

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N.4

SOMMARIO



● IL PUNTO.....PAG. 2

DOTTRINA

- ACCERTAMENTI ISPETTIVI INDUTTIVI VIETATI DALLA CASSAZIONE E... DALL'INPS di **MAURO PARISI**..... PAG. 3
- LE COLLABORAZIONI ORGANIZZATE DAL COMMITTENTE E I GIOCHI DI PRESTIGIO DEL MINISTERO di **ALBERTO BORELLA**..... PAG. 5
- APPALTO RETROCESSO E TRASFERIMENTO DI AZIENDA di **GABRIELE FAVA**..... PAG. 10
- WELFARE: CHIARIMENTI SU AMMINISTRATORI, CATEGORIE E REGOLAMENTO AZIENDALE di **CLAUDIO DELLA MONICA**..... PAG. 11
- SINTETICHE RIFLESSIONI SULLA NULLITÀ DEL LICENZIAMENTO PER MATRIMONIO: DALLA PROTEZIONE SOCIALE

ALLA POSITIVE DISCRIMINATION? di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 13

- UNO STRUMENTO IN PIÙ PER COMBATTERE L'ABUSIVISMO di **FEDERICA MANUSARDI**..... PAG. 16
- COSA (NON) SI PUÒ SCRIVERE IN UN GIUDIZIO DI IDONEITÀ: RICADUTE SULLA QUOTIDIANA OPERATIVITÀ DEL DATORE DI LAVORO di **FABIO BONATO**..... PAG. 18

RUBRICHE

SENZA FILTRO

L'ULTIMA FOLLIA DEL PRESTILEGISLATORE: LA PROPOSTA DI LEGGE PER DISCIPLINARE IL PAGAMENTO DELLE RETRIBUZIONI di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 22

UNA PROPOSTA AL MESE

DIMISSIONI E LICENZIAMENTI: ALCUNE IDEE PER CAMBIARE di **ANDREA ASNAGHI**..... PAG. 24

SENTENZE

- Rapporti tra licenziamento illegittimo e ripristino della prestazione lavorativa in caso di fallimento del datore di lavoro di **ANGELA LAVAZZA**..... PAG. 27
- Il datore di lavoro deve essere sempre parte attiva nella prevenzione degli infortuni di **LUCA DI SEVO**..... PAG. 27
- Licenziamenti collettivi e controllo giudiziale della procedura di **SILVANA PAGELLA**..... PAG. 28
- Il valore di "prova" della busta paga nei confronti del datore di lavoro di **PATRIZIA MASI**..... PAG. 29
- Il "Tempo tuta/divisa" deve essere retribuito? di **PATRIZIA MASI**..... PAG. 30
- Tumori professionali: il sapere scientifico necessario all'accertamento giudiziario di **STEFANO GUGLIEMI**..... PAG. 31
- Immediatezza relativa della contestazione disciplinare di **SILVANA PAGELLA**..... PAG. 32
- Reato di tentato furto in azienda: secondo il CCNL di riferimento è giusta causa di licenziamento di **BARBARA BRUSASCA**..... PAG. 32
- Distinzione tra appalto di lavoro genuino e somministrazione negli appalti endoaziendali di **LUCIANA MARI**..... PAG. 33
- Illegittimità del licenziamento in caso di denuncia del lavoratore se non sussiste la calunnia di **LUCIANA MARI**..... PAG. 33

Direttore Responsabile
POTITO DI NUNZIO

Redattore Capo
D. MORENA MASSAINI

Redazione
ANDREA ASNAGHI
RICCARDO BELLOCCHIO
STELLA CRIMI
ALESSANDRO PROIA

Segreteria di Redazione
MARINA DUCCI

Progetto e Realizzazione Grafica
ELENA DIZIONE

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

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

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

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

Sezione Studi e Ricerche:
Coordinatore Riccardo Bellocchio

Gilberto Asnaghi, Fabio Bonato,
Maurizio Borsa, Barbara Brusasca,
Gianfranco Curci, Stefano Guglielmi,
Angela Lavazza, Luciana Mari,
Patrizia Masi, Morena Domenica
Massaini, Massimo Melgrati,
Erika Montelatichi, Roberto Montelatichi,
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

A desso che non ci sono più tutti rimpiangono i BUONI LAVORO meglio conosciuti come VOUCHER.

Esì, tutti, proprio tutti - anche i più retrivi -, si sono accorti che manca uno strumento di estrema flessibilità per lavori del tutto accessori e di poca consistenza economica, che inesorabilmente sono ritornati ad essere retribuiti in nero.

Come al solito in Italia l'ideologia (non quella sana ma quella opportunistica), più che il buon senso, prevale anche quando se ne potrebbe fare decisamente a meno.

Forse è stato sbagliato anche non celebrare il referendum, almeno si sarebbe parlato del fenomeno e portato a conoscenza di tutti l'entità del problema (lo 0,3% del monte ore lavorate in Italia); ma il Governo certamente, dopo il 4 dicembre, non aveva più voglia di confrontarsi e così ha preferito la via più breve dell'abrogazione della legge oggetto di referendum.

Ora però bisogna fare in fretta per non lasciare per troppo tempo scoperto un fenomeno che va sicuramente regolamentato. Mini Jobs alla tedesca? In Germania sono oltre 7 milioni i lavoratori con un contratto a tempo parziale, o "mini-job", che prevede una remunerazione massima di 450 euro al mese, esente da tasse e contributi.

Si dibatte molto sull'efficacia e sui rischi di precarizzazione di questi tipi di contratti, ma è indiscutibile che i mini-job abbiano contribuito non poco a far emergere il lavoro nero e rappresentino una forma di reddito aggiuntivo per chi vive con i contributi sociali, oppure ha un contratto part-time involontario o più semplicemente vuole incrementare la sua rendita pensionistica, ed inoltre questi contratti sono un'ottima soluzione per studenti universitari, anche stranieri, per pagare i propri studi fuori sede.

In parlamento sono già state depositate diverse proposte di legge, ma non bisogna perdere di vista la semplicità dello strumento. E tutti sappiamo quanto sia facile in Italia complicare le cose semplici.

**Ricordiamo che il 28 e 29 aprile 2017
si celebra il 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. Tutte le informazioni sul sito www.consulentidellavoro.it.

Accertamenti ispettivi induttivi vietati dalla Cassazione e... dall'Inps

Sempre più frequenti i recuperi ispettivi di contributi, premi e sanzioni senza prova certa. Eppure la prassi non è ammessa dalla stessa amministrazione

Accertamenti induttivi, presunzioni e “automatismi” punitivi. Sono i fantasmi che quotidianamente aleggiano sui controlli ispettivi in materia di lavoro e previdenza.

Ciò che oggi le aziende soggette a una verifica dei funzionari temono di più, in effetti, non è tanto quanto può essere correttamente provato contro di loro. Bensì quanto potrebbe essere loro contestato senza uno “straccio” di prova. Per mera inferenza e induzione, appunto.

La situazione “classica” è quella del controllo sulle numerose posizioni dei lavoratori di un certo committente o datore di lavoro. La verifica degli ispettori - magari protratta per un considerevole tempo - può concernere solo parte di tali lavoratori. Così, per esempio, solamente per una minima percentuale di essi si viene ad accertare (magari attraverso l'audizione diretta degli stessi e rilievi incrociati) che formali collaborazioni autonome occasionali celavano rapporti di effettiva dipendenza. In questi casi, nell'azione ispettiva, lungi da qualsivoglia *self-restraint* (ossia, la ponderata valutazione di ciò che è provato e di quanto non lo è), entra inesorabilmente in gioco il fiuto di chi indaga, l'intuito ispettivo, l'“induzione”: il non provato come supposto, verosimile (a parole) e, dunque ... dimostrato.

Il ragionamento induttivo degli ispettori (quel sillogismo probatorio motivato con salti logici di “buon

senso” ed “ergo” sistemici usualmente poco garantistici e senz'altro metagiuridici), non solo introduce di norma presunzioni e inversione dell'onere probatorio non ammesse; non solamente non rimane confinato a una mera dimensione dialettica; ma, come per legge, una volta che si consolida in un “verbale di accertamento”, produce effetti molto concreti. Dalle mere supposizioni si passa alla formazione di un titolo per legge valido a recuperare forzosamente somme di danaro e capace di altre inibitorie (es. molto classica, quella relativa al rilascio del Durc).

E qui iniziano i guai.

La cosa invero singolare è che l'accertamento ispettivo induttivo e la contestazione a massa non risultano ammessi neppure dalla stessa amministrazione a cui gli ispettori appartengono. Evidente in tale senso è la presa di posizione dello stesso Inps, che ha chiaramente indicato come le proprie verifiche non possano condurre ad “accertamenti di natura induttiva o improntati sull'analisi del comportamento aziendale nel suo complesso, senza precisi riferimenti al singolo rapporto annullato”.

La circolare n. 76 del 2016 – in modo univoco e cristallino - conferma che non possono essere assunti provvedimenti da parte dei propri funzionari ispettivi che non sorgano a motivo di “precisi riferimenti”: vale a dire, senza evidenze non possono ritenersi provati circostanze e fatti in *malam partem*. →

A ben pensarci, si tratta di un precipitato di civiltà giuridica che, ai giorni nostri, dovrebbe ritenersi assodato e garantito.

Ma l'Istituto sa che usi e prassi degli ispettori non sono di questo segno. Così si lascia sfuggire l'avvertimento per cui l'"analisi del comportamento aziendale nel suo complesso" non è sufficiente a fondare l'accertamento e il recupero contributivo. Niente supposizioni e immaginazione, insomma: servono prove certe.

Quanto possano costare (economicamente, in termini di avviamento aziendale, ecc.) presunzioni e accertamenti induttivi alle aziende risulta chiaro a chiunque abbia visto da vicino il decorso di vertenze con gli enti deputati ai controlli.

Spesso non basta presentare ricorsi amministrativi – non di rado inascoltati, né presi in considerazione – e, magari, neppure vincere in giudizio in primo grado. Anche in situazioni palesemente "distorte", non è raro osservare le pervicaci resistenze degli enti pubblici che chiamano aziende e soggetti interessati a difendersi nei gradi successivi di processo, fino alla Cassazione.

Così capita di vedere la Suprema Corte chiamata a pronunciarsi in un caso come quello definito con l'ordinanza del 8 marzo 2017, n. 5960. L'ipotesi sottoposta all'attenzione dei giudici di legittimità era quella di un recupero fiscale operato sulla base di un accertamento ispettivo dell'Inps. Il quale aveva verificato l'esistenza di omissioni commesse da una cooperativa, pur senza avere puntualmente verificato quali fossero le posizioni dei lavoratori interessate dal recupero. La Cassazione non ha che potuto riba-

dire come accertamenti e recuperi operati indistintamente non debbano essere realizzati, a prescindere dalla presunta analogia dei casi non considerati rispetto a quelli accertati.

In altri ipotesi la Cassazione – come con la sentenza del 13 marzo 2017, n. 6392 – è stata chiamata a precisare che se i riferimenti necessari neppure emergono dal verbale ispettivo e se quest'ultimo appare, anche prima facie, generico, neppure possono essere pretesi i recuperi (nella vicenda, la contribuzione per l'attività commerciale non poteva essere richiesta, essendo la detta attività solo supposta e non emergente dagli stessi atti ispettivi).

In questi e in molti altri casi, sarebbe bastata una serena valutazione in autotutela della stessa sede territoriale Istituto per evitare giudizi e aggravii di spesa (le spese legali per difendersi da approcci ispettivi aggressivi e intransigenti, come noto, sovente non sono indifferenti).

Per non dire come vi sia costantemente da difendersi da meccanici addebiti in *malam partem* delle più gravi sanzioni civili. Le verifiche ispettive, infatti, scorgono sempre (induttivamente) "evasioni", anche in ipotesi di non provata volontarietà dell'occultamento (cfr. Cass. n.6405/2017).

Se poi ci aggiungiamo che le basi imponibili su cui gli ispettori operano i propri recuperi non scontano quasi mai quanto già versato dalle aziende all'Istituto per le stesse posizioni disconosciute (es. gestione separata), è facile (induttivamente) comprendere da quali maxi-recuperi, anche a titolo di sanzioni civili, occorra difendersi.

Le collaborazioni organizzate dal committente e i giochi di prestigio del Ministero

Chi ha avuto la fortuna di seguire un percorso universitario ad indirizzo giuridico è da subito rimasto affascinato da frasi del tipo “L’Italia è la patria del diritto” o anche “La legge è uguale per tutti” ma soprattutto dal famoso brocardo latino “*Ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*”, che tradotto significa, né più né meno, dove la legge ha voluto ha detto, dove non ha voluto ha taciuto.

Principio antichissimo poi trasfuso nell’art. 12 delle Preleggi: “Nell’applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell’ordinamento giuridico dello Stato”.

Tutto questo fino all’incontro/scontro con il mondo reale quando, per capire che la legge non è uguale per tutti e che ognuno vi legge ciò che più gli confà, bastano gli ondivaghi e improvvisi cambi di orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità su questioni che parevano ormai consolidate nonché i frequenti interventi della Corte di Cassazione a Sezioni Unite per comporre, spesso nemmeno in termini risolutivi, i contrasti giurisprudenziali venutisi a creare all’intero della stessa suprema Corte.

Ma ciò che più sconcerta è una cultura giuridica che sempre più sovente dimentica il citato brocardo per sposare la nuova regola che “ciò che la circolare ha interpretato è ciò che la legge voleva dire e non importa se non lo ha detto o addirittura ha detto il contrario”.

Il famoso diritto circolatorio, come se agli estensori delle circolari fosse riconosciuta *ex lege* una delega generale per l’interpretazione autentica della normativa.

La circolare n. 3/2016 del Ministero del Lavoro

L’ennesima prova di questa inarrestabile decadenza giuslavoristica l’avevamo trovata nella interpretazione ministeriale dell’art. 2 del D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 che disciplina le collaborazioni organizzate dal committente.

In considerazione della rilevanza che viene ad assumere la corretta gestione delle collaborazioni continuative in ottica di un loro possibile, anche se residuale, utilizzo quale alternativa al lavoro accessorio abrogato dal D.L. n. 25 del 17 marzo 2017, appare interessante rivederne la disciplina, sia quella legale che quella interpretata dalla prassi.

Il primo comma dell’articolo in commento non fornisce una nozione di collaborazione, ma tramite una definizione in negativo individua ciò che non lo è, così disponendo:

“A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

Questa la lettura della rivisitata disciplina fatta dal Ministero con la circolare 1° febbraio 2016, n. 3:

La disposizione richiede l’applicazione della “disciplina del rapporto di lavoro subordinato” nell’ipotesi di rapporti di collaborazione che si concretino →

in prestazioni di lavoro esclusivamente personali e continuative, le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro” (c.d. etero-organizzazione).

Pertanto, ogniqualvolta il collaboratore operi all’interno di una organizzazione datoriale rispetto alla quale sia tenuto ad osservare determinati orari di lavoro e sia tenuto a prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dallo stesso committente, si considerano avverate le condizioni di cui all’art. 2, comma 1, sempre che le prestazioni risultino continuative ed esclusivamente personali.

In ordine alle citate condizioni, che devono ricorrere congiuntamente, si precisa che per “prestazioni di lavoro esclusivamente personali” si intendono le prestazioni svolte personalmente dal titolare del rapporto, senza l’ausilio di altri soggetti; le stesse devono essere inoltre “continuative”, ossia ripetersi in un determinato arco temporale al fine di conseguire una reale utilità e, come già indicato, organizzate dal committente quantomeno con riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro”.

Ed eccolo il diritto circolatorio che con un gioco di prestigio fa sparire i quattro assi da una mano e fa comparire quattro “scartine” nell’altra.

Fate attenzione perché la mano è stata ancora una volta più veloce dell’occhio.

Vi mostriamo i passaggi al rallentatore:

1. la circolare riconosce che, perché si applichi la disciplina del lavoro subordinato, le modalità di esecuzione devono essere organizzate dal committente anche con riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro”.

2. segue una pseudo-spiegazione, invero più un diversivo che un aiuto ad uso del comune mortale, nella quale si precisa che ogni volta che il collaboratore sia tenuto ad osservare determinati orari di lavoro e sia tenuto a prestare la propria attività presso luoghi di lavoro individuati dallo stesso committente, si considerano avverate le condizioni di cui all’art. 2, comma 1.

3. infine la conclusione per la quale le prestazioni svolte (...) devono essere inoltre continuative (...) e, come già indicato, organizzate dal committente quantomeno con riferimento “ai tempi e al luogo di lavoro”.

Non vi siete ancora accorti di nulla? Eppure la pre-stidigitazione è riuscita ed ecco che la congiunzione “anche” si è trasformata nell’avverbio “quantomeno” cambiando il senso della frase, operazione che essendo inserita in un contesto giuridico appare truffaldina ed inaccettabile.

La lettura fornitaci con la circolare ministeriale, giungendo di fatto a privare di qualsiasi significato quel “anche”, appare peraltro - a modesto avviso di chi scrive - in contrasto con i criteri ermeneutici di interpretazione letterale della norma espressi dal citato articolo 12 delle preleggi.

E sorprende che anche in recenti interventi di qualche commentatore sulle nuove collaborazioni si definisca sempre più la questione in termini di esclusiva analisi di tempi e di luogo del lavoro, rinunciando di fatto ad una battaglia che non è squisitamente dottrinale ma assolutamente pratica.

I criteri ermeneutici di interpretazione delle norme

Partiamo dal concetto che se leggendo una norma il senso è palesemente chiaro - e sulla congiunzione “anche” chi scrive non scorge particolari difficoltà di interpretazione - ci si ferma, *rectius* ci si deve fermare a quanto traspare dal testo, senza possibilità di ricorrere agli altri criteri interpretativi previsti: logico, sistematico, teleologico e analogico.

Diverso è infatti aver statuito “le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” e diverso sarebbe stato “le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente in riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” o addirittura “con esclusivo riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

È più che palese come la presenza di un semplice “anche” - contrariamente all’opinione di chi invece vorrebbe ritenerlo totalmente insignificante - cambi indiscutibilmente il significato della espressione in commento.

Peraltro la scelta del legislatore di utilizzare la locuzione “organizzate” (organizzare: formare, disporre, coordinare qualcosa in modo funzionale: o. gruppi di studio, il lavoro; preparare qualcosa, predisporre il necessario per l’attuazione: o. una gita) invece →

del termine “stabilite” (stabilire: adottare una decisione stabile e vincolante - sinonimi: decidere, fissare, decretare) appare indirizzata all’obbligare l’ispettore e il giudice ad individuare una reale ed effettiva ingerenza del committente rispetto alle modalità di esecuzione della prestazione e non un mero e limitato potere di stabilire luogo e tempo, elementi spesso meramente funzionali all’indispensabile coordinamento della prestazione del collaboratore agli obiettivi aziendali.

Volendo poi essere particolarmente pignoli, si potrebbe anche sottolineare che “organizzare i tempi” della prestazione è attività più ampia e complessa rispetto la semplice indicazione o individuazione del “tempo” della stessa che riguarda più la fase genetica del rapporto, mentre l’organizzazione dei “tempi” è un aspetto dinamico ed attiene alle concrete modalità di svolgimento ovvero la gestione del programma di lavoro e delle sue varianti.

Anche per questo chi scrive ritiene possibile che sia lo stesso committente a stabilire i giorni effettivi della prestazione (e non solo il suo arco temporale), purché venga lasciato al collaboratore la vera e propria organizzazione dei tempi dell’attività dedotta in contratto.

Tornando comunque alla questione focale ovvero alla terminologia usata dal legislatore, chi scrive ritiene che all’utilizzo della congiunzione “anche” non può essere data nessun’altra interpretazione se non quella che alle modalità della prestazione debba essere fatta la cosiddetta “tara” sottraendovi gli elementi indicati esplicitamente nella norma, ovvero per usare una formula matematica: “modalità” - “tempo e luogo” = “ulteriori elementi da verificare”.

Per l’identificazione in cosa consista questo “extra” ci soccorre la lingua italiana e nello specifico gli avverbi, che per quanto di nostro interesse in questa fattispecie sono:

- di luogo = dove?
- di modo = come?
- di tempo = quando?
- di quantità = quanto?

Data una corretta risposta agli interrogativi circa gli elementi “luogo e tempi” (quest’ultimo da intendersi sia come tempo che quantità) della prestazione, rimane la verifica circa il modo ovvero il “come” questa si svolge. Nulla *questio* se da questa analisi dovesse emergere

l’etero-direzione delle modalità della prestazione: siamo in ambito lavoro dipendente. Ove invece si ravvisasse la più lieve etero-organizzazione, si potrà in sede ispettiva contestare l’applicazione della disciplina del rapporto di lavoro subordinato.

La lettura ministeriale - pur in un condivisibile rigore interpretativo circa l’utilizzo della congiunzione “e” al posto di una disgiunzione - ritenendo che, ai fini di una eventuale contestazione, le citate condizioni “devono ricorrere congiuntamente” realizza il più classico degli autogol in quanto, ove risultasse esclusa l’organizzazione del committente rispetto anche uno solo degli elementi indicati dalla norma, il tempo o il luogo (secondo invece chi scrive anche e soprattutto il “come” della prestazione), dovrebbe essere riconosciuta la genuinità della collaborazione anche al di fuori delle specifiche ipotesi previste dalla lettera a) alla lettera d) del co.2 di tale articolo.

La ratio della norma

Stando peraltro sempre all’interpretazione ministeriale ove si dovesse ogni volta ricondurre alla disciplina del rapporto di lavoro subordinato tutte le collaborazioni per le quali - anche in presenza di una reale autonomia del prestatore - si sia reso necessaria e finanche indispensabile da parte del committente l’indicazione di luogo e tempi della prestazione proprio in funzione dell’attività richiesta, ciò risulterebbe inconciliabile con la *ratio* dell’intervento legislativo, finalizzato, come pare, al contrasto dei fittizi rapporti di lavoro autonomo.

Si consideri infatti che, aderendo alla lettura proposta dal Ministero, avremmo oggi - oltre alle prestazioni previste al comma 2 - le seguenti tipologie di collaborazione possibili:

- collaborazioni non continuative, ovvero le cosiddette prestazioni occasionali, riconducibili oggi alla disciplina del contratto d’opera ex articolo 2222, che teoricamente possono considerarsi legittime anche in presenza di una loro organizzazione da parte del committente sia del luogo che dei tempi della stessa. Tali prestazioni risulterebbero formalmente sottratte alle specifiche conseguenze previste dall’art.2 co.1, ma di fatto non ne sono sostanzialmente immuni, dato che insiste su di esse il rischio generale di riquilificazione del rapporto da autonomo a dipen- ➔

dente. Senza dimenticare che il loro periodico utilizzo impone la valutazione dell'annoso problema di quando la reiterazione di prestazioni analoghe renda di tipo continuativo le stesse.

- collaborazioni organizzate dal prestatore in riferimento al luogo della prestazione, legittime anche in presenza di una continuità e con l'organizzazione da parte del committente dei tempi della stessa. In questi casi difficile che non vi sia in sede ispettiva la tentazione di contestare, considerata l'ingerenza del committente sulle altre modalità organizzative, un rapporto di lavoro dipendente, magari richiamandosi alla disciplina dello "smart working" oggi in discussione.

- collaborazioni organizzate dal prestatore in riferimento ai tempi della prestazione, legittime anche in presenza di una continuità e con l'organizzazione da parte del committente del luogo della prestazione. Certamente, rispetto alla precedente, una fattispecie dove appare più rilevante l'autonomia del collaboratore (seppur, come detto, limitata al solo indice "tempo"), ma pur sempre insufficiente da suggerire un suo utilizzo senza prevedere parallelamente l'effettiva autonomia del prestatore in relazione soprattutto alla scelta del modus. Si richiamano anche in questo caso le criticità in funzione di un eventuale richiamo alla disciplina dello "smart working"

Si tratta quindi, a ben vedere, di ipotesi residuali rispetto alla più ampia gamma di collaborazioni coordinate come concepite fino alla novella legislativa del 2015, con una conseguente ridotta applicabilità pratica dell'istituto che equivarrebbe - in considerazione dell'evidenziato alto rischio di riqualificazione - alla quasi totale abolizione delle stesse, che sopravviverebbero quindi solo nelle forme di cui alle lettere da a) a d) del comma 2.

Se tale fosse stato il fine del legislatore diversa, si ritiene, sarebbe stata la tecnica legislativa utilizzata.

Non si può peraltro, in ultima analisi, non evidenziare la singolarità del fatto di come in tutte le fattispecie sopra descritte diventi, ove si aderisse in toto alla prassi citata, praticamente irrilevante l'unico elemento - l'autonomia nello svolgimento dell'attività lavorativa (da sempre in contrapposizione alla subordinazione) - che, prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n.81/2015, caratterizzava la prestazione del col-

laboratore coordinato e continuativo.

Oggi, al contrario, sempre seguendo il ragionamento della circolare ministeriale, l'assoggettamento alla disciplina del lavoro dipendente delle collaborazioni avverrebbe sulla base di alcuni di quelli che fino ad ieri erano indici residuali di subordinazione ovvero orario di lavoro e luogo della prestazione.

Anche questa conseguenza è impensabile che corrisponda alla reale volontà del legislatore.

La semplificazione dell'attività ispettiva

Abbiamo registrato un plauso da parte del Centro Studi Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro circa la scelta ministeriale di concentrarsi unicamente sugli indici di tempo e di luogo ai fini dell'accertamento della etero-organizzazione "in quanto consente un'interpretazione più agevole ed oggettiva della disposizione, oltre a scongiurare in radice dubbi circa la reale valenza del termine anche".

Inutile ribadire che la contrarietà di chi scrive per questo modo utilitaristico dell'interprete istituzionale di adattare e sacrificare la norma alla causa della semplificazione dell'attività ispettiva.

È infatti palese che eventuali difficoltà nell'individuare una netta demarcazione tra il concetto di eterodirezione e quello di etero-organizzazione non possano certo giustificare una attività ispettiva ridotta, limitandola agli elementi costitutivi il requisito "modalità" più facilmente e immediatamente verificabili.

Proprio per questo non può essere condivisibile la conclusione cui il Ministero del Lavoro giunge nella circolare in commento secondo la quale l'attività di riqualificazione del rapporto lavorativo risulterebbe addirittura semplificata. Al contrario l'ispezione dovrà essere condotta con assoluto rigore, dovendo l'ispettore ravvisare, mediante l'analisi di tutti gli aspetti relativi alla modalità della prestazione, una incisiva organizzazione da parte del committente, fornendo una congrua motivazione che menzioni gli elementi, documentali e di fatto, presi in considerazione e le ragioni che hanno determinato l'adozione del proprio provvedimento.

Ove dal verbale ispettivo fosse rinvenibile un accertamento delle modalità esecutive condotto unicamente con una analisi di tempi e luogo della pre- ➔

stazione, senza quindi una esauriente evidenziazione del se e soprattutto del “come” la stessa sia stata o meno organizzata dal committente, ciò comporterà inevitabilmente l’annullamento del verbale per insufficienza ed incompletezza dell’indagine.

Il ruolo delle Commissioni di Certificazione

Leggendo tra le righe è parso emergere una sorta di sorpresa da parte di alcuni commentatori circa la circostanza che la norma ribadisca, probabilmente liquidando tale fatto come ridondante, la possibilità di presentare gli accordi di collaborazione al vaglio delle Commissioni di Certificazione, essendo questo un potere già loro attribuito in via generale dagli artt. 75 e seguenti del D.Lgs. n.276/2003.

Questa perplessità nasce forse da una lettura superficiale della norma che al comma 3 invece prevede esplicitamente la diversa possibilità di “certificazione dell’assenza dei requisiti di cui al comma 1”.

A dire il vero il legislatore ancora una volta non è stato particolarmente felice nella formulazione della norma richiamando di fatto tutti i requisiti indicati al primo comma. Sicuramente le parti non avrebbero alcun interesse a chiedere di accertare la mancanza di una prestazione esclusivamente personale, dato che il fornire la prova di un ausilio da parte di terzi li esporrebbe probabilmente al rischio di un rigetto dell’istanza. Maggior interesse a far emergere una carenza di continuità della prestazione sussisterebbe nei casi di reiterazione di prestazioni occasionali, ma in questo caso andrebbe presentata direttamente istanza di certificazione del contratto di prestazione occasionale. Si ritiene quindi che il ricorso alla certificazione potrebbe riguardare in massima parte l’assenza di una organizzazione da parte del committente “anche con riferimento di tempi e al luogo di lavoro”.

Sia ben chiaro che alle parti è sempre riconosciuta la possibilità di spingersi fino a richiedere di certificare la genuinità del rapporto nella sua totalità, opzione sicuramente preferibile onde ottenere una tutela dalla riqualificazione del rapporto in termini di lavoro dipendente ex articolo 2094 del codice civile. Ma, come detto, ben potrebbero limitarsi a richiedere

alla Commissione di focalizzare la propria attenzione solo su uno degli elementi costitutivi la fattispecie ex comma 1, possibilità che, piaccia o meno, è esplicitamente prevista dalla normativa.

Ove quindi una Commissione di Certificazione fosse in grado di escludere una qualsiasi ingerenza in termini di etero-organizzazione (nel concetto sopra evidenziato) del committente sul “come, dove, quando e quanto” - e rammentiamo che è sufficiente che sia rilevabile l’assenza di un solo di tali elementi - la collaborazione potrà, *rectius* dovrà essere considerata automaticamente ed implicitamente come genuina, senza necessità che la Commissione dichiari in modo esplicito la conformità del contratto all’intera disciplina dell’art.2 del D.Lgs. n.81 del 15 giugno 2015.

Conclusioni

Non risultano a chi scrive ad oggi decisioni in merito alla questione *de quo* ovvero la rilevanza da dare all’utilizzo della congiunzione “anche”.

Probabile che una parte di contenzioso sia stato evitato grazie anche alla scelta dei committenti di gestire le proprie collaborazioni lasciando - quantomeno formalmente - la massima libertà di organizzare i tempi della prestazione al collaboratore. Chi scrive peraltro ribadisce la perplessità che possa essere la mera concessione della massima discrezionalità di scelta di luogo e di tempi al collaboratore a mettere al riparo il committente da una soccombenza in giudizio.

È proprio perché non si esclude, anzi è più che probabile, che qualche contenzioso verrà attivato e deciso nel prossimo futuro si ritiene essenziale che si dia formale rilevanza nel contratto al “come” e da “chi” sia organizzata la prestazione dedotta in contratto - meglio se sottoponendo l’accordo alla certificazione - di modo che il merito della controversia possa essere ricondotto alla valutazione della rilevanza di quel “anche” volutamente dimenticato dalla prassi ministeriale.

Ovviamente nell’auspicio che la giurisprudenza sappia confermare la bontà della lettura qui proposta, formando al più presto sul punto un orientamento consolidato.

APPALTO retrocesso e trasferimento di azienda

Il caso origina, nel settore dell'accoglienza e prestazioni connesse, dalla vicenda di una nota catena alberghiera che aveva affidato l'appalto per la fornitura dei servizi operativi per il proprio centro di *fitness* e benessere interno a uno dei suoi alberghi a una società terza.

Le corti territoriali, sia in primo grado, sia in appello, ritenendo decisivo il dato contrattuale, hanno escluso il verificarsi di un trasferimento di azienda in un caso di retrocessione dei servizi appaltati, trattandosi di un mero appalto di servizi (ovvero di un contratto con cui il committente non dismette un segmento produttivo, ma si avvale delle prestazioni fornite da un'impresa terza). Si doveva, pertanto, respingere l'ipotesi che, con la cessazione di detto contratto di appalto, si verificasse una retrocessione del ramo d'azienda *ex art.2112 c.c.* Il ricorso avverso la pronuncia di merito ha censurato tale valorizzazione del dato formale e assumendo che la fattispecie di cui all'art.2112 c.c. può verificarsi indipendentemente dallo strumento giuridico adottato e, quindi, anche nelle ipotesi di cessazione dell'appalto di servizi, quando alla scadenza si realizzi un passaggio della azienda dall'appaltatore al committente. Nel caso di specie, il trasferimento si sarebbe realizzato nel momento della cessazione dell'appalto di servizi, quando l'attività era stata nuovamente internalizzata dalla committente.

La Suprema Corte aveva già avuto modo in passato di affermare che *"ai fini del trasferimento d'azienda, la disciplina di cui all'art.2112 cod. civ., postula soltanto che il complesso organizzato dei beni dell'impresa – nella sua identità obiettiva – sia passato ad un diverso titolare in forza di una vicenda giuridica riconducibile al fenomeno della successione in senso ampio, potendosi così prescindere da un rapporto contrattuale diretto tra l'imprenditore uscente e quello che subentra nella gestione. Tuttavia, non può ravvisarsi un trasferimento d'azienda in ipotesi di successione nell'appalto di un servizio, ove non sia dimostrato un passaggio di beni di*

non trascurabile entità, e tale da rendere possibile lo svolgimento di una specifica impresa".

Al contrario, dunque, laddove alla cessazione dell'appalto il servizio torni in gestione diretta all'imprenditore già committente, ben potrebbe verificarsi un trasferimento d'azienda in presenza di un passaggio di beni di rilevante entità, tali da permettere la prosecuzione internalizzata delle attività prima appaltate.

Inoltre, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la Cassazione ha ricordato che l'accertamento dell'avvenuto trasferimento non è necessariamente subordinato al trasferimento della proprietà degli elementi materiali dell'azienda. Al contrario, nei settori in cui l'attività svolta si fonda essenzialmente sulla mano d'opera invece che sul possesso di rilevanti *assets* produttivi materiali, un gruppo di lavoratori costituente parte essenziale del personale specificamente destinato dal predecessore all'attività economica oggetto del contratto di appalto, ben potrebbe corrispondere ad un'entità economica la cui cessione potrebbe integrare un trasferimento di azienda.

Nel caso di specie, come addotto dalla parte ricorrente, non solo i locali, le attrezzature, e l'organizzazione complessiva del centro *fitness* erano stati retrocessi nel possesso della committente al termine del contratto di appalto, ma anche quasi tutti i dipendenti dell'appaltatore era passati alle dipendenze della stessa.

Con la sentenza n.6770/2017, depositata il 15 marzo scorso, la Cassazione ha, pertanto, accolto il ricorso e affermato l'applicabilità dell'art.2112 c.c. anche quando, alla cessazione dell'appalto, il servizio torni in gestione diretta all'imprenditore committente, rilevando che, nei settori cosiddetti *labour intensive*, un gruppo di lavoratori – costituente parte essenziale, in termini di numero e di competenza, del personale specificamente destinato dall'appaltatore alla attività appaltata – può corrispondere ad un'entità economica autonoma.

Welfare: chiarimenti su amministratori, categorie e regolamento aziendale

La risposta ad interpello n. 954-1417/2016 della Direzione Centrale Normativa dell'Agenzia delle Entrate pervenuta il 10 aprile scorso fornisce importanti chiarimenti sui destinatari dei Piani Welfare, sulla composizione delle categorie beneficiarie, nonché sul contenuto del regolamento aziendale ai fini dell'integrale deducibilità dal reddito d'impresa dei costi Welfare sostenuti dal datore di lavoro.

Si premette che la società istante, SRL amministrata da un CdA di due componenti percettori di un compenso fiscalmente inquadrabile tra i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente ex art. 50, lett c bis) del TUIR e con sei dipendenti, ha esposto di aver deciso di attivare un Piano Welfare formato da due servizi aventi finalità ricreative (abbonamento a palestra e viaggi all'estero), disciplinato da specifico regolamento aziendale allegato all'interpello, indirizzato sia agli amministratori che al personale dipendente. Detto regolamento prevede l'assegnazione di un budget di spesa <figurativo>, totalmente a carico della società e non rimborsabile, diversificato tra tre diverse categorie omogenee, la prima delle quali composta dagli amministratori, la seconda dai dipendenti con una RAL fino a 35.000 euro e la terza da quelli con una RAL maggiore di 35.000 euro.

La questione interpretativa sollevata dall'istante ha riguardato la possibilità di:

- applicare il regime di esclusione da imposizione sul reddito da lavoro dipendente previsto dall'art. 51, comma 2, lettera f) del TUIR in relazione all'utilizzazione di servizi con specifica finalità ricreativa riconosciuti dalla società in conformità a disposizioni di regolamento aziendale;

- beneficiare della piena deducibilità del suddetto costo dal reddito d'impresa quale spesa relativa a servizi utilizzabili dalla generalità o categorie di dipendenti, senza incorrere nella limitazione del 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi come previsto dall'art. 100, comma 1 del TUIR.

Nella risposta n. 954-1417/2016 l'Agenzia delle Entrate innanzitutto sgombra definitivamente il campo dai dubbi circa l'inclusione degli amministratori di società che percepiscono redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente tra i destinatari dei benefici fiscali, analogamente ai lavoratori dipendenti.

Chiarisce poi che i servizi offerti dal Piano Welfare, rientrando nella finalità ricreativa di cui all'art. 100, comma 1 del TUIR, risultano pacificamente esclusi del reddito di lavoro dipendente ai sensi dell'art. 51, comma 2, lett. f).

Precisa infine che *"in relazione all'altro requisito concernente l'offerta delle opere e servizi che deve essere rivolta alla <generalità> o a <categorie di dipendenti>il legislatore, a prescindere dall'utilizzo dell'espressione <alla generalità di dipendenti> ovvero a <categorie di dipendenti>, non riconosce l'applicazione delle disposizioni elencate nel comma 2 dell'art. 51 del TUIR, ogni qual volta le somme o servizi ivi indicati siano rivolti <ad personam> ovvero costituiscano dei vantaggi solo per alcuni e ben individuati lavoratori. Nel caso di specie... il credito welfare è riconosciuto sia ai lavoratori dipendenti che agli amministratori, ancorchè sulla base di presupposti diversi: l'ammontare della RAL per i primi, la partecipazione al CdA per →*

i secondi. Tale diverso criterio si ritiene non faccia venir meno la circostanza che l'offerta sia rivolta alla <generalità di dipendenti> e che, pertanto, possa trovare applicazione la previsione di esclusione dal reddito di lavoro dipendente di cui all'art. 51, comma 2, lett. f), del TUIR”.

Ricapitolando:

- 1) una categoria può ben essere composta dai componenti del Consiglio di Amministrazione;
- 2) il criterio della misura della RAL può essere utilizzato, tra i tanti, per diversificare le categorie di dipendenti, fermo restando che nell'interno di ciascuna di essa il valore dei benefits attribuiti deve avere “quantomeno la medesima consistenza” (cfr risposta a interpello n. 904-1533/2016);
- 3) l'individuazione di categorie sulla base di presupposti diversi tra loro non costituisce di per sé motivo ostativo all'applicazione delle fattispecie esenti di cui all'art. 51, comma 2.

Da notare che è “*irrilevante, ai fini della non concorrenza al reddito da lavoro dipendente, la circostanza che i servizi siano corrisposti per iniziativa unilaterale del datore di lavoro o in base alla contrattazione. In entrambe le ipotesi, infatti, e nel rispetto delle altre condizioni..., i servizi aventi finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto non concorrono alla formazione del reddito del dipendente.*” Viceversa, “*la causa che ha dato luogo al Piano Welfare risulterà, invece, rilevante ai fini della deducibilità dei relativi costi sostenuti dal datore di lavoro.*

Infatti, ai sensi dell'art. 100, comma 1 del TUIR: Le spese relative ad opere o servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di dipendenti volontariamente sostenute per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto, sono deducibili per un ammontare complessivo non superiore al 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi.”; laddove invece l'erogazione di tali opere e servizi, utilizzabili dalla generalità o categorie di dipendenti, sia frutto di contrattazione collettiva, nazionale o territoriale, o di accordo interconfederale o, infine, di regolamento aziendale, ai sensi dell'art. 95 del TUIR

i relativi costi risulteranno deducibili ai fini IRES.”

Sul contenuto del regolamento aziendale - inteso quale atto unilaterale del datore di lavoro non derivante da una negoziazione sindacale - che stabilisca l'utilizzazione di opere e servizi, la circolare n. 28/E del 15 giugno 2016 dell'Agenzia delle Entrate ha sottolineato che lo stesso deve comunque configurare “*l'adempimento di un obbligo negoziale*”. Precisazione questa che ha sollevato non pochi dubbi tra gli addetti ai lavori, considerando che sebbene non siano mancate interpretazioni giurisprudenziali volte a identificare il regolamento aziendale con un contratto collettivo, è indubbio che esso rimanga espressione della libera volontà del datore di lavoro e non consegua ad alcun tipo di vincolo negoziale.

Ebbene, il regolamento sottoposto dalla società istante viene cassato dall'Agenzia delle Entrate perché nello stesso “*non si evincono statuizioni volte a configurare l'adempimento di un obbligo negoziale. Ad ulteriore conforto di tale conclusione, le norme finali del Regolamento stabiliscono che il datore di lavoro <avrà facoltà di cessare unilateralmente e discrezionalmente l'implementazione e l'efficacia del Piano Welfare al termine di ciascun anno, senza che da questo possa derivare alcun successivo obbligo nei confronti dei collaboratori, né far sorgere diritti di qualsiasi natura in capo a questi ultimi. Inoltre qualora norme di legge o variazioni sostanziali nel costo per le forniture dei servizi dovessero significativamente modificare lo scenario in base al quale è stato istituito il Piano Welfare ovvero gli aspetti fiscali ad esso inerenti, è facoltà del datore interrompere in qualsiasi momento l'applicazione del Piano Welfare o di procedere a una sua revisione.>*”

Dunque - secondo l'Agenzia - il regolamento aziendale può essere fonte di diritti dei dipendenti e di corrispondenti obblighi giuridici a carico del datore di lavoro solo se non consente, per un determinato periodo di tempo, la possibilità al datore di lavoro di modificare i suoi impegni assunti. In tal caso, il lavoratore, aderendo al Piano Welfare, acquista la titolarità di un diritto soggettivo al quale è correlato l'obbligo di adempimento del datore, con tutte le conseguenze di legge.

Sintetiche riflessioni sulla nullità del licenziamento per matrimonio: dalla protezione sociale alla positive discrimination?

La norma sul divieto di licenziamento per causa di matrimonio (attualmente, art. 35 del D.Lgs. n.198/2006) prevede un periodo di “rispetto” intercorrente dalla data delle pubblicazioni (civili) del matrimonio sino ad un anno dalla celebrazione dello stesso: un eventuale licenziamento della lavoratrice intervenuto (o meglio, deciso e comunicato) entro tale lasso di tempo è nullo per presunzione legale, e pertanto assoluta.

Fanno eccezione solamente i casi di.

- colpa grave della lavoratrice, che preveda il licenziamento per giusta causa,
- la fine del lavoro a termine (ovviamente alla data o all'evento concordati in sede di assunzione);
- la cessazione dell'attività dell'azienda.

Il tema è tornato recentemente di attualità per un doppio profilo di estensione di tale principio, normativo:

- da una parte con la legge sulle unioni civili (L. n.76/2016) ci si chiede – ancora non sono emerse pronunce al riguardo – se la norma sia estensibile anche alle nuove coppie regolate dalla norma predetta; a parere di chi scrive la risposta è positiva, ma non essendo prevista alcuna “pubblicazione” il periodo dovrebbe attestarsi nell'anno dalla registrazione dell'unione civile;

- ben più pregnante e già oggetto di diverse sentenze, invece, è l'estensione di tale diritto non solo alle lavoratrici ma anche ai lavoratori “maritandi” o appena sposati, in virtù dell'applicazione della direttiva UE 76/207/CE che ha sancito il divieto di qualsiasi discriminazione basata, in questo caso, sulla distinzione di genere.

In nome di questa presunta “parità”, diverse sentenze di merito (Trib. Milano 3 giugno 2014 e 17 giugno 2015. Trib. Vicenza 24 maggio 2016) stanno via via estendendo al tutela in argomento anche al marito; per completezza, riscontriamo che a tale tendenza si oppone un meno recente orientamento (Trib. Padova 9 maggio 2000) che riconosce il diritto alla sola lavoratrice donna costituendo una tutela di genere. I giudici aditi, nel riconoscere anche al marito questa protezione, rilevano che sempre più nella legislazione italiana i concetti di cura genitoriale sono estesi anche in favore del padre ma soprattutto si allontanano dal (chiaro) testo normativo (che parla esplicitamente di “lavoratrice”) richiamandosi alla predetta direttiva UE ed adottando l'indirizzo della Corte Costituzionale che con l'ordinanza n. 207/2013, statui che spetta al giudice nazionale “valutare la compatibilità co- ➔

munitaria della normativa interna”, adattandosi direttamente alla prima, se del caso.

Una norma che guarda al passato

L'attuale formulazione della norma, inserita nel contesto di attuazione delle direttive europee in materia di parità di trattamento (D.Lgs. n.198/2006) in realtà riprende pedissequamente una norma del 1963 (L. n.7 del 9 gennaio 1963).

Lo scopo di tale norma, in quegli anni, era attribuire una protezione particolare alla donna - già oggetto di tutela per l'evento “maternità” - la quale, una volta sposata, aumentava le possibilità che tale evento si verificasse in concreto.

Erano i primi anni 60: in una società ad orientamento tendenzialmente cattolico e benpensante, gli anni della rivoluzione sessuale erano ben lontani, così come la legge sul divorzio, e su “Grazia” le lettrici interrogavano Donna Letizia sul valore di arrivare vergini al matrimonio.

In tale contesto sociale, era del tutto logico e consequenziale il binomio matrimonio-maternità e pertanto la legge aveva lo scopo di presidiare possibili manovre “preventive” del datore di lavoro – peraltro in un quadro di libera recedibilità - volte ad eliminare dall'ambito lavorativo la donna “a rischio maternità”, per non sopportarne gli oneri.

È del tutto scontato aggiungere che viviamo ora in un contesto prettamente differente, in cui lo stesso matrimonio viene messo in discussione e perde sempre più terreno (come rileva anche l'Istat) a favore delle situazioni di convivenza, così come sono ormai un dato di fatto le “famiglie allargate”; in altre parole, sempre più spesso i figli sono generati al di fuori del contesto matrimoniale classico.

Una norma che nel presente non tutela le famiglie ed i figli

In tale situazione attuale, che lo stesso legislatore ha riconosciuto avvertendo la necessità urgente di equiparare del tutto i figli “legittimi” e quelli naturali (Legge 10 dicembre 2012, n. 219), possiamo chiederci se il mantenimento della norma vada ancora a favorire la donna e, nel complesso, la famiglia ed i figli.

Per quanto riguarda la donna valgano le considerazioni precedenti: il disconoscimento - anzi il vero e

proprio divieto - di differenze di genere non permette alcun trattamento di favore nei confronti delle donne. Sarebbe curioso - anche se non è questo il luogo adatto per sollevare tale questione - sapere se ad analogo destino sono destinate norme simili, ad esempio quella recente sulla tutela delle donne vittime di abusi e molestie.

Per quanto riguarda la famiglia, considerato il contesto sociale odierno, tale concetto tende sempre di più a prendere diverse sfaccettature e a non sovrapporsi con il concetto di matrimonio (o di unione civile), per cui la norma resta sostanzialmente influente e così dicasi per quanto riguarda i figli, che abbiamo scoperto non aver bisogno di alcun “pezzo di carta” per essere generati. E verso una nuova cultura della natalità sicuramente hanno influenzato le maggiori e diffuse informazioni sui metodi contraccettivi o, sotto il versante opposto, i progressi della ricerca scientifica in tema di fecondazione assistita.

Quindi oggi la norma non presidia quasi più nulla ma, al contrario, ha una possibile deriva negativa.

Consideriamo il caso, sempre più frequente, di matrimoni (anzi di pubblicazioni) decise in maniera molto strumentale per fronteggiare un possibile licenziamento, individuale o collettivo.

Viene ad individuarsi, infatti, nel periodo presidiato dalla legge, uno scudo che mette i lavoratori nubendi (privilegiandoli) in competizione con i propri colleghi, magari con famiglia e prole a carico.

Se “Parigi val bene una messa” forse oggi può farsi strada l'idea che un posto di lavoro val bene una cerimonia, anzi un vero e proprio pezzo di carta, sempre più facilmente revocabile in tempi brevi (e i cui effetti più stringenti possono essere tenuti sotto controllo anche da sapienti accordi prematrimoniali).

Anche i fautori della famiglia tradizionale (quelli che - possibilmente - “ci si sposa una volta sola nella vita”) dovrebbero riflettere su quanto le famiglie posticce e messe in piedi frettolosamente possono minare i diritti di coloro che invece vedono nella famiglia ancora uno strumento di fondamentale costruzione sociale ed umana. Non stiamo parlando di fantascienza, ma di cose che concretamente accadono.

In tal modo rischiano di più il posto lavoratori →

(qualcuno direbbe “lavoratrici e lavoratori”) con prole e famiglia, magari con anzianità di servizio importanti e stipendi ad esse adeguati, e quindi più felicemente oggetto di scelta da parte di un datore di lavoro che volesse risparmiare.

D'altronde non è la prima volta che su questa Rivista annotiamo che la superfetazione di diritti dei lavoratori (con la logica distorta e disequilibrata che “più ce n'è, meglio è”) finisce per ritorcersi con effetti perversi contro gli stessi lavoratori ed i loro diritti.

Il prossimo futuro: un'ipotesi di “positive discrimination”

Immaginiamo, in un futuro non tanto lontano, l'assodata estensione del diritto non solo alle lavoratrici ma ai lavoratori (considerando l'indirizzo giurisprudenziale sopra ricordato) ed alle unioni civili (chi scrive non vede perché dovrebbero essere discriminate su questo aspetto).

Consideriamo inoltre l'estensione del diritto alla maternità (anche assistita) ma anche all'adozione a “single”, fatto già raggiunto ed innegabile. Constatiamo per finire che sempre più le coppie, sposate o meno, tendono a differire l'arrivo di un figlio ad una particolare stabilizzazione (anche emotiva) che si realizza sicuramente non nel primo anno di convivenza/matrimonio. Mettiamo tutto insieme, anche unendo le considerazioni precedenti, e che cosa se ne ricava? Che la legge, nata per tutelare ulteriormente la maternità e la genitorialità, nell'odierna evoluzione sociale e culturale (qualunque cosa se ne pensi) ha perso qualsiasi riferimento a queste fattispecie.

Pertanto, l'unico dato che resta è che la norma in questione, prospetticamente, difende unicamente - per un periodo anche sensibilmente superiore ad un

anno, non vi è alcun termine legale di “distanza temporale preventiva” dal matrimonio per effettuare le pubblicazioni - coloro che si sposano (o uniscono civilmente).

È agevole notare che dall'azione positiva (la difesa della donna in un contesto culturale in cui necessita di protezione, in quanto oggetto di possibili discriminazioni) si rischia il passaggio alla discriminazione positiva, termine con cui si suole individuare quelle tutele che, pur nate con le migliori intenzioni, finiscono per privilegiare ingiustificatamente determinate categorie, perciò stesso discriminando altre categorie a favore delle prime.

In un futuro non lontano potremmo vedere pertanto questa azione giuridica messa in campo da un padre (o una madre) di quattro figli (o da un single “ragazzo padre”), licenziato nell'ambito di una riduzione di personale (individuale o collettiva) e vistosi “sorpasato” dal diritto assoluto al lavoro di coppie e coppie appena convolate a (giuste) nozze.

Del resto, pare utile a tal fine rileggere con completezza il co.1 dell'art.2 della direttiva UE che così recita: “Ai sensi delle seguenti disposizioni il principio della parità di trattamento implica l'assenza di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento allo stato matrimoniale o di famiglia”.

Per concludere: una legge che pesca in un passato che non c'è più, che nel presente rischia di avere più effetti negativi che positivi e che in prossimo futuro rischia di essere messa in discussione dai suoi stessi principi: a parere di chi scrive ce n'è abbastanza per stimolare una profonda riflessione in merito.

Uno strumento in più per combattere l'abusivismo

Il Tribunale di Pesaro, sezione penale, il 14 marzo 2017 ha emesso una sentenza di condanna nei confronti della titolare di un centro elaborazioni dati che dichiarava, nello svolgimento della sua attività, di possedere il titolo di Consulente del lavoro; il Consiglio Provinciale dell'Ordine dei Consulenti del lavoro di Pesaro-Urbino, costituitosi parte civile nel procedimento, ha ottenuto altresì il diritto al risarcimento del danno subito.

La sentenza di cui sopra, oggetto di uno specifico commento da parte della Fondazione Studi dei Consulenti del lavoro, con il parere n.4 del 6 aprile scorso, conferma, ancora una volta, l'orientamento giurisprudenziale, sempre più consolidato, di voler punire il comportamento di coloro che svolgono attività che rientrano nella riserva della L. n.12/1979 senza averne i requisiti, commettendo così uno specifico reato, quello di esercizio abusivo della professione.

Va da prima ricordato il principio enunciato dall'art. 1 della L. n.12/1979 che prevede che "... tutti gli adempimenti in materia di lavoro, previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti, quando non sono curati dal datore di lavoro, direttamente od a mezzo di propri dipendenti, non possono essere assunti se non da coloro che siano iscritti nell'albo dei consulenti del lavoro a norma dell'art.9 ... nonché da coloro che siano iscritti negli albi degli avvocati e procuratori legali, dei dottori commercialisti, dei ragionieri e periti commerciali...".

È quindi stabilito che, anche qualora l'attività di elaborazione delle buste-paga fosse svolta da un soggetto terzo, quale un CED, ad essa è prodromica un'attività professionale di carattere valutativo per lo svolgimento della quale è indispensabile il possesso di specifiche nozioni giuridiche-lavoristiche-previdenziali che ai soli Consulenti del lavoro e agli altri soggetti di cui all'art.1 co.1 della L. n.12/1979 viene riconosciuto di possedere.

Diversi interventi giurisprudenziali hanno sancito in tempi recenti la specificità e peculiarità dell'attività svolta della figura del Consulente del lavoro:

- Sentenza n.9725/2013 della Cassazione in merito all'attività di assistenza in materia di lavoro effettuata dalle Associazioni di Categoria con la condanna del socio accomandatario di una s.a.s. che deteneva il 99% delle quote sociali di una società che svolgeva attività rientranti nella riserva di Legge senza i relativi requisiti; la restante quota (1%) era detenuta da un'Associazione artigiana cui il socio condannato pensava poter ricondurre i requisiti di Legge per l'attività oggetto di riserva. La corte ha stabilito invece che sussistono gli estremi del reato di esercizio abusivo di professione laddove la gestione dei servizi e degli adempimenti in materia di lavoro, previdenza e assistenza sociale venga curata non da dipendenti di un'Associazione di Categoria ma da un soggetto privo del titolo di Consulente del Lavoro, ovvero →

non iscritto al relativo Albi, che sia socio di una società solo partecipata da un'Associazione di Categoria.

- Sentenza n.103/2015 del Consiglio di Stato, relativa alla gara di appalto per l'affidamento dei servizi di gestione delle paghe e servizi connessi; nella pronuncia i giudici hanno ribadito che l'attività oggetto del bando ha carattere unitario, inscindibile e riservato ai Consulenti abilitati.

- Sentenza del 25 novembre 2015 del Tribunale di Pesaro con la quale viene riconosciuta la tutela della specificità della professione prevedendo la punibilità anche di chi, regolarmente abilitato, consenta con il proprio comportamenti la realizzazione e lo svolgimento di attività abusive.

- Sentenza n.255 datata 4 aprile 2016 del Tribunale di Biella che condanna a 4 mesi di reclusione per i componenti di una Associazione culturale che in realtà svolgeva attività di gestione amministrativa di rapporti di lavoro domestico, compilazione 730 pur non essendo un Caf o un'Associazione di Categoria. Il Giudice ha altresì previsto il risarcimento dei danni tutti patiti in favore della costituita parte civile Ordine dei Consulenti del Lavoro della Provincia di Biella quantificandoli in € 5.000,00.

Con l'ultima sentenza del Tribunale di Pesaro in commento si è messa un'altra pietra a fondamento, si spera, di un sistema volto a tutelare e a preservare la Categoria ma soprattutto a tutelare l'importanza e la delicatezza del lavoro che quotidianamente svolgiamo e che è soggetto a continui attacchi, sotto vari fronti, sia per l'abusivismo che per la presenza sul mercato del lavoro di soggetti che operano in palese violazione della concorrenza e della legalità.

Particolarmente significativa, nella sentenza citata, è la ritenuta ammissibilità del diritto al risarcimento riconosciuto ad un Consiglio provinciale, diritto che

trova fondamento non tanto e non solo in riferimento al danno morale nei confronti della Categoria dei Consulenti del Lavoro ma soprattutto rispetto al pregiudizio di carattere patrimoniale recato ai singoli Consulenti regolarmente iscritti all'Ordine, e da quest'ultimo vigilati ma anche tutelati, i quali vengono direttamente o indirettamente danneggiati dalla sleale concorrenza dell'abusivo posta in essere in un determinato contesto territoriale. La coraggiosa ed intelligente iniziativa giudiziaria del CPO di Pesaro-Urbino va a nostro avviso replicata, qualora si presentino casi analoghi, su tutto il territorio nazionale da ogni Consiglio Provinciale.

Anche il CPO di Milano sta attivando numerose iniziative ed indagini volte a combattere e contrastare il fenomeno dell'abusivismo, non solo con ricerche a vasto raggio ma anche con una capillare azione di monitoraggio dei servizi offerti da sedicenti operatori qualificati. Da ultimo, il 24 febbraio 2017 ha inviato a tutti gli iscritti la circolare prot. n.941/2017 dal titolo particolarmente eloquente: "Come evitare di incorrere in esercizio abusivismo della professione", riepilogando gli obblighi e le attenzioni da porre nell'esercizio dell'attività anche da parte dei Colleghi.

Anche la particolare attenzione data allo sviluppo delle S.T.P. ed alle problematiche ad esse connesse – che vede il Centro Studi di Milano a fianco dell'attività del CNO e coinvolto in queste riflessioni – è particolarmente importante, in quanto permette di operare esercitando la professione a livello societario in modo corretto (cosa altrimenti impossibile con qualsiasi altra forma societaria).

Il fenomeno dell'abusivismo ha molte sfaccettature ed è auspicabile una fattiva collaborazione da parte di tutti i Colleghi per cercare di contrastarlo.

**MAURIZIO DEL NEVO E ANDREA DEL NEVO ANALIZZANO GLI OBBLIGHI POSTI
A CARICO DEL DATORE DI LAVORO IN RELAZIONE AI CERTIFICATI MEDICI DI IDONEITÀ CON PRESCRIZIONI**

Cosa (non) si può scrivere in un giudizio di idoneità: ricadute sulla quotidiana operatività del datore di lavoro¹

In questo articolo, a cura del dottor Maurizio Del Nevo (Medico competente) e del dottor Andrea Del Nevo (Giudice presso il Tribunale di Genova), vengono analizzati i reali obblighi del datore di lavoro per quanto concerne la corretta gestione dei certificati di idoneità con prescrizioni dei medici competenti, questione di grande attualità e interesse da parte di opinione pubblica e imprese in ragione della (perdurante) crisi economica e soprattutto del progressivo innalzamento dell'età pensionabile nonché delle ricadute sullo svolgimento della prestazione.

Obbligo di sicurezza: analisi delle fonti legali

Vengono analizzate dapprima le fonti giuridiche di questa delicata materia, passando poi alla disamina della normativa sui ricorsi avverso i giudizi del medico competente, delle tutele dei lavoratori e dei possibili comportamenti e provvedimenti adottabili da parte dei datori di lavoro.

In forza del principio della riserva di legge sancito dall'articolo 23 della Costituzione (*"Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge"*), occorre individuare le fonti legislative in materia di certificati di idoneità con prescrizioni per comprendere quali siano i relativi obblighi datoriali. Ogni giudizio di idoneità contie-

ne sempre due elementi medico legali, quali:

- indicazioni individualizzate necessarie a garantire la sicurezza (idoneità vera e propria);
- una conseguente limitazione delle cose che il lavoratore potrà da quel momento in poi offrire (riduzione della capacità lavorativa).

Le fonti legali di questi due elementi sono differenti. Quelle che impongono al datore di non violare le disposizioni del giudizio di idoneità sono contenute nel secondo comma dell'art. 41 della Costituzione, che sancisce che l'iniziativa economica privata *"non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"*. La Costituzione, quindi, pur garantendo l'iniziativa economica privata dell'imprenditore pone il limite di salvaguardare la collettività anche (e a maggior ragione) rappresentata da coloro che prestano attività lavorativa nell'impresa.

L'art. 2087 c.c. e il D.Lgs. n. 81/2008 costituiscono le fonti legali che obbligano il datore di lavoro a garantire la sicurezza mediante misure individualizzate c.d. "idoneità con prescrizioni". L'art. 2087 c.c. recita: *"l'imprenditore è tenuto ad adottare, nell'esercizio dell'impresa, le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei pre- →*

¹ Sintesi dell'articolo pubblicato su D&PL, 7/2016 dal titolo *"Cosa non si può scrivere in un giudizio di idoneità"*.

statori di lavoro". La tutela dell'integrità fisica dei lavoratori deve essere salvaguardata perseguendo la "massima sicurezza tecnicamente fattibile" e solo ove residuasse una percentuale di rischio il datore deve dotare i propri prestatori di dispositivi di protezione individuale. Solo qualora, avendo adottato tutte le misure di sicurezza e avendo dotato i prestatori di tutti i d.p.i. residuasse una quota "tecnica" e "ineliminabile" di rischio, il datore è tenuto ad affidare alla sorveglianza di un medico specialista i propri prestatori di lavoro prima di avviarli alla mansione.

Gli accertamenti sanitari del medico competente costituiscono la gestione del "rischio residuo", gestione che è tra le "misure necessarie" che l'art. 2087 c.c. richiede al datore per dimostrare una condotta non colposa. Il "significato" fondamentale dei giudizi di idoneità espressi dal medico competente è dunque quello di "prescrizioni di pericolo": l'ordinamento affida quindi al medico il compito di indicare le cautele necessarie per tutelare i lavoratori con particolari vulnerabilità ed "è soggetto a responsabilità risarcitoria per violazione dell'art. 2087 c.c. il datore di lavoro che, consapevole dello stato di infermità del lavoratore, continui ad adibirlo a mansioni suscettibili di metterne in serio pericolo la salute" (Cass. civ., sez. lavoro n. 5961 del 3 luglio 1997).

Obbligo di sicurezza e riduzione della capacità lavorativa

Le prescrizioni mediche se da un lato tutelano la sicurezza su lavoro del lavoratore, dall'altro riducono la possibilità di offrire una prestazione lavorativa completa e corretta; se esempio, così' gli Autori, "nel caso di un addetto alle pulizie con ernia del disco, se da un lato la prescrizione di limitare la movimentazione manuale dei carichi o le posture incongrue vengono certificate allo scopo di tutelare la sua salute, dall'altro queste prescrizioni incideranno significativamente sulla capacità dell'addetto alle pulizie di potere svolgere tutte le operazioni lavorative della propria mansione".

Diventa fondamentale, dunque, analizzare le fonti giuridiche che obbligano il datore ad accettare una prestazione lavorativa ridotta a fronte di una retribuzione la cui misura resta inalterata.

La Cassazione civile (sentenza n. 10339 del 5 agosto 2000) afferma l'importante principio secondo il quale il datore non ha obbligo di porre in essere misure per permettere al lavoratore incapace di assolvere integralmente alla propria mansione, bensì ha esclusivamente l'obbligo di adempiere agli obblighi in materia di sicurezza.

Mentre l'indicazione della Cassazione è ineccepibile sul piano del diritto civile, individuare una linea di confine tra assistenzialismo e obblighi di sicurezza sul lavoro diventa giuridicamente arduo sul piano penale.

"Il concetto fondamentale espresso dalla Suprema Corte è che, una volta adempiuto agli obblighi di legge in materia di sicurezza, il datore di lavoro non ha l'obbligo di adottare ulteriori misure per mettere comunque in condizione di lavorare il lavoratore ora incapace di svolgere integralmente la propria mansione (...).

L'art. 2087 c.c. e il D.Lgs. n. 81/2008 sono fonti legali che obbligano il datore di lavoro a garantire "esclusivamente la sicurezza sul lavoro", ma non sono in alcun modo fonti legali invocabili affinché il datore di lavoro sia obbligato ad accettare prestazioni lavorative ridotte per motivi di salute o ad adottare ulteriori misure per mettere il lavoratore nelle condizioni comunque di lavorare."

Le fonti legali della "capacità ridotta"

Per quanto riguarda le fonti legali della capacità ridotta, la sentenza n. 7755/1998 delle Sezioni Unite fornisce la più importante analisi in materia. La sopravvenuta inidoneità fisica legittima il recesso da parte datoriale se:

- 1) *l'impossibilità alla prestazione lavorativa è totale (art. 1463 c.c.);*
- 2) *l'impossibilità alla prestazione lavorativa è parziale ma di entità tale da far venire meno un interesse apprezzabile all'adempimento contrattuale (art. 1464 c.c.) o se la collocazione del lavoratore infermo non risulta conciliabile con l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento dell'azienda (art. 3 della legge n. 604/1966)".*

Ma può il datore di lavoro recedere dal contratto una volta valutata come non più apprezzabile la residua capacità lavorativa del prestatore? Fino al 1998 l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza di legittimità propendeva per la possibilità di licenziamento anche senza assolvimento dell'obbligo di →

provare a reimpiegare il lavoratore in un'altra mansione. Tuttavia la sentenza n. 7755/1998 delle Sezioni Unite innova l'indirizzo maggioritario poiché introduce nuovi elementi favorevoli al lavoratore fra i quali si ricorda la possibilità del giudice di accertare il carattere oggettivo e non meramente soggettivo della non apprezzabilità del datore di lavoro alla residua prestazione lavorativa; l'obbligo di valutazione della collocabilità del lavoratore in mansioni diverse, e anche inferiori, se accettate dal lavoratore. Nella parte finale della sentenza in commento vi è però un elemento di "riequilibrio" dei diritti del prestatore con quelli del datore di lavoro ricordando come sia precluso al giudice (art. 41 Cost.) la valutazione delle scelte (anche di dimensionamento) imprenditoriali, con l'ovvio limite delle decisioni "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". Appare quindi evidente che le prescrizioni contenute nel giudizio di idoneità abbiano dei precisi limiti di ricevibilità. Una delle più importanti criticità consiste nell'incidenza delle prescrizioni sulle prestazioni lavorative dei colleghi, le quali meritano uguale tutela di salvaguardia.

Prescrizioni ricevibili e irricevibili

Gli Autori evidenziano, inoltre, come i medici competenti (ma anche i medici Asl in sede di ricorso) debbano sempre considerare che nel redigere le prescrizioni mediche, da un lato, si garantisce un diritto costituzionalmente garantito quale è la salute (artt. 32 e 41, comma 2, Cost.), ma dall'altro si incontro il limite posto dall'art. 41, co. 1 Cost. concernente il diritto di libertà di impresa.

Nella pratica, avvertono gli Autori, vi sono alcuni giudizi di idoneità con prescrizioni che facilmente diventano critici e che è bene che i medici valutino con estrema cautela prima di certificarli, in quanto possono portare alla risoluzione del contratto di lavoro.

Il ricorso avverso il giudizio di idoneità alla mansione

Il D.Lgs 81/2008 prevede la possibilità per le parti di ricorrere avverso il giudizio del medico competente ad un soggetto "terzo" rispetto al rapporto di lavoro, quale è l'Asl. La differenza fra un giudizio di idoneità espresso dall'Asl e uno espresso dal medico competente differisce solo per la natura del soggetto. Non deve differire per la sua finalità e legittimità che deve limitarsi a dare indicazioni per la sicurezza e non a fornire valutazioni sull'apprezzabilità della prestazione residua né a fornire valutazioni sulle scelte organizzativo-imprenditoriali, anche se nella prassi purtroppo si assiste ad esiti di ricorso palesemente in contrasto con la normativa. Il giudizio dell'Asl da ultimo è impugnabile avanti l'autorità giudiziaria.

Tutela ex lege n. 68/99

Più stringente risulta essere la tutela del lavoratore collocato obbligatoriamente (art. 3, punto 1, Legge n. 68/99). Il giudizio del medico competente non è sufficiente per intimare il licenziamento, il quale può avvenire solo a seguito di accertamento della commissione pubblica. Viene inoltre previsto un maggior obbligo da parte datoriale di adottare "possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro". ➔

Tabella elaborata dagli Autori

Tipo di prescrizioni	Criticità
Non idoneo ai turni notturni o in generale idoneo solo ad un turno	La scelta degli orari lavorativi è uno dei punti cruciali ed insindacabili della organizzazione lavorativa. Se un lavoratore non è idoneo ad un turno di fatto si interrompe la turnazione degli altri lavoratori (se non può più fare le notti bisogna trovare qualcuno che faccia anche le notti del lavoratore invalido)
Idoneo solo per orari particolari (es. "solo al mattino") o part-time	Come sopra
Necessità di pause di riposo durante il lavoro	La prescrizione di "pause di non lavoro retribuite" di fatto lede la corresponsività della prestazione o, in subordine, l'organizzazione aziendale
Idoneo al lavoro solo seduto	Una volta accertato come il lavoro non sia eseguibile anche da seduto, la prestazione lavorativa diventa inapprezzabile
Idoneo al lavoro solo in coppia	È possibile che di fatto si raddoppino i costi a parità di prestazione lavorativa, ledendo la corresponsività della prestazione e l'equilibrio economico

La tutela prevista per tali lavoratori non riguarda tutti gli invalidi ma solamente quelli appartenenti alle categorie incluse nell'articolo 1, comma 1, L. 68/99; non riguarda i lavoratori ordinari e nemmeno gli invalidi non assunti tramite il collocamento obbligatorio. Non riguarda neppure i lavoratori disabili che eccedono le quote di riserva.

Persino nel caso limite del lavoratore divenuto invalido a seguito di infortunio o malattia professionale, quindi per "colpa" del datore di lavoro, non sembra esserci un obbligo "assoluto" di conservazione del posto tanto da prevedere che *"qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'articolo 8"*.

"Idoneo con limitazioni"

Il D. Lgs 81/2008 (art. 41, comma 6, b) introduce una nuova tipologia di giudizio da parte del medico competente, ovvero l'idoneità con limitazioni, categoria che lascia però perplessi. Le prescrizioni del giudizio di idoneità sono misure di sicurezza sussidiarie che già di per sé impongono limitazioni al datore, pertanto l'"idoneità con limitazioni" sembra essere ridondante. Le competenze del medico competente devono riguardare la sola sicurezza sul lavoro; se le limitazioni non riguardano tale materia sono da considerarsi illegittime e fuori dalla competenza del medico e delle Asl in sede di ricorso. Da ultimo, non si comprende quale sia la fonte normativa che obblighi il datore ad uniformarsi alle limitazioni imposte dal medico, limitazioni che incidono su un diritto garantito dalla Costituzione, quello alla libera organizzazione dell'azienda (Art. 41 Cost.).

A giudizio degli Autori, dunque, l'introduzione del giudizio di idoneità con limitazioni si fonda su

un'errata interpretazione dei limiti di legittimità dell'attività del medico.

Positività al test "stupefacenti"

Situazione molto comune in azienda risulta essere quella del lavoratore risultato positivo agli accertamenti eseguiti dal medico ai test per gli stupefacenti e che quindi viene dichiarato non idoneo alla mansioni indicate nell'apposito elenco ministeriale (es. autista di tir o di muletto). È in questo caso obbligato il datore di lavoro alla valutazione della concreta collocabilità in altre mansioni prima del licenziamento? Per rispondere occorre rifarsi all'analisi della già richiamata sentenza 7755/98 delle Sezioni Unite, nella quale vi è il rimando alla necessità della "buona fede oggettiva" (da entrambe le parti) nell'esecuzione del contratto di lavoro. La buona fede oggettiva non è ravvisabile da parte del lavoratore non idoneo a causa di tossicofilia o tossicodipendenza e pertanto non è possibile porre sullo stesso piano questo caso con quello del lavoratore non idoneo perché ammalatosi; non appaiono quindi sussistere obblighi datoriali di ricercare mansioni alternative prima del recesso.

Conclusioni: "Un errore da evitare"

Un grave errore che comunemente molti datori di lavoro commettono è quello di licenziare il lavoratore con prescrizioni senza attendere il giudizio dell'Asl ma basandosi solo sul certificato del medico competente. Il medico competente non è soggetto "terzo" rispetto al rapporto di lavoro ma è legato da un legame fiduciario col datore. È importante procedere al recesso solo quando si sia espressa anche la commissione Asl (Cassazione civile, sez. lavoro n. 10260/2002), oppure quando siano trascorsi i trenta giorni previsti quali termine per il ricorso all'organo di vigilanza Asl avverso il giudizio del medico, in quanto il lavoratore in questo caso implicitamente condividesse il giudizio di questi.

L'ultima follia del prestilegislatore: la proposta di legge per disciplinare il pagamento delle retribuzioni

Io lo so già, vi starete chiedendo: ma cosa vuol dire, o meglio, chi è il prestilegislatore?

Il prestilegislatore è una figura semifantastica (purtroppo, non completamente: esiste davvero) che non disdegnerebbe un posto nel Paese delle Meraviglie, fra il Bianconiglio ed il Cappellaio Matto.

Con la sua magica buro-bacchetta, nervosamente impugnata alla Harry Potter, passeggia qua e là (solitamente il presti-legislatore passeggia, perché non ha mai lavorato, al massimo ha occupato per poco tempo un posto di lavoro, che è cosa ben diversa) alla ricerca di qualcosa di cui occuparsi, un qualche argomento che giustifichi la sua esistenza, qualcosa che faccia parlare di lui/lei.

D'improvviso, un'illuminazione, magari un foglio di qualche giornalaccio scandalistico recato dal vento o una chiacchiera colta al volo e... Trovato! Un problema (vero o finto che sia, non importa) a cui porre soluzione. Due colpi di buro-bacchetta, qualche frase magica ed ecco comparire per incanto la nuova, meravigliosa complicazione dell'esistenza normale, che secondo lui dovrebbe risolvere il problema (o presunto tale).

Prima di proseguire, tenete presente che l'esistenza o meno del prestilegislatore assume enorme importanza nella ricerca scientifica, e probabilmente sarà anche oggetto di una prossima puntata di SuperQuark: e ciò non tanto per il particolare processo di formazione delle sue sinapsi mentali (che comunque sarebbe un bel campo di indagine) ma perché il prestilegislatore risulterebbe la prova più lampante che non solo su Marte la vita è possibile, ma anche che qualcuno vi abita stabilmente. Solamente ad un marziano, infatti, potrebbero venire in mente soluzioni come quelle che il prestilegislatore partorisce (o forse sarà l'influsso della buro-bacchetta?).

Il prestilegislatore crede fermamente nel potere della burocrazia: ogni problema si risolve con un adempimento, preferibilmente un modello, ancor più preferibilmente se poco comprensibile, di modo da dar occupazione ad una altra figura inquietante, il presticircularizzatore (figura di secondo piano ma non meno importante nel complicare la vita ai cittadini, che ama avvilupparsi in affermazioni contraddittorie o banali, ma di cui qui non ci occuperemo per mancanza di spazio).

Se ancora credete che il prestilegislatore non esista – e, così fosse, sarebbe bellissimo - provate a pensare alla norma sulle dimissioni telematiche, tanto per fare un esempio. Il nostro usa tutte le migliori tecniche dell'illusionismo e della prestidigitazione: ti fa vedere qualcosa che non sai se esista davvero (lo pseudo-problema che vorrebbe risolvere), per renderlo più concreto lo gonfia di statistiche prese sa Dio dove, lo colora con una spruzzata di populismo, e poi, con alcuni rapidi tratti di penna (oops, scusate, buro-bacchetta), ti inventa un modello da compilare, una serie di cose inutili da fare e... voilà, come per magia, il problema scompare. Per realizzare tutto ciò si riunisce insieme ad altri marziani come lui, che riesce a convincere della bontà del proprio progetto contando sulla scarsa dimestichezza di questi ultimi con la lingua e con le vicende terrestri.

L'ultima (purtroppo solo in ordine temporale, magari fosse davvero l'ultima) invenzione del prestilegislatore si chiama "proposta di legge n. 1041 – disposizioni in materia di pagamento delle retribuzioni ai lavoratori". Scoperto che "moltissimi lavoratori" (così dice) sono costretti a ricevere una retribuzione inferiore a quella che risulta dalla busta-paga, dichiarando di percepire una somma minore di quella risultante dalle scritture - ➔

re, il prestilegislatore ha pensato di vietare il pagamento della retribuzione in contanti; pertanto, qualora la predetta proposta di legge passasse, lo stipendio erogato da un possessore di Partiva Iva (imprenditore o professionista, e quindi tendenzialmente cattivo) potrà essere pagato solamente con bonifico, oppure in contanti purchè presso uno sportello bancario o postale (soluzione evidentemente praticissima) o infine con l'emissione di un assegno, purchè consegnato direttamente al lavoratore o a un suo delegato, che però può essere solo un familiare o un convivente di età non inferiore a sedici anni (su Marte, evidentemente, è sconosciuto il concetto di "assegno non trasferibile").

Ciò non bastasse, viene stabilito pleonasticamente che la firma sulla busta paga non vale come quietanza della retribuzione (viene da chiedersi: se invece si sottoscrive la quietanza su un foglio a parte, sì?).

Il prestilegislatore è affascinato dalla burocrazia e dalla complicazione quanto una falena è attratta dalla luce; per questo ci mette ben 45 righe per esprimere un concetto che noi semplici *peones* avremmo declinato così: "la retribuzione al lavoratore può essere pagata solo con strumenti che garantiscano la tracciabilità del pagamento".

Ora, ci chiediamo: ma se un lavoratore vive una situazione di costrizione e ricatto tale da fargli rinunciare ad una parte di stipendio, il solo fatto di farglielo arrivare sul conto corrente intercetterà efficacemente tale prassi oppure sarà solo un misero, inutile palliativo? Ovviamente questo il prestilegislatore non se lo chiede: egli è fiero della sua idea e già lo immaginiamo annunciare sui social: "sconfitta la piaga delle retribuzioni diminuite" (che questo sia poi vero o meno, è poco interessante, ricordate che il suo scopo ultimo è soprattutto giustificare autoreferenzialmente la propria esistenza).

Ma l'eccentrico marziano poteva fermarsi lì? Certo che no. Gli sembrava di aver fatto poco e così si è inventato anche l'obbligo ulteriore per il datore di lavoro di comunicare tramite il modello Unilav lo strumento di pagamento prescelto, l'istituto di credito utilizzato (sia del lavoratore che del datore) ed ogni successiva variazione di questi dati. Un flusso di informazioni di nessuna utilità ma di sicuro fastidio per gli operatori. Ancora non pago - la buro-bacchetta si agita nervosa nelle sue mani - il prestilegislatore si inviluppa in una

serie di supercazzole (ricordate l'immenso Tognazzi-Mascetti di "Amici miei"?), come per esempio questa (art. 2, comma 2): "L'ordine di pagamento all'istituto bancario o all'ufficio postale di cui al comma 1 può essere annullato solo con trasmissione allo stesso di copia della lettera di licenziamento o delle dimissioni del lavoratore („„) nonché del prestatore d'opera, fermo restando l'obbligo di effettuare tutti i pagamenti dovuti dopo la risoluzione del rapporto". Stante l'incomprensibilità del testo, del suo significato logico ed anche concreto, qualcuno opta per un puro *divertissement* dell'autore; qualche altro nota che, pronunciato questo discorso in un qualsiasi Bar Sport del Paese, qualche anima pia si sarebbe avvicinata al barista e, indicandogli l'autore dello sproloquio, avrebbe sussurrato "Non versargli più niente, ha bevuto abbastanza".

Tuttavia, nella puntata di SuperQuark in preparazione, si intervista un noto etologo che ha studiato a lungo il comportamento sociale del prestilegislatore; secondo le sue approfondite ricerche, tali elucubrazioni insensate sarebbero in realtà una forma di corteggiamento, il prestilegislatore in tal modo raggiungerebbe una sorta di eccitazione che lo predisporrebbe all'accoppiamento.

Noi non abbiamo queste competenze scientifiche, ma quando verso la fine dello sproloquio leggiamo (art. 3 co. 1) che con questa norma-*obbrobrio* "non devono derivare in alcun modo oneri, diretti o indiretti, per le imprese e per i lavoratori" ci sovviene la certezza che il prestilegislatore viva nel beato mondo di favole che inizialmente abbiamo ipotizzato, da dove si materializzerebbe di quando in quando nella realtà, ad essa completamente estraneo.

Allo scintillio sognante della fantasia vorremo, per finire, opporre i freddi numeri della logica economica: pare che un prestilegislatore costi allo Stato come dieci ispettori del lavoro, quindi ogni 100 prestilegislatori in meno ci sarebbero 1000 ispettori in più, utili, quelli sì, contro i fenomeni (grazie a Dio, rari) che qui si vorrebbero combattere.

Ma poi... che fare dei prestilegislatori "in esubero"? Una modesta proposta: mandiamoli a lavorare, previo lo svolgimento di un periodo di praticantato presso un Consulente del lavoro.

UNA PROPOSTA AL MESE

di ANDREA ASNAGHI

Consulente del Lavoro in in Paderno Dugnano

Dimissioni e licenziamenti: alcune idee per cambiare

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

1. Una convalida unica può bastare

Il decreto semplificazione (mai nome fu meno azzeccato) del *Jobs Act* ci ha recato in dono una norma, quella sulle dimissioni telematiche, di cui abbiamo discusso a lungo in questa rivista, sparandogli contro come conviene fare verso una cosa inutile e dannosa. Tuttavia - irriducibilmente fedeli al principio paolino (“vagliate ogni cosa e trattenetene il valore”) - abbiamo provato a pensare ad una qualche barlume di utilità o, forse meglio, a qualche modifica che evitasse l'ulteriore replicazione di adempimenti. Come è noto, sono diverse le fattispecie che richiedono la necessità di convalida delle dimissioni “fuori” dal normale modulo telematico e che richiedono l'intervento della DTL (ora ITL): quelli delle lavoratrici madri, dalla gestazione fino ad un anno di vita del bambino (o adozione), quello dei genitori fino a tre anni di vita (o inserimento) del bambino, quello delle lavoratrici (e ora anche lavoratori, vedi in merito articolo su questa Rivista a pagina 13) che si sposano.

Ora, se è vero che si riconosce affidabilità e tutela del lavoratore a tutti i soggetti autorizzati ad effettuare la trasmissione telematica di dimissioni, ci chiediamo: perché non unificare nella suddetta trasmissione tutte queste categorie? Peraltro, addirittura per il caso di matrimonio, i lavoratori che si sposano sono soggetti ad una, assurda, doppia procedura (convalida + modulo telematico).

Ad evidenziare queste fattispecie, ed eventualmente

stimolare un supplemento di informazione in questi delicati casi – anche da parte dell'operatore - basterebbe predisporre nel modulo tre appositi riquadri da “flaggare”, uno per ciascuna fattispecie. Senza barratura sulla apposita casellina, il modello non assumerebbe (nei casi suddetti) valore; forse si potrebbe addirittura predisporre una quarta casellina (alternativa ed obbligatoria), barrando la quale il lavoratore esclude di essere in uno dei casi precedenti.

Libere importanti risorse ispettive, toglieremo burocrazia ed un onere fastidioso per le neomamme (mi accompagna ancora, da quando ero ragazzino, l'impressione di quella stanza angusta e scomoda piena di mamme col pancione o con figli da allattare, assiegate ad aspettare il proprio turno). Naturalmente, noi saremmo per l'abolizione integrale del modulo telematico, e - se proprio si volesse – per lasciarlo solo per questi casi.

Quattro caselle, un flag, un clic, finito: questa sì sarebbe semplificazione.

2. Nessun ripensamento

Una volta inoltrato il modello telematico di dimissioni, perché avere ancora uno spazio temporale di 7 giorni per ritrattarle? È assolutamente ridondante e può essere fonte di diversi problemi e di abusi.

Se il lavoratore manifesta la sua libera volontà di rendere le dimissioni, di cos'altro ci sarebbe bisogno?

Contro gli abusi, lasciamo la possibilità di impu- ➔

gnare le dimissioni in un lasso di tempo più adeguato (120 giorni, come per i tempi determinati) solo laddove l'inoltro del modello telematico siano stato effettuato con artificio da parte del datore o di terzi o con palese vizio di volontà o ancora sotto costrizione (ovviamente con obbligo di adeguata motivazione). Ripristiniamo il concetto di comunicazione unilaterale recettizia!

3. Dimissioni per *facta concludentia*

Ci sono diversi casi (lavoratore che sparisce, mancato rientro dalle ferie o dopo un'aspettativa, passaggio ad altra occupazione senza alcuna formalizzazione, fuga all'estero o rimpatrio, etc.) in cui il datore si trova nella condizione di aspettare inutilmente il lavoratore.

Rispetto a tali situazioni, l'introduzione del modello telematico obbligatorio ha tolto qualsiasi possibilità di considerare dimissioni di fatto i predetti comportamenti. Ciò rappresenta un triplo onere ingiusto:

- per il datore di lavoro, l'instaurazione di una procedura disciplinare solo al termine della quale è possibile procedere con il licenziamento, peraltro anche impugnabile;
- ancora per il datore di lavoro, l'onere del pagamento del contributo di finanziamento Naspi;
- per lo Stato, l'immeritata ed onerosa erogazione del trattamento Naspi a persone che del tutto volontariamente hanno abbandonato il lavoro che avevano.

Tale condizione è palesemente assurda.

Proponiamo di stabilire un periodo - sembra equo pensare a 15 giorni di calendario - in cui la accertata assenza ingiustificata del lavoratore, debitamente contestata, senza riscontro da parte dello stesso, porti a considerare il lavoratore dimissionario per *facta concludentia*, comunicandoglielo e risolvendo a monte gli inconvenienti sopra riscontrati.

Da parte del lavoratore ci sarebbe la possibilità di impugnare la comunicazione datoriale di dimissioni di fatto entro 60 giorni, come per il licenziamento, qualora ricorressero le motivazioni per farlo.

4. Licenziamento "per colpa" e Naspi: una soluzione

La Naspi e, prima ancora l'Aspi, in via di semplificazione (per il legislatore) hanno stabilito che andassero applicate al nuovo ammortizzatore tutte quelle

regole già riguardanti l'indennità di disoccupazione che non fossero entrate in contrasto con le previsioni della nuova normativa.

Nel caso di licenziamento per giusta causa (la norma istitutiva - R.D.L. n.1827/1935, art.76 - parlava solo di "licenziamento in tronco", la norma è stata ripresa da ultimo con la circolare Inps n. 94/2015) è stato stabilito che il diritto all'indennità decorresse dopo 30 giorni dalla data di normale decorrenza, una sorta di "*malus*" nei confronti del lavoratore che, evidentemente, non aveva fatto proprio di tutto per tenersi il lavoro. Premettiamo che talune sedi Inps interpretando la norma predetta in maniera estensiva, a parer di scrive erroneamente ed in modo non rigoroso, applicano la decorrenza ritardata anche al licenziamento per giustificato motivo soggettivo (quello disciplinare con preavviso, per intenderci). Ma il vero problema sta nel fatto che il datore di lavoro è costretto, assurdamente, anche in tal caso a pagare il contributo Naspi (fino a circa 1.500,00 euro).

Immaginate se questo non è il classico "danno oltre la beffa": poniamo un datore che sia picchiato o derubato dal proprio lavoratore, il quale giustamente viene estromesso dall'azienda; bene, il datore di lavoro paga un contributo per far prendere la disoccupazione al lavoratore. In un principio di pseudo-giustizia sociale che sembra rasantare un "buonismo" deterioro, il Ministero ha anche abbastanza recentemente ribadito, vedi Interpello n. 29/2013, che al lavoratore licenziato per giusta causa non si può negare la Naspi (allora Aspi); ma anche volendo aderire a tale principio, sembra davvero ingiusto che il datore ve ne contribuisca al finanziamento.

Proviamo a costruire una diversa ipotesi: chiariamo che in ogni caso di licenziamento per giusta causa (e non per giustificato motivo soggettivo, così risolviamo il contenzioso in corso) il datore non versa alcun contributo. Di contro, se comunque vogliamo ipotizzare un'assistenza sociale, il lavoratore "colpevole" sconta una riduzione del 50 % dell'indennità Naspi che gli sarebbe spettata fino ad un massimo di 4 mesi oppure (se la somma decurtabile è superiore) fino ad un massimo di 1.500,00 euro.

Come corollario, il lavoratore che ritiene di essere licenziato ingiustamente, potrà richiedere, in aggiunta alle indennità spettanti in caso di licenziamento →

illegittimo, il ristoro della somma persa per effetto della riduzione predetta. Un equilibrio di questo genere non penalizzerebbe le imprese e responsabilizzerebbe entrambe le parti del rapporto di lavoro.

5. Il licenziamento nel tempo determinato: perché solo per giusta causa?

Un'altra norma che ha fatto il suo tempo: dal combinato degli artt. 2118 e 2119 del Codice Civile si ricava che nel tempo determinato il licenziamento o le dimissioni possono essere effettuati solo per giusta causa, in caso contrario le parti restano esposte ad un risarcimento che può arrivare fino a tutte le retribuzioni mancanti al termine stabilito.

Tuttavia, in un momento in cui il tempo determinato ha una certa diffusione, la pratica dimostra che questa regola è troppo stretta e sfavorisce le parti. Facciamo alcuni esempi, per chiarire dove sta l'imbutto normativo:

a) un lavoratore a termine viene licenziato dopo una serie di provvedimenti disciplinari, nessuna azione particolarmente grave ma una sequela di comportamenti scorretti che determinano la sua espulsione: per il Ccnl questo è un licenziamento meno grave e dà diritto al preavviso; ma se il lavoratore è a termine, questo licenziamento è illegittimo ab origine in quanto non sorretto da giusta causa;

b) nel corso di un contratto a tempo determinato, l'azienda incappa in una grave crisi improvvisa o in altro evento drammatico che la costringe ad effettuare dei licenziamenti: anche in tal caso il licenziamento del lavoratore a termine è illegittimo in radice e comporta l'indennizzo delle retribuzioni dovute sino al termine originario del rapporto;

(si noti che nei due casi descritti è ininfluente che l'azienda abbia, in ipotesi, tutte le ragioni: il lavoratore a termine appare perfino più tutelato dei suoi colleghi a tempo indeterminato, magari da molti anni in azienda; nella seguente fattispecie vedremo accadere esattamente il contrario).

c) un lavoratore a termine trova l'occasione lavorativa della vita e vorrebbe dimettersi da un lavoro senza futuro (per definizione), ma se non rispetta il termine stabilito e si dimette prima rischia un consistente addebito. A chi scrive sembra che ci troviamo in presenza di

situazioni non corrette e di una norma iniqua, che non ha alcun senso mantenere.

Concludiamo: se il termine concordato fra le parti, quale ne sia la ragione, non rappresenta un ... "principio di vita o di morte", perché negare alle parti ogni ragionevole possibilità? Di contro, se invece il termine avesse un'importanza fondamentale ed irrinunciabile (ma non è un caso frequente), vi sono strumenti contrattuali per tutelarsi, ad esempio una durata minima garantita o una penale aggiuntiva in caso di cessazione anticipata. Diamo al tempo determinato che cessa le stesse tutele e le stesse facoltà del rapporto a tempo indeterminato.

La questione è molto semplice e sarebbe facilmente attuabile con una piccola modifica degli articoli in questione, con la soppressione di poche parole:

2118 comma 1

Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro ~~a tempo indeterminato~~, dando il preavviso nel termine e nei modi stabiliti [dalle norme corporative], dagli usi o secondo equità.

2119 comma 1

Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto ~~prima della scadenza del termine, se il contratto è a tempo determinato~~, o senza preavviso, ~~se il contratto è a tempo indeterminato~~, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto. ~~Se il contratto è a tempo indeterminato~~, Al prestatore di lavoro che recede per giusta causa compete l'indennità indicata nel secondo comma dell'articolo precedente.

L'indennità prevista per i licenziamenti sarebbe applicabile anche al tempo determinato, con il limite massimo del tempo ancora residuo al termine e con un limite minimo di natura risarcitoria (i due mesi delle tutele crescenti?). Abbiamo volutamente esposto le precedenti proposte in maniera schematica, dando per scontati (o solamente accennando) diversi ragionamenti e riflessioni che portano alle conclusioni offerte. Tuttavia confidiamo che, nel confrontarsi con le nostre idee, gli operatori esperti abbiano compreso il nostro punto di vista e l'esigenza di semplificazione e migioria giuridica ad essi sotteso.



SENTENZE

ARGOMENTO

“Rapporti tra licenziamento illegittimo e ripristino della prestazione lavorativa in caso di fallimento del datore di lavoro”

Cass., sez. Lavoro,
3 febbraio 2017, n. 2975

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro in Milano

La Corte di Appello di Brescia accertava l'illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto intimato dalla società in liquidazione, senza però disporre la reintegra nel posto di lavoro del lavoratore perché nel frattempo era intervenuto il fallimento della società e la cessazione dell'attività produttiva.

Il lavoratore ricorre in Cassazione denunciando la violazione della L. n.300 del 1970 nella parte in cui la sentenza impugnata si è limitata ad accertare l'illegittimità del licenziamento, senza disporre le conseguenze non meramente patrimoniali, come la reintegra nel posto di lavoro che, ricostituendo il rapporto di lavoro, avrebbe consentito al ricorrente di essere considerato alle dipendenze della società che, preso in affitto il ramo dell'azienda, stava proseguendo l'attività produttiva.

Sul punto la Suprema Corte conferma che, per consolidata giurisprudenza, la competenza funzionale è del giudice del lavoro in quanto la domanda proposta non è configurabile come mero strumento di tutela di diritti patrimoniali da far valere sul patrimonio del fallito, ma si fonda anche sull'interesse del lavoratore a tutelare la

sua posizione all'interno dell'impresa fallita, sia per l'eventualità della ripresa dell'attività lavorativa, sia per tutelare i connessi diritti non patrimoniali.

In conclusione, in caso di fallimento del datore di lavoro dopo il licenziamento di un suo dipendente, questi ha interesse ad una sentenza di reintegra nel posto di lavoro, previa la dichiarazione giudiziale dell'illegittimità del licenziamento. La pronuncia non ha ad oggetto solo il concreto ripristino della prestazione lavorativa, ma anche le possibili utilità connesse al ripristino del rapporto stesso. Quest'ultimo si trova in uno stato di quiescenza dalla quale possono scaturire una serie di utilità, quali la ripresa del lavoro (in relazione all'eventualità di un esercizio provvisorio, d'una cessione dell'azienda o della ripresa della sua amministrazione da parte del fallito a seguito di concordato fallimentare o di ritorno in bonis) o l'eventuale ammissione ad una serie di benefici (indennità di cassa integrazione, di disoccupazione, di mobilità).

La Suprema Corte cassa la sentenza e rinvia alla Corte di appello di Milano.

ARGOMENTO

“Il datore di lavoro deve essere sempre parte attiva nella prevenzione degli infortuni”

Cass., sez. Lavoro,
9 marzo 2017, n. 11432

AUTORE
LUCA DI SEVO
Consulente del Lavoro in Bollate (MI)

Il ruolo del datore di lavoro nella prevenzione degli infortuni gioca sempre un ruolo preponderante.

È quanto afferma la Suprema Corte prendendo in esame un evento in cui un lavoratore (peraltro in somministrazione), adottando un comportamento non consono alle misure di sicurezza previste, riportava gravi lesioni a seguito di un incidente occorso durante il turno di notte. Più precisamente, utilizzava un passaggio molto stretto posto alle

spalle di un macchinario, il quale però presentava parti meccaniche in movimento non completamente protette.

Il ricorso presentato dalla parte datoriale cercava di mettere in evidenza due aspetti: in primo luogo l'imprevedibilità della condotta del lavoratore, e quindi l'insussistenza della mancata vigilanza da parte del datore di lavoro. Su entrambi i punti, la Suprema Corte si è espressa con risultato di rigetto. ➔



Nel primo caso, affermando, anzi confermando precedenti pronunce: seppure il lavoratore può adottare comportamenti non consoni agli standard di sicurezza, questo non esime il datore di lavoro dall'obbligo di fornire prima di tutto un'adeguata formazione, un addestramento commisurato alle peculiarità delle mansioni affidate ed alle caratteristiche delle macchine a lui affidate, anche e soprattutto, nel caso in cui il lavoratore sia un somministrato: questo perché un accesso ai locali meno frequente, aumenta il rischio di mancata valutazione dei pericoli da parte dell'interessato.

È quindi assolutamente necessario un maggiore scrupolo nell'addestramento del lavoratore e nella vigilanza dello stesso. Quanto sopra, vale in un caso come quello in questione, oppure in un caso precedente in cui veniva fatto uso di due scale unite in modo non consono invece di un trabattello, oppure ancora nel caso di caduta da alta quota per assenza di trabattello, nonostante l'uso di tiranti di sicurez-

za (Cass. n. 7364 del 14/01/2014, n. 3787 del 17/10/2014). In secondo luogo il datore di lavoro, deve adottare tutte le cautele e le tutele utili a prevenire ed impedire comportamenti pericolosi. Deve altresì, in quanto titolare di una posizione di garanzia per l'incolumità fisica dei lavoratori, accertarsi del rispetto dei presidi antinfortunistici vigilando sulla sussistenza e persistenza delle condizioni di sicurezza ed esigendo dagli stessi lavoratori l'osservanza delle regole di cautela, sicché la sua responsabilità può essere esclusa, per causa sopravvenuta, solo in virtù di un comportamento del lavoratore avente i caratteri dell'eccezionalità, dell'abnormità rispetto al procedimento lavorativo ed alle precise direttive organizzative ricevute, connotandosi come del tutto imprevedibile o inopinabile. (Cass. n. 37986 del 27/06/2012).

La Suprema Corte pertanto, rigetta il ricorso e condanna il datore di lavoro al pagamento delle spese processuali.

ARGOMENTO

“ Licenziamenti collettivi e controllo giudiziale della procedura ”

Cass., sez. Lavoro,
7 febbraio 2017, n. 3176

AUTORE

SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

In materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale *ex lege* n.223/91, la procedura prevede l'obbligo di informazione e di consultazione delle organizzazioni sindacali perché possano operare un controllo dell'iniziativa imprenditoriale.

Al giudice non compete di esprimersi sugli specifici motivi di riduzione del personale, bensì sulla correttezza della procedura seguita dal datore di lavoro. Così si può riassumere il contenuto della sentenza di Cassazione che qui si riprende ricordando che prende le mosse dal ricorso di un gruppo di lavoratori che lamentavano nullità ed inefficacia dei licenziamenti (intimati a seguito di procedura *ex lege* n. 223/91 in data 8 maggio 2009).

Lodierna sentenza si rifà ad un orientamento ormai consolidato in materia di licenziamenti collettivi per riduzione di personale:

- I licenziamenti collettivi e la messa in mobilità per riduzione del personale, conseguono ad una procedura i

cui passaggi sono puntualmente indicati agli articoli 4 e 5 della legge n. 223/91.

- Sono previsti obblighi di consultazione e d'informazione nei confronti delle organizzazioni sindacali perché possano operare una verifica sull'iniziativa imprenditoriale. Tale controllo non si estende alla conformità della procedura alle previsioni di legge, in quanto tale sindacato è rimesso esclusivamente al giudice di merito. Al giudice viene inoltre riservato un controllo *ex post* sulla correttezza della procedura seguita oltre, naturalmente, alla verifica dell'esistenza di un collegamento tra il ridimensionamento aziendale e i licenziamenti operati.

- A tal fine, la verifica del giudice si limita a censurare gli eventuali sviamenti dal percorso normativo previsto (*“maliziose elusioni dei controlli sindacali o procedure di riduzione adottate a soli fini di operare discriminazioni tra i lavoratori”*) senza che i controlli si possano estendere alle effettive esigenze di riduzione o di trasformazione dell'attività produttiva alla base della scelta imprenditoriale.





ARGOMENTO

Il valore di “prova” della busta paga nei confronti del datore di lavoro

Cass., sez. Lavoro,
30 gennaio 2017, n. 2239

AUTORE

PATRIZIA MASI
Consulente del Lavoro in Milano

In conseguenza al mancato pagamento del trattamento di fine rapporto l'ex dipendente di una struttura alberghiera proponeva decreto ingiuntivo; ricorreva successivamente l'Azienda, ex titolare del rapporto di lavoro, deducendo l'assenza del debito.

La società aveva emesso busta paga pari a zero, in quanto il credito per il trattamento di fine rapporto era interamente assorbito dai danni causati dal dipendente a seguito dello svolgimento di una illegittima attività in concorrenza per la quale era stato licenziato per giusta causa. Il dipendente, infatti, era esso stesso titolare di una struttura ricettiva, nonché collaboratore di altre strutture in concorrenza.

Sia il giudice di prime cure che la Corte d'Appello rigettavano l'appello della società ritenendo che la busta paga emessa dalla stessa avesse natura confessoria per il fatto che conteneva le competenze di fine rapporto maturate, mentre gli importi riportati per risarcimento danno relativi alla condotta infedele del dipendente erano privi di prova e pertanto non opponibili in compensazione. Affermavano inoltre che la circostanza che il dipendente intrattenesse rapporti con altre realtà in concorrenza non comportava necessariamente che egli fosse intenzionato a sviare la clientela verso le altre strutture.

La Società propone quindi ricorso in Cassazione articolando 6 motivi cui, ovviamente, resiste il dipendente.

La Cassazione esamina i primi 3 motivi e ritiene assorbiti i successivi. Con il primo motivo la società deduce falsa applicazione dell'art. 633 c.p.c. e l'art. 2734 c.c.

La Corte ricorda, innanzitutto, di avere già chiarito in passato che nei confronti del datore di lavoro le buste paga costituiscono piena prova dei dati in esse indicati, in ragione della loro specifica normativa (*L. n. 4 del 1953*), prevedente la obbligatorietà del loro contenuto e la corrispondenza di esso alle registrazioni eseguite (articolo 2) (Cass. 20/01/2016, n. 991; 17 settembre 2012, n. 15523; 21 gennaio 1989, n. 364; n. 5807/1981; n. 1074/1986).

Dalla attribuzione ai prospetti paga della natura di confessione stragiudiziale deriva, in applicazione degli artt. 2734 e 2735 c.c., che la piena efficacia di prova legale è circoscritta ai soli casi in cui la dichiarazione, quale riconoscimento puro e semplice della verità di fatti sfavore-

voli alla parte dichiarante, assume carattere di univocità ed incontrovertibilità, vincolante per il giudice.

Diversamente, in mancanza di siffatte connotazioni, il giudice deve apprezzare liberamente la dichiarazione, nel quadro della valutazione degli altri fatti e circostanze tendenti ad infirmare, modificare od estinguere la efficacia dell'evento confessato (Cass. 2 settembre 2003, n. 12769; Cass. 17 marzo 1994 n. 2574, in riferimento alla confessione giudiziale e Cass. 27 settembre 2000 n. 12803).

Ciò premesso, gli Ermellini ritengono fondata l'opposizione in quanto, la Corte di merito, nel frazionare il contenuto della confessione (il libro paga) e riconoscendole il valore di prova legale per la sola parte relativa al credito del lavoratore (TFR), ha violato l'art. 2734 c.c., richiamato dall'art. 2735 c.c., nella parte in cui prescrive che, se l'altra parte contesta la verità dei fatti o circostanze aggiunte alla confessione, è rimesso al giudice di apprezzare l'efficacia probatoria delle dichiarazioni ma non può disconoscere parte del documento, per il principio di inscindibilità della confessione.

Il secondo ed il terzo motivo con i quali la società deduce violazione e falsa applicazione dell'art 2105 c.c. e dell'art. 360, nr. 3 c.p.c., vengono analizzati congiuntamente in quanto sovrapponibili, ed anch'essi risultano fondati.

Si premette quanto segue, seguendo lo sviluppo del pensiero della Corte, con riferimento

- All'art. 2105 c.c.: trattasi di norma che pone uno specifico obbligo del prestatore di lavoro di non trattare affari né per conto proprio né per conto di terzi in concorrenza con l'imprenditore. La violazione della norma costituisce titolo di responsabilità contrattuale per gli eventuali danni che ne siano derivati al datore di lavoro; a tale proposito, secondo gli Ermellini, per fondare la responsabilità del dipendente non è necessaria la prova “di comportamenti illeciti da parte del R., vale a dire di atti di infedeltà sfocianti in concorrenza sleale”. La natura dell'azione di responsabilità in oggetto ha infatti natura autonoma rispetto alla azione per concorrenza sleale; la prima ha carattere contrattuale ed oggetto ampio, abbracciando ogni attività concorrenziale e non soltanto quelle costituenti illecito aquiliano ex art. 2598 c.c.

- All'art. 2598 c.c. (azione di concorrenza sleale): trat- ➔



tasi di norma che configura un illecito extracontrattuale tipizzato ed è *azione diversa, che potrebbe concorrere con l'illecito contrattuale ex articolo 2105 cc. ma non certo condizionarne la sussistenza.*

Ciò premesso, nel ribadire quanto sopra, si precisa in sede processuale che

- ai fini della violazione dell'obbligo di non concorrenza non era necessario acquisire la prova di "comportamenti illeciti" nè tanto meno di un tentativo di sviamento della clientela, come affermato dalla Corte di merito, bastando ad integrare la violazione dell'obbligo di fedeltà *ex art. 2105 c.c.*, la mera attività del dipendente di trattazione di affari in concorrenza, per conto proprio o di una impresa terza.
- vale quanto già esplicitato dalla medesima Corte (cfr. Cass., sez. lav., 05/04/1990, n. 2822) e cioè che "Il dovere di fedeltà sancito dall'art. 2105 c.c. si sostanzia nell'ob-

bligo del lavoratore di astenersi da attività contrarie agli interessi del datore di lavoro, tali dovendosi considerare anche quelle che, sebbene non attualmente produttive di danno, siano dotate di potenziale lesività: rientra, pertanto, nella sfera di tale dovere il divieto di trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore nel medesimo settore produttivo o commerciale, senza che rilevi la idoneità o meno di tale comportamento ai fini della sussistenza della concorrenza sleale a termini degli *art. 2592, 2593 e 2598 c.c.*"

Viene pertanto cassata la sentenza in appello, in accoglimento dei motivi su menzionati e rinviata alla medesima Corte in diversa composizione affinché provveda all'applicazione dei principi di diritto ed alla composizione delle spese.

ARGOMENTO

Il "Tempo tuta/divisa" deve essere retribuito?

La Corte di Cassazione è tornata a occuparsi del tema del "tempo divisa" e della sua retribuzione, ovvero della possibilità di inserire all'interno dell'orario di lavoro retribuito anche i minuti che servono per poter indossare la divisa aziendale. Nello specifico si pronuncia sul ricorso di alcuni dipendenti di un'azienda produttrice di gelati e surgelati che agivano in giudizio per ottenere il riconoscimento della retribuzione per il tempo impiegato per indossare e togliere gli abiti imposti dal datore di lavoro (tute, scarpe antinfortunistiche, copricapi, ecc.).

La sentenza ricorda come la giurisprudenza della stessa Corte abbia più volte affermato, in relazione alla regola fissata dal R.D.L. 5 marzo 1923, n. 692, art. 3 – che "è considerato lavoro effettivo ogni lavoro che richieda un'occupazione assidua e continuativa" – e se il tempo impiegato per indossare la divisa, anche se relativo alla fase preparatoria del rapporto, sia reso obbligatorio dal datore di lavoro, il quale ne disciplina il tempo ed il luogo di esecuzione, ovvero si tratti di operazione di carattere strettamente necessaria ed obbligatoria per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tale periodo di servizio, benché accessorio e strumentale rispetto a quello lavorativo, deve essere retribuito.

I Giudici della Suprema Corte precisano che i principi di cui sopra:

(i) ben si innestano nel quadro comunitario, con la giurisprudenza internazionale che afferma che, per valutare se un certo periodo di servizio rientri o meno nella nozione di orario di lavoro, "occorre stabilire se il lavoratore sia o meno obbligato ad essere fisicamente presente sul luogo di lavoro e ad essere a disposizione di quest'ultimo per poter fornire immediatamente la propria opera"; e

(ii) non sono superati dalla disciplina introdotta dal D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (di attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE) nella parte in cui definisce quale orario di lavoro "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni" (art. 1 comma 2).

Ne consegue che, al tempo impiegato dal lavoratore per indossare gli abiti da lavoro (tempo estraneo a quello destinato alla prestazione lavorativa finale ma necessario in virtù del potere di conformazione richiesto dal datore di lavoro - art. 2104 c.c., comma 2-) deve corrispondere una retribuzione aggiuntiva.

L'eterodirezione può derivare dall'esplicita disciplina ➔

Cass., sez. Lavoro,
3 febbraio 2017, n. 2965

AUTORE
PATRIZIA MASI
Consulente del Lavoro in Milano



d'impresa, nel qual caso il datore di lavoro, può rifiutare la prestazione finale in difetto di quella preparatoria, ovvero risultare implicitamente dalla natura degli indumenti, o dalla specifica funzione che devono assolvere, quando gli stessi siano diversi da quelli utilizzabili secondo un criterio di normalità sociale dell'abbigliamento.

La sentenza, facendo ricorso a nozioni di comune esperienza, determina anche la durata delle attività preparatorie in dieci minuti per ognuna delle due operazioni giornaliere (vestizione e svestizione), commisurando quindi il compenso dovuto alla retribuzione oraria fissata dal contratto collettivo applicabile.

ARGOMENTO

“ Tumori professionali: il sapere scientifico necessario all'accertamento giudiziario ”

Cass., sez. Penale,
3 febbraio 2017, n. 5273

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano

Più direttori di stabilimento di una s.p.a. esercente la produzione di polimero poliestere furono imputati - sia del reato di cui agli artt. 437 e 449 c.p., per aver “omesso di adottare cautele quali impianti di aspirazione idonei, sistemi di abbattimento delle polveri contenenti amianto ed altre misure di prevenzione ambientali e personali adeguate, e così, per colpa generica e per colpa specifica consistita nella violazione della normativa antinfortunistica, avevano cagionato i decessi di ottantatré lavoratori, dovuti a patologie eziologicamente correlabili all'esposizione professionale all'amianto, nonché lesioni personali ad altri cinque lavoratori, derivando dal fatto un pericolo per la pubblica incolumità”, - sia, unitamente a due medici aziendali, del reato di cui all'art. 589 c.p., “per aver cagionato per colpa generica e colpa specifica i menzionati decessi, conseguenti a mesotelioma peritoneale, a mesotelioma pleurico, a tumore al polmone o alla laringe, e a tumore primitivo al fegato (eziologicamente correlato, nella contestazione, a solventi alogenati e a solventi aromatici presenti nello stabilimento), nonché le già indicate lesioni personali, consistenti in tumori polmonari o alla laringe”.

Alcuni dei direttori di stabilimento e uno dei medici competenti furono condannati esclusivamente per l'omicidio colposo in danno di un solo lavoratore deceduto per mesotelioma, e prosciolti per intervenuta prescrizione dall'omicidio colposo in danno di altri due lavoratori anch'essi deceduti per mesotelioma. Tutti, invece, furono assolti dal reato di cui agli artt. 437 e 449 c.p., nonché in rapporto agli altri lavoratori morti per tumori di diversa natura dal reato di omicidio colposo, perché il fatto non sussiste.

La Suprema corte precisa che “non è in discussione, nel presente processo, il fatto che l'amianto sia causa di mesotelioma, e che esiste una correlazione tra l'entità dell'esposizione ed il rischio di ammalarsi”, bensì il “fatto che nella comunità scientifica si sia formato un sufficiente consenso a riguardo dell'effetto acceleratore delle esposizioni successive a quelle che hanno determinato l'insorgenza del processo patogenetico”.

Osserva che la corte d'appello ha “correttamente adottato la legge di copertura della 'dose cumulativa', inducendo il protrarsi della esposizione alle polveri di amianto per la lunga durata della lavorazione presso la ditta di cui fu dirigente l'imputato a ritenere che tale esposizione abbia influito sulla durata del periodo di latenza con accelerazione dello sviluppo del tumore”. Sottolinea che “è stata, al riguardo, richiamata la letteratura scientifica sostanzialmente convergente sulla circostanza che nella fase di induzione ogni esposizione ha un effetto causale concorrente, non essendo necessario l'accertamento della data dell'iniziale insorgenza (che fa capo alla superata teoria della c.d. dose 'trigger') della malattia e, pur non essendovi certezze circa la dose sufficiente a scatenare l'insorgenza del mesotelioma pleurico, è stato comunque accertato che il rischio di insorgenza è proporzionale al tempo e all'intensità dell'esposizione, nel senso che l'aumento della dose è inversamente proporzionale al periodo di latenza: insomma, la scienza medica riconosce un rapporto esponenziale tra dose cancerogena assorbita determinata dalla durata e dalla concentrazione dell'esposizione alle polveri di amianto e risposta tumorale”. Aggiunge che “l'eventuale maggiore suscettibili- ➔



tà personale a contrarre la malattia non può aver alcuna rilevanza scagionante delle omissioni ascritte all'imputato, ponendosi, al massimo, quale concausa acceleratrice dell'attecchimento del tumore: altrimenti, sarebbe come

dire che l'omessa adozione di precauzioni doverose antinfettive con conseguente inoculazione di un virus mortale possa essere giustificata dal mero stato fisico particolarmente debilitato del soggetto colpito".

ARGOMENTO

Immediatezza relativa della contestazione disciplinare

La contestazione del licenziamento soggiace al principio dell'*immediatezza relativa*, che giustifica una dilatazione dei tempi in ragione delle difficoltà e della complessità degli accertamenti a sostegno del provvedimento espulsivo. La valutazione sulla congruità del termine compete esclusivamente al giudice di merito. Così si può riassumere la posizione assunta dalla Corte di Cassazione in merito alla seguente vicenda: la Corte d'Appello di Reggio Calabria accoglie il ricorso di una società per azioni contro la sentenza di primo grado che aveva accolto la domanda di annullamento del licenziamento per giusta causa intimato dall'azienda ad una propria addetta alla biglietteria navale in data 22 giugno 2010. La lavoratrice era stata anche reintegrata nel posto di lavoro. L'azienda aveva constatato nell'agosto del 2009 una serie di anomalie nella gestione dei biglietti da parte della propria cassiera, avvenute nel periodo 2007-2009. La contestazione disciplinare riferita, tra le altre cose, a ingiustificati annullamenti di biglietti e all'appropriazione

di somme di danaro dalla cassa per un importo poco superiore ai tremila euro, è datata 28 maggio 2010. A parere della Corte di Cassazione, la Corte territoriale ha correttamente applicato il principio, in materia di licenziamento disciplinare, di *immediatezza relativa*. Tale principio prevede il superamento del requisito meramente formale nella determinazione del termine, sostituito da una valutazione di tipo sostanziale che tiene conto della complessità dell'indagine richiesta, delle difficoltà nella raccolta del materiale probatorio e dei motivi peculiari che hanno in quella specifica occasione, determinato una dilatazione dei tempi di valutazione. La motivazione deve essere adeguata ed è soggetta al sindacato del giudice di merito. Nel caso di specie le verifiche avevano richiesto l'analisi e l'incrocio dei dati di migliaia di biglietti emessi al fine di far emergere le anomalie contestate. Il sindacato, conclude la Corte, è di sola competenza del giudice di merito ed è sottratto ad ogni tipo di ulteriore valutazione.

Cass., sez. Lavoro,
13 marzo 2017, n. 6409

AUTORE
SILVANA PAGELLA
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

Reato di tentato furto in azienda: secondo il CCNL di riferimento è giusta causa di licenziamento

Nei casi in cui la condotta tenuta dal lavoratore viene disciplinata esplicitamente dal CCNL di riferimento quale ipotesi di licenziamento per giusta causa, non occorre alcuna ulteriore valutazione né della condotta né della gravità della stessa. Così si sono espressi gli Ermellini nel caso di un lavoratore - licenziato per il

reato di tentato furto - per essere stato sorpreso mentre era intento a forzare la cassetteria di un capo reparto chiusa a chiave chiedendo altresì al sorvegliante di non segnalare l'episodio ai responsabili aziendali. Il ricorso del lavoratore in Cassazione viene respinto per tutti e sei i motivi proposti.

Cass., sez. Lavoro,
2 febbraio 2017, n. 2823

AUTORE
BARBARA BRUSASCA
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

Distinzione tra appalto di lavoro genuino e somministrazione negli appalti endoaziendali

Cass., sez. Lavoro,
7 febbraio 2017, n. 3178

AUTORE

LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano

La Corte di Cassazione torna a pronunciarsi sul delicato tema della distinzione tra appalto di lavoro genuino e somministrazione nell'ambito degli appalti endoaziendali al fine di una corretta imputazione dei rapporti di lavoro dei dipendenti impiegati nell'appalto. La questione sottoposta alla Suprema Corte riguardava il ricorso presentato da un lavoratore dell'appaltatrice, per il riconoscimento del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, tra lo stesso e la società committente in virtù della non genuinità del contratto di appalto a cui era stato adibito. Il tutto riconducibile alla medesima attività svolta ed organizzata, sia dai dipendenti della società appaltatrice, sia da quelli della committente.

Confermando la decisione dei giudici di merito, la Cas-

azione ha ritenuto l'assenza degli elementi imprescindibili dell'appalto genuino, individuati *"nell'effettivo esercizio del potere organizzativo della prestazione lavorativa e nell'organizzazione dei mezzi necessari all'impresa da parte dell'appaltatore"*, attribuendo invece una rilevanza secondaria alla *"mera sussistenza di un potere organizzativo di tipo amministrativo in capo all'appaltatore."*

L'assenza degli indici rivelatori ha portato la Suprema Corte a ritenere inammissibili i motivi del ricorso, confermando la non genuinità dell'appalto, con conseguente costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra lavoratore dell'appaltatrice e la società formalmente committente, condannando quest'ultima al pagamento di eventuali differenze retributive.

ARGOMENTO

Illegittimità del licenziamento in caso di denuncia del lavoratore se non sussiste la calunnia

Cass., sez. Lavoro,
16 febbraio 2017, n. 4125

AUTORE

LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano

La Corte di Cassazione ha riformato la sentenza della Corte di merito che aveva accertato la legittimità del licenziamento per giusta causa di un lavoratore, il quale aveva denunciato alla Procura della Repubblica e al Ministero del Lavoro un uso illegittimo della cassa integrazione guadagni straordinaria da parte del datore di lavoro, in considerazione del fatto che l'azienda era in crescita; in particolare, la Corte di merito aveva rilevato che il diritto di critica non legittimava il lavoratore ad iniziative lesive del decoro e dell'immagine aziendale.

Nel riformare la sentenza, la Suprema Corte ha evidenziato che è lo Stato di diritto a sollecitare l'intervento dei

cittadini a fronte di violazioni della legge penale, sebbene tale iniziativa sia doverosa solo a fronte di episodi particolarmente gravi.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha rilevato che sicuramente il lavoratore avrebbe dovuto usare maggiore accortezza e ponderare bene le accuse rivolte al datore di lavoro ma ciò non integra una giusta causa ovvero un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (sempre che il lavoratore si sia astenuto da iniziative volte a pubblicizzare quanto portato a conoscenza delle autorità competenti), salvo che non risulti il carattere calunnioso della denuncia o la consapevolezza dell'insussistenza dell'illecito.