegno si quest'ultima interpretazione segnaliamo anche recenti sentenze della Corte Costituzionale (cfr. Cass. 15 aprile 2014, n. 8757): La giurisprudenza ritiene "*operante, anche a seguito del d.lgs. n. 276 del 2003, art. 32, il principio per cui per "ramo d'azienda", ai sensi dell'art. 2112 c.c., deve intendersi ogni entità economica organizzata la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità - come del resto previsto dalla prima parte del d.lgs. n. 276 del 2003, art. 32 - presupponendo ciò comunque una preesistente entità produttiva funzionalmente autonoma (potendo conservarsi solo qualcosa che già esiste), e non anche una struttura produttiva creata ad hoc in occasione del trasferimento o come tale unicamente identificata dalle parti del negozio traslativo, essendo preclusa l'esternalizzazione come forma incontrollata di espulsione di frazioni non coordinate fra loro, di semplici reparti o uffici, di articolazioni non autonome, unificate soltanto dalla volontà dell'imprenditore e non dall'inerenza del rapporto ad una entità economica dotata di autonomia ed obiettiva funzionalità*".

Risulta, dunque, evidente che mentre la sentenza della Corte di Giustizia, propone una certa apertura, lasciata però alla potestà nazionale, in ordine alla legittimità dei trasferimenti di rami di azienda anche nei casi in cui vi sia assenza di preesistente autonomia funzionale e siano invece individuati come tali solo al momento della cessione, d'altro canto troviamo viceversa pronunce della Corte di Cassazione che confermano un orientamento (Cass. n. 11832/2014) secondo il quale si ritiene essenziale il requisito della preesistenza della porzione di azienda da trasferire ai fini della legittimità dell'operazione. La Suprema Corte, oltre a ribadire la necessità, ai fini dell'applicazione dell'art. 2112 cod. civ., che il ramo ceduto esistesse e operasse prima della cessione, non ritenendo sufficiente che esso sia stato costituito in occasio- ➔

ne della cessione, auspica anche una decisione dei giudici comunitari a sostegno della propria tesi: (cifr. Sentenza 11832/2014) *“La [...] Corte europea che, pur richiamando l’art. 8 della direttiva 2001/23 e la facoltà ivi prevista che gli Stati membri applichino o introducano disposizioni legislative, regolamentari o amministrative più favorevoli ai lavoratori, prevedendo ad esempio il mantenimento dei diritti dei lavoratori anche in ipotesi più ampie (e così nell’ipotesi in cui la parte di impresa in questione non costituisca un’entità economica funzionalmente autonoma preesistente al suo trasferimento), ha affermato che, ai fini dell’applicazione di detta direttiva, l’entità economica in questione deve in particolare, anteriormente al trasferimento, godere di un’autonomia funzionale sufficiente, e che, per altro verso, l’impiego, al citato articolo 6, paragrafo 1, primo e quarto comma, del termine “conservi” implica che l’autonomia dell’entità ceduta deve, in ogni caso, preesistere al trasferimento (Corte di Giustizia 6 marzo 2014, C-458/12, Amatori ed a., punti 32-34)”*.

In altre parole, i giudici di legittimità invocando la Direttiva 2001/23/CE e la recente sentenza della Corte di Giustizia sopra citata, sottolineano come la Corte di Lussemburgo, nell’affermare il principio secondo cui la disciplina comunitaria non vincola la normativa nazionale, che può invece consentire ad una cessione nell’ipotesi in cui la parte di impresa in questione non abbia al suo trasferimento carattere **preesistente** di entità economica funzionalmente

autonoma, afferma anche che il trasferimento di impresa in senso comunitario implica la preesistenza dell’entità economica da alienare.

In forza di tale ragionamento, la Suprema Corte ritiene che la propria posizione, sulla necessità del requisito della preesistenza della porzione di impresa oggetto di cessione, sia non solo corretta ma anche confermata. Sul punto la giurisprudenza di legittimità è salda e risoluta, si vedano, ex multis, Cass. 6 aprile 2006, n. 8017; Cass. 1 febbraio 2008 n. 2489; Cass. 2 settembre 2013 n. 20095; Cass. 3 ottobre 2013 n. 22627; Cass. 4 ottobre 2013 n. 22742, Cass. n. 9641/2014; n. 18559/14, n. 20601/2014; n. 9682/2016; n. 17366/2016.

In conclusione possiamo dire che l’ambivalenza presentata dalle diverse posizioni, evidenziante tanto sul piano nazionale che su quello europeo, mette in risalto le lacune e l’indeterminatezza presenti nell’art. 2112, del nostro codice civile, intestato “mantenimento dei diritti dei lavoratori”. Sarebbe forse auspicabile anche al fine di ridurre i contenziosi sulla materia, di rimettere mano agli assunti dell’art. 2112, per dare maggiore certezza e determinatezza alle definizioni di ramo d’azienda e di entità economica organizzata funzionalmente autonoma. Il panorama economico e i casi aziendali che si sono determinati dal 2003 ad oggi, possono considerarsi base sufficiente quali strumenti adatti a tale scopo.

La banda degli onesti: riflessioni su appalti illeciti e iniziative di contrasto

L'opera di sensibilizzazione della categoria dei Consulenti del Lavoro, derivante dalle conseguenze della depenalizzazione delle sanzioni applicate ai reati di somministrazione fraudolenta e dell'appalto illecito di manodopera, è diventata sempre più intensa in proporzione alla diffusione del fenomeno che viene proposto in termini di apparente legalità. Tale illecita attività è svolta in maniera preponderante da cooperative, con finalità del tutto estranee da quella mutualistica e solidaristica, che speculano sulle garanzie dei lavoratori, dalle retribuzioni minime alla sicurezza, e sulla buona fede, ingenuità e disperazione delle aziende utilizzatrici.

Questo sfruttamento, tale di fatto è, spazia anche in maniera importante nel settore delle gare di appalto e nella relativa corruzione che sovente precede l'aggiudicazione, perché, quando il costo base di una gara di appalto non è sindacabile, come la quantificazione del costo del personale, non è proponibile gareggiare al ribasso senza ledere i diritti minimi dei lavoratori. Partendo dalla considerazione che l'azienda ha l'esigenza del risparmio ed il lavoratore di ricevere una retribuzione, si è diffusa la proposta di poter acquistare ai saldi il costo del lavoro, che avviene di norma stipulando un contratto di prestazione di servizio, appalto di manodopera, talvolta camuffato in somministrazione, suggerito da sedicenti cooperative che offrono onnicomprensiva la selezione, un

costo complessivo ribassato, la totale flessibilità e la formazione e la sicurezza, ad un costo orario inferiore a quello di un voucher.

Lo strumento proposto per l'esternalizzazione dei lavoratori per il tramite di tali cooperative viene presentato attraverso una campagna pubblicitaria e di immagine accattivante e moderna, dichiaratamente etica per i lavoratori ed il territorio, scevra di feedback negativi, rigorosamente bloccati, da una web reputation ben costruita e da una vera strategia di costruzione reputazionale.

Il risparmio sul personale esternalizzato, considerando che le cooperative devono sottostare al principio enunciato dall'articolo 3 comma 1 della Legge 142, in relazione alle modifiche apportate dalla Legge 30/2003 all'articolo 6 comma 2 della stessa legge, il quale stabilisce che: "...il regolamento non può contenere disposizioni derogatorie in pejus rispetto al solo trattamento economico minimo di cui all'art. 3, comma 1 ..." e che per tutta la durata della missione presso l'utilizzatore i lavoratori del somministratore hanno diritto a condizioni economiche e normative complessivamente non inferiori a quelle dei dipendenti di pari livello dell'utilizzatore. non può che avvenire, e di fatto avviene, sulle spalle dei lavoratori: retribuzioni fuori dai minimi contrattuali, contributi non versati, assenteismo non retribuito, integrazioni di tra- ➔

sferte e rimborsi spese inesistenti, ricorrenza di voci contributive a credito insussistenti, attività che conseguono l'impossibilità della produzione del Durc, a favore di semplici dichiarazioni di regolarità in carta libera; completa l'imponente abuso di voucher, come recentemente dichiarato dal dott. Boeri in audizione alla Camera, il quale ha dichiarato che tra i principali committenti vi sono sindacati e cooperative.

Sul fronte dell'azienda, il possibile danno è determinabile sia dall'attività ispettiva che dal ricorso in giudizio del lavoratore, che riconducono ad un probabile disconoscimento del rapporto di lavoro in capo alla cooperativa per individuarlo in essere alla azienda con tutti gli oneri derivanti. E, quant'anche il contratto di appalto o somministrazione tra azienda e cooperativa contenesse termini risarcitori in caso di irregolarità, per le aziende il ristoro in giudizio è lungo ed incerto.

Gli elementi che portano al rapido disconoscimento sono i seguenti:

- l'assenza, in capo alle cooperative appaltatrici, di un'adeguata organizzazione tecnica e di mezzi; è il committente a fornire gli strumenti necessari all'assolvimento del lavoro;
- l'assenza dell'esercizio del potere direttivo sui dipendenti da parte della cooperativa appaltatrice, che sono sottoposti alle disposizioni dell'impresa appaltante;
- l'assenza di assunzione del rischio imprenditoriale da parte dell'appaltatore;
- lo svolgimento di prestazioni diverse da quelle previste dal contratto.

Interi settori, come l'assistenzialismo ed i pubblici esercizi, sembrano divenuti esclusiva di tali cooperative pregiudicando l'ingresso a nuovi soggetti virtuosi o compromettendo la sopravvivenza a chi opera nella legalità. Le attività ispettive risultano inefficaci, pur nella lodevole volontà, restando realtà residuali o locali o mal coordinate. Manca la vera

presa di coscienza collettiva nonché un vero impianto che dimensioni il fenomeno e lo fronteggi; certo non disincentiva una sanzione amministrativa massima di 50.000 euro, a fronte di entrate con uno/due zeri in più, riconducendo la misura punitiva ad un rischio calcolabile ed affrontabile e sminuendo la gravità del delitto di sfruttamento dei lavoratori. Partendo dalla considerazione che il numero degli onesti supera senz'altro quello dei disonesti, diversamente non avremmo bisogno né di leggi né di attività ispettive e di accertamento, ma i primi sono senz'altro poco informati e disorganizzati e l'etica della legalità spesso soccombe alle esigenze di sopravvivenza, soprattutto quando simili manovre speculative al ribasso creano una forte concorrenza sleale: lo strumento per disincentivarne l'uso e l'abuso viene dal formare una coscienza pubblica e da un contrasto efficace nei mezzi legali disponibili. Se lasciamo operativo il cliché ed anche la carta filigranata continueremo a trovare il mercato invaso da "moneta falsa".

La categoria dei Consulenti del Lavoro deve allertarsi sul fenomeno: i Consigli Provinciali dell'Ordine devono essere informati quando ci si imbatte, lavorando, nel malaffare. Il Consiglio Nazionale dell'Ordine è molto attivo sul fronte: nell'autunno scorso ha diffuso un format di alert da distribuire alle aziende, poche settimane fa ha reso pubblica una lettera indirizzata al Ministro Poletti ed anche la nostra Web Tv contiene video ed interviste di sensibilizzazione ed orientamento sul fenomeno.

Non possiamo permettere a queste discutibili realtà, a fronte di un'immagine pubblica virtuosa, il lusso dell'anonimato e dell'impunità nell'attività illecita: per questo i Consulenti del Lavoro, che sono anche garanzia nel lavoro, debbono essere in prima linea ed a fianco delle attività ispettive, su un fenomeno di sempre più spregiudicata diffusione e dal costo sociale gravoso.

Premio di produttività e convertibilità in welfare aziendale¹

Le ultime due leggi di stabilità² hanno rafforzato e reso stabile il regime agevolato di natura fiscale per le somme corrisposte a titolo di premio di risultato di ammontare variabile e per le somme erogate sotto forma di partecipazione agli utili dell'impresa. Al tempo stesso è stata eliminata ogni forma di agevolazione contributiva sui premi di produttività a meno che non vi sia la trasformazione dei premi di risultato in welfare. In queste pagine, oltre a riepilogare brevemente le regole in vigore dal corrente anno, si pone l'attenzione su due aspetti fondamentali: la necessità di un accordo aziendale e la convertibilità dei premi di risultato in welfare.

Le regole in vigore dall'anno 2017

Rispetto alla legge di Stabilità 2016, la manovra finanziaria relativa all'anno 2017

- 1) aumenta da 50.000 a 80.000 il limite di reddito di lavoro subordinato e
- 2) aumenta da 2.000 a 3.000 euro il valore annuo complessivo dei premi di risultato (4.000 euro per le aziende che coinvolgono pariteticamente i lavoratori nell'organizzazione del lavoro).

Rimane, invece, ferma al 10 per cento l'aliquota dell'imposta sostitutiva di IRPEF ed addizionali.

Requisiti dei datori di lavoro

Restano esclusi i datori di lavoro del settore pubblico, mentre vi rientrano quelli del settore privato compresi gli studi professionali.

Per poter fruire dell'agevolazione è necessario che

l'erogazione dei premi in denaro o in natura avvenga in esecuzione di contratti aziendali o territoriali.

Requisiti dei lavoratori

Possono fruire della detassazione tutti i lavoratori dipendenti del settore privato. È aumentato da 50.000 a 80.000 il limite di reddito di lavoro subordinato che il lavoratore non deve aver superato nell'anno precedente a quello in cui il premio è erogato.

A tal proposito, l'Agenzia delle Entrate, nella circolare 28/E del 2016, tutt'ora valida, ha precisato che:

- il limite è riferito all'anno precedente e dunque non ha alcuna valenza l'eventuale superamento di tale limite nell'anno di applicazione della detassazione;
- devono essere cumulati i redditi di tutti rapporti di lavoro dipendente intercorsi nel periodo di riferimento;
- vanno presi a riferimento tutti i redditi di lavoro dipendente ex art. 49 TUIR;
- devono essere considerati i soli redditi soggetti a tassazione ordinaria (sono esclusi anticipi del TFR, TFR, arretrati tassati separatamente etc.);
- l'importo è considerato al lordo delle somme detassate nell'anno precedente;
- non vanno computati gli importi che per opzione si siano trasformati in premio sociale non tassato;
- il reddito prodotto all'estero va computato anche se non tassato in Italia;
- le eventuali retribuzioni convenzionali riferite ai redditi prodotti all'estero da residenti in Italia vanno conteggiati;

1. Pubblicato anche su Guida al Lavoro de Il Sole 24Ore, n.10/2017.
2. Art. 1 commi da 182 a 189 della legge n. 208/2015 e art. 1, comma 160 della legge n. 232/2016.

- la detassazione è applicabile anche in caso di assenza di reddito di lavoro dipendente o laddove l'importo di euro 80.000 è stato superato con altre tipologie di reddito (es. redditi di fabbricati, partecipazione, lavoro autonomo e/o assimilato a quello di lavoro dipendente).

Risulta opportuno, per i lavoratori assunti nel corso dell'anno 2016, farsi rilasciare dal lavoratore stesso apposita dichiarazione circa i redditi di lavoro dipendente conseguiti nell'anno 2016.

Premio di risultato detassabile

È stato elevato da 2.000 a 3.000 euro il valore annuo complessivo dei premi di risultato.

Viene inoltre previsto che l'importo del premio erogato può arrivare fino ad un massimo di 4.000 euro in caso di coinvolgimento paritetico dei lavoratori.

Ciò è possibile, ad esempio, attraverso l'adozione di un piano che stabilisca la costituzione di gruppi di lavoro nei quali operano responsabili aziendali e lavoratori finalizzati al miglioramento o all'innovazione di aree produttive o sistemi di produzione e che prevedano strutture permanenti di consultazione e monitoraggio degli obiettivi da perseguire e delle risorse necessarie, nonché la predisposizione di rapporti periodici che illustrino le attività svolte e i risultati raggiunti.

Criteri di valutazione dell'incremento produttivo

Si ricorda che il decreto interministeriale 25 marzo 2016 ha stabilito che i criteri di valutazione dell'incremento di produttività voluti dal testo normativo possono coincidere con:

- l'aumento della produzione o di risparmi dei fattori produttivi;
- il miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi, anche attraverso la riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario o il ricorso al lavoro agile quale modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, rispetto ad un periodo congruo definito dall'accordo, il cui raggiungimento sia verificabile in modo obiettivo attraverso il riscontro di indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati;

- specifici parametri tipici del settore in cui opera l'azienda, determinati dai contratti territoriali o aziendali.

Aliquota dell'imposta sostitutiva ferma al 10%

Rimane ferma al 10 per cento l'aliquota dell'imposta sostitutiva di IRPEF ed addizionali che può essere applicata ai premi aventi le seguenti caratteristiche:

- le somme devono essere di ammontare variabile ed erogate a seguito di una contrattazione di secondo livello avente i requisiti di cui all'articolo 51 del D.lgs. n.81/2015;
- i premi erogati devono essere conseguenti ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione, che possono consistere nell'aumento della produzione o in risparmi dei fattori produttivi ovvero nel miglioramento della qualità dei prodotti e dei processi, anche attraverso la riorganizzazione dell'orario di lavoro non straordinario o il ricorso al lavoro agile quale modalità flessibile di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato, rispetto ad un periodo congruo definito dall'accordo;
- il raggiungimento degli obiettivi deve essere oggettivamente verificabile tramite il riscontro di indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati;
- il coinvolgimento paritetico dei lavoratori che consente di innalzare il tetto della somma agevolabile da 3000 a 4000 euro deve risultare dal contratto collettivo che stabilisce il premio di risultato;
- il contratto deve essere depositato telematicamente presso il Ministero del lavoro.

Il lavoratore può rinunciare alla agevolazione qualora ritenga più favorevole la tassazione ordinaria, come potrebbe essere nel caso di rilevanti oneri deducibili o di forti detrazioni.

La contrattazione di secondo livello

Come precedentemente accennato, per poter applicare, e quindi far fruire ai lavoratori, la tassazione agevolata, è indispensabile la sottoscrizione di un contratto aziendale o aderire ad un contratto di prossimità. Come sottolineato correttamente dalla Fondazione Studi Consulenti del lavoro³, la legge stabilisce che ai fini dell'applicazione delle →

{ 3. Parere n. 1 del 18 febbraio 2017 pubblicato sul sito www.consulentidellavoro.it

disposizioni in esame, le somme e i valori devono essere erogati in esecuzione dei contratti aziendali o territoriali di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. In via generale è necessario, quindi, che il contratto aziendale o territoriale rispetti un requisito in ordine ai soggetti stipulanti: essi devono essere sottoscritti da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, o dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria. L'accordo è sufficiente che sia sottoscritto anche da una sola associazione sindacale e non necessariamente da una pluralità di esse (la norma richiama "da" associazioni sindacali). Quanto sopra sia per le aziende di piccole o piccolissime dimensioni, quindi prive di rappresentanza sindacale interna, sia per le aziende di maggiori dimensioni anch'esse prive di rappresentanza sindacale interna.

A parere della Fondazione se l'azienda non è iscritta ad una associazione di categoria, e non sottoscrive un contratto aziendale, è libera di recepire un qualsiasi contratto collettivo territoriale, sia se riferito ad un territorio diverso, sia se sottoscritto da un'associazione di categoria diversa rispetto al settore economico di appartenenza. La libertà in questo senso è assicurata dall'articolo 39 della Costituzione.

Conseguentemente, l'azienda può vagliare il contratto territoriale più aderente ai propri obiettivi e decidere di applicarlo per un determinato periodo di tempo (normalmente un anno).

In particolare, è consigliabile che il recepimento sia formalizzato attraverso una comunicazione scritta da inviare ai lavoratori (via email o consegnata a mano). Non è necessario acquisire firma per accettazione da parte dei lavoratori, ma è sufficiente che sia presente una modalità che provi l'avvenuta comunicazione.

Va ribadito tuttavia che il contratto di prossimità deve contemplare tutte le condizioni di individuazione e di misurazione degli obiettivi legati agli incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione o più semplicemente, la previsione del premio di risultato in relazione agli utili dell'impresa. Pertanto, si sconsiglia l'applicazione di quei contratti territoriali che sono vaghi nell'individuazione degli obiettivi, della loro misurabilità e che non prevedano la verifica a posteriori dei risultati raggiunti.

Convertibilità dei premi di risultato in welfare

Si ricorda che la legge prevede che le somme e i valori di cui al comma 2 e all'ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 51 del TUIR, non concorrono, nel rispetto dei limiti ivi indicati, a formare il reddito di lavoro dipendente, né sono soggetti all'imposta sostitutiva, anche nell'eventualità in cui gli stessi siano fruiti, **per scelta del lavoratore**, in sostituzione, in tutto o in parte, dei premi di produttività.

Pertanto, la convertibilità totale o parziale del premio in welfare deve essere prevista nell'accordo aziendale o territoriale. Chi decide se convertire il premio in welfare, invece, è soltanto il lavoratore. Non sono legittimi, quindi, gli accordi che impongono la corresponsione totale o parziale del premio di risultato in welfare.

Diversamente avviene nei piani di welfare, anche se legati a obiettivi aziendali. In questi casi, infatti, non si negozia un premio di risultato ma si prevede la messa a disposizione di welfare per tutti i lavoratori o categorie di lavoratori. Il piano di welfare, tra l'altro, non è mai convertibile in denaro. Si ricorda, inoltre, che per l'istituzione di un piano di welfare non è necessario stipulare un contratto aziendale. Il contratto è necessario soltanto se si vuole la totale deducibilità della spesa per il welfare aziendale nel caso (tale spesa) superi la soglia del cinque per mille del costo del lavoro e soltanto se il piano di welfare preveda l'utilizzo da parte dei dipendenti di beni e servizi messi a disposizione dal datore del lavoro per le finalità di culto, ricreazione, educazione, istruzione e assistenza sanitaria. Ricordiamo le somme e i valori di cui al comma 2 e all'ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 51 del TUIR.

- i contributi di assistenza sanitaria versati dal datore di lavoro o dal lavoratore ad enti o casse aventi esclusivamente fine assistenziale in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale, per un importo non superiore complessivamente ad euro 3.615,20;
- le somministrazioni di vitto da parte del datore di lavoro, nonché quelle in mense organizzate direttamente dal datore di lavoro o gestite da terzi, o, fino all'importo complessivo giornaliero di euro 5,29, aumentato a euro 7 nel caso in cui le stesse sia- ➔

- no rese in forma elettronica, le prestazioni e le indennità sostitutive corrisposte agli addetti ai cantieri edili, ad altre strutture lavorative a carattere temporaneo o ad unità produttive ubicate in zone dove manchino strutture o servizi di ristorazione;
- le prestazioni di servizi di trasporto collettivo alla generalità o a categorie di dipendenti; anche se affidate a terzi ivi compresi gli esercenti servizi pubblici;
 - l'utilizzazione delle opere e dei servizi riconosciuti dal datore di lavoro volontariamente o in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale, offerti alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti e ai familiari indicati nell'articolo 12 per le finalità di culto, assistenza sanitaria, ricreazione, istruzione, educazione di cui al comma 1 dell'articolo 100;
 - le somme, i servizi e le prestazioni erogati dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti per la fruizione, da parte dei familiari indicati nell'articolo 12, dei servizi di educazione e istruzione anche in età prescolare, compresi i servizi integrativi e di mensa ad essi connessi, nonché per la frequenza di ludoteche e di centri estivi e invernali e per borse di studio a favore dei medesimi familiari;
 - le somme e le prestazioni erogate dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti per la fruizione dei servizi di assistenza ai familiari anziani o non autosufficienti indicati nell'articolo 12;
 - il valore delle azioni offerte alla generalità dei dipendenti per un importo non superiore complessivamente nel periodo d'imposta a euro 2065,83, a condizione che non siano riacquistate dalla società emittente o dal datore di lavoro o comunque cedute prima che siano trascorsi almeno tre anni dalla percezione; qualora le azioni siano cedute prima del predetto termine, l'importo che non ha concorso a formare il reddito al momento dell'acquisto è assoggettato a tassazione nel periodo d'imposta in cui avviene la cessione;
 - le somme trattenute al dipendente per oneri di cui all'articolo 10 e alle condizioni ivi previste, nonché le erogazioni effettuate dal datore di lavoro in conformità a contratti collettivi o ad accordi e regola-

menti aziendali a fronte delle spese sanitarie. Gli importi delle predette somme ed erogazioni devono essere attestate dal datore di lavoro. In questa previsione rientra la previdenza complementare;

- le mance percepite dagli impiegati tecnici delle case da gioco (croupiers) direttamente o per effetto del riparto a cura di appositi organismi costituiti all'interno dell'impresa nella misura del 25 per cento dell'ammontare percepito nel periodo d'imposta;
- il valore dei beni ceduti e dei servizi prestati se complessivamente di importo non superiore nel periodo d'imposta a euro 258,23; se il predetto valore è superiore al citato limite, lo stesso concorre interamente a formare il reddito.

Si ricorda, infine, che la legge di stabilità 2017 ha previsto che la sostituzione, anche parziale, del premio di risultato con contributi alle forme pensionistiche complementari, contributi di assistenza sanitaria e con azioni, può anche eccedere i limiti indicati dal TUIR per ciascuna forma di contribuzione o per l'offerta delle azioni. Questi ulteriori benefici restano esclusi da imposizione sia ordinaria che sostitutiva. La stessa legge prevede, invece, che le somme e i valori di cui al comma 4 del medesimo articolo 51 (**auto, alloggio, prestito e trasporto ferroviario**) concorrono a formare il reddito di lavoro dipendente secondo le regole ivi previste e non sono soggetti all'imposta sostitutiva anche nell'eventualità in cui gli stessi siano fruiti, per scelta del lavoratore, in sostituzione, in tutto o in parte, dei premi di produttività.

I numeri dei contratti depositati

I contratti di produttività depositati al ministero del Lavoro dal luglio 2016 al 14 febbraio scorso sono 19.457 di cui 11.521 sono gli accordi sottoscritti nel 2015.

Dei 19.457 contratti depositati, 15.178 si riguardano obiettivi di produttività, 11.360 di redditività, 8.595 di qualità. Inoltre, 2.040 prevedono un piano di partecipazione e 4.099 prevedono misure di welfare aziendale.

Geograficamente sono le aziende collocate nelle Regioni del Nord a guidare la classifica: in Lombardia se ne totalizzano 5.586 seguita dall'Emilia Romagna con 3.140, dal Veneto con 2.719, dal Piemonte con 1.714, dalla Toscana con 1.335 e dal Lazio con 1.254.

Ammortizzatori sociali e nozione di unità produttiva

Il concetto di unità produttiva ricorre in relazione a numerosi istituti giuslavoristici e segnatamente in tema di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, recentemente riordinato dal Dlgs n. 148/2015. In particolare, le principali novità introdotte dal titolo I del predetto decreto - che abroga integralmente o parzialmente le disposizioni previgenti in materia (leggi n. 164/1975, n. 427/1975, n. 223/1991, n. 92/2012, ecc.) - riguardano:

- l'estensione della tutela ai lavoratori assunti con contratto di apprendistato professionalizzante;
- la ridefinizione dei requisiti soggettivi per l'accesso alle prestazioni;
- la revisione dei limiti massimi di durata dei trattamenti;
- la rimodulazione della misura della contribuzione ordinaria;
- la revisione dell'assetto e della misura della contribuzione addizionale;
- l'introduzione del termine di decadenza di 6 mesi entro il quale è ammesso il conguaglio delle prestazioni CIG anticipate dal datore di lavoro.

In relazione a quanto sopra diviene fondamentale la nozione di unità produttiva che deve essere correttamente individuata ai fini dell'istruttoria della domanda di CIGO, in quanto fondamentale parametro di riferimento per la valutazione sia di requisiti che di limiti. Il concetto in parola è infatti il presupposto per verificare il rispetto del requisito dell'anzianità di effettivo lavoro che deve possedere il lavoratore, per tenere monitorati i tempi di fruizione dell'ammortizzatore concesso e per definire l'entità del contributo addizionale.

Secondo la corrente definizione di unità produttiva, peraltro richiamata nella circolare INPS 139/2016, sono previste due caratteristiche fondamentali:

- l'autonomia funzionale, caratterizzata dalla sua sostanziale indipendenza tecnica: essa deve dunque avere autonomia sia finanziaria che tecnica;
- in essa deve essere svolto e concluso il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell'attività

produttiva o del ciclo di vendita dell'azienda.

Con riferimento all'autonomia organizzativa, va registrata una importante novità rispetto a quanto indicato dallo stesso Istituto nella circolare 139/2016.

La circolare INPS n. 9/2017, infatti, introduce una novità ai fini della corretta individuazione dell'unità produttiva, elaborando le linee guida per circoscrivere l'unità produttiva, identificata con la sede legale, gli stabilimenti, le filiali e i laboratori distaccati dalla sede, che abbiano una organizzazione autonoma.

La novità risiede nell'alternatività del requisito "*autonomia finanziaria*" con il requisito "*autonomia tecnico funzionale*". Questo vuol dire, quindi, che l'unità produttiva può essere legittimamente priva dell'autonomia finanziaria.

Provando ad esemplificare, qualora l'azienda sia provvista di diversi punti vendita, si potrà considerare unità produttiva ciascun punto vendita purché, in ogni caso, vi siano assegnati in via continuativa lavoratori dipendenti. Nello specifico, quando si parla di autonomia funzionale, si fa riferimento ad un'autonomia di tipo finanziario o tecnico-funzionale, da intendersi in senso alternativo. La filiale deve quindi possedere un'allocatione di risorse proprie che le garantiscano l'indipendenza e la totale autonomia circa le caratteristiche produttive da realizzare.

L'unità produttiva deve quindi essere caratterizzata da autonomia funzionale e indipendenza tecnica e nella stessa è necessario che si svolga, dall'inizio alla fine, il ciclo produttivo. L'autonomia di tipo produttivo, più specificatamente, afferisce il fatto che nell'unità produttiva si realizzi l'attività di produzione o di vendita di beni e servizi, e non semplicemente un'attività strumentale o preparatoria alla produzione o vendita stessa; ne deriva che l'unità produttiva, sotto questa accezione, deve essere un elemento organizzativo essa stessa, e non un elemento accessorio. In tal senso, sarà quindi configurabile il concetto di unità produttiva anche se priva di autonomia finanziaria purché, come si è detto, all'interno di essa si svolga un'attività di produzione di beni e servizi, ovvero di vendita, qualora si tratti di imprese commerciali.

Distacchi transnazionali: problemi di applicabilità delle sanzioni per gli operatori extra UE

A commento del D.Lvo n. 136 del 17 luglio 2016 sono stati scritti moltissimi articoli, analizzati i singoli commi, fornendo utili interpretazioni operative ed evidenziandone tutte le criticità nell'utilizzo improprio del distacco transnazionale. Anche noi lo abbiamo fatto su questa rivista.

Ma come insegna l'avvocato Azzecagarbugli di manzoniana memoria le norme, tutte le norme, sono scritte male e un modo per cavarsela dai guai un buon legale lo trova sempre.

Basterà avere un poco di pazienza e prestare la dovuta attenzione al testo normativo per trovare una soluzione, questo perché nessun lessico al mondo ha le sfaccettature della lingua italiana.

E spesso non è nemmeno necessario cercare tra le centinaia di riviste, saggi, collane giuridiche e raccolte di giurisprudenza che riempiono i nostri scaffali. Un libro di brocardi latini, un buon vocabolario e la conoscenza dell'italico idioma potrebbero anche bastare.

Memori, ma forse sarebbe più corretto dire invidiosi, di cotanta destrezza e competenza abbiamo proceduto ad una seconda lettura del Decreto 136 con il piglio dell'Azzecagarbugli e ciò che ne è emerso appare finanche sorprendente. Ma andiamo con ordine.

L'apparato sanzionatorio

L'art. 12 così stabilisce le sanzioni per la violazione degli obblighi imposti dal decreto n. 136/2016, attuativo della direttiva 2014/67/UE:

1. La violazione degli obblighi di comunicazione di cui all'articolo 10, comma 1, è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 150 a 500 euro per ogni lavoratore interessato.
2. La violazione degli obblighi di cui all'articolo 10, comma 3, lettera a), è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 500 a 3.000 euro per ogni lavoratore interessato.
3. La violazione degli obblighi di cui all'articolo 10, commi 3, lettera b), e 4 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da 2.000 a 6.000 euro.
4. In ogni caso, le sanzioni di cui ai commi 1 e 2 non possono essere superiori a 150.000 euro.

Le sanzioni si riferiscono al mancato rispetto di tutti gli obblighi stabiliti a carico delle imprese dall'articolo 10. Nessuna dimenticanza: ad ogni violazione corrisponde una sanzione. Tutto bene quindi? Parrebbe di no.

L'ambito di applicazione del decreto

La normativa, secondo quanto previsto dal primo comma dell'art. 1, si applica alle imprese stabilite in un altro **Stato membro** che nell'ambito di una prestazione di servizi, distaccano in Italia uno o più lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d), in favore di un'altra impresa anche appartenente allo stesso gruppo, o di un'altra unità produttiva o di un altro destinatario a condizione che durante il periodo del distacco, continui a esistere un rapporto di lavoro con il lavoratore distaccato. ➔

Il comma 5 del medesimo articolo prevede invece che solo una parte dei 27 articoli che compongono il Decreto si applichi alle imprese stabilite in uno **Stato terzo** che intendano distaccare lavoratori in Italia ai sensi del comma 1. Le disposizioni richiamate sono quelle di cui agli **articoli 3, 4, 5, 10 e 11** del presente decreto. Quindi alle imprese extra UE si applicherà la disciplina sulla autenticità del distacco, le verifiche nei confronti di imprese distaccanti e sui lavoratori distaccati come previsto dall'articolo 3. Si applicheranno inoltre le disposizioni concernenti le condizioni di lavoro e di occupazione ed il regime di responsabilità solidale disciplinata dall'articolo 4, nonché la difesa dei diritti dei lavoratori in sede amministrativa e giudiziale prevista dal successivo articolo 5. Inoltre viene richiamato integralmente l'articolo 10 che impone una serie di obblighi amministrativi, ovvero comunicazione del distacco, conservazione della documentazione e designazione e comunicazione dei referenti. Ed infine anche per le aziende extra UE si ribadisce l'attribuzione della competenza in sede ispettiva all'Ispettorato Nazionale del Lavoro (articolo 11).

L'applicabilità delle sanzioni alle imprese stabilite in uno Stato terzo

Tra gli articoli richiamati dal comma 5 dell'art. 1 è invece singolare non compaia l'**articolo 12** con il quale sono previsti e stabiliti gli importi delle sanzioni. Dimenticanza del legislatore? Superficialità?

Poco importa. In questo contesto ci limitiamo a registrare sul nostro notebook questi appunti.

La tecnica legislativa utilizzata è alquanto particolare anche se non inusuale. L'aver disposto che solo alcuni articoli della normativa generale si applicano a determinati soggetti equivale a dire che gli articoli del testo non espressamente richiamati non si applicano.

È in sostanza una deroga, una esenzione riconosciuta dalla norma a favore di taluni e non di altri.

Ma lo stesso distinguere e l'individuare un gruppo di disposizioni applicabili ai soli soggetti extra UE corrisponde di fatto alla emanazione di due diverse e specifiche normative:

- una prima, riservata agli Stati membri, che contempla tutti gli articoli, dal primo all'art. 27, del D. Lvo 136/2016;
- una seconda, per le imprese non comunitarie (com-

prese quelle che, pur avendo sottoscritto accordi bilaterali con la Unione Europea, membri UE non sono), che saranno soggette esclusivamente agli obblighi di cui agli articoli 3, 4, 5, 10 e 11 del predetto decreto.

Comunque la si giri una cosa è certa: l'articolo 12 non fa parte delle norme che il legislatore ha individuato tra quelle direttamente applicabili alle imprese stabilite in uno Stato terzo.

Una indiretta conferma di questa conclusione deriva dalla applicazione ai soli Stati membri dell'intero Capo IV riguardante l'esecuzione delle sanzioni amministrative, i cui articoli dal 13 al 24 non vengono, come già sottolineato, richiamati tra quelli applicabili alle imprese stabilite in Stati non membri.

A nulla rileva che il comma 2 dell'art. 13 disponga che "I principi dell'assistenza e del riconoscimento reciproci nonché le misure e le procedure di cui al presente capo si applicano all'esecuzione transnazionale delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate alle **imprese che distaccano uno o più lavoratori ai sensi dell'articolo 1**" che si rivolge sia degli Stati membri che degli Stati terzi. E ancor meno rilevante che il successivo comma 2 disponga che "Le disposizioni del presente capo si applicano alle sanzioni amministrative pecuniarie, inclusi gli interessi, le spese ed eventuali somme accessorie irrogate o confermate in sede amministrativa o giudiziaria, relative alla **mancata osservanza delle disposizioni del presente decreto**".

Gli Stati extra UE sono sì soggetti agli obblighi ed alla vigilanza, commettono violazioni e possono pure ricevere verbali di contestazione, ma nessuna sanzione potrà essere loro materialmente applicata e richiesta proprio in funzione della non applicabilità agli stessi di quanto disposto dall'art. 1, comma 5.

Ovviamente il fine giuslavorista è consapevole che prima o poi il legislatore si accorgerà della svista e vi porrà rimedio con un emendamento.

Ma non ci si deve scoraggiare. Vocabolario alla mano si aspetterà al varco il novellato testo, con l'assoluta e granitica certezza che le norme, tutte le norme, sono scritte male. Del resto l'avvocato Azzecagarbugli è uno specialista in eccezioni e cavilli oltre che Patrociano in Cassazione su questioni di lana caprina.

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI ANALIZZA ALCUNE CATEGORIE FONDANTI DEL DIRITTO DEL LAVORO ALLA LUCE SIA DEL DIRITTO CIVILE CHE DELLE SIGNIFICATIVE NOVITÀ RISALENTI AL JOBS ACT

Diritto civile e diritto del lavoro: il nuovo intreccio alla luce del Jobs Act¹

L'Autore esamina la nuova disciplina di diverse categorie per dimostrare come in alcuni casi la giurisprudenza, la dottrina e lo stesso Legislatore abbiano integrato ed arricchito le tradizionali categorie civilistiche, mentre in altri le stesse categorie civilistiche abbiano consentito di colmare le lacune della disciplina lavoristica che, al contrario, prevale in caso di conflitto.

Subordinazione: conservazione o estensione della fattispecie?

La subordinazione - che lega il contratto individuale (*id est* diritto civile) con il rapporto di lavoro (*id est* diritto del lavoro) - nasce come fattispecie circoscritta al lavoro operaio ma è presto destinata ad annoverare anche gli impiegati, i dirigenti nel 1942 e infine i quadri con una Legge del 1985.

Non solo. Si registra una *vis* espansiva della subordinazione già nel 1973 quando cioè, in una norma processuale, viene prevista la categoria dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa poi trasformati dal D.Lgs. 276/2003 in tipo legale, il lavoro a progetto, abrogato nel 2015 per aver fallito come criterio selettivo in funzione anti-fraudolenta².

Ma questo Legislatore, se da un lato ha risparmiato i rapporti di collaborazione ex Art. 409 c.p.c., dall'altro ha ulteriormente scolorito la linea di demarcazione della subordinazione perché l'Art. 2, comma 1,

del D.Lgs. 81/2015 applica la disciplina del lavoro subordinato *ai rapporti di lavoro organizzati dal committente*. È tuttora molto accesa la diatriba dottrinale tra chi afferma che la norma abbia dilatato la fattispecie della subordinazione³ e chi invece qualifica tali rapporti come autonomi *tout court*⁴.

Ad avviso dell'Autore, l'Art. 2 non ha inciso sulla fattispecie dell'Art. 2094 c.c. ma ha positivizzato alcuni indici utilizzati dalla giurisprudenza per qualificare il rapporto di lavoro come subordinato, non singolarmente determinanti ma utilizzati spesso congiuntamente in funzione sussidiaria⁵.

Frantumazione dell'inderogabilità della disciplina delle mansioni e nuova rilevanza del contratto individuale

Il nuovo testo dell'Art. 2103 c.c. trasforma radicalmente la disciplina precedente, vulnerando in profondità il monolite dell'inderogabilità della norma di legge: collocandosi sulla scia dell'Art. 8 del D.L. 138/2011, non si limita ad autorizzare i contratti collettivi nazionali e aziendali a derogare norme di legge ma anche il potere unilaterale del datore di lavoro e addirittura il contratto individuale (sia pure a certe condizioni). Al processo di sgretolamento dell'inderogabilità corrisponde pertanto l'amplificazione del margine negoziale delle parti con il riaffiorare del contratto individuale che, sebbene in sede protetta, acquista ➔

1. Sintesi dell'articolo pubblicato in Rivista di diritto civile, 3/2016, pag. 627 e segg.

Dal titolo "Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act"

2. G. Santoro-Passarelli, voce *Lavoro a progetto*, in Enc. dir. Annali IV, Milano 2011, pp. 667-693.

3. T. Treu, *In tema di Jobs Act. Il riordino dei tipi contrattuali*, in Giorn. d. lav. rel. ind. 2015, p. 163; E. Ghera, *Sulle collaborazioni organizzate dal committente*, 2 del dattiloscritto, 2015;

L. Mariucci, *Il diritto del lavoro al tempo del renzismo*, in Lav. e d., 2015, p. 25; M. T.

Carinci, *All' insegna della flessibilità*, in M. T. Carinci, A. Tursi (a cura di), *Jobs Act*,

Il contratto a tutele crescenti, Torino 2015, XIX, nt. 23; M. Marazza, *Lavoro*

autonomo e collaborazioni organizzate nel Jobs Act, Supplemento de Il sole 24 ore, luglio 2015.

4. A. Perulli, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 272; e R. Pessi, *Il tipo contrattuale: autonomia e subordinazione dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 282.

5. Come ha sostenuto in un noto saggio M. Persiani, *Riflessioni sulla giurisprudenza in tema di individuazione della fattispecie lavoro subordinato*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, V, Napoli 1972. In giurisprudenza, v. Cass. civ. sez. un. 30 giugno 1999, n. 379 e, più recentemente, ex plurimis, Cass. 19 aprile 2010, n. 9252.

una funzione prescrittiva di regolazione del trattamento normativo ed economico del lavoratore il quale, pur di mantenere il posto di lavoro, è disposto ad accettare una modifica in *pejus* della propria posizione.

Valorizzazione degli Artt. 2087 e 2103 c.c. in tema di danno non patrimoniale, diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione lavorativa e causa del contratto di lavoro

Il copioso contributo della giurisprudenza sulla valorizzazione dell'Art. 2087 c.c. con riguardo alla tutela dell'integrità psicofisica del lavoratore - attraverso il danno biologico - e della sua personalità morale (*id est dignità*) - attraverso il danno non patrimoniale - verrà purtroppo ridimensionato drasticamente dal nuovo Art. 2103 c.c. che riduce le ipotesi di divieto di demansionamento e, soprattutto, non sarà più configurabile una forma di risarcimento ogni qualvolta non si tenga conto della professionalità acquisita.

In caso di lesione, la dignità del lavoratore - celebrata dall'Art. 2 Cost. (oltre che dal previgente Art. 2103) - veniva risarcita dalla giurisprudenza attraverso l'enucleazione di un diritto all'esecuzione della prestazione nelle ipotesi di: assegnazione a mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte, nelle ipotesi in cui il lavoratore è lasciato inattivo o comunque emarginato dalla vita lavorativa ed aziendale⁶.

Non solo. Secondo buona parte della dottrina⁷ poteva essere sanzionata la condotta del datore di lavoro creditore che, senza motivo legittimo, si rifiutasse di ricevere la prestazione di lavoro (*mora credendi* ex Art. 1206 c.c.), nella ferma convinzione che il contratto di lavoro fosse contraddistinto da due obbligazioni corrispettive, quella di lavorare e quella di retribuire.

Il novellato Art. 2103 c.c. non garantisce più la professionalità acquisita, ma una competenza di eguale valore nell'ambito della stessa categoria e dello stesso livello di inquadramento nel caso di mobilità orizzontale e, ferma la irriducibilità della retribuzione, accorda diverse ipotesi di adibizione a mansioni riconducibili al livello di inquadramento inferiore in

presenza di certe condizioni. Se dunque è vero che il nuovo Art. 2103 c.c. non consente al datore di lavoro la *sottrazione totale delle mansioni*⁸, non sembra tuttavia che la disposizione (basti pensare al comma 6) sia utilizzabile come base normativa del diritto del lavoratore all'esecuzione della prestazione. Non si può neppure escludere che il suddetto diritto possa essere configurato come diritto autonomo del lavoratore e più precisamente come diritto della personalità⁹, che ha il suo fondamento su norme costituzionali.

Bisogna comunque accettare che, pur rappresentato come diritto della personalità, l'interesse del lavoratore all'esecuzione della prestazione non avrebbe la tutela "forte", per esempio, del diritto al nome e anche il ricorso al provvedimento di urgenza ex Art. 700 c.p.c. non sembra risolutivo, perché consiste pur sempre in una condanna ad eseguire generica e non coercibile¹⁰. D'altra parte, a seguito dell'accertamento del giudice ordinario dell'inadempimento dell'obbligo del datore di lavoro di consentire lo svolgimento della prestazione, il rimedio sarebbe di natura risarcitoria e non restitutoria del diritto leso (tale danno sarebbe ascrivibile all'Art. 2059 c.c. e cioè al danno non patrimoniale). Lo schema dello scambio - anche se arricchito nel profilo organizzativo¹¹ - non appare adeguato a descrivere l'intreccio dei poteri, doveri e diritti riferibili alle parti: altre situazioni giuridiche soggettive distinte dal credito e dal debito che compongono la posizione del prestatore e del datore di lavoro convivono - o interferiscono - con le prime. Diventa per l'Autore imprescindibile iniziare a ragionare sulla causa del contratto di lavoro nel momento in cui si infiltrano valori costituzionali come dignità, discriminazione, pari opportunità; tale ragionamento è condizionato dalla normativa in vigore e riguarda non solo le situazioni giuridiche soggettive attribuite alle parti, ma anche l'incidenza delle clausole generali come la buona fede o la correttezza sull'esercizio dei poteri del datore¹² e un nuovo rilievo della diligenza nell'esecuzione della prestazione, per esempio sulle clausole di scarso rendimento finora rilevanti solo ai fini della prova della negligenza. ➔

6. Riferimenti all'art. 2 Cost. si possono cogliere in Cass. 27 aprile 2004, n. 7980 e Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in D. prat. lav., 2008, p. 1424; cfr. Cass. 14 novembre 2001, n. 14199.

7. G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano 1965; E. Ghera, F. Liso, *voce Mora del creditore (D. lav.)*, in Enc. dir., XXVI, Milano 1976; E. Balletti, *La cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione di lavoro*, Padova, 1990, V. Speciale, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Bari 1992.

8. In questo senso anche C. Pisani, *La nuova disciplina*

del mutamento di mansioni, cit., p. 99.

9. V. P. Rescigno, *voce Personalità* (diritti della), in Enc. dir., XXIII, Milano 1991, p. 6 in senso critico; v. sia pure per accenno, in senso favorevole R. Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Bari 2003, pp. 137-8; A. Scalisi, *Il valore della persona nel sistema e i nuovi diritti della personalità*, Milano 1990.

10. V. Nogler, in (Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del "nuovo" diritto civile, in *Europ. e d. priv.*, 2013, in part. pp. 1000-1008, tutto teso a superare la deriva indennitaria del diritto a lavorare del prestatore di lavoro.

11. M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.

12. G. Giugni, in G. Santoro-Passarelli, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, cit., p. 74: "non facciamo derivare dalle clausole generali un concetto generale di discrezionalità, da applicare al rapporto di lavoro" e di pari passo considerare "questo concetto come strumentale ad un'idea più generale di parità di trattamento ... il rischio è che emarginiamo definitivamente il diritto del lavoro dai suoi rapporti con l'economia di mercato".

Invalidità e illiceità dell'atto

Anche i riferimenti all'illiceità e all'invalidità di determinati atti di esercizio dei poteri datoriali devono essere precisati poiché l'illiceità dell'atto non determina obbligatoriamente l'invalidità dello stesso.

Il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'Art. 3 del D.Lgs. 23/2015 è illecito ma valido, perché estingue il rapporto dando luogo alla sola indennità risarcitoria riproporzionata all'anzianità di servizio, mentre lo stesso licenziamento privo di giustificato motivo e giusta causa ai sensi dell'Art. 18 della L. 300 è invalido. A volte le due categorie sono concorrenti o alternative nell'ambito della stessa disposizione: secondo il nuovo testo dell'Art. 2103 c.c. l'adibizione a mansioni diverse in mancanza di adempimento dell'obbligo formativo, laddove necessario, è illecita ma valida. Il demansionamento, al di fuori delle ipotesi previste dalla legge, invece, ricade nella nullità di ogni patto contrario e conseguentemente è invalido. Una delle categorie civilistiche maggiormente interessata dalle nuove disposizioni è proprio la nullità, a volte espressamente menzionata dal Legislatore, altre volte invece non presa in considerazione, ma ricavabile in modo astratto in base alla disciplina generale del Codice Civile.

Rapporto tra regime generale di nullità ex Artt. 1324 e 1418 c.c. e regime di tutela del licenziamento illegittimo ex Artt. 2 e 3 del D. Lgs. 23/2015

L'Art. 2 considera, accanto al discriminatorio, altri casi di nullità del licenziamento espressamente previsti dalla Legge, mentre l'Art. 3 del decreto stabilisce la tutela indennitaria qualora risulti accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, giustificato motivo soggettivo e giusta causa con l'eccezione prevista dal secondo comma della stessa disposizione, che invece prevede la reintegrazione in certe ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

Queste due norme pongono all'Autore un quesito sul regime sanzionatorio applicabile alle ipotesi di illegittimità del licenziamento derivanti da violazione di norme imperative o dal motivo illecito e determinante ma che non siano previsti dalla normativa lavoristica

espressamente come ipotesi di nullità: *qual è l'ambito di applicazione dell'Art. 2 e, cioè, quali sono gli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge?*

Un'interpretazione letterale induce ad identificare solo due ipotesi: licenziamento intimato per causa di matrimonio (Art. 35, comma 2, D.Lgs. 198/2006) e licenziamento intimato durante la gravidanza e fino al compimento di un anno di vita del bambino (Art. 54, comma 5, D. Lgs. 151/2001).

La nuova disciplina non menziona più l'Art. 1345 c.c.¹³ ossia *il licenziamento determinato da un "motivo illecito determinante"* così come non risulta prevista la nullità del licenziamento in violazione di norme imperative (ad esempio l'Art. 2110, comma 2, c.c.).

Ma, prima di giungere a questa conclusione, occorre avere riguardo sia all'Art. 1324 c.c. - secondo cui si applicano agli atti unilaterali tra vivi con contenuto patrimoniale le norme che regolano i contratti in materia di nullità in quanto compatibili, *salve diverse disposizioni di legge* - che all'Art. 1418, comma 1 - che sancisce la nullità del contratto quando è contrario a norme imperative *salvo che la legge disponga diversamente*.

Quindi, anche in caso di violazione di norme imperative, la sanzione della nullità non può essere applicata quando una norma prevede espressamente un regime sanzionatorio diverso (in questo caso costituito dall'Art. 3, comma 1 del D. Lgs 23/2015). Ma questa disposizione, come sappiamo, richiama esplicitamente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo o soggettivo o per giusta causa (perciò il giudice dovrà *in primis* accertare se il licenziamento sottoposto al suo esame integri tali estremi). A questo punto è opportuno aggiungere che l'Art. 1418 al comma 2, c.c. stabilisce che producono nullità del contratto, tra le altre cause, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'Art. 1345 c.c. Quest'ultima disposizione è fortemente inderogabile perché non fa salva una diversa disposizione di legge ma soprattutto il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, e cioè per motivo illecito, non appare riconducibile né al giustificato motivo soggettivo, né a quello oggettivo ma provoca la lesione della dignità del lavoratore.

Pertanto, nel silenzio del *Jobs Act*, il licenziamento per ritorsione, non essendo riconducibile né al giustifi- ➔

13. Cfr. sul punto, M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in Arg. d. lav., 2015, pp. 311 ss., propende per considerare comunque espressamente prevista dalla legge la nullità del licenziamento per motivo illecito.

cato motivo oggettivo, né a quello soggettivo, deve essere considerato nullo ai sensi dell'Art. 1418, comma 2, c.c. al pari del licenziamento discriminatorio. Secondo l'Autore non si tratta di utilizzare la nullità per eludere la legge o per prefiggersi obiettivi non voluti dal Legislatore ma viene proposta soltanto un'interpretazione che non stravolga la corretta applicazione del regime generale delle nullità previsto dall'Art. 1418 c.c. in assenza di una espressa tutela risarcitoria prevista dalla legge.

Matrice civilistica del diritto sindacale italiano

La privatizzazione del diritto sindacale da parte della dottrina appare storicamente la soluzione più proficua alla risoluzione dei problemi concreti e immediati dei sindacati - notoriamente contrari all'attuazione dell'Art. 39, comma 4, Cost. - ma con immediati ed evidenti limiti: difficoltà di fondare normativamente l'inderogabilità del contratto collettivo una volta considerato atto di autonomia privata ed efficacia soggettiva del contratto collettivo necessariamente limitata e non *erga omnes*. Entrambi i limiti sono stati superati sul piano pratico dalla giurisprudenza che ha fondato sull'Art. 2077 c.c. l'inderogabilità del contratto collettivo di diritto comune (anche se la norma si riferiva al contratto corporativo) e ne ha riconosciuto l'efficacia generalizzata sia attraverso i meccanismi volontari dell'autonomia individuale di estensione dell'efficacia soggettiva (l'accettazione tacita, il comportamento concludente, la clausola di rinvio) sia, in caso di dissenso, ricorrendo al combinato disposto dell'Art. 36 Cost. e Art. 2099, comma 2, c.c.

Occorre inoltre ricordare come i problemi legati all'efficacia soggettiva del contratto collettivo siano stati risolti negli anni 60 e 70 dalla teoria dell'ordinamento intersindacale, basata sul reciproco riconoscimento delle organizzazioni dei datori e dei lavoratori, nel cui ambito *"contratto e obbligazione si riqualificano nella peculiare luce di strumenti organizzativi del potere sociale"*¹⁴ (in questo modo il contratto collettivo si avvicina parecchio alla fonte).

Importante poi sottolineare come tale efficacia generalizzata era favorita nei fatti dall'unità di azione dei sindacati e anche dalla crescita economica.

Il venire meno dell'unità di azione sindacale ha pale-

sato tutta la sua limitata efficacia e l'intervento della legge è diventato inevitabile poiché si impone sui destinatari anche contro la loro volontà.

Il contratto collettivo aziendale ex Art. 8, L. 148/2011 può essere considerato una fonte in senso tecnico perché è munito non solo dell'efficacia generale attribuita dall'art. 8, ma anche della forza di derogare direttamente norme inderogabili di legge¹⁵.

Anche il Jobs Act si colloca sulla stessa scia dell'Art. 8 poiché autorizza non soltanto il contratto collettivo, ma anche a quello individuale a derogare norme di legge, ma diversamente dall'Art. 8 non ha attribuito efficacia generale ai contratti collettivi in deroga.

Funzione attuale delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro

Sulla base delle tematiche esaminate è ora possibile formulare la risposta dell'Autore all'interrogativo iniziale circa la funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro. Esse servono a riempire le carenze del sistema e quindi non possono essere utilizzate per proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre "speciale". L'uso delle categorie civilistiche nel rapporto di lavoro esiste ancora e ha incoraggiato, nelle aporie della disciplina, l'emersione di situazioni giuridiche soggettive nuove, un arricchimento di nuovi profili della figura del danno non patrimoniale e ha configurato - nelle fenditure del licenziamento illegittimo - ipotesi aggiuntive di nullità. In altri casi lo stesso Legislatore ha potenziato l'autonomia delle parti, da un lato consentendo al lavoratore, sia pure in sede assistita, di accettare una retribuzione inferiore e un declassamento e dall'altro, limitando l'inderogabilità delle norme di legge e di contratto collettivo. Il diritto del lavoro si è indubbiamente emancipato dal diritto civile *"come il figlio dal padre"*¹⁶ ma non per questo cessa di essere il suo primo interlocutore. Primo perché il diritto civile fornisce al diritto del lavoro *"le infrastrutture e gli snodi"*¹⁷ e, in secondo luogo, perché per converso il diritto del lavoro ha appoggiato un'interpretazione costituzionalmente orientata di molte categorie del diritto civile attraverso il riconoscimento di valori come la dignità della persona e la non discriminazione, che ormai costituiscono la trama del contratto di lavoro subordinato.

14. G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano 1960.

15. G. Santoro-Passarelli, *Sistema delle fonti nel diritto del lavoro e l'art. 8 l. n. 148/2011*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, pp. 157-159.

16. M. Pedrazzoli, *Quanto servono e quanto sviano le categorie civilistiche*, *ibidem*, pp. 84 ss. e in part. p. 88.

17. Mengoni, *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *DLRI*, 1990, p. 10.

MARIA TERESA CARINCI ANALIZZA L'ART. 4 DELLO STATUTO DEI LAVORATORI
INDIVIDUANDO LE RICADUTE, ANCHE OPERATIVE, SUI DATORI DI LAVORO

Privacy, Jobs Act e Videosorveglianza: il nuovo controllo a distanza¹

LAutrice ci propone un'analisi della norma sui controlli a distanza ex Art. 4 L. 300/70: scritta quarantasette anni fa (e già, solo per questo, poco conciliabile con l'attuale mondo del lavoro), interpretata in modo non sempre organico dai giudici e maneggiata spesso con saccenza dal Garante per la Privacy è stata fatta oggetto - ad opera del *Jobs Act* - di un tentativo di revisione che ha scatenato una nuova ondata di dubbi e polemiche.

Il bilanciamento fra l'interesse tecnico-produttivo del datore e dignità del lavoratore: problemi interpretativi²

Mentre il previgente Art. 4 sanciva un divieto assoluto di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori ora, nella sua riformulazione, prevede un permesso condizionato, il c.d. "divieto flessibile": viene ammesso, correlandolo al perseguimento di scopi tassativamente elencati dalla Legge, l'impiego di strumen-

ti tecnici di sorveglianza, previo specifico regime autorizzativo di natura sindacale o amministrativa. Tanto premesso, come regola generale fissata al primo comma dell'Art. 4, al secondo ne viene indicata l'eccezione dal momento che il regime "*non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze*".

Non è chiaro se anche nel nuovo sistema gli unici controlli ammessi siano solo quelli "preterintenzionali" o "indiretti", o se la norma voglia legittimare tutti i controlli effettuati tramite gli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e tramite quelli di registrazione degli accessi e delle presenze. In particolare non si comprende se, alla luce della nuova normativa, i controlli possano avere ad oggetto l'attività del lavoratore e quindi anche l'adempimento della prestazione. ➔

¹ Sintesi dell'articolo pubblicato su Labour & Law Issues - vol. 2, no. 1, 2016 dal titolo "Il controllo a distanza dell'attività dei lavoratori dopo il "Jobs Act" (Art.23 D.Lgs. 151/2015): spunti per un dibattito".

² M.P. Aimo, *Privacy, libertà di espressione e rapporto di lavoro*, Jovene, 2003; P. Chieco, *Privacy e lavoro*, Cacucci, 2000; R. Del Punta, *La nuova disciplina del controllo a distanza sul lavoro* (Art. 23 D.Lgs. 151/2015), in RIDL, 1/2016.

In altre parole, la norma non specifica cosa si intenda per *strumenti di lavoro*: solo gli strumenti di cui il lavoratore si serve per rendere la sua prestazione (computer e *software*) o qualunque applicazione di cui sia dotato lo strumento di lavoro (si pensi al PC) a prescindere dal fatto che il lavoratore ne faccia uso per svolgere la prestazione lavorativa?

Non è chiaro neppure se la nuova formulazione includa i *controlli difensivi*, ossia quella tipologia di controlli volti ad accertare gli illeciti commessi dal lavoratore ritenuta legittima dalla giurisprudenza precedente. Sembra di sì, in quanto il nuovo testo include, nell'ambito dei controlli "preterintenzionali" o "indiretti" suscettibili di autorizzazione anche quelli finalizzati *alla tutela del patrimonio aziendale*³.

Regole e limiti per il trattamento dei dati

Il terzo comma dell'Art. 4 chiosa compiendo dunque un ampio rinvio alla normativa Privacy.

Probabilmente il Legislatore si preoccupa per puro tuziorismo di specificare al datore di lavoro l'obbligo di rendere l'adeguata informazione contenuta nell'Art. 13 Codice Privacy.

Nel nuovo contesto diventano essenziali le *policies* aziendali tramite le quali il datore di lavoro, con riferimento ad ogni strumento utilizzato, dovrà specificare le modalità di controllo e le cautele volte a minimizzarne l'impatto sulla sfera privata e l'attività del lavoratore.

Tali regolamenti interni dovranno essere comunicati

in modo tale che ogni singolo lavoratore possa effettivamente acquisirne conoscenza.

Non è esplicitato se, oltre ad informare il dipendente, il datore di lavoro sia tenuto anche ad acquisirne il consenso al trattamento dei dati personali, in quanto il Codice esclude la necessità del consenso in alcune ipotesi che possono riferirsi al rapporto di lavoro.

Si potrebbe sostenere che la legge non riconosce un vero e proprio potere di controllo a distanza in capo al datore di lavoro, ma piuttosto un diritto disponibile alla riservatezza in capo al lavoratore; tuttavia non si può negare che in concreto sarà molto difficile per il lavoratore negare il proprio consenso al trattamento dei dati personali.

Si evidenzia l'intento del Legislatore di aver voluto sottolineare in modo chiaro le due condizioni necessarie ed imprescindibili affinché le informazioni acquisite possano essere trattate (e possano dunque costituire elemento di prova all'interno di un procedimento disciplinare o in un contenzioso civile): la preventiva e adeguata informazione al lavoratore circa l'uso degli strumenti di lavoro e le modalità di controllo; il rispetto della normativa in materia di privacy. Tali condizioni, pur in presenza dell'accordo sindacale o dell'autorizzazione ministeriale, saranno la linea di demarcazione della liceità e correttezza del trattamento dei dati nel rispetto dei principi di necessità, pertinenza, non eccedenza e indispensabilità, tanto nell'operazione di raccolta quanto nel successivo impiego dei dati raccolti.

³ Cass. Civ. Sez. Lavoro, Sent. 05/10/2016, n. 19922;
Cass. Civ. Sez. Lavoro, Sent. 08/11/2016, n. 22662.

La tutela della riservatezza e il garante della privacy: e se si stesse esagerando?

Lo ammettiamo. Non ci è mai piaciuto il Garante della Privacy e mai, crediamo, ci piacerà. O meglio è proprio l'idea di un garante di una qualsiasi cosa che fundamentalmente ci irrita e ci inquieta. Forse inconsciamente la consideriamo una implicita ammissione di sconfitta da parte di uno Stato incapace di legiferare e regolamentare in modo organico ed efficace la materia e non saper controllare e reprimere direttamente gli abusi; in sostanza una presa d'atto di non poter offrire una adeguata protezione ai propri cittadini nell'esercizio o nel godimento di un loro diritto, fatto ancor più grave quando si parla di un diritto fondamentale ossia di rango costituzionale. Se nelle nostre famiglie dovessimo anche solo pensare di nominare un garante per i "figli non primogeniti" un piccolo dubbio di aver sbagliato qualcosa come genitori ci verrebbe. Ma è soprattutto il **perché** della sua istituzione che fatichiamo a comprendere.

È la tutela di un diritto costituzionale che ne suggerisce o ne impone la nomina? Se così fosse dovremmo avere una miriade di garanti, e grazie al cielo così non è. Ed allora perché uno Stato deve sentire il bisogno di nominare un Garante per un settore e non per l'altro? Il motivo è forse da ricercarsi nella tutela di uno specifico diritto costituzionale che si scopre essere meno garantito di altri? Come detto sarebbe una chiara ammissione di incapacità e impotenza. Oppure dobbiamo ritenere che taluni diritti siano più

"diritto" degli altri? Sarebbe come fare una classifica per importanza dei diritti tutelati dalla nostra Carta. E ovviamente il farlo sarebbe estremamente pericoloso per l'evidente pericolo che il Garante prenda troppo sul serio le sue prerogative e che tutti gli altri sacrosanti diritti, anche di pari dignità costituzionale, debbano cedere il passo a provvedimenti autoreferenziali.

Ma anche volendo concedere che tale figura sia necessaria e che per far procedere una "cultura della Privacy" occorra un riferimento particolare o un interprete *ad hoc*, la figura in questione dovrebbe muoversi in un ambito ben confinato, entrare in punta di piedi nei problemi, usare non la discrezionalità ma la tanto diversa *discretio* latina, la capacità perspicace di discernimento e di comprensione.

Invece ci sembra che non si pongano dei seri limiti all'attività del Garante, che appare sconfinata: in un mondo dettato (per fortuna) da regole e confini, qualcuno sulla propria materia sembra rivestito di un potere assoluto ed illimitato di interpretazione estensiva: "il Garante ha detto questo", "l'opinione del Garante su quest'altro" divengono citazioni quasi bibliche. E qui si spiega probabilmente la nostra avversione proprio per la figura Garante della Privacy che ci è parso, a volte, prendere troppo sul serio il proprio compito e prevaricare con taluni provvedimenti aspettative legittime e diritti soggettivi dei ➔

cittadini e imprese. Altre volte invece è sembrato dimenticarsene come quando, ad esempio, pur vietando o delimitando le riprese in ambienti lavorativi, nel contempo non interviene sulla trasmissione, nei vari Tg e nei talk show, di intercettazioni telefoniche o ambientali relativi a soggetti indagati e, particolare non irrilevante, in attesa di giudizio.

La circostanza che poi si tratti di filmati realizzati da organi giudiziari dati in pasto ai mass-media la dice tutta sulle contraddizioni di questo Paese che considera ancora un lavoratore subire un danno alla propria dignità e riservatezza qualora venisse video-ripreso in azienda mentre non lavora e, al contrario, continua a ritenere un sacrosanto diritto di cronaca, e non bieco voyeurismo, rendere pubbliche le intercettazioni telefoniche, i colloqui in carcere con i familiari o i sopralluoghi sulla *crime scene* dell'indagato di turno, messo alla gogna prima ancora che sia aperto il processo e ne sia seguita una condanna. Quando pensiamo ai tanti casi del genere e allo strano silenzio del Garante su casi umani di spesso terribile, proviamo un sincero senso di disgusto.

Si diceva comunque del Garante della Privacy e dei rischi connessi al prendersi troppo sul serio, ritenendo che l'unica cosa che conta è la riservatezza del cittadino o ancor di più del lavoratore.

Pensiamo alla regolamentazione degli **accessi web o della posta elettronica aziendale** per i quali, stando alle indicazioni del Garante, si dovrebbe concludere per l'esistenza di un connaturale diritto di un soggetto in quanto lavoratore ad utilizzare, durante l'orario di lavoro, gli strumenti aziendali, la connessione aziendale e la casella di posta aziendale per farsi i fatti propri. Al datore di lavoro sarebbe concesso solo la possibilità di vietare preventivamente ed espressamente l'utilizzo di questi strumenti di lavoro per un uso privato oppure di informare il lavoratore che se decidesse di farlo potrebbe mettere a rischio la propria intimità. È vero che la corrispondenza e la sua segretezza sono garantiti a livello costituzionale ma questo diritto dovrebbe riguardare la sola corri-

spondenza privata e non le informazioni che volontariamente ciascuno di noi rende pubbliche in spazi di terzi, anche virtuali, che hanno una loro specifica finalità, diversa dallo scambio epistolare tra intimi. E ad ogni buon conto la tutela della privacy dovrebbe partire da chi la propria vita privata la vuole difendere dalla curiosità di terzi, senza preoccuparsi troppo di chi volontariamente e consapevolmente mette in piazza i fatti suoi.

Anche per l'accesso web dovrebbero valere analoghe considerazioni: se a casa mia frequento il sito di Candy Candy ho tutto il diritto alla riservatezza, se ci passo tutto il giorno in ambito lavorativo non dovrei lamentarmi se questa passione fosse conosciuta dal mio diretto controllore oppure se il fatto venisse ritenuto rilevante ai fini di un licenziamento.

Del resto, in tema di provvedimenti disciplinari, si ritiene che, per la contestazione di comportamenti manifestamente contrari agli interessi dell'impresa o immediatamente percepibili dal lavoratore come illeciti in quanto contrari al cd. minimo etico o a norme di rilevanza penale, non sia necessaria l'affissione del codice disciplinare. Questo sulla ovvia considerazione che il lavoratore in tali casi ben può rendersi conto dell'illiceità della propria condotta, senza sia necessaria una analitica predeterminazione dei comportamenti vietati. Ma evidentemente secondo il Garante **non lavorare quando si è presenti sul posto di lavoro nonostante si sia pagati per farlo**, rappresenta ancor oggi in Italia un concetto totalmente sconosciuto al lavoratore - malgrado la firma di un contratto di lavoro a prestazioni corrispettive che lo prevede - e quindi non censurabile da un punto di vista etico, motivo per cui da parte datoriale è assolutamente doveroso fornire una ulteriore e più specifica informativa.

È il solito discorso - e forse è giunto il momento di codificarlo in una norma viste anche alcune recenti sentenze in materia negligenza e di sicurezza sul lavoro - che il lavoratore sul lavoro è soggetto incapace di intendere e di volere. ➔

Proviamo inoltre a mettere indietro di qualche decennio la macchina del tempo, applicando la medesima logica del Garante Privacy sul punto. Immaginiamo pertanto di essere negli spumeggianti anni '80; sicuramente non si può negare che in quegli anni sussistesse il medesimo diritto alla vita di relazione che abbiamo oggi. In assenza degli attuali mezzi di comunicazione, quindi, ma associata la sussistenza di un non meglio identificato diritto alle relazioni sociali anche durante l'orario di lavoro, secondo il Garante (e meno male che ancora non esisteva) le aziende avrebbero dovuto istituire dei parlatori, dei punti di ricevimento amici-parenti, con cui intrattenersi (ora come allora) durante l'orario di lavoro per comunicare questo o quell'acquisto, commentare l'ultimo film visto al cinema o organizzare la partitella+pizzata con gli amici.

Tornando a bomba, si diceva di una posizione di rigorosa tutela in campo internet e mail a favore del lavoratore. Il Garante la giustifica con la circostanza che questi avrebbe una **aspettativa di segretezza** circa il contenuto della mail aziendale e l'uso di internet, evidentemente perché incapace di comprendere che scrivere in spazi potenzialmente accessibili a terzi (in quanto proprietari degli stessi) potrebbe avere la conseguenza che altri vengano a conoscenza di quello che ha scritto. È strana questa cosa: quando accede a Facebook da casa è consapevole che qualcuno leggerà i suoi post (quindi mai confesserà di avere una amante), e questo grazie ad un semplice passaparola e senza bisogno di leggere alcun *disclaimer*; quando entra in un luogo di lavoro si "rincitrullisce" e bisogna dirglielo con una *policies*, facendo peraltro attenzione che sia ben fatta. Ma non basta. Non si possono fare **controlli indiscriminati** su mail e accessi internet, ma occorre che siano giustificati dalla finalità lecite, ad esempio per la tutela di un diritto esercitabile in via giudiziaria. Ovviamente perché il *voyeurismo* è riservato a Tg e trasmissioni televisive.

E pensate sia finita qui? Ma dai, non siate ingenui. I controlli non possono essere **prolungati, costanti e**

preventivi e in ogni caso meglio preferire quelli **anonimi o su dati aggregati**. Ed è comprensibile, perché esiste il rischio concreto che il controllo possa dare il risultato che colui che controlla si aspetta di ottenere e magari un datore di lavoro possa così avere la certezza che il lavoratore non stia facendo il proprio dovere. Di fatto se un mio lavoratore invia mail da un account che identifica me o la mia organizzazione oppure accede ad internet con un indirizzo IP riconducibile alla mia azienda - peraltro potendo accedere a siti terroristici o pedofili - mi domando perché non si debba riconoscere il mio diritto, connaturale in quanto proprietario, a pre-tenderne incondizionatamente un uso conforme.

Invece no secondo il Garante, perché esisterebbe una responsabilità oggettiva del titolare degli strumenti, probabilmente per "culpa in vigilando", nei confronti di un lavoratore che, poverino, deve essere seguito ed istruito anche sulle cose più ovvie. "Perdona loro perché non sanno quello che fanno" e condanna colui che, ingenuamente si è fidato della correttezza altrui e non ha previsto e prevenuto. Seguire, istruire, prevedere e prevenire, ma non controllare, specie se in modo troppo invasivo e soprattutto se a distanza. Se invece ti siedi alla scrivania accanto a lui va bene, ma attento a non creare un clima ostile, perché ci scappa il reato di stalking, di mobbing, di bossing, di stressing o di... "romping".

Anche con la recente riforma della videosorveglianza negli ambienti di lavoro è stato peraltro ribadito che la tutela principale dovrà essere garantita richiedendo il rispetto della normativa privacy, ovvero una adeguata informazione sulle modalità d'uso degli strumenti di lavoro. E questo è il *punctum dolens*: ciò che dispone o un domani disporrà l'autorità di garanzia sarà quindi norma da osservare. E la cosa non ci lascia tranquilli: il pericolo è che il Garante, preoccupandosi solo della riservatezza, riveda, inasprendola, la tutela privacy con un intervento che trasformerebbe la tutela della dignità, in una garanzia del posto di lavoro.

Si pensi del resto a cosa direbbe e come reagirebbe il Garante della Privacy se venisse emanata una nor- ➔

mativa che obbligasse tutti gli uffici della PA ad installare un sistema fisso di telecamere per controllare e registrare la regolarità delle timbrature per gli accessi al lavoro. Una soluzione semplice e al contempo un efficace deterrente - a cui nessuno evidentemente ha mai pensato o ha avuto il coraggio di proporre - che risolverebbe alla radice la vergognosa abitudine degli assenteisti, con il plauso di tutte le persone oneste.

Non vedo infatti come possa violarsi la mia dignità se venissi ripreso a fare il mio dovere o al contrario a non farlo, caso quest'ultimo in cui peraltro parlare di dignità mi pare finanche eccessivo. In Giappone, dove hanno un senso dell'onore "leggermente" più alto del nostro, ne farebbero un vanto.

Senza considerare che un po' di meritocrazia non farebbe male anche a questo Paese.

Così come sarebbe quantomai opportuno e peraltro non più differibile un sistema di controllo a distanza negli ospedali, nelle case di riposo e negli asili, in modo che in tempo reale possa verificarsi la fondatezza delle segnalazioni di presunti abusi o violenze e si intervenga immediatamente con provvedimenti anche di tipo espulsivo. Ed invece in caso di sospetti bisogna presentare formale denuncia, il magistrato dovrà autorizzare le riprese e in attesa di raccogliere prove sufficienti ai fini penali si assiste per giorni e talvolta settimane o anche mesi alla reiterazione dei maltrattamenti su anziani e bambini, con danni fisici e soprattutto traumi psicologici per questi ultimi irreparabili.

Chiariamo incidentalmente un concetto: non siamo per nulla i fautori di una cultura del controllo e del sospetto, non ci auguriamo un Grande Fratello a spiare ossessivamente ogni atto delle nostre esistenze, riteniamo però che si sia superata ampiamente la soglia del buon senso in determinate imposizioni che hanno il brutto vizio di complicare le cose normali, lasciando peraltro praterie sconfinite a chi vuole compiere i veri abusi.

Eppure siamo pressoché certi che il Garante della Privacy non condividerebbe per nulla una simile normativa. Del resto ha sempre dimostrato di avere (forse troppo) a cuore il diritto alla riservatezza fa-

endolo spesso prevalere su altri diritti aventi uguale rango costituzionale.

Non dimentichiamo infatti che fu proprio costui, con **provvedimento del 8.4.2010**, a disporre che in materia di videoregistrazioni "*la conservazione deve essere limitata a poche ore o, al massimo, alle ventiquattro ore successive alla rilevazione*" ammettendo un periodo maggiore e di norma non superiore a i 7 giorni, in casi molto particolari ed eccezionali quali, ad esempio, per gli istituti bancari in relazione alla "*esigenza di identificare gli autori di un sopralluogo nei giorni precedenti una rapina*".

Ormai anche lo svalgiatore di banche improvvisato sa benissimo che i sopralluoghi non devono essere fatti nella settimana precedente l'assalto ai forzieri della banca. Ulteriore dimostrazione lampante che preoccuparsi eccessivamente e quasi in maniera ossessiva della tutela alla riservatezza dei cittadini può portare a sacrificarne altri. Chissà se ci fosse stato un Garante della Sicurezza dei Cittadini e del Patrimonio Privato cosa avrebbe detto in merito a certe prese di posizione del collega.

E qui torniamo prepotentemente all'inizio del discorso: quando un qualsiasi diritto assurge ad un ruolo di preminenza sugli altri - quasi un "super-diritto" - si creano pesanti disequilibri: venendo a mancare una visione a 360 gradi e concentrandosi su un diritto alla volta, magari presidiato da un garante, si perde inevitabilmente il quadro organico di insieme. Sarebbe come se per guarire dall'emicrania ci bombardassimo di anti infiammatori fino a distruggerci il fegato o lo stomaco: morti, ma ... senza più mal di testa.

Naturalmente, tutti sappiamo che siamo ben lungi dall'essere davvero protetti in fatti di privacy e riservatezza dei dati, e ce lo confermano alcuni "spionaggi" mondiali più o meno recenti su personaggi famosi e su importanti figure politiche.

Ma rapinatori, assenteisti e fannulloni stiano tranquilli: un Garante che veglia sui loro "diritti" si trova sempre...



SENTENZE

ARGOMENTO

“Problematiche inerenti la comunicazione di recesso in caso di licenziamento collettivo”

Cass. sez. Lavoro,
4 gennaio 2017, n. 67

AUTORE

LUCA DI SEVO
Consulente del Lavoro in Bollate (MI)

La Suprema Corte si pronuncia in materia di licenziamento collettivo intervenuto nei confronti di un lavoratore prossimo al pensionamento e assente per malattia. Molteplici sono i contenuti sviscerati in questo procedimento.

In primo luogo la Corte ha ribadito quanto già affermato da Cass. n. 12122/2015, ovvero che non può essere dichiarata l'inefficacia del licenziamento, nell'ambito di una procedura eseguita correttamente, in cui risulti omessa esclusivamente la comunicazione alla Commissione regionale di cui all'art. 4, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n.223.

In secondo luogo è stato ribadito che il principio di “contestualità” delle comunicazioni da inviare nell'ambito della procedura di mobilità, è da ritenersi osservato anche nell'ipotesi in cui la comunicazione agli organi pubblici e alle organizzazioni sindacali risulti successiva a quella di recesso, purché l'intervallo temporale tra di esse risulti contenuto e comunque tale da consentire al lavoratore di poter esercitare entro i termini, l'eventuale impugnazione del licenziamento (Cass. n. 8680/2015, e Cass. n. 22024/2015).

La sentenza impugnata, ha infatti accertato che la comunicazione alle organizzazioni sindacali e agli organi pubblici è avvenuta “a distanza di soli pochi giorni dall'invio della comunicazione di recesso al lavoratore”, considerando il periodo utile alla ricezione della comunicazione di recesso; dato che solo la conoscenza del licenziamento determina l'insorgere delle esigenze di eventuale impugnativa, di tutti i diritti connessi, e di tutte le attività previste dall'art. 4, comma 9, a carico del datore di lavoro, ne consegue che si può parlare in tal senso di medesimo contesto temporale.

Il terzo aspetto preso in esame analizza e stabilisce che deve considerarsi razionalmente giustificato ai fini dell'individuazione delle risorse da inserire nell'elenco di coloro che verranno licenziati, il criterio della prossimità a trattamento pensionistico con fruizione di 'mobilità lunga', oltretutto menzionato a titolo di esempio nella sentenza Cass. n. 1760/1999.

La Corte, respinge il ricorso principale del lavoratore e anche il ricorso incidentale del datore di lavoro e dichiara interamente compensate fra le parti le spese del giudizio di legittimità.

ARGOMENTO

“Non è giustificato licenziare per GC il lavoratore che usa toni minacciosi ed offensivi nei confronti del proprio superiore gerarchico”

Cass. sez. Lavoro,
19 gennaio 2017, n.1315

AUTORE

BARBARA BRUSASCA
Consulente del Lavoro in Milano

Il lavoratore di fronte all'ordine impartito dal proprio superiore gerarchico di svolgere una determinata attività reagiva operandosi a svolgere l'attività stessa ma rispondendo con un comportamento ritenuto offensivo e sprezzante. I giudici di primo e secondo grado annullavano il licenziamento ritenendo che la condotta del lavoratore nei confronti del proprio responsabile di stabili-

mento non fosse così grave da aver leso e compromesso definitivamente il vincolo fiduciario. Adita la Suprema Corte, la ricorrente sollevava alla base del ricorso anche motivi inerenti le carenze dei giudici nella valutazione delle prove testimoniali avendo questi ultimi scelto di accoglierne alcune escludendone altre in quanto ritenute da questi ultimi inidonee ad accertare i fatti della ➤



controversia. Nessuna delle motivazioni addotte dalla ricorrente è stata accolta. Il ricorso è rigettato.

Dai fatti correttamente ricostruiti era emerso si fosse trattato di un eccessivo rimprovero mosso dal datore di lavoro nei confronti del lavoratore che reagiva animosamente ma senza dare luogo ad una condotta così grave da legittimare il licenziamento per giusta causa.

Secondo quanto ribadito dalla Corte, anche in questa

sede, spetta al giudice di merito scegliere tra le prove quelle da porre alla base del proprio convincimento in quanto idonee a motivare la propria decisione.

Nel caso specifico le dichiarazioni prodotte in giudizio dalla ricorrente, rese dai lavoratori e redatte “in funzione volutamente probatoria di una tesi di parte”, si traducevano in una testimonianza scritta inammissibile perché resa senza le garanzie del contraddittorio.

ARGOMENTO

“ Licenziamento disciplinare senza preavviso: lecito in caso di dolo ”

La Corte di Cassazione conferma la legittimità del licenziamento disciplinare senza preavviso intimato ad un lavoratore dipendente di Trenitalia S.p.a., per essersi illegittimamente servito di 238 biglietti già utilizzati, per rivenderli o per illecite operazioni di rimborso, incamerando gli importi relativi.

Il lavoratore ha proposto ricorso per la cassazione della sentenza denunciando la mancanza di tempestività nell'intimazione della contestazione disciplinare avvenuta, secondo il ricorrente, oltre i termini stabiliti dal contratto collettivo applicato nell'azienda così come, analogamente, denuncia la tardività della contestazione disciplinare, in quanto individua l'esatto momento in cui l'azienda è venuta a conoscenza dei fatti oggetto della contestazione a undici mesi prima.

La Corte, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, reputa questi motivi infondati in quanto afferma che la tempestività d'una contestazione disciplinare va valutata muovendo, non dall'epoca dell'astratta

conoscibilità dell'infrazione, bensì dal momento in cui il datore di lavoro ne abbia acquisito in *concreto piena conoscenza*, a tal fine non bastando meri sospetti.

Ratio che trova applicazione nel comportamento dell'azienda che dopo aver posto in essere le necessarie verifiche di una situazione delicata e complessa ha dato l'avvio al procedimento disciplinare entro i termini previsti dal contratto collettivo applicato ed in corretta applicazione dell'art. 7 Legge n.300/70.

Accertamenti che hanno confermato il dolo nell'ambito d'una complessa attività truffaldina, documentazione che, ai giudici di merito, ha permesso di ravvisare la proporzionalità della sanzione rispetto all'addebito in virtù dell'elemento psicologico, dell'importo complessivo dei biglietti, del danno arrecato in uno snodo sensibile dell'attività aziendale, della falsificazione o illecita manipolazione di ben 238 biglietti in un arco temporale di soli quattro mesi.

Tale proporzionalità riscontrata ha reso inammissibile l'ennesimo motivo di ricorso, rendendo, in conclusione, il pieno rigetto del ricorso.

Cass. sez. Lavoro,
3 gennaio 2017, n. 50

AUTORE

LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

“ Demansionamento nel periodo antecedente il Jobs Act ”

Il caso in esame si colloca ben prima della riforma introdotta dal Jobs Act in tema di *ius variandi* cioè la facoltà di variare le mansioni rispetto a quelle assegnate

in fase di assunzione. Al tempo dei fatti per i quali si è instaurata la controversia sfociata nella sentenza n. 26467, vigeva l'articolo 2013 Codice Civile nella sua ➔

Cass. sez. Lavoro,
21 dicembre 2016, n. 26467

AUTORE

LAURA POZZI
Consulente del Lavoro in Cernusco sul Naviglio



versione originaria che vietava al datore di lavoro di demansionare il lavoratore fatto salvo il caso in cui il demansionamento veniva attuato con il consenso del lavoratore finalizzato ad evitare il licenziamento reso necessario da una situazione di crisi aziendale.

In vigore della previgente normativa, il licenziamento poteva essere intimato, così ha sentenziato la Suprema Corte, solo per scelta del lavoratore dopo che il datore di lavoro aveva valutato l'impossibilità di mantenerlo in ser-

vizio e dopo che gli aveva prospettato l'eventuale possibilità di mantenerlo in forza adibendolo però a mansioni inferiori e il lavoratore aveva declinato questa possibilità. La Corte chiarisce quindi che la scelta di rimanere in servizio o essere licenziato deve essere lasciata alla valutazione del lavoratore e l'intimazione del licenziamento può avvenire solo in un momento successivo alla valutazione del lavoratore. Non prima, pena la sua illegittimità per violazione dell'obbligo di *repechage* e dei principi di correttezza e buona fede da parte del datore di lavoro.

ARGOMENTO

Timbratura per mano dei colleghi: non è licenziamento per giusta causa!

Se il codice disciplinare prevede la recidiva specifica, il lavoratore non può essere licenziato per giusta causa se ha chiesto ad altri colleghi di farsi attestare la presenza e risultino comunque a suo carico infrazioni disciplinari, seppur diverse da quella da ultimo contestata. Questo, in sintesi, il pensiero della Cassazione in relazione alla vicenda che si va a descrivere.

Un lavoratore impugna il licenziamento per giusta causa comminato a suo carico dall'AMSA che aveva accertato la sua assenza dal lavoro anche se la timbratura era avvenuta regolarmente per mano dei colleghi che si erano sostituiti a lui nell'utilizzo del badge.

Il Tribunale di Milano accoglie il ricorso del lavoratore in virtù del fatto che nel codice disciplinare aziendale è richiesta la recidiva specifica per l'adozione del provvedimento espulsivo. L'AMSA, contro la sentenza, ricorre in

appello ma la Corte conferma di fatto la decisione del giudice di primo grado.

La Corte di Cassazione, nel rigettare il ricorso del datore di lavoro, trova coerente il percorso logico giuridico del Giudice di appello, con conseguente dichiarazione di illegittimità del licenziamento. Viene rilevato infatti che l'infrazione disciplinare della mancata timbratura mediante consegna del badge ad altro collega, era stata contestata per la prima volta in occasione del licenziamento per giusta causa e pertanto non si era determinata la richiesta recidiva specifica.

Al riguardo, non viene valutata sufficiente l'esistenza della recidiva generica stante la specifica previsione sul punto del codice disciplinare aziendale. I precedenti addebiti a carico del lavoratore, infatti, non si riferivano a "false timbrature" ma a violazioni di genere diverso per le quali si era determinata la sola recidiva generica.

Cass. sez. Lavoro,
17 gennaio 2017, n. 476

AUTORE

SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

Liceità dell'erogazione di sanzione disciplinare conservativa in mancanza di affissione del codice disciplinare

Con sentenza n. 496/2010, la Corte d'Appello di Venezia riformava la sentenza del Tribunale della stessa sede, legittimando l'erogazione di una sanzione disciplinare di sospensione per 8 giorni dal servizio e dalla retribu-

zione, erogata da una banca nei confronti del dipendente che, nel 2007, aveva reiteratamente concesso credito a tre gruppi aziendali in violazione delle norme interne, in particolare di una circolare aziendale del 2003. ➔

Cass. sez. Lavoro,
3 gennaio 2017, n. 54

AUTORE

PATRIZIA MASI
Consulente del Lavoro in Milano



Il dipendente propone ricorso in Cassazione affidando la sua difesa ad otto motivi a cui resiste la banca datrice di lavoro. Il primo motivo deduce la falsa applicazione dell'art 7 legge 300/70, in quanto, sostiene, il potere sanzionatorio del datore di lavoro per erogare delle sanzioni conservative, può essere esercitato solo a seguito di predisposizione di una normativa secondaria (codice disciplinare). Al contrario in caso di sanzioni disciplinari espulsive, al lavoratore non serve preventiva pubblicità da parte del datore, in quanto la coscienza sociale li considera già comportamenti lesivi delle regole fondamentali del vivere civile.

Il secondo motivo rileva, sempre in violazione dell'art 7, l'obbligo del datore di lavoro di affiggere il codice disciplinare e pubblicizzare le disposizioni interne, nel caso voglia irrogare sanzioni in violazione di circolari aziendali.

Gli Ermellini giudicano solo tali due motivi, ritenendo infondato il primo e fondato il secondo e assorbendo l'esame di quelli ulteriori che attengono a momenti successivi all'irrogazione della sanzione.

Il primo motivo è infondato. Infatti, in tutti i casi nei quali il comportamento sanzionatorio sia percepibile dal lavoratore come illecito (perchè contrario al c.d. Mi-

nimo etico o a norme di rilevanza penale) non è necessario provvedere all'affissione del codice disciplinare e ciò ha valore anche per le sanzioni conservative (vedi Cassazione 13414/2013, 1926/2011 e 17763/2004).

Il secondo motivo viene invece validato. Infatti, anche se la condotta del lavoratore è stata considerata disciplinarmente rilevante, in quanto realizzata in violazione di circolare aziendale e delle relative istruzioni che dettano le linee guida ed i parametri oggettivi a cui attingere nel caso di gestione del credito, non è stata data conoscenza di quale rilevanza disciplinare aveva l'inosservanza di tali disposizioni.

Non si discute quindi di conoscibilità della norma di condotta, ma di conoscibilità del suo rilievo ai fini disciplinari. Si ribadisce pertanto il principio, già affermato da Cass. n.15218/2015, che quando la condotta contestata dal lavoratore viola non dei generali obblighi di legge o rientranti del c.d. Minimo etico, ma di regole introdotte per il miglior svolgimento del rapporto di lavoro, l'affissione del codice disciplinare, prevista dall'art. 7 legge 300/70, sia necessaria.

Viene pertanto cassata la sentenza impugnata e le spese del solo giudizio di cassazione seguono la soccombenza.

ARGOMENTO

“ Raggiungimento dell'età pensionabile, clausola di risoluzione automatica e preavviso ”

L'azienda aveva comunicato al lavoratore, in data 05/06/2006, il recesso dal rapporto di lavoro al compimento del sessantacinquesimo anno di età, alla data del 10/06/2007, raggiunto il quale il lavoratore avrebbe potuto chiedere la rendita pensionistica di vecchiaia.

Il lavoratore ricorre in giudizio per vedersi riconosciuto il diritto alla indennità sostitutiva del preavviso; avuta ragione in Appello l'azienda ricorre in Cassazione.

La Suprema Corte ritiene che la comunicazione del datore di lavoro di collocamento a riposo del dipendente, in forza della clausola contrattuale di automatica risoluzione del rapporto di lavoro al raggiungimento del sessantacinquesimo anno di età, non integra un'ipotesi di licenziamento ma esprime solo la volontà datoriale di avvalersi di

un meccanismo risolutivo previsto in sede di autonomia negoziale, il CCNL applicato al rapporto di lavoro.

Di conseguenza, in tale ipotesi, non compete al lavoratore il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso.

Esclusa pertanto la configurabilità nella comunicazione inviata dall'azienda di un atto di recesso datoriale viene meno il diritto all'indennità sostitutiva del preavviso, non ricorrendo in tale ipotesi le finalità sottese alla disposizione di cui all'art. 2118 codice civile.

L'art. 2118 codice civile prevede il preavviso con la finalità di impedire che il lavoratore a seguito dell'improvvisa rottura del contratto di lavoro si trovi in una situazione di disagio economico, non ricorrente nel caso di accesso alla rendita pensionistica.

Il ricorso dell'azienda viene accolto.

Cass. sez. Lavoro,
24 gennaio 2017, n. 1743

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

Insorgenza di sindrome depressiva: riconducibile a mobbing datoriale?

Cass. sez. Lavoro,
4 gennaio 2017, n. 74

AUTORE

LAVAZZA ANGELA
Consulente del Lavoro in Milano

Il dipendente di una onlus presenta ricorso al Tribunale di Torino, per chiedere l'accertamento della condotta di mobbing di cui sosteneva di essere stato vittima a far data dall'assunzione e fino al licenziamento, intimatogli per superamento del periodo di comportamento, determinato da insorta sindrome depressiva.

Il lavoratore chiedeva la condanna della società al risarcimento di tutti i danni patiti, nonché del danno conseguente l'illegittima sospensione dal lavoro per quattro mesi, oltre al pagamento dell'indennità di preavviso pari a due mensilità di retribuzione; chiedeva altresì l'annullamento del licenziamento, con la condanna della società convenuta alla reintegrazione nel posto di lavoro ed al risarcimento del danno, nella misura della retribuzione globale di fatto e dei contributi non corrisposti dal giorno del licenziamento all'effettiva reintegrazione.

Il Tribunale di Torino dichiarava la responsabilità del datore di lavoro per il danno alla persona subito, dichiarava illegittima la sospensione del ricorrente dalla retribuzione ma rigettava nel resto il ricorso.

La decisione veniva confermata dalla Corte di Appello di Torino. La Corte riteneva in particolare che il lavoratore fosse decaduto dall'impugnativa del licenziamento. Riteneva poi la sussistenza della condotta di mobbing a danno del lavoratore, nonché il nesso di causalità tra la stessa e la malattia da lui lamentata, accertata dalla c.t.u. di primo grado, che aveva concluso per l'esistenza di "una reazione stressogena importante con conseguente insorgenza di disturbi psichici".

Il lavoratore propone ricorso per la cassazione della sentenza. Anche la onlus propone altresì ricorso autonomo. I ricorsi sono stati riuniti in quanto proposti avverso la medesima sentenza.

La Cassazione ritiene fondata la deduzione del lavoratore di violazione e falsa applicazione del c.d. decreto milleproroghe, che ha determinato un differimento dell'entrata in vigore dell'intera novella introdotta dall'art.32 della L.183 del 2010, pertanto egli non sarebbe incorso in alcuna decadenza, avendo impugnato stragiudizialmente il licenziamento nei termini. Prosegue la Corte nell'affermare che il recesso per superamento del periodo di comportamento rappresenta una forma speciale di cessazione del rapporto di lavoro, che non trova la sua disciplina nella legge, di carattere

generale, n.604 del 1966, ma nella specifica previsione di cui all'art.2110 c.c., comma 2, con la conseguenza che l'impugnazione da parte del prestatore di lavoro non è soggetta al termine di decadenza stabilito dall'art.6 della suddetta legge. La questione appare tuttavia superata per effetto della previsione del comma 2 dell'art.32 della L.n.183 del 2010, che ha esteso il regime d'impugnazione di cui all'art.6 della L.n.604 del 1996 ad ogni ipotesi di invalidità del licenziamento, compreso quindi certamente quello per superamento del periodo di comportamento.

Per le deduzioni della onlus in ordine alla mancanza di poteri di intervento sugli atteggiamenti di contrasto con i colleghi di lavoro, la Suprema Corte nell'evidenziare che la Corte territoriale si è attenuta alla configurazione giuridica del mobbing consolidata nella giurisprudenza, secondo la quale essa rientra fra le situazioni potenzialmente dannose e non normativamente tipizzate, che rappresenta un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo.

La Suprema Corte conferma quanto rilevato dalla Corte territoriale, in quanto pure il comportamento vessatorio di colleghi di lavoro può integrare una condotta di *mobbing datoriale*, ove questi sia rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo e delle condizioni ambientali che lo rendono possibile o le abbia addirittura determinate. Anche l'aspetto umano fa parte dell'ambiente di lavoro nell'ambito del quale opera il dovere di protezione previsto dall'art.2087 c.c., e che l'ascrivibilità al datore di lavoro dell'organizzazione dell'impresa, anche sotto il profilo del personale, ne determina la fonte autonoma di responsabilità costituita dall'art.2049 c.c.

Ne deriva che la Suprema Corte ha ritenuto corretto e conforme a diritto quanto su questo punto è stato l'operato della Corte territoriale e rigetta il ricorso della onlus. Rinvia invece alla Corte d'Appello di Torino, in diversa composizione, la riesamina della domanda di impugnativa di licenziamento del lavoratore, alla luce del principio di diritto riaffermato dalla Suprema Corte.