



Edizione a cura del **COMITATO SCIENTIFICO GRUPPO ODCEC AREA LAVORO**

Rivista di cultura economico-giuridica realizzata grazie alla collaborazione tra il **COORDINAMENTO INTERREGIONALE DEGLI ODCEC PIEMONTE E VALLE D'AOSTA, P'UNIONE ITALIANA COMMERCIALISTI**, le organizzazioni dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di **BIELLA** (Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Biella, Affidavit Commercialisti®, Unione Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Biella, Associazione Biellese Dottori Commercialisti, Unione Italiana Commercialisti di Biella e Associazione Nazionale Commercialisti di Biella).

Direttore responsabile: **DOMENICO CALVELLI** Redattore Capo Area Lavoro: **MARTINA RICCARDI** Presidente nazionale del Gruppo: **MARIALUISA DE CIA**

## **COMITATO SCIENTIFICO GRUPPO ODCEC AREA LAVORO: LA CONSAPEVOLEZZA DEL NOSTRO RUOLO. di Maria Luisa De Cia\***

Si è conclusa la lunga e corposa riforma del Jobs Act, ci sarà un po' di stabilità normativa d'ora in poi nell'ambito della materia del lavoro?

Di Jobs Act se ne parla e se ne è parlato tanto in questo ultimo anno e mezzo e, comunque, se ne parlerà ancora moltissimo. Come sempre ci dovremo confrontare con gli orientamenti della magistratura, con le circolari ministeriali e quelle dell'INPS, con eventuali decreti "correttivi": insomma non è finita qui! Si scrive, si è scritto e si scriverà tantissimo sul Jobs Act, analisi e approfondimenti non mancano. I più autorevoli rappresentanti del mondo accademico si sono impegnati in una intensa e interessante attività di analisi e scrittura di pareri. Anche il nostro "Gruppo" ha prodotto moltissimi articoli sull'argomento con grande competenza e professionalità e chi segue la nostra rivista "Il Commerci@lista Lavoro e Previdenza" non potrà che confermarlo. Ma oggi vorrei soffermarmi su un aspetto diverso, non una analisi, non una critica né un plauso. Solo una considerazione: il nostro ruolo in questa ampia riforma è essenziale.

Siamo noi Commercialisti e in particolar modo i Commercialisti che da anni, anzi, da sempre, si occupano di consulenza del lavoro, che dobbiamo dare attuazione e applicazione alle novità legislative con tempestività e competenza. Il nostro è un ruolo fondamentale dal punto di vista macro e micro economico e lo è anche dal punto di vista sociale. Accompanyiamo le imprese nei momenti di crisi (e di questi momenti ne abbiamo visti e vissuti molti in questi ultimi anni), ma siamo in prima linea anche quando c'è uno spiraglio di ripresa.

E allora eccoci lì a proporre soluzioni inno-

vative, a incentivare le imprese nei processi di riorganizzazione.

E' chiaro a tutti, oramai, che ogni azione di rinnovamento passa attraverso il "capitale umano": studiamo le norme ogni giorno, l'aggiornamento è e deve essere quotidiano perché solo così possiamo affiancare le imprese e renderle competitive sia a livello nazionale che internazionale. La consapevolezza del nostro ruolo deve essere ribadita quotidianamente e deve essere chiaro che i Commercialisti non sono i "guru" dell'evasione fiscale - come troppo spesso si vuol far credere - ma Professionisti seriamente impegnati a migliorare la redditività delle imprese anche creando nuova forza lavoro con evidenti vantaggi per le famiglie e quindi con ricadute positive sul piano sociale.

Siamo noi che, con il nostro bagaglio di conoscenze frutto di esperienza, studio e formazione continua, accompagniamo gli imprenditori nello sviluppo e nella crescita. Siamo noi professionisti che facciamo "vivere" il Jobs Act perché ogni giorno ci confrontiamo con la problematiche e le prospettive dell'impresa: sappiamo quali sono le esigenze specifiche, sappiamo suggerire la soluzione ottimale per ogni singola assunzione in relazione alla storia personale di ogni nuova risorsa, sappiamo spiegare agli imprenditori ancora legati ai vecchi schemi di tutela dei lavoratori le novità, sappiamo infondere nuova fiducia dove tanto timore ha frenato la crescita soprattutto dell'occupazione.

Noi Commercialisti del lavoro siamo consapevoli di questa nostra forza, del valore della nostra professione? Beh, se qualcuno se ne è scordato, è bene che lo rammenti. Noi possiamo fare la differenza e questo ce lo dobbiamo dire e ricordare sempre.

Il "Comitato Scientifico Gruppo ODCEC Area Lavoro" che ho l'onore di presiedere, ha permesso e favorito la condivisione delle esperienze professionali e umane dal nord al sud dell'Italia creando una rete di "solidarietà" nazionale. Non siamo più singoli professioni-

sti chiusi nei propri uffici a districare matasse confuse di leggi, ma protagonisti del nostro lavoro.

Ed è l'acquisita consapevolezza del nostro ruolo sociale oltre che economico, che ci ha permesso di essere presenti con interventi autorevoli anche nelle "stanze della politica" quando il Jobs Act, a poco a poco, iniziava a delinarsi. Rammento i documenti predisposti per le audizioni alla Camera dei Deputati alle quali la nostra categoria è stata chiamata, documenti prodotti in poco tempo, frutto di un duro lavoro dei Colleghi del Gruppo sempre pronti a dare il proprio gratuito contributo, remunerati solo dall'entusiasmo di poter mettere al servizio della politica e della collettività la propria esperienza diretta, quella vera, quella sul campo.

L'entusiasmo di questo splendido Gruppo non si è limitato a "travolgere" i Colleghi che si occupano di consulenza del lavoro, è travalicato, è andato oltre. Anche i Colleghi che di "lavoro" non si occupano, si sono avvicinati al Gruppo condividendone lo spirito e la voglia di essere protagonisti del presente e del futuro.

Ma non finisce qui, la ritrovata consapevolezza della nostra categoria è riconosciuta anche al di fuori del nostro ambito. Venerdì 18 settembre a Napoli - al Convegno organizzato dalla Commissione Nazionale Commercialisti del Lavoro e dall'Ordine di Napoli - parteciperanno autorità del mondo politico e accademico. Ma già a Rimini, nel giugno 2014, il Ministro del Lavoro Poletti presenziò alla tavola rotonda organizzata dal Gruppo sul Jobs Act. Il Senatore Ichino era a Milano lo scorso gennaio 2015 ospite del nostro Gruppo e dell'Ordine di Milano per illustrarci le novità di quelle norme che hanno poi visto la luce a Marzo 2015. Oltre a tutto questo non si può non riconoscere il valore aggiunto che la partecipazione ai tavoli tecnici con INPS e INAIL rappresenta per la nostra categoria.

Abbiamo sicuramente lavorato molto e lavorato bene per riconquistare la consapevolezza

del nostro valore: ora dobbiamo continuare su questa strada perché quello che abbiamo raggiunto fino ad oggi è solo il primo gradino di una lunga scala.

Un grazie particolare a tutti i Colleghi che quotidianamente, secondo le loro possibilità e attitudini, lo hanno reso possibile. Confido che molti altri Colleghi si uniscano a noi, aderiscano al nostro Gruppo e contribuiscano così a rendere sempre più forte non solo il Gruppo, ma l'intera categoria dei Commercialisti.

*\*Presidente Gruppo Odcec Area Lavoro Comitato Scientifico*

## **UNITI SI VINCE, COME NOSTRA ABITUDINE** **di Lorenzo Di Pace\***

I Commercialisti del lavoro si incontrano a Napoli venerdì pomeriggio 18 settembre 2015, presso il Grand Hotel Vesuvio, in occasione del 1° convegno nazionale in materia di lavoro organizzato dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili (CNDCEC), in collaborazione con l'Ordine territoriale di Napoli, il cui titolo è più che eloquente: impresa e lavoro nel Jobs act. Un appuntamento estremamente importante quello di Napoli, che è il primo dei tre eventi nazionali che il CNDCEC ha programmato in materia di diritto e pratica del lavoro nel biennio 2015/2016. Gli altri due vedranno la luce nel corso del prossimo anno al centro ed al nord Italia. Autorevoli esponenti del mondo accademico, politici, dirigenti e funzionari del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps) e dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (Inail) discuteranno con i rappresentanti della nostra Categoria sullo stato dell'arte della riforma del lavoro, nota col termine Jobs Act. Mai come in questo momento la figura del Commercialista è centrale nella coniugazione tra sviluppo economico e crescita dell'occupazione; le sue competenze specifiche, infatti, sono indispensabili agli imprenditori di qualunque dimensione e settore per progettare e pianificare gli interventi di medio/lungo periodo, necessari a cogliere le opportunità che può fornire il trend di crescita economica che si sta finalmente "rivedendo" nel nostro Paese, anche se ancora in modo non del tutto nitido!

La Commissione nazionale Commercialista del lavoro del CNDCEC è in "prima linea" nel divulgare al massimo le nuove normative, la prassi e le principali pronunce giurisprudenziali in campo lavoristico, ad esempio attraverso la produzione di documenti scientifici, e proprio in questi giorni, per migliorare l'efficienza e l'efficacia delle sue iniziative, ha avviato una riorganizzazione interna che con-

sentirà di valorizzare i contributi pragmatici dei suoi componenti. Nello spirito di servizio verso la Categoria, che caratterizza l'azione del CNDCEC, le iniziative della Commissione saranno diffuse tramite il sito web istituzionale [www.commercialisti.it](http://www.commercialisti.it), ma non solo, anche mediante la carta stampata e i social network, come quello del Gruppo Odcec Area lavoro Comitato scientifico, che si è contraddistinto in termini di qualità e quantità di idee e contributi per la diffusione tra i Commercialisti della conoscenza scientifica e della pratica professionale in materia di diritto, economia ed organizzazione del lavoro.

Auspico un sempre maggior interesse da parte dei Colleghi di tutt'Italia in materia di diritto e pratica del lavoro, che non solo è estremamente attuale e necessaria per il completamento del bagaglio delle competenze di ognuno di noi, ma costituisce anche un'importante "area di sbocco professionale" per molti giovani. Basti pensare che, attualmente, sono oltre 20.000 i Commercialisti che assistono in modo continuativo i datori di lavoro, ma se contiamo anche coloro che si occupano soltanto di alcuni aspetti della materia, come la previdenza, i tirocini formativi, la gestione dei rapporti di lavoro nell'ambito di procedure concorsuali e/o di operazioni straordinarie, la finanza agevolata, l'organizzazione aziendale, ecc. il numero è ben maggiore, tanto che appaiono incredibilmente discriminatorie alcune norme di legge e/o azioni della pubblica amministrazione che tendono ad escludere i Commercialisti, e in alcuni casi li hanno già esclusi, da attività di loro indubbia competenza. In verità, il CNDCEC, tramite il Consigliere Vito Jacono, si sta adoperando sin dall'inizio del suo mandato, affinché le norme e le iniziative lesive della libertà di esercizio dell'attività del Commercialista in materia di lavoro siano eliminate o modificate e, in ogni caso, si ristabilisca il principio di equiparazione tra professionisti parimenti competenti, che risulta - di fatto - ingiustamente violato. Non è più il momento di stare "solo" in trincea, ora c'è bisogno delle forze e dell'entusiasmo di tutti per una buona causa, dalla Commissione nazionale Commercialista del lavoro all'ultimo degli iscritti, in ordine di tempo ovviamente, nonché della collaborazione di chi di diritto e pratica del lavoro se ne intende, come il Gruppo Odcec Area Lavoro Comitato Scientifico, ad esempio!

*\* Presidente della Commissione nazionale Commercialista del lavoro del CNDCEC*



## **LA NUOVA DISCIPLINA DELLE MANSIONI** **di Gaetano Gianni\***

*Il contesto normativo ante d.lgs. 81/2015*

L'art. 3 del d.lgs. 81/2015, emesso nell'ambito della vasta legislazione delegata denominata jobs act, ha attuato una profonda innovazione nella dinamica dei rapporti di lavoro.

Da oltre quarant'anni, da quando cioè l'art. 13 della legge 300 del 1970 (Statuto dei lavoratori) modificando l'art. 2103 del codice civile, aveva delineato l'attuale fisionomia della disciplina delle mansioni, non erano più intervenuti mutamenti sostanziali nella disciplina delle mansioni che il datore poteva esigere dal prestatore di lavoro. La normativa sulle mansioni, in tutto questo tempo, è stata ispirata al criterio della monoprofessionalità, e predisposta a salvaguardia della tutela del bagaglio professionale del lavoratore. In un sistema produttivo meno complesso di quello odierno, la carriera si sviluppava verticalmente, nell'ambito possibilmente della stessa unità organizzativa di assunzione. La rigidità della tutela era rafforzata dalla previsione dell'ultimo comma dell'art. 2103 del codice civile, che sanzionava con la nullità ogni patto contrario, per cui nemmeno con l'accordo tra datore e prestatore, ancorché sottoscritto in sede sindacale, era possibile impiegare il lavoratore in mansioni inferiori a quelle previste dal contratto di lavoro, ovvero successivamente acquisite. Lo spazio di esercizio dello ius variandi risultava molto ridotto. Il datore di lavoro poteva assegnare il lavoratore a mansioni diverse, ma doveva rispettare il requisito della "equivalenza", che la giurisprudenza ha sempre interpretato come necessità di mantenere, se non accrescere, il "contenuto professionale" delle dell'attività svolta dal lavoratore. Solo a tale condizione il datore di lavoro poteva legittimamente assegnare nuove mansioni al lavoratore, allorché queste richiedessero un contenuto o un profilo professionale almeno equivalente a quello esistente prima della variazione. Solo di recente, con il consolidamento della elaborazione giurisprudenziale della conservazione del posto di lavoro quale bene supremo del lavoratore, e correlativamente del licenziamento come provvedimento da adottare come extrema ratio, è stato reso lecito il cd. patto di demansionamento, ossia quell'accordo tra datore e lavoratore avente ad oggetto l'assegnazione a mansioni di contenuto professionale inferiore. La validità di tale patto era tuttavia subordinata alla sussistenza di un concreto pericolo per il lavoratore di perdere il posto di lavoro, per crisi aziendale o soppressione della posizione lavorativa, o per problemi riguardanti l'idoneità fisica necessaria allo svolgimento delle proprie mansioni. Semplificando, si può dire che in tale assetto normativo la variazione

orizzontale delle mansioni del lavoratore era fortemente limitata, ed ancorata al rispetto del bagaglio professionale del lavoratore, mentre quella verso il basso era del tutto interdetta al potere unilaterale del datore di lavoro; l'assegnazione legittima a mansioni inferiori poteva pattuirsi, in via del tutto eccezionale ed in deroga al divieto assoluto previsto dall'ultimo comma dell'art. 2113 del codice civile, solo in caso di comprovato rischio di perdita del posto di lavoro.

Ma il mantenimento di un apparato di tutele così rigido non era più compatibile con le esigenze di competitività e di dinamicità del modello produttivo imprenditoriale odierno.

#### *Formulazione e tecnica normativa*

Si è voluto dare uno sguardo alla disciplina delle mansioni vigente fino all'approvazione del d.lgs. 81/2015, ben nota agli operatori del settore, per rimarcare le notevoli differenze che il nuovo ordinamento introduce nella materia. Prima di esaminare nel dettaglio le novità recate dal decreto legislativo in parola, sia consentito manifestare un apprezzamento per la tecnica legislativa messa in campo dal legislatore delegato. Il d.lgs. 81/2015, così pure come il precedente d.lgs. 23/2015, sul contratto a tutele crescenti, sono stati scritti utilizzando notevoli criteri di semplificazione. Tutte le norme modificate sono state riscritte, anche quando le modifiche riguardavano solo una minima parte delle norme modificate. Inoltre, nella riscrittura delle norme il legislatore ha cercato di utilizzare un linguaggio semplice, chiaro, senza tuttavia concedere nulla sotto il profilo della precisione giuridica della tecnica normativa. Infine, last but not least, la riforma sembra orientata a migliorare la certezza del diritto, poiché la verifica giudiziale della legittimità dello ius variandi ha come criterio di riferimento il "livello contrattuale", ossia un dato meno sfuggente e più oggettivo del "contenuto professionale delle mansioni". L'auspicio è, ovviamente, che questi obiettivi di semplificazione normativa e di certezza del diritto vengano percorsi sempre più diffusamente anche in futuro e siano concretamente raggiunti nell'applicazione giudiziaria delle norme.

#### *Lo ius variandi "orizzontale"*

Premesso ciò, già al primo impatto il nuovo art. 2103 del codice civile, riscritto come si è detto dal d.lgs. 81/2015, rimanda subito alla portata fortemente innovativa della novella.

Il primo comma rimodula lo ius variandi orizzontale, estendendolo a tal punto da doversi ormai reputarlo liberalizzato. Nell'ambito dello stesso livello di inquadramento contrattuale, con il rispetto imprescindibile quindi delle tabelle retributive di riferimento, il datore di lavoro può esercitare lo ius variandi in modo libero e discrezionale.

La differenza tra l'imposizione di esercitare lo ius variandi nell'ambito del medesimo livello contrattuale anziché nell'ambito di mansioni aventi tra loro un medesimo contenuto professionale appare notevole. E non solo perché, come è noto, nell'ambito di un dato livello di inquadramento convivono figure professionali diverse. Ma soprattutto perché la norma non pone praticamente limiti allo spostamento orizzontale nell'ambito del medesimo livello. Per cui diviene legittimo, solo a titolo di esempio, lo spostamento di un lavoratore dall'area commerciale o tecnica a quella amministrativa e viceversa.

In realtà, un limite è stato disposto: lo ius variandi del datore di lavoro non può condurre il lavoratore a svolgere mansioni di una "categoria legale" inferiore, pure se del medesimo livello. La disposizione ci introduce alla valorizzazione che l'art. 3 del d.lgs. 81/2015 fa delle "categorie legali", che sembravano ormai destinate ad una inesorabile consunzione. Si tratta della nota distinzione operata dall'art. 2095 del codice civile, per cui i "prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri, impiegati e operai".

Il primo comma dell'art. 3 del d.lgs. 81/2015, sembra quindi disporre che, se in uno stesso livello di inquadramento contrattuale convivono per esempio figure impiegatizie e mansioni da operai (oppure mansioni da quadro e da impiegati), lo ius variandi non può estendersi fino a rendere legittima l'assegnazione di mansioni proprie della "categoria legale" inferiore. Occorre dire che il richiamo alle categorie legali operato dalla norma in parola, riproposto anche in altri commi del nuovo art. 2103 del codice civile, potrà dare adito a difficoltà interpretative, attesa che ormai in molti contratti collettivi, la distinzione tra mansioni da operaio e mansioni da impiegato non è agevole. Ben si comprende comunque come sul tema delle mansioni si sia accresciuta notevolmente l'importanza della contrattazione collettiva, anche aziendale. Con la definizione dei livelli, infatti, le parti contrattuali disegneranno i limiti di esercizio dello ius variandi del datore di lavoro.

#### *Lo ius variandi nel rapporto di lavoro dirigenziale*

La nuova disciplina delle mansioni ha prodotto uno strano effetto nell'ambito del rapporto di lavoro dirigenziale. Infatti la norma in esame si applica anche ai dirigenti. Tuttavia, come è noto, generalmente i contratti collettivi per i dirigenti non contengono distinzioni di ruoli basati sui livelli di inquadramento. Allo stato quindi la norma in esame sembra legittimare uno ius variandi illimitato per i ruoli dirigenziali. La circostanza è significativa se si pensa come, dal ruolo di direttore generale in giù, sia molto differenziata la varietà degli incarichi dirigenziali esistenti in una organizzazione aziendale. E' difficile attualmente prevedere

se ciò avrà un peso anche sull'applicazione di quelle norme dei contratti collettivi che attribuiscono benefici economici al dirigente cui siano state modificate le mansioni.

#### *Assegnazione a mansioni "inferiori"*

Una ulteriore notevole novità della novella dell'art. 2103 del codice civile riguarda la facoltà data al datore di lavoro di modificare in peius, unilateralmente, le mansioni del lavoratore. Tale potere tuttavia può essere esercitato entro stringenti limiti legali.

a) Innanzi tutto tale modifica unilaterale può legittimamente disporsi solamente nel caso di "modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore". La "incidenza" della modifica organizzativa sulla posizione lavorativa può riguardare, a tenere conto adeguatamente della formulazione letterale della norma, sia il caso della modifica parziale delle mansioni previste, sia la soppressione della posizione lavorativa. Sicché in tale ultimo caso, ciò che prima poteva legittimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ora attribuisce al datore di lavoro la facoltà aggiuntiva dell'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori. Sarà interessante verificare come la giurisprudenza concilierà l'una e l'altra facoltà del datore di lavoro. Non è da escludere che dalla norma in esame possa scaturire una sorta di esplicitazione formale, ancorché parziale, di quell'obbligo di repêchage che la giurisprudenza ha elaborato come limite al licenziamento per motivi economici. In tal senso, quale condizione della legittimità del recesso per soppressione della posizione lavorativa, potrebbe essere richiesto al datore di lavoro di verificare unilateralmente ed eventualmente disporla, avendone il potere ai sensi del secondo comma, art. 3 del d.lgs. 81/2015, l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori. Al di fuori di tale ipotesi, il datore di lavoro non ha facoltà di modificare in peius le mansioni del lavoratore, salvo nei casi "previsti dalla contrattazione collettiva" (co. 4, art. 2103, cod. civ. novellato). Indubbiamente quindi, la contrattazione collettiva può prevedere ulteriori casi di legittima modifica in peius delle mansioni, tuttavia può farlo sempre nel rispetto dei requisiti di legittimità previsti dal nuovo art. 2103 del codice civile, quindi: necessità di comunicazione scritta, mantenimento del livello di inquadramento, divieto di adibire il lavoratore a mansioni corrispondenti a più di un livello inferiore, nonché ad una categoria legale inferiore, di cui si parlerà appresso. Sul punto deve ricordarsi la norma generale introdotta dall'art. 51, d.lgs. 81, con la quale il legislatore ha voluto chiarire che, salvo specifica e diversa previsione, i richiami contenuti nel decreto legislativo ai contratti collettivi si intendono riferiti ai "contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente

più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali” stipulati da Rsa o Rsu.

b) Come si è anticipato, la chiara lettera della norma precisa che l’assegnazione a mansioni inferiori può legittimamente disporsi nell’ambito di un solo livello di inquadramento, e non può mai comportare l’adibizione a mansioni proprie di una “categoria legale” inferiore. Nella pratica, quindi, se il lavoratore svolge mansioni inquadrabili nel livello più basso di una categoria legale, per esempio quella impiegatizia, la facoltà di modifica in peius delle mansioni non è esercitabile.

c) Il terzo comma del nuovo art. 2103 cod. civ. stabilisce che il mutamento di mansioni, ove necessario, deve essere accompagnato dall’assolvimento dell’obbligo formativo. Tale disposizione riguarda anche l’esercizio dello ius variandi orizzontale, di cui al primo comma del novellato art. 2103 del codice civile. La prescrizione ha fatto molto discutere, in questa prima fase di studio della normativa, atteso che la legge si premura di precisare, sul punto, che “il mancato adempimento” di tale obbligo formativo “non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione delle nuove mansioni”. Senza entrare nel merito delle dispute sull’argomento, sembra a chi scrive si possa affermare che la disposizione dia quantomeno facoltà al lavoratore di rifiutarsi, ai sensi dell’art. 1460 del codice civile di svolgere le diverse mansioni assegnate se non è stato adempiuto dal datore di lavoro il corrispettivo obbligo formativo, obbligo che sussiste, così dice la legge, solamente “ove necessario”.

d) L’assegnazione a mansioni inferiori deve essere comunicata al lavoratore per iscritto, a pena di nullità. Anche tale disposizione costituisce una innovazione in materia, ove di regola il mero mutamento di mansioni fino ad oggi non necessitava di comunicazioni formali. La prescrizione, accompagnata dalla dura sanzione della nullità, sembra inquadarsi nell’ambito delle tutele formali volte a prevenire abusi da parte del datore di lavoro. Vista in tale prospettiva la norma richiederebbe quindi non solo la comunicazione scritta del mutamento di mansioni in peius ma anche l’esplicazione, ancorché sintetica, dei motivi per i quali il mutamento è stato disposto, così da potersi controllare ex post la sussistenza dei motivi addotti, ed evitare che il datore di lavoro possa invece giustificare il provvedimento con ragioni fittizie o costruite successivamente alla sua adozione.

e) In ogni caso, l’adibizione a mansioni appartenenti ad un livello di inquadramento inferiore, comporta per il lavoratore “la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della

precedente prestazione lavorativa” (co. 5, art. 3, d.lgs. 81/2015). La norma sembra chiara, nonostante qualche dubbio affiorato nei primi commenti. Il lavoratore mantiene non solo la retribuzione goduta prima dell’esercizio dello ius variandi, ma anche “il livello di inquadramento”. Il che vuol dire che i successivi aumenti contrattuali saranno computati con riferimento al livello inquadramento che il lavoratore aveva prima dell’esercizio dello ius variandi, e non a quello corrispondente alle nuove mansioni svolte. Sembra resistere pertanto il principio di irriducibilità della retribuzione a fronte di provvedimenti unilaterali del datore di lavoro. L’eccezione dell’ultimo inciso del comma in questione non costituisce invece una novità, ma ha fatto bene il legislatore a ribadirla. In pratica, si afferma che nel caso di mutamento di mansioni vengono meno gli elementi retributivi connessi essenzialmente al tipo di mansioni svolte. Così, ad esempio, se le nuove mansioni, a differenza delle precedenti, non comporteranno necessità di trasferte, o di “maneggio denaro”, il lavoratore, pur mantenendo retribuzione e livello corrispondenti all’inquadramento di provenienza, non avrà più diritto a percepire l’indennità di trasferta o quella di cassa.

#### *La modificazione pattizia delle mansioni*

Se livello di inquadramento, categoria legale e retribuzione, costituiscono dei limiti al potere unilaterale dal datore di lavoro di modifica orizzontale o in peius delle mansioni, nell’innovativo contesto normativo riguardante la disciplina delle mansioni, la modifica pattizia delle mansioni non soffre tali limiti. Con accordo sottoscritto dal datore di lavoro e dal lavoratore quindi sarà possibile assegnare al lavoratore mansioni corrispondenti ad una categoria legale differente, anche con riduzione della retribuzione. La norma tuttavia non sembra autorizzare una riduzione della retribuzione che vada al di sotto del livello retributivo corrispondente alle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore dopo il patto.

Si tratta comunque di una disposizione che rompe notevolmente con il passato, dominato, come si è detto, dal principio quasi assoluto (salvo le uniche eccezioni sopra ricordate) della nullità dei patti di demansionamento. Tale principio tuttavia, come ricordato dall’ultimo comma del nuovo art. 2103 cod. civ., riacquista piena validità quando l’assegnazione a mansioni inferiori avvenga al di fuori dei limiti imposti dalla nuova disciplina, e dei quali sopra si è detto.

Il superamento del divieto di patto in materia è temperato dalla necessità che l’accordo sia ovviamente sottoscritto in sede protetta. Al riguardo si deve rilevare come la disposizione in parola aggiunga alle tradizionali sedi protette - ossia quelle previste dal quarto comma dell’art. 2113 del codice civile - anche le

“commissioni di certificazione”; ed inoltre, l’assistenza del lavoratore in tali sedi protette, prima prerogativa del rappresentante sindacale scelto dal lavoratore, ora può essere fornita in alternativa anche da “un avvocato o da un consulente del lavoro”.

Il legislatore inoltre ha stabilito che i patti di demansionamento siano stipulati entro precisi limiti teleologici: “l’interesse del lavoratore alla conservazione dell’occupazione, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita”. La terza ipotesi suscita notevole interesse e sembra aggiungersi a tutti quegli strumenti normativi riguardanti il rapporto di lavoro (permessi, part time, etc.) che sono finalizzati a porre il lavoratore in condizione di ottimizzare il rapporto tra le esigenze di vita e gli obblighi lavorativi.

#### *Mutamento di mansioni verticale. Diritto all’inquadramento superiore*

Novità di rilievo sono strade introdotte dalla novella dell’art. 2103 del codice civile anche in materia di assegnazione di fatto a mansioni superiori. Come è noto l’assegnazione “continuativa” a mansioni superiori (l’aggettivo, a parere di chi scrive superfluo, è stato aggiunto dalla novella), salvo il caso di sostituzione temporanea di altro lavoratore, dà diritto all’inquadramento relativo alle mansioni effettivamente svolte. Tale diritto, fino all’attuale modifica della disciplina delle mansioni, maturava decorsi tre mesi dall’assegnazione. I contratti collettivi potevano prevedere un tempo di acquisizione del diritto minore, per impiegati ed operai, ovvero maggiore, per quadri o dirigenti.

Nella nuova regolamentazione introdotta dal d.lgs. 81/2015 i tempi di acquisizione del diritto all’inquadramento superiore sono principalmente quelli previsti dalla contrattazione collettiva, e solo in mancanza di una specifica disciplina del contratto collettivo applicabile al rapporto, la legge prescrive la maturazione del diritto decorsi sei mesi.

La novità di rilievo consiste nel fatto che la nuova normativa attribuisce rilevanza alla “diversa volontà del lavoratore”. Il lavoratore quindi, senza vincoli di forma, e senza necessità di formalizzare la rinuncia in un accordo da sottoscrivere in sede protetta, può esprimere la volontà, anche per fatti concludenti, di rinunciare al diritto all’inquadramento superiore. Volontà che quindi unilateralmente ed incondizionatamente risulta efficace ad estinguere il diritto maturato (o a non farlo maturare se comunicata prima della maturazione). In pratica, il diritto all’inquadramento superiore perde la qualità di diritto indisponibile ai sensi dell’art. 2113 del codice civile.

## LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI

di Martina Riccardi \*

La certificazione dei contratti di lavoro è stata introdotta nel nostro ordinamento dal Decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30" (conosciuto come Legge Biagi), e consiste in una procedura volontaria mediante la quale un organismo competente ed indipendente attesta che il contratto, in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro, possiede i requisiti di forma e contenuto previsti dalla legge.

Nell'intento del legislatore l'obiettivo principale della certificazione è quello di dare certezza, sia alle parti interessate sia ai soggetti terzi, della qualità del contratto stipulato e costituire quindi uno strumento deflativo delle controversie in materia di lavoro. In base alla normativa vigente sono certificabili:

- i contratti di lavoro (dall'art. 75 all'art. 81 D.lgs. n.276/2003);

- le rinunce e le transazioni in materia di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (art.82 D.lgs. n.276/2003);

- il regolamento interno delle cooperative, per i contratti stipulati con i soci lavoratori (art.83 D.lgs. n. 276/2003);

- i contratti di appalto (art.84 D.lgs. n.276/2003). La certificazione in ogni caso riguarda esclusivamente i profili giuslavoristici dei contratti di cui sopra. I vantaggi della certificazione, non solo previsti dalla legge ma concretamente verificati, sono la riduzione del contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro e l'effetto riduttivo sul regime sanzionatorio delle omissioni e sulle evasioni contributive, nell'eventualità di riqualificazione giudiziale del rapporto certificato. Vantaggi che si raggiungono anche grazie all'assistenza e consulenza fornita alle parti dalla Commissione di certificazione, sia in fase di stipulazione del contratto sia durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

Dal punto di vista dell'efficacia giuridica della certificazione, l'art. 79 del D.lgs. n.276/2003 stabilisce che "Gli effetti dell'accertamento dell'organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'art. 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari". Di conseguenza, gli organi di vigilanza non possono adottare atti e provvedimenti amministrativi (notifiche di illecito amministrativo, recuperi previdenziali ed assicurativi, sanzioni) per i contratti di lavoro certificati.

La certificazione del contratto di lavoro può essere impugnata, in sede civile, davanti al giudice del lavoro nel caso in cui si voglia di-

mostrare l'erroneità nella qualificazione del rapporto, i vizi del consenso o la difformità del contratto certificato rispetto alla sua attuazione effettiva.

Per i contratti di lavoro certificati vale il principio dell'inversione dell'onere della prova in base al quale chi contesta la regolarità del contratto (terzi compresi) deve dimostrarne l'invalidità. Possono essere considerati soggetti terzi anche gli organi preposti alla vigilanza sul lavoro, ad esempio, le Direzioni territoriali del lavoro, l'INAIL, l'INPS, l'ENASARCO ecc.

Il ricorso al giudice del lavoro deve essere preceduto da un tentativo di conciliazione presso la Commissione che ha certificato il contratto, ai sensi dell'art. 410 del codice di procedura civile. Mentre il ricorso al tribunale amministrativo regionale (TAR) territorialmente competente può essere fatto, entro 60 giorni dalla notifica del provvedimento, nel caso si riscontri una violazione del procedimento o un eccesso di potere.

Per i contratti in corso di esecuzione gli effetti si producono sin dall'inizio, purché la commissione appuri che l'attuazione del medesimo sia stata, anche nel periodo precedente alla propria attività istruttoria, coerente con quanto certificato. In caso di contratti non ancora sottoscritti dalle parti, gli effetti si producono soltanto quando queste ultime provvedano a sottoscriverli, con le eventuali integrazioni e modifiche suggerite dalla commissione.

Gli organi preposti al controllo dei contratti di lavoro ed al rilascio della certificazione sono le Commissioni di cui all'art.76 del D.lgs. n. 276/2003 che le individua nelle seguenti:

- Direzioni territoriali del lavoro (DTL), quali organi periferici del Ministero del lavoro;

- Province;

- Direzione generale della tutela delle condizioni di lavoro presso il Ministero del Lavoro, in casi particolari;

- Università pubbliche e private iscritte nell'apposito Albo delle Commissioni di Certificazione Universitarie tenuto presso il Ministero del lavoro;

- Enti Bilaterali costituiti dalle associazioni di datori e prestatori di lavoro nell'ambito territoriale di riferimento o a livello nazionale;

- Consigli provinciali dei Consulenti del lavoro.

Le Commissioni sono competenti a certificare esclusivamente quei contratti di lavoro che sono stati stipulati da datori di lavoro che hanno sede nel territorio della provincia di riferimento e presso la quale sarà addetto il lavoratore. Nel caso di certificazione di contratti di agenti e rappresentanti di commercio la competenza territoriale può essere individuata riferendosi al domicilio dell'agente.

Per quanto riguarda i contratti d'appalto i criteri d'individuazione della competenza ter-

ritoriale possono essere diversi: alcune Commissioni hanno scelto di individuare la competenza territoriale non in base all'ubicazione della sede dell'azienda, ma in base al luogo in cui operativamente si svolgono gli appalti.

Il procedimento di certificazione viene attivato in seguito ad una richiesta in forma scritta in bollo e la legge stabilisce che debba concludersi entro 30 giorni dal ricevimento dell'istanza. Trattandosi di una procedura volontaria si può attuare soltanto quando la richiesta di certificazione viene presentata e sottoscritta congiuntamente dalle parti.

La Commissione individua un relatore che studierà l'istanza assegnatagli ed illustrerà ai membri della Commissione la documentazione presentata a supporto della stessa. Sarà compito del relatore evidenziare la sussistenza o meno dei caratteri essenziali della tipologia contrattuale di riferimento. Parte essenziale del procedimento è l'audizione delle parti contraenti: durante l'audizione le parti devono presentarsi personalmente davanti alla Commissione in modo che la stessa possa ottenere direttamente dagli interessati ogni elemento utile per poter conoscere le modalità di effettivo svolgimento del rapporto di lavoro oggetto della certificazione. Tutto ciò al fine di poter procedere ad un corretto inquadramento dal punto di vista giuridico. Nel caso una delle parti sia indisponibile la Commissione può rinviare ad altra data l'audizione, cercando così di limitare il più possibile il ricorso delle parti a farsi rappresentare da terzi. La redazione del verbale, sottoscritto dalle parti, fa parte integrante del provvedimento.

Il procedimento si conclude con un atto amministrativo in bollo, cioè con un provvedimento espresso di accoglimento o di rigetto che deve essere motivato e che deve contenere esplicita menzione degli effetti civili, amministrativi, fiscali e previdenziali. Il rifiuto definitivo della certificazione può essere evitato apportando al contratto le opportune correzioni richieste dalla Commissione. Nel caso di diniego può essere presentata successiva istanza sulla scorta della sussistenza effettiva di presupposti e motivi diversi dalla precedente ed essendo un atto definitivo non è possibile ricorso gerarchico in quanto non c'è un organo gerarchicamente superiore alla Commissione.

I contratti di lavoro certificati, e la relativa pratica di documentazione, devono essere conservati presso le sedi di certificazione, per un periodo di almeno cinque anni a far data dalla loro scadenza.

Come precedentemente accennato ogni Commissione di certificazione adotta un proprio regolamento interno (art.2, comma 1 del D.M. 21/07/2004) che disciplina la modalità di funzionamento della Commissione stessa e che inoltre individua i criteri di riferimento per la certificazione. I criteri che vengono

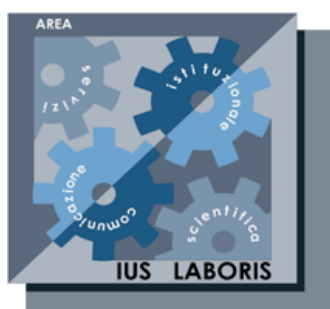
adottati dalle Commissioni di certificazione variano a seconda del tipo di contratto che si intende certificare e dalle linee guida che ogni Commissione applica.

Nonostante i concreti vantaggi, allo stato attuale, la certificazione dei contratti è utilizzata meno del previsto per molteplici ragioni, che vanno dalla scarsa conoscenza dello strumento ad atteggiamenti di “pregiudiziale avversità” di taluni sindacati ed organi di vigilanza. Soltanto nel 2010 con il Collegato Lavoro (legge n. 183/2010) c'è stato l'ampliamento del campo di applicazione della certificazione dei contratti, essendo stato previsto che, in caso di impugnazione di un contratto certificato davanti al giudice del lavoro, lo stesso non può distaccarsi dalle valutazioni espresse dalla Commissione in sede di certificazione. La mancata emanazione dei cosiddetti codici di buone pratiche, da parte del Ministero del lavoro, però non ha facilitato “il lavoro” delle Commissioni di certificazione. Gli stessi addetti ai lavori conoscono poco il funzionamento di questo istituto e per questo motivo, nell'ambito della loro consulenza, non lo consigliano ai loro clienti.

D'altro canto gli imprenditori non accettano di buon grado l'aggravio delle incombenze che la certificazione comporta e che inevitabilmente porta ad un aumento dei costi di consulenza.

Considerati i costi economici e sociali della conflittualità in materia di lavoro, che influiscono sulle decisioni degli imprenditori, che spesso per questo motivo ricorrono a forme di utilizzo del personale diverse dal lavoro subordinato, è auspicabile una maggiore diffusione della cultura della certificazione dei contratti, anche da parte degli ordini professionali e degli altri enti pubblici e privati competenti in materia di diritto e pratica del lavoro, tenendo presente che, in ogni caso, la certificazione non impedisce ai lavoratori e/o agli organi di vigilanza di ricorrere al giudice, nei casi in cui lo svolgimento pratico del rapporto tra le parti sia difforme da quanto dedotto nell'atto certificato.

\*ODCEC di Biella



## I LICENZIAMENTI

Rielaborato da Bruno Anastasio (\*)

Il 7 marzo 2015 è entrato in vigore il D. Lgs n. 23/2015 (di attuazione della delega conferita all'Esecutivo dall'art. 1, co.7 L. 10 dicembre 2014, n. 183) in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti.

La ratio, così il Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali Giuliano Poletti, è di garantire maggiore flessibilità in uscita, rilanciare l'occupazione, riportando il contratto a tempo indeterminato come la “forma comune” del rapporto di lavoro, in accordo anche con le direttive europee.

### Discipline stratificate.

Le disposizioni del decreto delegato esplicano i loro effetti giuridici soltanto nei confronti dei contratti di lavoro stipulati dopo la sua entrata in vigore. Ciò comporterà ai datori di lavoro la gestione, nei prossimi decenni, due principali tipologie di rapporto di lavoro a tempo indeterminato:

- “a tutele crescenti”, applicabile per le assunzioni dal 7 marzo 2015

- “tradizionale”, che interesserà tutti i rapporti di lavoro preesistenti.

Una linea di confine, questa, che trova fondamento nelle finalità di offrire ai neoassunti e non giustamente a chi è già occupato, la prospettiva di un mercato del lavoro più dinamico, non solo in uscita ma anche in entrata.

Sotto il profilo sistematico, il contratto a tempo indeterminato “a tutele crescenti”, secondo un'opinione largamente condivisa, è un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato caratterizzato - rispetto ai contratti a tempo indeterminato preesistenti - soltanto dal diverso regime delle tutele in caso di licenziamento nullo o comunque invalido.

Perciò trattare del licenziamento e dei vizi di nullità, invalidità ed inefficacia, significherà trattare l'argomento in modo unitario differenziando, poi, le relative conseguenze giuridiche in relazione ai regimi applicabili ratione temporis.

L'inquadramento sistematico trova un ulteriore elemento di complessità in ragione della legge 92/2012 (cd. Legge Fornero), che interviene, con forza, a limitare le ipotesi di tutela “reale” circa la disciplina dell'art. 18 L. 300/70.

In quel caso rilevava non già la data di assunzione del lavoratore ma la data di licenziamento: il testo attualmente vigente dell'art. 18 dello Statuto Lav. si applica, infatti, ai licenziamenti intimati dal 18 luglio 2012, data di entrata in vigore della legge Fornero.

Il che equivale a dire che:

Per gli assunti dal 7.3.2015 il regime di tutela nel caso di licenziamento è quello del contratto a tutele crescenti (D.Lgs. 23/2015).

Per gli assunti fino al 6.3.2015 il regime del-

le tutele in caso di licenziamento va ulteriormente differenziato (in questo caso sulla base della data di licenziamento) distinguendosi:

- i licenziamenti intimati fino al 17.7.2012, in relazione ai quali è applicabile la tutela piena prevista nel testo storico dell'art. 18 L. 300/70

- i licenziamenti intimati dal 18.7.2012, soggetti al vigente testo dell'art. 18 (introdotto dalla Legge Fornero).

Mettendo da parte la disciplina storica del famigerato art.18, focalizziamo l'attenzione sull'aspetto pratico della teoria normativa.

L'attuale e contemporanea vigenza dell'articolo 18 L. 300/70 -come riformato nel 2012- e del D.Lgs. 23/2015 comporta per le imprese evidenti difficoltà nella gestione della forza lavoro in quanto in esse convivono lavoratori con regimi di licenziamento diversi perché la selezione della disciplina applicabile non avviene più in ragione delle dimensioni della impresa (come accadeva nella legislazione tradizionale) ma in riferimento alla vicenda personale del lavoratore.

La dissonanza è ancor più evidente nelle ipotesi di licenziamento collettivo dove in una unica procedura di licenziamento si troveranno inseriti lavoratori in regime di articolo 18 e lavoratori con tutele crescenti, con presumibili diversi effetti di vizi, di forma o di sostanza. Diversificati saranno anche i riti applicabili sotto il profilo processuale. Le azioni promosse ai sensi dell'art. 18 L. 300/70 restano obbligatoriamente legate al rito speciale introdotto dalla riforma Fornero (art. 1, commi da 48 a 68, della legge 92/2012) mentre il D. Lgs. 23/2015 testualmente esclude invece (con l'art. 11) l'applicazione di quel rito, sicché il processo per il contratto a tutele crescenti è il processo ordinario del lavoro.

Lo stesso rito altresì si applica ai licenziamenti che - per requisito dimensionale dell'impresa- restano soggetti alla tutela cd. obbligatoria, di cui all'art. 8 L. 604/66.

### I dirigenti.

Nell'illustrare la disciplina dei vizi del licenziamento non si può eludere la categoria dei dirigenti, da sempre oggetto di normativa specifica.

Il D. Lgs. 23/2015 è infatti applicabile ad operai, impiegati e quadri non ai dirigenti, rispetto alla quale la disciplina resta unica ed indifferente rispetto alla data di assunzione.

Sotto il profilo storico-sistematico la Legge 604/66, limitativa del potere di licenziamento, ha escluso dal suo ambito applicativo i dirigenti, restando per essi vigente il regime di libera recedibilità dal contratto di lavoro a tempo indeterminato previsto dall'art. 2118 cc.

In mancanza della giusta causa di licenziamento il dirigente ha diritto unicamente al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva secondo quanto previsto dagli artt. 2118 e 2119 cc.

La ratio della suddetta esclusione risiede nelle

peculiarità caratteristiche del rapporto di lavoro dirigenziale, fondato su un legame altamente fiduciario con l'imprenditore e condizionato dunque, nella durata, al permanere di quella fiducia.

In base a quanto detto, la giurisprudenza ha voluto distinguere la figura del "dirigente apicale", preposto al vertice di un determinato settore aziendale dal "pseudo-dirigente" o dirigente convenzionale che è l'impiegato con funzioni direttive preposto ad un singolo ufficio o reparto. La disciplina del licenziamento dirigenziale è stata riservata soltanto ai primi ovvero a quanti abbiano un ruolo di vertice nell'organigramma aziendale o siano dotati di ampissimi poteri e di autonomia gestionale sì da sostituirsi all'imprenditore stesso.

La giurisprudenza più recente ha sensibilmente mutato tale orientamento. Al top manager si affiancano una serie di figure intermedie, dotate comunque di alta professionalità e di un discreto livello di autonomia gestionale e responsabilità. La tendenza è quindi quella di considerare le mansioni che effettivamente vengono svolte da parte del prestatore, valorizzando capacità professionali del soggetto, responsabilità e grado di autonomia del proprio operato a prescindere dal fatto che egli rivesta un ruolo di vertice, come alter ego dell'imprenditore. Il regime di libera recedibilità per i dirigenti è contemplato nei contratti collettivi con la previsione di una particolare indennità economica in caso di licenziamento "ingiustificato".

La contrattazione ha dunque introdotto la nozione di "giustificatazza" del licenziamento del dirigente con risvolti puramente economici. In assenza di una definizione contrattuale di licenziamento "ingiustificato" la giurisprudenza è dell'avviso che detta nozione non coincide con quella di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento contemplate dalla L. 604 del 1966.

La "giustificatazza" cioè, per la giurisprudenza di massima, non richiede l'impossibilità della continuazione del rapporto di lavoro o una situazione aziendale tale da rendere onerosa tale prosecuzione ma che il recesso non sia irrazionale o arbitrario potendo rilevare qualsiasi motivo - purché apprezzabile sul piano del diritto - idoneo a turbare il legame di fiducia con il datore ( Cfr. Cassazione civile sez. lav.16/02/2015 nr.3045).

La libera recedibilità trova comunque un limite nel vizio di nullità del recesso.

In particolare:

Ai sensi dell'art. 3 L. 108/1990 il dirigente può chiedere la reintegra e l'applicazione dell'articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori nel caso di licenziamento discriminatorio ai sensi dell'art. 4 L. 604/66 (cioè per motivi politici, religiosi o sindacali) e dell'art. 15 L. 300/70 (discriminazione razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull'orientamento

sessuale o sulle convinzioni personali) .

L'art. 2 co. 1 L. 604/1966, norma dichiarata applicabile ai dirigenti ( comma 4) prevede l'obbligo di comunicare per iscritto il licenziamento, a pena di inefficacia. Non è stato invece esteso ai dirigenti l'obbligo (art. 2 co. 2) di comunicare - contestualmente al licenziamento- i motivi (obbligo generalizzato dalla legge Fornero). La giurisprudenza di legittimità a partire da Cass. Sezione Unite 30 marzo 2007, n. 7880 ha ritenuto applicabile anche al dirigente, a prescindere dalla sua collocazione aziendale, le garanzie procedurali di cui all'art. 7, co. 2 e 3 L.300/70 in ogni caso in cui il datore di lavoro gli addebiti un comportamento negligente ovvero quando a base del recesso ponga condotte comunque suscettibili di pregiudicare il rapporto di fiducia tra le parti.

Tanto come principio di generale garanzia che i suddetti fatti non vadano ad incidere direttamente sulla persona del lavoratore ledendone il decoro, la dignità e l'immagine. Sinteticamente può affermarsi che la disciplina del licenziamento dei dirigenti è quella della libera recedibilità fuori dei casi di licenziamento discriminatorio, nullo o orale, salva la disciplina economica dell' indennità supplementare prevista dai contratti collettivi nei casi di licenziamento ingiustificato o adottato senza le garanzie procedurali dell'art. 7 L.300/70 . L'articolo 18 L. 300/1970 prevede per i dirigenti la disciplina reale piena (reintegra e risarcimento del danno) non solo nei casi di licenziamento discriminatorio ma in tutte le ipotesi di vizio determinante nullità del licenziamento nonché per i casi di licenziamento inefficace perché intimato in forma orale (commi da 1 a 3 dell'articolo 18) .

Nei casi di licenziamento nullo, discriminatorio o verbale la tutela è quella apprestata dai primi tre commi dell'art. 18. L'esclusione dei dirigenti dall'area applicativa del D.Lgs. 23/2015 ha effetti più che sotto il profilo sostanziale sul piano processuale: la vigenza dell'art. 18 anche per i dirigenti neo assunti determinerà la sopravvivenza per i dirigenti del rito speciale introdotto dalla legge n. 92/2012 (riservato ad ogni azione promossa ai sensi dell'art. 18 L. 300/1970).

#### **Il licenziamento dei dipendenti non dirigenti.**

La legge 604/66 ha introdotto requisiti di forma e di sostanza al potere di recesso del datore di lavoro, superando il regime di libera recedibilità previsto dal codice civile. Vanno distinti vizi di forma e vizi sostanziali del licenziamento del datore di lavoro, con effetti diversi in ragione della diversa disciplina temporale applicabile.

#### **I vizi di forma .**

Sotto il profilo formale si è già detto, trattando dei dirigenti, che :

- il licenziamento deve essere comunicato per

iscritto (art. 2 co.1 L. 604/66)

- che la comunicazione del licenziamento deve contenere la contestuale specificazione dei motivi (art. 2 co. 2 L. 604/66).

L'obbligo di contestuale motivazione costituisce una novità introdotta dalla riforma Fornero. In precedenza, infatti, era il lavoratore a poter chiedere, nei quindici giorni dalla comunicazione del recesso, i motivi che lo avevano determinato, con onere in tal caso del datore di lavoro, nei sette giorni dalla richiesta, di comunicarli per iscritto, a pena di inefficacia.

Dalla disciplina dell'art. 2 derivano i vizi :

- 1) del licenziamento verbale
- 2) del licenziamento scritto privo di motivazione.

Il licenziamento orale è sanzionato dall'art. 2 co 3 L. 604/66 in termini di inefficacia.

Sia l'art. 18 della L. 300/70 sia l'articolo 2 del D.Lgs. 23/2015 prevedono testualmente quale conseguenza dell'inefficacia del licenziamento orale:

- la reintegrazione del lavoratore
- la condanna del datore di lavoro, a titolo risarcitorio al pagamento di una indennità commisurata alle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra, dedotto quanto percepito dal lavoratore per l'eventuale svolgimento di altra attività lavorativa nel periodo di estromissione
- la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali maturati nel periodo dal licenziamento alla reintegra.

Nel testo storico dell'articolo 18 questo regime era riservato alle sole imprese con più di 15 dipendenti; la riforma Fornero nel 2012 ha esteso a tutti gli imprenditori la disciplina di tutela per il licenziamento orale. Stante la sovrapposibilità delle discipline, non vi è differenza di tutela per i lavoratori assunti dalla data del 7 marzo 2015. Vi è tuttavia da segnalare che nel quantificare l'indennità risarcitoria l'articolo 18 , applicabile agli assunti fino al 6 marzo 2015, utilizza come parametro la "retribuzione globale di fatto" mentre l'art. 2 D.Lgs. 23/2015, applicabile ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015, sostituisce a tale generica nozione quella di "retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR". Tanto nell'evidente intento, da un lato, di consentire una più pratica ed immediata determinazione del quantum del risarcimento ( la retribuzione utile al TFR è indicata in busta paga) e dall'altro, di eventualmente ridurre il costo a carico della impresa: i contratti collettivi possono escludere dal calcolo del TFR alcune voci di retribuzione anche se corrisposte in via continuativa.

Il licenziamento comunicato senza motivazione è parimenti colpito dalla sanzione della inefficacia, ex art. 2 co.3 L. 604/66

Tuttavia, pur a parità di vizio (inefficacia), gli

effetti prodotti sono del tutto diversi rispetto alla fattispecie del licenziamento verbale: la tutela è solo di natura economica. La disciplina è contenuta per i lavoratori assunti fino al 6.3.2015 nell'art. 18 co. 6 L. 604/66 e per gli assunti dal 7.3.2015 nell'art. 4 D.Lgs. 23/2015.

#### **Lavoratore assunto dal 7 marzo 2015.**

In questo caso è prevista l'estinzione del rapporto di lavoro dalla data del licenziamento ed il pagamento di un'indennità parametrata tra 2 e 12 mensilità e quantificata dal giudice non secondo discrezionalità ma con criterio oggettivo ovvero in ragione di una mensilità per ogni anno di servizio. La norma precisa che l'indennità non è soggetta a contribuzione. L'indennità è dimezzata per le imprese che non hanno il requisito dimensionale previsto dall'art. 18 L. 300/70. Anche in questo caso la retribuzione di riferimento è la retribuzione utile al calcolo del TFR.

#### **Lavoratore assunto ante 7 marzo 2015.**

Ai sensi dell'art. 18 co. 6 St. Lav. il licenziamento dichiarato inefficace per vizio di motivazione produce la risoluzione del rapporto di lavoro dalla data del licenziamento con diritto del lavoratore ad una tutela indennitaria omnicomprendente tra un minimo di 6 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere del giudice di specifica motivazione sulla concreta determinazione del quantum.

Tale norma è dichiarata applicabile soltanto alle imprese medio grandi (con più di 15 dipendenti nella unità produttiva o nel Comune o complessivamente più di 60 dipendenti in organico).

Resta il problema della sorte del licenziamento inefficace nelle imprese al di sotto della soglia dimensionale, che non è oggetto di disciplina specifica.

Secondo i principi generali, poiché il vizio è quello dell'inefficacia del licenziamento, il lavoratore avrebbe diritto alla riammissione in servizio e al risarcimento del danno, nella misura di tutte le retribuzioni maturate dalla data della costituzione in mora del creditore.

Questa soluzione, ancorché corretta sul piano dogmatico, determinerebbe per il vizio del difetto di motivazione una conseguenza più gravosa per le piccole imprese che per le imprese medio grandi; sicché essa è stata a ragione criticata da una parte della dottrina (Vallebona), che ne ha sottolineato la difficile tenuta sotto il profilo della ragionevolezza e quindi della legittimità costituzionale.

L'alternativa percorribile è quella di un'interpretazione costituzionalmente orientata, analoga a quella applicata in passato dalla giurisprudenza di legittimità per il licenziamento disciplinare adottato in violazione della procedura dell'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori, che si era ritenuto sottoposto nelle piccole imprese alla disciplina generale dell'art. 8 L. 604/66 sul licenziamento ingiustificato (rias-

sunzione o risarcimento del danno, tra le 2,5 e le 6 mensilità).

Resta da segnalare che sia l'articolo 18 co. 6 L. 300/70 che l'art. 4 D.Lgs. 23/2015 prevedono che il lavoratore possa domandare specificamente al giudice di accertare anche la presenza di un diverso vizio di giustificazione sostanziale (concorrente con quello formale) o, come specifica il D.Lgs. 23/2015, di nullità, con applicazione, in caso di riscontro positivo, delle relative tutele.

Come già rilevato, parrebbe essere più conveniente per il datore di lavoro sotto il profilo del rischio giudiziario non motivare affatto il recesso: in questo modo la sanzione economica cui va incontro è un danno minore rispetto all'alea derivante dalla comunicazione della motivazione, che da un lato rende imm modificabile e cristallizza i motivi del recesso, dall'altro è soggetta alla verifica giudiziaria, con possibili sanzioni ben più gravose, in caso di ragioni oggettive.

La tenuta del sistema può essere assicurata valorizzando la possibilità concessa al lavoratore di domandare al giudice, nel caso di motivazione mancante, di accertare che vi è anche un difetto di giusta causa o di giustificato motivo del licenziamento, con applicazione, in caso di riscontro positivo, delle relative tutele.

Naturalmente in caso di mancata comunicazione del motivo, il lavoratore non potrà contestare alcunché, limitandosi solo ad affermare che non sussiste giusta causa oppure giustificato motivo.

In questo caso sarà il datore di lavoro a dovere allegare e provare, costituendosi in giudizio, la ragione del licenziamento e, qualora non lo faccia, dovrebbe applicarsi la tutela chiesta dal lavoratore.

E se, non comunicato il motivo del licenziamento, il datore di lavoro resti poi contumace? E' pacifico che si applichi la tutela più ampia tra quelle richieste dal lavoratore.

#### **I vizi di procedura.**

Il licenziamento individuale è sottoposto ad una specifica procedura nel caso di licenziamento disciplinare, come prevede l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, norma di generale applicazione, cioè, applicabile a tutte le imprese, a prescindere dal requisito dimensionale ed a tutti i lavoratori, anche assunti dal 7 marzo 2015.

La procedura prevede l'affissione del codice disciplinare, la contestazione dell'addebito al lavoratore, la concessione al lavoratore di un termine a difesa di 5 giorni, l'audizione del dipendente ed infine l'eventuale irrogazione della sanzione. Questa produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato ed è fatto salvo l'eventuale diritto del lavoratore al preavviso o alla relativa indennità sostitutiva mentre il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso

lavorato.

Una specifica procedura è stata prevista dalla riforma Fornero in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nelle imprese di dimensioni medio grandi ed è disciplinata dall'art. 7 L. 604/66. Trattasi di una procedura preventiva di conciliazione, che si svolge davanti alle commissioni provinciali di conciliazione e che si apre con la comunicazione effettuata dal datore di lavoro alla direzione territoriale del lavoro, dichiarativa dell'intenzione di procedere al licenziamento.

In caso di mancata conciliazione, il licenziamento produce effetto dal giorno della comunicazione di avvio del procedimento, salvo il diritto del lavoratore al preavviso. Nel contratto a tutele crescenti viene del tutto eliminato l'adempimento procedurale fin qui descritto: l'ultimo comma dell'art. 3 dispone, infatti, che al licenziamento dei lavoratori soggetti al nuovo regime (assunti dal 7.3.2015) non trova applicazione l'articolo 7 della legge n. 604/66.

Tutti i vizi procedurali, sia quelli derivanti dalla violazione dell'art. 7 L. 300/70 che quelli relativi alla procedura dell'art. 7 L. 604/66, ove applicabile per dimensioni dell'impresa nonché *ratione temporis*, sono accomunati nelle conseguenze al licenziamento privo di motivazione.

E' quanto dispongono, l'art. 18 co. 6 per i lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015 e l'art. 4 D.Lgs. 23/2015 per i lavoratori assunti dal 7.3.2015.

Si rinvia dunque integralmente alla disciplina del licenziamento privo della motivazione, come esposta al paragrafo che precede.

#### **I vizi di sostanza- la nullità.**

Per principio generale la nullità di un atto deriva dalla violazione di tutte le norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente, come recita l'articolo 1418 cc. che si riferisce ai contratti ma è applicabile agli atti unilaterali per il generale rinvio contenuto nell'art. 1324 cc.

L'art. 18 co.1 L. 300/70 e l'art. 2 del D.Lgs. 23/2015 (per gli assunti dopo il 7 marzo 2015) riferiscono la più forte tutela ivi prevista ai casi di nullità del licenziamento "previsti dalla legge". Nel testo del D.Lgs. 23/2015 è aggiunto l'avverbio "espressamente" sicché legittimamente si pone il dubbio che il legislatore riservi le tutele ai soli casi di nullità del licenziamento espressa nella norma di legge, escludendo cioè i casi in cui la sanzione di nullità non sia né prevista né esclusa ma derivi direttamente dal carattere imperativo della norma violata.

Non è comunque il caso del licenziamento per motivo illecito determinante (art.1345 cc), in quanto la nullità dell'atto in tal caso è prevista espressamente dall'art. 1418 co.2 cc.

Tra i casi di nullità del licenziamento, il licenziamento discriminatorio viene specificamen-



te considerato sia nell' art. 18 L. 300/70 che nell'art. 2 D.Lgs. 23/2015.

Nei casi di licenziamento nullo o discriminatorio la tutela è quella già illustrata per il licenziamento orale; vi è dunque per tutti i lavoratori, a prescindere dalle dimensioni della impresa e dalla data di assunzione, la reintegra nel posto di lavoro ed il pagamento delle retribuzioni maturate dal licenziamento alla reintegra oltre al pagamento dei contributi.

L'unica differenza per i lavoratori assunti dal 7 marzo 2015 riguarda la commisurazione della indennità alla retribuzione utile al TFR e non alla retribuzione globale di fatto.

Fuori dall'area della nullità, il licenziamento si ascrive al vizio generale della illegittimità.

Tale categoria risale alle previsioni della legge 604/66.

Con la entrata in vigore di tale legge il licenziamento del datore di lavoro è non stato più configurato come atto libero ma come atto discrezionale. Il limite interno della discrezionalità è stato individuato nelle due categorie generali della "giusta causa" e del "giustificato motivo".

In mancanza di giustificazione il licenziamento è affetto dal vizio di annullabilità, come vizio della discrezionalità.

Le conseguenze del vizio di giustificazione non sono omogenee, convivendo le discipline:

- della legge 604/66, articolo 8

- della L. 300/70, articolo 18

- del D.Lgs. 23/2015, articolo 3

secondo criteri di selezione che di seguito si illustreranno.

#### **Il giustificato motivo oggettivo.**

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo- secondo la definizione della legge 604/66- è quello determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, alla organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di tale organizzazione.

L'area del giustificato motivo oggettivo è dunque quella tipica in cui si esercita la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, tutelata dall'art. 41 Cost.

In giurisprudenza può dirsi pacifico che il sindacato sull'esistenza del giustificato motivo ha ad oggetto la verifica, da un lato, dell'effettività della scelta di soppressione del posto di lavoro e dall'altro, dell'impossibilità dell'impiego del dipendente in altre mansioni, equivalenti o eventualmente anche inferiori (cd. obbligo di repechage).

Se in linea di principio l'imprenditore è libero nelle sue determinazioni non solo di incrementare ma anche di ridurre la forza lavoro occupata, la zona grigia resta quella in cui la scelta dell'imprenditore sia sì effettiva ma il motivo risieda nella semplice sua volontà di ridurre i costi del lavoro per aumentare i profitti.

Secondo un orientamento rimasto minorita-

rio ( Cass. 5777/2003) anche modifiche organizzative finalizzate esclusivamente ad un incremento dei profitti costituiscono giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Secondo la giurisprudenza maggioritaria nella nozione di giustificato motivo rientrano anche i riassetti attuati per una più economica gestione dell'impresa ma essi non devono essere strumentali ad un mero incremento dei profitti ma diretti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti; in sostanza la riduzione del costo del lavoro è stata ritenuta costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento solo quale partita compensativa di una riduzione dei ricavi.

Tuttavia in giurisprudenza è generalmente condivisa l'idea che l'imprenditore possa liberamente provvedere ad una diversa organizzazione dell'attività esternalizzando alcuni segmenti di essa e servizi accessori, con conseguente riduzione della forza lavoro occupata e ricorso ad altre tipologie contrattuali.

Definita brevemente l'area del licenziamento per motivi economici, è ora doveroso evidenziare la rilevante differenza della disciplina introdotta dal contratto a tutele crescenti (per gli assunti dal 7 marzo 2015), che è sempre ed esclusivamente di tutela economica.

#### **Lavoratore assunto dal 7 marzo 2015.**

Ai sensi dell'art. 3 D.Lgs. 23/2015 il giudice, ove ritenga insussistente la ragione oggettiva del licenziamento, dichiarerà estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento, condannando il datore di lavoro al pagamento di una indennità- non assoggettata a contribuzione previdenziale- pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, tra un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità (art. 3 co. 1).

L'entità dell'indennizzo è dunque collegata unicamente all'anzianità di servizio, secondo un criterio predeterminato.

Per le imprese che non hanno il requisito dimensionale dell'articolo 18 l'ammontare della indennità è dimezzato e non può superare 6 mensilità.

#### **Lavoratore assunto fino al 6 marzo 2015.**

Anche per i lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015 la tutela prevista è in linea di principio indennitaria.

Infatti : per le piccole imprese (fino a 15 dipendenti nella unità produttiva o nel Comune ovvero fino a 60 in organico) trova applicazione l'art. 8 L. 604/66 (cd. tutela obbligatoria) con diritto del dipendente alla riassunzione o al risarcimento del danno, nella misura determinata dal giudice tra le 2,5 e le 6 mensilità in ragione dell'anzianità del lavoratore, del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e condizioni delle parti.

Per le imprese ricadenti nella soglia dimensionale dell'art. 18 in caso di licenziamento privo

di giustificato motivo oggettivo è prevista la risoluzione del rapporto di lavoro ed il diritto del lavoratore ad una indennità determinata dal giudice tra le 12 e le 24 mensilità.

I criteri di liquidazione dell'indennità sono quelli stessi dell'art. 8 L. 604/66 cui tuttavia si aggiungono le iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione ed il comportamento delle parti nel corso della procedura preventiva di conciliazione di cui all' art. 7 L. 604/66.

La misura minima è dunque più elevata rispetto a quella prevista nel contratto a tutele crescenti (4 mensilità). Il parametro di riferimento delle mensilità è l'ultima retribuzione globale di fatto.

Tuttavia per i lavoratori cui si applica l'art. 18 vi è la possibilità, che non trova corrispondenza nel contratto a tutele crescenti, di vedersi applicata dal giudice, in luogo della tutela indennitaria, la tutela reintegratoria (in aggiunta alla indennità risarcitoria fino a 12 mensilità ed al versamento dei contributi) nelle ipotesi di accertamento della "manifesta insussistenza del fatto" posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Trattasi di una disposizione che ha dato luogo a molti dubbi applicativi nell'individuazione dell'area della "manifesta insussistenza".

Indubbiamente essa introduce un ampio margine di imprevedibilità dell'esito del giudizio di impugnazione del licenziamento in quanto non è in alcun modo definita l'area in cui l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo possa definirsi "manifesta" ed anche perché negli stessi casi di insussistenza manifesta del g.m.o. la concessione della tutela reintegratoria non è automatica ma resta rimessa al prudente apprezzamento del giudice, senza alcun automatismo ("può altresì applicare").

Sul punto sono possibili diverse interpretazioni: si ha insussistenza "manifesta" del fatto costituente giustificato motivo laddove i fatti posti a base del licenziamento già sotto il profilo astratto - pure se esistenti- non costituirebbero una giustificato motivo: l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo sarebbe, in altri termini, quella che emerge senza necessità della prova.

La manifesta insussistenza del fatto si ha quando il fatto materiale indicato dal datore di lavoro sia così palesemente inesistente da atteggiarsi a mero pretesto dell'intimato licenziamento.

La manifesta insussistenza del fatto è collegata al regime della prova, ipotizzandosi tre possibili sbocchi del processo :

- 1) ove emerga in positivo la prova che il fatto non sussiste la tutela è quella reintegratoria;
- 2) nei casi di prova assente o contraddittoria il cui il giudice deciderà in applicazione della regola di riparto dell'onere della prova ex art. 5 L. 604/66, con conseguente accoglimento della domanda del lavoratore. La tutela, in tal

caso, sarà quella indennitaria.

3) nel caso in cui emerga in positivo l'esistenza del fatto la domanda del lavoratore sarà respinta.

A ben vedere si potrebbe ragionevolmente sostenere che vi è accesso alla tutela reale in ciascuna delle tre ipotesi sopra considerate.

#### **Giusta causa e giustificato motivo soggettivo.**

Le due categorie indicate si riferiscono al licenziamento determinato da ragioni disciplinari.

Ferma l'annullabilità del licenziamento privo di giusta causa e giustificato motivo soggettivo, il regime di tutela dei nuovi assunti va distinto da quello dei lavoratori che, per essere stati assunti anteriormente al 7.3.2015, restano soggetti alle previsioni dell'art. 18 L. 300/70 e dell'art. 8 L. 604/66.

#### **Lavoratore assunto dal 7 marzo 2015.**

La disciplina sanzionatoria in caso di difetto della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo è comune a quella per il giustificato motivo oggettivo e, come già si è detto, consiste, ai sensi dell'art. 3 co. 1 D.Lgs. 23/2015, in un indennizzo compreso tra le 4 e le 24 mensilità (della retribuzione utile al calcolo del TFR), in ragione di 2 mensilità per ogni anno di servizio. L'indennità è dimezzata ed il limite massimo è di 6 mensilità per le piccole imprese.

Tuttavia per il licenziamento disciplinare permane un'unica e residuale possibilità di tutela reale. Trattasi del caso in cui, per quanto si legge nell'art. 3 co. 2 D.Lgs. cit., "sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

In detta ipotesi è prevista la reintegrazione del lavoratore ed il pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione utile al TFR per il periodo dal licenziamento alla reintegra e comunque non superiore a 12 mensilità - detratto l'aliunde perceptum o percipiendum - oltre al versamento dei contributi.

Vi è da segnalare che non è prevista, diversamente da quanto disposto dallo stesso D.Lgs. per il licenziamento nullo e dall'art. 18 L. 300/70, la risoluzione automatica del rapporto di lavoro allorché il lavoratore non abbia ripreso servizio nei 30 giorni successivi all'invito rivoltagli dal datore di lavoro.

Al lavoratore è attribuita l'opzione per la indennità sostitutiva della reintegra, con rinvio alla disciplina del licenziamento nullo o inefficace.

La disciplina reintegratoria non si applica alle imprese che non hanno il requisito dimensionale dell'articolo 18. La norma, prima ancora della sua entrata in vigore, ha suscitato un vivace dibattito tra gli operatori del diritto, es-

senzialmente in ordine:

- all'individuazione del contenuto del "fatto materiale"

- alla distribuzione dell'onere della prova (negativa) della "insussistenza" del fatto materiale. Sotto il primo profilo deve ritenersi preferibile l'interpretazione secondo cui se c'è insussistenza del fatto sotto il profilo materiale, questo non abbia alcun rilievo disciplinare. Il pensiero va, ad esempio, ai casi di condotta extralavorativa, in tutte le ipotesi in cui non rientri tra gli obblighi accessori a carico del dipendente il conservare, terminato lo svolgimento della prestazione, un'immagine ed una condotta di vita specchiata. In tali ipotesi, per costante giurisprudenza, la condotta extralavorativa ha rilievo disciplinare solo allorché sia potenzialmente pregiudizievole per l'immagine del datore di lavoro o se sia in grado di incidere obiettivamente sull'aspettativa e sulla probabilità di un esatto adempimento, per il futuro, dell'obbligazione lavorativa. Fuori da questi casi si verificherebbe, dunque, l'ipotesi di insussistenza del fatto materiale, per non essere la condotta rilevante sotto il profilo disciplinare.

Sul primo punto può dunque affermarsi con una certa convinzione che per fatto materiale deve intendersi una condotta che abbia comunque qualche rilievo disciplinare.

Nello stesso senso deve aggiungersi che la condotta oltre ad avere rilevanza disciplinare deve essere imputabile al dipendente sotto il profilo del dolo o della colpa.

L'area del fatto materiale non può invece estendersi a ricomprendere anche la gravità del fatto di rilievo disciplinare; ciò sia perché l'art. 3 co. 2 fa esplicito riferimento alla materiale insussistenza del fatto ma anche perché si preoccupa di aggiungere che rispetto alla insussistenza del fatto materiale "resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento".

Il punto più controverso riguarda la distribuzione dell'onere della prova dell'insussistenza del fatto ed il contenuto della stessa prova.

Al riguardo va preliminarmente evidenziato che la prova richiesta dalla norma è di insussistenza del fatto sicché quella per presunzioni non è presa in considerazione.

Salvo questo rilievo, le ragioni di dubbio sulla ripartizione dell'onere della prova, non sembrano di agevole soluzione. Chi ritiene che sia a carico del datore di lavoro la prova - positiva - della sussistenza del fatto disciplinare pone l'accento sulla previsione dell'art. 5 L. 604/66, secondo cui l'onere della prova della sussistenza della giusta causa e del giustificato motivo cade a carico del datore di lavoro. Si è dunque sostenuto che la norma non autorizzerebbe un riparto dell'onere della prova diverso da quello previsto dall'art. 5 L. 604/66 ma si limiterebbe ad affermare che ove non sia provata, con onere a carico del

datore di lavoro, l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo sotto il profilo della sussistenza del fatto contestato si dà luogo alla tutela reintegratoria. Chi ritiene che sia invece a carico del lavoratore la prova, negativa, della insussistenza del fatto disciplinare osserva, con indubbia aderenza al dato testuale, che la formulazione letterale dell'art. 3 co. 2 è costruita in termini di prova diretta del fatto negativo e che è proprio il lavoratore il soggetto interessato a provare la inesistenza dell'addebito disciplinare. La disciplina sarà dipendente dagli esiti della prova nel processo, nei seguenti termini:

a) Allorché sia acquisita al processo una prova positiva che il fatto non sussiste con onere a carico del lavoratore, si darà luogo alla reintegra.

b) In assenza di prova della sussistenza del fatto contestato (prova carente o contraddittoria) la domanda del lavoratore sarà accolta ma con tutela indennitaria.

c) quando sia invece acquisita la prova della sussistenza del fatto disciplinare l'impugnazione del licenziamento sarà respinta.

Nella disciplina del contratto a tutele crescenti scompare il riferimento alla reintegra nelle ipotesi di condotte punibili con sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi, secondo quanto disposto, invece, dall'art. 18 L. 300/70.

Tanto nell'ottica della prevedibilità dell'esito del giudizio e del conseguente irrigidimento degli ambiti di discrezionalità del giudice, ampiamente esercitabili nella concreta applicazione delle clausole elastiche delle previsioni disciplinari collettive.

Si pensi al CCNL metalmeccanica, che prevede la sanzione conservativa nelle ipotesi di "lieve" insubordinazione ed il licenziamento nei casi di insubordinazione (con diritto al preavviso) o "grave" insubordinazione (in tronco). Lavoratore assunto fino al 6 marzo 2015 In questo caso la disciplina varia in ragione del requisito dimensionale del datore di lavoro.

Per le imprese di piccole dimensioni, non rientranti nell'area dell'art. 18 L. 200/1970, si applica l'articolo 8 L. 604/66; sicché il datore di lavoro è tenuto a riassumere il lavoratore o a risarcire il danno determinato dal giudice tra le 2,5 e le 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Per le imprese disciplinate dall'articolo 18 la disciplina è contenuta nei commi 4 e 5.

La disciplina dell'art. 18, co. 4, dello Statuto dei Lavoratori prevede i casi in cui il giudice accerta la mancanza di giusta causa o giustificato motivo o per "insussistenza del fatto contestato al lavoratore" o perché il fatto è previsto dai contratti collettivi o codici disciplinari applicabili come condotta punibile con sanzione conservativa.

In questo caso la disciplina è analoga ed è

quella prevista dal contratto a tutele crescenti per la ipotesi di accertamento della insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore e prevede dunque la reintegra ed il risarcimento del danno relativo al periodo non lavorato, con il limite delle 12 mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre al versamento dei contributi.

Deve evidenziarsi come l'art. 18, co. 4, faccia riferimento genericamente al "fatto contestato" mentre l'art. 3 del D. Lgs. 23/2015 ha aggiunto la precisazione "fatto materiale": l'aggiunta dell'aggettivo "materiale" è stata all'evidenza ispirata dal dibattito sviluppatosi in dottrina circa l'estensione del fatto contestato.

Invero in giurisprudenza si era fatta strada l'idea che la verifica della sussistenza del fatto coprisse anche il giudizio di proporzionalità tra il fatto contestato ed il licenziamento ovvero la verifica circa l'idoneità del fatto a costituire giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento.

Tale opzione interpretativa ha trovato tuttavia smentita in Cass. sez. lav. 6 novembre 2014 nr. 23669; il giudice di legittimità nella pronuncia citata ha affermato che

"Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato". Alla luce di tale condivisibile interpretazione deve ritenersi che la disciplina del contratto a tutele crescenti si apprezza per maggiore chiarezza ma non contiene elementi di novità rispetto alla previsione sulla "insussistenza del fatto contestato" contenuta nell'art. 18 co. 4 St. Lav.

Un ulteriore elemento di chiarezza nella disciplina del contratto a tutele crescenti si coglie nella precisazione che la misura massima di 12 mensilità della indennità risarcitoria copre il solo periodo intercorrente dal licenziamento alla pronuncia di reintegrazione; lo scopo della norma è, infatti, quello di evitare di addossare per intero al datore di lavoro il rischio collegato alla durata del processo. All'esito della pronuncia giudiziaria l'inadempimento all'ordine di reintegra determinerà invece il

pieno diritto del lavoratore a percepire l'indennità risarcitoria per l'intera durata della mora credendi.

Sembra preferibile ritenere, pur in mancanza di espressa previsione in tal senso, che analogo regime sia altresì riferibile all'art. 18 co 4 L. 300/70, in quanto applicazione delle regole generali sulla mora del creditore.

Fuori dalle ipotesi di cui al comma 4 (insussistenza del fatto contestato, fatto punibile con sanzione conservativa a tenore del CCNL) il comma 5 dell'articolo 18 prevede che in caso di mancanza della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo il rapporto è risolto ed il datore di lavoro è condannato al pagamento di una indennità risarcitoria tra le 12 e le 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

#### **Licenziamenti collettivi.**

La legge 223/1991 prevede il licenziamento collettivo come licenziamento intimato all'esito di un periodo di integrazione salariale straordinaria (articolo 4) oppure da una impresa che occupa più di 15 dipendenti e che effettua almeno 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni in un'unità produttiva o nella stessa provincia.

#### **Lavoratore assunto dal 7 marzo 2015.**

Per i licenziamenti collettivi il contratto a tutele crescenti, con l'art. 10 del D.Lgs. 23/2015 prevede:

- in caso di violazione della procedura prevista dal comma 4 L. 223/1991 o di mancanza delle comunicazioni scritte previste dall'art. 4 co. 9 così come in caso di violazione dei criteri di scelta l'indennizzo monetario, con rinvio a quanto previsto per i licenziamenti individuali privi di giustificato motivo oggettivo (ovvero da un minimo di 4 ad un massimo di 24 mensilità ed in ragione di due mensilità per ogni anno di servizio);

-soltanto in caso di licenziamento collettivo intimato senza l'osservanza della forma scritta la sanzione è quella della reintegrazione, così come previsto per i licenziamenti individuali nulli per vizio di forma scritta.

#### **Lavoratore assunto ante 7 marzo 2015.**

La tutela trova disciplina nell'art. 5 L. 223/1991, come modificato dalla legge Fornero. Non si coglie differenza rispetto al contratto a tutele crescenti nel (solo) caso di licenziamento intimato in mancanza della forma scritta poiché anche l'art. 5 L. 223/91 prevede la reintegra nel posto di lavoro ed il risarcimento del danno. Nel caso in cui il vizio del licenziamento consista nella violazione della procedura la tutela è, come nel contratto a tutele crescenti di tipo indennitario, e varia tra un minimo di 12 ed un massimo 24 mensilità, secondo una liquidazione discrezionale del giudice in base a criteri concorrenti ed "elastici": anzianità del lavoratore, numero di dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e delle condizioni delle parti (per i nuovi assunti la tutela

minima è di 4 mensilità e l'indennità è determinata in base al solo parametro oggettivo dell'anzianità di servizio).

La differenza per i lavoratori in forza al 6 marzo 2015 è assai significativa nella ipotesi di violazione dei criteri di scelta; il lavoratore non soggetto alle tutele crescenti potrà beneficiare della reintegrazione nel posto di lavoro oltre al risarcimento del danno - nei limiti di 12 mensilità di retribuzione - ed al versamento dei contributi previdenziali.

Si è già detto invece che il lavoratore assunto con contratto a tutele crescenti ha diritto alla sola tutela indennitaria, negli stessi termini del licenziamento collettivo affetto da vizi procedurali.

#### **Questioni applicative.**

Nel silenzio normativo si discute se siano esclusi dal campo di applicazione del D.Lgs. 23/2015 i dipendenti delle pubbliche amministrazioni.

La risposta affermativa trova quale unico argomento il riferimento dell'art. 1 alle categorie degli operai, impiegati e quadri, categorie che non trovano riscontro nelle amministrazioni pubbliche.

Trattasi tuttavia di argomento debole. L'art. 2, co. 2, del D. Lgs. n. 165 del 2001- TU sul pubblico impiego- prevede, infatti, che i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche siano disciplinati dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, salve le deroghe contenute nello stesso testo unico, che non si rinvengono quanto alla disciplina dei licenziamenti. Unica disposizione sulla materia è costituita dall'art. 51, secondo comma, a tenore del quale la legge n. 300 del 1970 trova applicazione alle pubbliche amministrazioni a prescindere dal requisito dimensionale: tale disposizione, tuttavia, si limita ad escludere l'applicazione ai rapporti di lavoro pubblico dell'art. 8 della legge n. 604 del 1966 ma non può portare ad escludere l'applicazione di una normativa sui licenziamenti che, come quella in esame, prescinde dal requisito dimensionale. E' dunque preferibile l'interpretazione secondo cui, salvo future disposizioni speciali, il decreto legislativo si applichi ai dipendenti pubblici ovviamente limitatamente a coloro che siano stati assunti successivamente alla sua entrata in vigore.

Sempre nel silenzio della norma devono ritenersi fermi i regimi speciali di libera recedibilità previsti per prestatori di lavoro domestico, per gli sportivi professionisti, per i lavoratori assunti in prova (in forza dell'art. 2096, co. 3, cod. civ. secondo cui «durante il periodo di prova ciascuna delle due parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o d'indennità», in qualunque momento) e per i lavoratori che hanno raggiunto l'età pensionabile.

Il secondo comma dell'art. 1 del D.Lgs. 23/2015 stabilisce che il nuovo regime sanzio-

natorio dei licenziamenti si applica anche nei casi di conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato o di stabilizzazione del contratto di apprendistato, se avvenute successivamente all'entrata in vigore del decreto. Resta da chiarire se per "conversione" debba intendersi solo l'atto volontario di prosecuzione del rapporto dopo la scadenza del termine o se piuttosto - in senso ampio - l'espressione sia inclusiva dei casi in cui la trasformazione del rapporto a tempo indeterminato avvenga in forza di una pronunzia del giudice.

Sul punto si osserva che l'identico termine di "conversione" viene impiegato nell'art. 32 co. 5 della Legge 183/2010 (cd. collegato lavoro) norma che disciplina gli effetti della apposizione illegittima del termine al contratto di lavoro, proprio per indicare i casi di trasformazione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato accertati con pronunzia del giudice.

Ciò depone nel senso di una interpretazione estensiva della norma.

Piuttosto deve segnalarsi che il discrimen temporale sarà costituito non già dalla data in cui viene pubblicata la pronunzia del giudice ma dal momento temporale in cui, per quanto stabilito in sentenza, si colloca l'effetto della conversione.

Ad esempio, in caso di accertata nullità della clausola del termine dovrà aversi riguardo alla data di stipula del contratto di lavoro, in caso di superamento del termine di 36 mesi al momento in cui si è verificato il superamento e così via. Ciò perché la pronunzia del giudice non è costitutiva dell'effetto di conversione ma dichiarativa di un effetto che si produce automaticamente in forza delle norme di legge.

Deve ritenersi che la disciplina a tutele crescenti sia applicabile anche ai casi di conversione a tempo indeterminato del rapporto di lavoro a termine del dipendente in somministrazione.

Deve tuttavia ricordarsi che a mente dell'art. 27 del D.Lgs. 276/2003 nei casi di somministrazione irregolare il lavoratore può chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze dirette dell'utilizzatore con effetto dall'inizio della somministrazione; in caso di costituzione del rapporto con l'utilizzatore occorrerà pertanto avere riguardo - onde stabilire la disciplina applicabile ratione temporis - alla data di inizio della somministrazione.

L'ultimo comma dell'art. 1 prevede una unica possibilità di passaggio al nuovo regime anche per i lavoratori assunti anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo. Ciò nel caso in cui il regime di tutela ad essi applicabile sia quello "debole" di cui all'art. 8 L. 604/66, in ragione delle dimensioni dell'impresa. In tale ipotesi se per effetto di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente

alla data di entrata in vigore del decreto legislativo risulterebbe integrato il requisito occupazionale per l'applicazione dell'art. 18 L. 300/70 troverà applicazione, in luogo dello statuto dei lavoratori, il nuovo regime a tutele crescenti. Il che equivale a dire che le imprese di piccole dimensioni non potranno mai essere soggette, in caso di futuro ampliamento, al regime dell'art. 18; in tale eventualità i lavoratori già in forza al momento della entrata in vigore della riforma passeranno dalla tutela obbligatoria ex lege 604/1966 alla tutela "crescente".

La ratio della previsione evidentemente consiste nell'evitare che l'imprenditore in crescita possa essere scoraggiato, nell'effettuare nuove assunzioni, dalla prospettiva di vedersi soggetto, per i lavoratori precedentemente in forza, al regime rigido di uscita di cui all'art. 18; in caso di crescita viene invece applicata a tutti i lavoratori la flessibilità in uscita.

Questa soluzione si è ritenuta percorribile in quanto non comporta un sacrificio sostanziale per i dipendenti assunti ante riforma: essi già godevano di una tutela essenzialmente economica (l'alternativa della riassunzione era rimessa alla volontà dell'imprenditore) ed, anzi, transiteranno in caso di espansione dell'impresa ad un regime che offre loro, in ragione della anzianità crescente, una migliore prospettiva di liquidazione economica (fino a 24 mensilità).

Sempre sotto il profilo del datore di lavoro va da ultimo evidenziato che la nuova disciplina si applica anche alle cd. organizzazioni di tendenza ovvero ai datori di lavoro non imprenditori che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale di istruzione o di culto. Tali organizzazioni nel previgente regime erano invece escluse dalla tutela prevista dall'art. 18 Statuto Lavoratori, come modificato dalla riforma del 2012, in forza dell'art. 4 co. 1 L. 108/1990.

L'articolo è stato elaborato per gentile concessione della dott.ssa Francesca Spena(\*) che ha reso disponibile il proprio intervento al convegno tenutosi in data 22/05/2015 presso l'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli



## IL CONTRATTO DI APPALTO E L'APPALTO ILLECITO

di Isabella Marzola\*

L'esigenza delle aziende di ridurre i costi fissi aziendali insieme al crescente desiderio di flessibilità produttiva, spinge sempre più gli imprenditori alla ricerca di nuovi modelli di organizzazione del lavoro, spesso attraverso l'esternalizzazione di parti più o meno consistenti del ciclo produttivo (cd. outsourcing).

Il nostro attuale ordinamento giuridico regola l'esternalizzazione attraverso precisi modelli contrattuali come ad esempio il distacco, la somministrazione di lavoro, il contratto d'opera, ecc., ma sicuramente la tipologia contrattuale più utilizzata è il contratto d'appalto. Da sempre il nostro Legislatore vede con sospetto il contratto d'appalto quando prevede un grosso impiego di manodopera (c.d. labor intensive), il motivo è evidente: è una tipologia contrattuale che si presta con facilità a finalità elusive sia dal punto di vista legislativo che da quello contrattuale, in quanto, attraverso la dispersione della responsabilità e la disparità di trattamento tra lavoratori del committente e quelli dell'appaltatore, rende spesso difficoltosa la corretta imputazione del rapporto di lavoro e degli obblighi ad esso correlati.

### Definizione di contratto d'appalto

Ai sensi dell'art. 1655 del Codice Civile "L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro". Da tale ampia definizione deriva la definizione contenuta nell'art. 29, comma 1, del D.Lgs. 276/2003, in virtù del quale: "il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa".

Dalla lettura della norma è possibile determinare gli elementi che devono caratterizzare l'appalto genuino, in particolare i criteri che lo contraddistinguono sono i seguenti:

1. L'organizzazione dei mezzi, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti nel contratto. Riguardo a tale criterio, la circolare ministeriale n. 5 dell'11 febbraio 2011 precisa che l'organizzazione dei mezzi deve intendersi "in senso ampio, attesa la possibilità, normativamente prevista, che essa si sostanzi, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, nel puro esercizio del po-

tere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché nella assunzione, da parte del medesimo appaltatore del rischio d'impresa". Ne consegue che oggi viene considerato legittimo anche l'appalto labor intensive, nel quale l'apporto di attrezzature e capitali risulta marginale rispetto a quello delle prestazioni di lavoro, a condizione che l'appaltatore eserciti in maniera esclusiva il potere organizzativo e direttivo sul personale utilizzato;

2. L'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto. Il Ministero del Lavoro, con risposta all'interpello n. 77/2009, ha affermato che non rientra nell'ambito dell'appalto illecito il caso dell'appaltatore che, nell'esercizio della propria attività, pur essendo fornito di reale adeguata organizzazione per l'esecuzione della prestazione o del servizio, si avvale delle attrezzature del committente perché eventualmente sprovvisto di una macchina particolare, purché la responsabilità del loro utilizzo rimanga totalmente in capo all'appaltatore e purché, attraverso la fornitura di tali mezzi, non sia invertito il rischio d'impresa, che deve in ogni caso gravare in capo all'appaltatore stesso.

3. L'assunzione del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore.

#### *Appalto illecito*

L'appalto è illecito quando non sono rispettati i criteri che determinano l'appalto genuino, in particolare è possibile individuare alcuni indici sintomatici che identificano la mancanza dei requisiti.

La mancanza di organizzazione dei mezzi può essere, ad esempio, determinata dalla mancanza di una significativa esperienza nel settore interessato dall'appalto oppure dalla mancanza di personale tecnicamente preparato per lo svolgimento dell'attività lavorativa appaltata o, ancora, qualora l'appaltatore non svolga l'attività produttiva che il lavoratore impiegato dovrebbe eseguire.

L'esercizio del potere direttivo viene esercitato in maniera patologica quando, ad esempio:

- il committente impartisce disposizioni o ordini direttamente al personale dipendente dell'appaltatore e opera il controllo diretto sui dipendenti;
- il committente esercita con piena autorità il potere direttivo, gerarchico e disciplinare, decidendo anche dei licenziamenti dei dipendenti dell'appaltatore;
- il committente esercita forme dirette di controllo sulla qualità della prestazione resa dal personale dell'appaltatore;
- il committente decide gli aumenti retributivi, decide i periodi di concessione delle ferie e dei permessi e anche gli orari di lavoro (coincidente con quelli dei dipendenti del committente stesso);
- il committente di volta in volta decide il nu-

mero di lavoratori da utilizzare;

- le retribuzioni dei dipendenti dell'appaltatore vengono pagate direttamente dal committente;
- il committente gestisce rapporti sindacali con i presunti dipendenti dell'appaltatore;
- l'organico dell'impresa committente viene ridimensionato con riguardo alla possibilità di poter utilizzare in modo stabile i lavoratori messi a disposizione dell'interposto appaltatore.

Come detto, un altro requisito che non può mancare nell'ambito di un appalto genuino è la presenza del rischio d'impresa che deve gravare sull'appaltatore. Al riguardo la circolare n. 5/2011 elenca alcuni indici che, a mero titolo esemplificativo, dal punto di vista sostanziale, vengono considerati rivelatori della sussistenza del rischio d'impresa, in particolare:

- l'appaltatore ha già in essere un'attività imprenditoriale esercita in maniera abituale;
- l'appaltatore svolge una propria attività produttiva in maniera evidente e comprovata;
- l'appaltatore opera per conto di diverse imprese da più tempo o nel medesimo arco temporale considerato.

Al contrario tutte le volte che l'appaltatore mette a disposizione del committente una mera prestazione lavorativa, allora si viene a determinare il fenomeno dell'interposizione illecita di manodopera.

Dal punto di vista formale, ci sono alcuni indicatori su cui gli organi preposti alla verifica si concentrano, ad esempio: l'iscrizione dell'appaltatore al registro imprese; il libro giornale, degli inventari e il libro cespiti; il LUL con indicazione della data di assunzione, delle qualifiche e delle mansioni svolte dai lavoratori impiegati nell'appalto; il DURC.

#### *Il sistema sanzionatorio in caso di appalto illecito*

Ai sensi dell'art. 18, comma 5 bis, del D.Lgs. 276/2003, nei casi di appalto privo dei requisiti stabiliti dall'art. 29, comma 1, l'utilizzatore e il somministratore sono puniti con un'amenda di euro 50,00 per ogni lavoratore impiegato e per ogni giornata di occupazione.

Il personale ispettivo, mediante verbale d'ispezione, prescriverà allo pseudo-appaltatore l'immediata cessazione della fornitura di manodopera; di converso lo pseudo-committente potrà cessare l'utilizzo dei lavoratori impiegati oppure, in alternativa, potrà assumere i lavoratori direttamente alle proprie dipendenze..

Oltre alle conseguenze di carattere sanzionatorio, con lo scopo di salvaguardare i diritti dei lavoratori, il legislatore all'art. 29 comma 3 bis del D.Lgs. 276/2003, ha previsto che "il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di

lavoro alle dipendenze di quest'ultimo".

In questo caso, quindi, non c'è un riconoscimento automatico del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore, ma un mero diritto di quest'ultimo a chiedere tale riconoscimento. Come emerge dai lavori parlamentari della II Commissione della Camera, il legislatore ha voluto evitare che un effetto così rilevante possa derivare dal provvedimento ispettivo ex lege, senza il parere della magistratura e senza l'effettivo interesse dei lavoratori utilizzati.

\*ODCEC di Ferrara



#### **NUOVI STRUMENTI DI WELFARE AZIENDALE: FLEXIBLE BENEFITS** di Luca Campagnoli\*

In una visione di fidelizzazione e cura del proprio personale l'azienda offre ai dipendenti servizi "cuciti" su misura.

Si registra da parte del mondo del lavoro un crescente bisogno di prestazioni aggiuntive, non solo nel campo della previdenza e dell'assistenza sanitaria, ma anche e soprattutto in quello dei servizi a favore della famiglia, che si affianchi a un sistema di welfare pubblico ormai in tilt.

Si sviluppa in questo modo un sistema di prestazioni non monetarie che si affianca in maniera sussidiaria al welfare pubblico.

Rientrano in questa definizione i cosiddetti "flexible benefits", ossia nuovi strumenti di welfare come: servizi di conciliazione famiglia-lavoro, quelli legati alla maternità e alla genitorialità, ma anche all'aiuto nella gestione domestica e degli oneri di cura, fino al supporto alle spese scolastiche e all'istruzione. Ancora poco diffusi, ma sempre più richiesti, sono infine i benefits legati all'area assistenziale, in particolare rivolti a sostenere le famiglie nella cura degli anziani.

Il vantaggio per l'azienda è che questi servizi non vengono considerati retribuzione e quindi non sono appesantiti da imposizione fiscale e contributiva venendo, pertanto, incentivati dal legislatore mediante l'abbattimento secco del cosiddetto "cuneo fiscale".

L'indirizzo indicato dall'Agenzia delle Entrate è di favorire la flessibilità nella gestione dei benefits e la libertà di scelta da parte dei dipendenti, poiché non ha senso offrire a tutti le stesse cose; allo stesso tempo predilige la

soddisfazione di intere categorie di lavoratori rispetto al singolo e assume una connotazione di tipo sociale in un momento di forte crisi come quello attuale.

Gli uffici del personale dovranno provvedere alla creazione di un "carrello della spesa" in servizi welfare, dagli asili nido alle palestre, dall'assistenza agli anziani ai libri scolastici e così via, dal quale i dipendenti attingeranno a seconda del proprio status (persone sposate e con figli a carico, single, famiglie con anziani da curare...).

Di seguito si riportano i criteri fissati dall'Agenzia delle Entrate per i benefit aziendali a tassazione agevolata:

- i benefits devono essere destinati alla totalità di una o più categorie di dipendenti (dirigenti, quadri, operai);
- il budget deve essere uguale per tutti gli appartenenti alla categoria (per esempio, dirigenti 2 mila euro, quadri 1.200 euro);
- è esclusa la conversione in denaro;
- il dipendente non può destinare parte della sua retribuzione fissa o variabile al finanziamento del piano;
- il dipendente può scegliere liberamente il benefit più idoneo alle sue esigenze.

Nello specifico i benefits che non concorrono al reddito di lavoro dipendente in base a specifiche disposizioni tributarie sono quelli di seguito elencati:

1. contributi di assistenza sanitaria versati dal datore di lavoro o dal lavoratore ad enti o casse aventi esclusivamente fine assistenziale, in conformità a disposizioni di contratto o di accordo o di regolamento aziendale, che operino negli ambiti di intervento stabiliti con il decreto del Ministro della salute, di cui all'articolo 10, comma 1, lett. e-ter), TUIR, per un importo non superiore complessivamente a € 3.615,20;

2. le somministrazioni di vitto da parte del datore di lavoro, nonché quelle in mense organizzate direttamente dal datore di lavoro o gestite da terzi, o, fino all'importo complessivo giornaliero di € 5,29, le prestazioni e le indennità sostitutive corrisposte agli addetti ai cantieri edili, ad altre strutture lavorative a carattere temporaneo o ad unità produttive ubicate in zone dove manchino strutture o servizi di ristorazione.

La Legge di Stabilità 2015 (Legge n. 190/2014) ritocca verso l'alto il tetto di esenzione, portandolo da € 5,29 a € 7,00, ma soltanto per i ticket elettronici;

3. le prestazioni di servizi di trasporto collettivo alla generalità o a categorie di dipendenti; anche se affidate a terzi ivi compresi gli esercenti servizi pubblici;

4. le opere ed i servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di dipendenti come anche da parte dei loro familiari (anche non a carico) (indicati nell'art. 12, TUIR), le cui spese sono volontariamente sostenute dal

datore di lavoro per specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto (considerati al comma 1, dell'art. 100, TUIR);

5. le somme, i servizi e le prestazioni erogati dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti per la frequenza degli asili nido e di colonie climatiche da parte dei familiari indicati nell'art. 12 TUIR, nonché per le borse di studio a favore dei medesimi familiari;

6. il valore delle azioni offerte alla generalità dei dipendenti, a determinate condizioni.

I benefits di cui al punto 4) correlati alla realizzazione di un "valore sociale" si distinguono in due tipologie:

1) gli oneri consistenti in servizi in natura, in base alla lettera f) dell'art. 51, comma 2, TUIR. Si intendono come "oneri di utilità sociale" i costi sostenuti dall'azienda per opere o servizi utilizzabili dalla generalità dei dipendenti o categorie di dipendenti, volontariamente sostenuti dal datore di lavoro per specifiche finalità di:

- educazione,
- istruzione,
- ricreazione,
- assistenza sociale e sanitaria o
- culto.

Tali costi sono deducibili dal reddito d'impresa per un ammontare complessivo non superiore al 5 per mille dell'ammontare delle spese per prestazioni di lavoro dipendente risultante dalla dichiarazione dei redditi (art. 100 TUIR).

Per il lavoratore dipendente che utilizza tali opere o servizi, il relativo valore non concorre al reddito, così come non vi concorre se la fruizione avviene a beneficio dei familiari del lavoratore, anche non carico indicati nell'art. 12 del TUIR.

I criteri che identificano gli oneri di utilità sociale sono stati precisati dall'Agenzia delle Entrate.

Ai fini dell'esclusione dalla formazione del reddito di lavoro dipendente devono ricorrere congiuntamente le seguenti condizioni:

- la spesa deve essere sostenuta volontariamente dal datore di lavoro e non in adempimento di un vincolo contrattuale o, più in generale, legale dell'art. 51, comma 2);
- deve trattarsi di opere e servizi messe a disposizione della generalità dei dipendenti o di categorie di dipendenti;
- tali opere e servizi devono perseguire specifiche finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale o culto.

L'Agenzia ha ritenuto che l'esclusione dalla tassazione operi anche nell'ipotesi in cui detti servizi siano messi a disposizione dei dipendenti tramite il ricorso a strutture esterne all'azienda, di proprietà di prestatori terzi. In tal caso, il dipendente deve risultare estraneo al rapporto che intercorre tra l'azienda ed il prestatore del servizio e, in particolare, non deve

risultare beneficiario dei pagamenti effettuati dalla propria azienda in relazione all'obiettivo di fornitura dei servizi medesimi.

In conclusione tali piani potrebbero prevedere l'offerta di varie prestazioni a "contenuto sociale"; ad esempio:

- prestazioni di servizi in materia di assistenza domiciliare e infermieristica per persone non autosufficienti;
- check-up medici;
- servizi socio-educativi per l'infanzia;
- servizi di sostegno della genitorialità;
- viaggi e soggiorni presso centri di benessere;
- abbonamenti a palestre;
- abbonamenti a giornali e periodici;
- abbonamenti o biglietti per competizioni sportive, rappresentazioni teatrali, proiezioni cinematografiche, mostre, musei;
- corsi di formazione su materie extra-professionali;
- viaggi culturali o religiosi.

Restano comunque escluse dall'ambito applicativo della disposizione di esenzione le ipotesi di erogazione di somme, anche indirette, da parte del datore di lavoro che possono consistere in rimborsi o anticipazioni di spese sostenute dal dipendente. In altri termini, l'esenzione è riferibile unicamente alle erogazioni in natura e non si estende alle erogazioni sostitutive in denaro. Ne consegue che se il piano di offerta di servizi di utilità sociale venisse, invece, alimentato anche da somme costituenti retribuzione fissa o variabile dei dipendenti, si applicherebbero le regole ordinarie per la determinazione del reddito di lavoro dipendente, in ragione dei valori corrispondenti ai servizi offerti e non opererebbe la norma in esame che invece prevede l'esclusione dalla concorrenza al reddito.

Esistono, tuttavia, alcune eccezioni a tale regola, che sono previste dalla lettera f-bis) dell'art.51, comma 2, esaminata nel punto successivo.

1) gli oneri consistenti in somme di denaro o servizi: in base alla lettera f-bis) dell'art. 51, comma 2, TUIR.

Alcuni "oneri di utilità sociale" non concorrono alla formazione del reddito di lavoro dipendente, anche se corrisposti in denaro; sono espressamente previsti e riguardano le somme erogate dal datore di lavoro alla generalità dei dipendenti o a categorie di dipendenti per le seguenti destinazioni:

- la frequenza di asili nido e di colonie climatiche da parte dei familiari indicati nell'art.12 del TUIR;
- borse di studio a favore dei medesimi familiari;
- servizi e prestazioni concessi e indicati nei punti precedenti.

Saranno così escluse da imposte sul reddito e dai contributi previdenziali le erogazioni di:

- somme quali rimborsi per la retta o il pagamento diretto della stessa da parte dell'azienda;
- servizi e prestazioni, estendendosi la portata agevolativa della norma anche a strutture messe a disposizione dal datore di lavoro, gestite direttamente da quest'ultimo o mediante appalto a terzi.

Va rilevato che l'ampliamento del beneficio ai servizi ed alle prestazioni non appare una innovazione assoluta: la Circolare ministeriale n. 326/E del 1997, in via interpretativa, aveva già ritenuto che l'utilizzazione di asili nido aziendali così come di colonie climatiche da parte di dipendenti o categorie di dipendenti poteva farsi rientrare nella fattispecie agevolativa contenuta nello stesso articolo 51 comma 2, lett. f).

E' significativo che, a seguito delle recenti modifiche, questo regime di esenzione trovi applicazione anche con riferimento a quei casi in cui i servizi e le prestazioni richiamati dalla norma (messa a disposizione di asili nido e colonie climatiche, interne o esterne all'azienda, a favore di dipendenti, categorie di dipendenti e loro familiari così come borse di studio a questi ultimi), siano assunti in conformità ad accordi o contratti di lavoro aziendali, nazionali o di altro livello. Manca infatti, la condizione che tali oneri siano "volontariamente" sostenuti dal datore di lavoro.

\*ODCEC di Piacenza



## START-UP INNOVATIVE: LE DEROGHE ALLA DISCIPLINA GIUSLAVORISTICA E LE AGEVOLAZIONI IN MATERIA DI RAPPORTI DI LAVORO di Stefano Ferri\*

La vigente normativa in materia di lavoro, impostata su principi che prevedono il rapporto a tempo indeterminato quale fattispecie ordinaria, non poteva incontrare le necessità delle imprese "start-up innovative", caratterizzate da esigenze di massima duttilità anche in materia di lavoro.

Le start-up innovative sono, come facilmente comprensibile, l'antitesi dell'anelito "posto

fisso".

Il legislatore era quindi chiamato ad ampliare, per questa tipologie di imprese, la possibilità di porre in essere contratti a tempo determinato, con l'apposizione di un termine calibrato sulla prevedibile utilità e fruibilità di tali prestazioni, sovente di livello elevato.

"Il diritto nasce vecchio" è principio ben noto ai giuristi: di regola il testo legislativo deriva da pre-esistenti esigenze sociali e/o economiche che i consociati avvertono e che gli organi legislativi, ciascuno per le proprie competenze, cercano di soddisfare con la novella norma.

In tale ottica e prospettiva deve essere collocato l'articolo 28 del Decreto Legge 179/2012, convertito con modificazioni nella Legge 221/2012, le cui disposizioni si applicano per le start-up innovative, definite con precisione all'art. 25 del Decreto stesso, per il periodo di quattro anni dalla data di costituzione (ovvero per il più limitato periodo previsto dal medesimo articolo al secondo comma, per le società già costituite).

Il citato articolo 28 consente a tali tipologie di imprese di assumere personale con contratti a tempo determinato (ovvero contratti di somministrazione a tempo determinato) della durata minima di sei mesi e massima di trentasei mesi. In tale arco temporale il rapporto di lavoro può essere instaurato con un solo contratto o con vari contratti a termine prorogati o rinnovati senza soluzione di continuità. Viene inoltre consentita la stipula di un ulteriore e successivo contratto a tempo determinato per la durata residua rispetto al periodo massima di quattro anni dalla data di costituzione (ovvero per il più limitato periodo già indicato all'art. 25 terzo comma, per le società già costituite) a condizione che si tratti sempre delle citate attività e che la stipula avvenga presso la Direzione Territoriale del Lavoro competente per territorio. E' evidente che l'intervento dell'Autorità in materia di lavoro ha funzione di vigilanza sulla corretta applicazione della norma e sulla presenza di tutti i presupposti che giustificano la deroga alle disposizioni in materia di contratto a tempo determinato, visto sempre con sospetto dal legislatore.

Successivamente l'articolo 28 sanziona l'eventuale prosecuzione e il rinnovo dei rapporti a termine oltre la durata massima prevista, ovvero la loro trasformazione in contratti di collaborazione privi dei caratteri della prestazione d'opera o professionale, prevedendone la trasformazione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato. Questa soluzione è spesso applicata dal legislatore e consiste nel mantenere il rapporto in essere eliminando il solo termine convertendo di conseguenza il contratto a tempo indeterminato. La medesima conversione a tempo indeterminato si ha qualora l'impresa che stipula un contratto a termine non risulti essere in possesso dei requisiti

di start-up innovativa previsti dall'articolo 25. Sempre nella direzione della massima flessibilità del rapporto di lavoro devono interpretarsi le disposizioni di cui al settimo e ottavo comma; in esse si prevede che la retribuzione dei lavoratori assunti da una società start up innovativa sia costituita da due parti:

- la prima non inferiore al minimo tabellare previsto dal contratto collettivo applicabile;
- la seconda variabile e legata all'efficienza o alla redditività dell'impresa, alla produttività del lavoratore o del gruppo ovvero ad altri obiettivi o parametri di rendimento concordati dalle parti.

E' consentito incrementare la retribuzione corrispondendo anche "stock option" (diritti di opzione per l'acquisto di quote o azioni della società) ovvero viene ammessa l'integrazione di retribuzione a mezzo del "work for equity" (cessione gratuita di quote o azioni al lavoratore). Si tratta di due soluzioni dirette a fidelizzare maggiormente i lavoratori all'impresa, mediante strumenti di partecipazione al capitale che li rendano interessati all'andamento della società e che peraltro fruiscono di un trattamento fiscale privilegiato. Rammento infatti che l'articolo 27 del citato D.L. 179/2012 prevede che il reddito di lavoro derivante dall'assegnazione, da parte delle start-up innovative e degli incubatori certificati, ai propri amministratori, dipendenti o collaboratori continuativi, di strumenti finanziari o diritti simili, ivi compresi quelli appena indicati, non concorre alla formazione del reddito imponibile dei percettori, sia ai fini fiscali che contributivi.

E' del tutto evidente l'utilizzo della leva fiscale e contributiva per rendere interessanti e diffondere tali forme di retribuzione, correlata alla volontà di superare la contrapposizione classica tra la locatio operarum (il prestare energie lavorative) e la locatio operis (spesso tradotta con l'obbligazione di risultato). Nelle start-up innovative il legislatore tratteggia un rapporto di lavoro basato su un interesse comune ed imperniato sulla collaborazione tra lavoratore e datore di lavoro così da attenuare la tradizionale contrapposizione tra le parti.

Il profilo spesso elevato del personale dipendente, in tale tipo di imprese, facilita il dialogo e il raggiungimento dell'obiettivo comune da perseguire e rende comprensibile l'opportunità per il lavoratore che una parte della remunerazione venga corrisposta con l'attribuzione di quote o azioni della società (ovvero con opzioni per l'acquisto delle stesse) creando l'opportunità di incrementare sensibilmente il patrimonio personale del lavoratore a seguito dei risultati positivi ottenuti dalla start-up innovativa. Il tutto, si ribadisce, favorito da agevolazioni fiscali e contributive.

Questa nuova impostazione dei rapporti lascia presagire che anche la Giurisprudenza futura valuterà, nelle start-up innovative, sem-

pre meno aprioristicamente “debole” parte lavoratrice e sempre meno “prevalente” parte datrice di lavoro, con maggior attenzione ai reali equilibri aziendali.

Al fine di adattare le disposizioni in materia di lavoro alle peculiarità di questa tipologia di imprese, viene altresì consentito che i contratti collettivi nazionali stipulati dalle parti sociali possano determinare minimi tabellari retributivi specifici diretti all'avvio delle start-up innovative nonché disposizioni ad hoc funzionali ad adattare le regole di gestione del rapporto di lavoro alle particolari esigenze delle società, proprio al fine di rafforzare e stabilizzare tale tipo di impresa.

\* ODCEC di Reggio Emilia



**LA GESTIONE SEPARATA**  
di Cristina Costantino\* e Marco Sambo\*\*

La gestione separata Inps nasce con la riforma del sistema pensionistico italiano (cosiddetta riforma Dini) attuata con legge 335/1995.

Essa ha lo scopo di fornire tutela previdenziale a una serie di soggetti (e a una serie di attività lavorative) che fino a tale data ne erano esclusi, in attuazione delle disposizioni costituzionali degli artt. 35 e 38.

L'obbligatorietà della contribuzione anche per coloro che già usufruiscono di una forma previdenziale obbligatoria (ad esempio i lavoratori dipendenti) o che sono già in pensione, attesta che il Legislatore ha voluto assoggettare comunque a contribuzione una tipologia di reddito che diversamente ne sarebbe stata esclusa.

Infatti, mentre un lavoratore dipendente a tempo pieno che svolge anche un'attività commerciale rimane escluso dall'obbligatorietà del versamento del contributo IVS per commercianti, il medesimo, se svolge un'attività di lavoro autonomo, ha l'obbligo di iscrizione alternativamete ad una cassa previdenziale professionale (se iscritto ad un albo) o alla gestione separata.

Il lavoro autonomo, se non per prestazioni

occasionalmente prestate per compensi inferiori ai 5 mila euro (e comunque inferiori a 30 giorni in un anno) è sempre soggetto a contribuzione previdenziale.

Come le altre gestioni previdenziali pubbliche, la Gestione Separata è un fondo senza copertura patrimoniale (o senza patrimonio di previdenza) che adotta uno schema pensionistico di calcolo con meccanismo contributivo pieno, ma che per l'erogazione si basa sul sistema della ripartizione.

Ciò significa che le prestazioni, pur essendo direttamente collegate ai versamenti contributivi, vengono erogate con la provvista fornita dai versamenti dei soggetti attivi. In estrema sintesi l'ente previdenziale adotta un sistema “di cassa” dove il patrimonio netto serve a gestire le passività correnti.

Mentre per le altre gestioni Inps si è passati dal metodo di calcolo retributivo a quello contributivo, per la gestione separata, che nasce proprio in concomitanza della riforma, il sistema di calcolo delle pensioni è esclusivamente contributivo.

**Destinatari**

L'obbligatorietà di tale contribuzione sorge nel 1995 con la già vista L. 335 ed inizialmente l'obbligo assicurativo era previsto:

- per i lavoratori autonomi senza cassa di previdenza e per quelli con cassa previdenziale il cui regolamento non preveda l'iscrizione dell'attività in talune situazioni (è il caso degli ingegneri e architetti per i quali l'INARCAS-SA non prevede il versamento del contributo soggettivo in caso di contemporaneo di attività di lavoro autonomo e di lavoro dipendente).

Era così anche per le casse di Assistenza e Previdenza dei Dottori Commercialisti e dei Ragionieri Commercialisti, che però hanno modificato il proprio regolamento permettendo l'iscrizione dei professionisti che svolgono anche attività di lavoro dipendente;

- per i collaboratori coordinati e continuativi;
- per i venditori a domicilio;
- successivamente la platea dei soggetti obbligati all'iscrizione al fondo si è ampliata comprendendo ad oggi anche:
  - gli spedizionieri doganali non dipendenti;
  - gli assegni di ricerca;
  - i beneficiari di borse di studio per la frequenza ai corsi di dottorato di ricerca;
  - gli amministratori locali;
  - i lavoratori autonomi occasionali;
  - gli associati in partecipazione;
  - i medici con contratto di formazione specialistica;
  - i prestatori di lavoro occasionale accessorio.

**Aliquote contributive**

Inizialmente fissata nella misura del 10%, l'aliquota contributiva è stata progressivamente incrementata e diversificata.

Gli iscritti alla gestione separata privi di altra copertura previdenziale obbligatoria versano per le prestazioni assistenziali quali gli assegni familiari, l'indennità di malattia e di maternità un'aliquota aggiuntiva.

Attualmente è prevista:

- un'aliquota piena, per i professionisti privi di altra copertura previdenziale obbligatoria e non pensionati nella misura del 27,72% (27,00 IVS + 0,72 aliquota aggiuntiva)
- un'aliquota piena, per i collaboratori e figure assimilate privi di altra copertura previdenziale obbligatoria e non pensionati nella misura del 30,72% (30,00 IVS + 0,72 aliquota aggiuntiva)
- un'aliquota ridotta per tutti i soggetti già iscritti ad altre forme di previdenza obbligatoria o già titolari di pensione (diretta o indiretta) del 23,50%.

**Accredito contributivo**

I contributi sono calcolati sul reddito effettivamente prodotto entro i limiti di un massimale annuo non frazionabile, rivalutato annualmente.

L'assenza di un minimale di reddito, come previsto per gli artigiani e commercianti, determina che l'accredito contributivo sarà pari a un anno solo quando i versamenti saranno almeno corrispondenti a quelli determinati applicando le aliquote previste al reddito minimo annuo previsto per gli artigiani e commercianti. Per l'anno 2015 l'accredito contributivo calcolato sul minimale, è così determinato (circolare Inps n. 27/2015):

Reddito minimo annuo	Aliquota	Contributo minimo annuo
€ 15.548,00	23,50%	€ 3.653,78
€ 15.548,00	27,72%	€ 4.309,91 (IVS 4.197,96)
€ 15.548,00	30,72%	€ 4.776,35 (IVS 4.664,40)

Nel caso di contribuzione inferiore ai suddetti importi i mesi di assicurazione saranno accreditati in proporzione alla somma versata (art. 2, comma 29, legge n. 335/95).

**Modalità di versamento**

I professionisti e in generale i lavoratori autonomi dotati di partita iva effettuano i versamenti al fondo in autoliquidazione. Ciò vuol dire che in sede di dichiarazione dei redditi determinano l'importo del contributo dovuto che va versato con le stesse scadenze previste per le imposte sui redditi. La misura dell'acconto, da calcolarsi con metodo storico, è pari all'80% del contributo dovuto per l'anno precedente e andrà versato in due rate di pari importo alle scadenze previste per gli acconti sui redditi. Non è espressamente prevista la possibilità di riduzione dell'acconto in base al metodo previsionale, tuttavia sembra potersi applicare per analogia quanto previsto dalla



circolare Inps n 182 del 1994 a proposito dei contributi dovuti per artigiani e commercianti. L'importo del contributo è interamente a carico del lavoratore autonomo che ha comunque facoltà di parziale rivalsa nei confronti del committente mediante addebito del 4%.

Le altre categorie di soggetti iscritti alla Gestione Separata assolvono l'obbligo contributivo tramite il committente, sostituito d'imposta, che nella liquidazione del compenso opererà le ritenute previdenziali a carico del lavoratore. Il committente verserà l'intero contributo dovuto entro il 16 del mese successivo al pagamento del compenso.

L'onere è ripartito nella misura di 1/3 a carico del lavoratore e 2/3 al carico del committente nell'ipotesi di rapporti di collaborazione, mentre nel caso di contratti di associazione in partecipazione con apporto di lavoro la misura del contributo è così ripartita: 45% a carico dell'associato, 55% a carico dell'associante.

Per i prestatori di lavoro accessorio la quota del voucher destinata alla gestione separata è del 13%.

#### Prestazioni previdenziali

La Gestione Separata Inps eroga la pensione di vecchiaia, la pensione anticipata (per la quale è richiesto solo il requisito contributivo), le prestazioni previdenziali d'invalidità (assegno ordinario di invalidità e pensione di inabilità), la pensione supplementare e il supplemento di pensione. Purtroppo i versamenti alla gestione separata non possono essere oggetto di ricongiunzione (riunire più posizioni assicurative in gestioni previdenziali diverse in un'unica gestione) se non in particolari limitate ipotesi, mentre è consentita la totalizzazione (cumulare periodi assicurativi non coincidenti in più gestioni previdenziali) al fine di perfezionare il diritto alla pensione. Inoltre il particolare sistema di accredito contributivo che è associato al momento della corresponsione del compenso e non al momento della prestazione lavorativa, può generare "distorsioni" nella copertura dei periodi contributivi ai fini pensionistici.

#### Prestazioni assistenziali

I collaboratori e figure assimilate privi di altra copertura previdenziale obbligatoria e non pensionati hanno diritto agli assegni familiari secondo una disciplina che ricalca quella dei lavoratori dipendenti.

Hanno inoltre diritto all'indennità di malattia per la quale sono stabiliti dei requisiti "contributivi" e "reddituati" particolari per il diritto alla prestazione:

è necessario, ai fini del perfezionamento del requisito contributivo, che risultino accreditati contributi, nella suddetta gestione, corrispondenti ad almeno 3 mensilità nei 12 mesi precedenti l'evento di malattia;

per quanto concerne il requisito reddituale

è necessario che il reddito individuale assoggettato a contributo nella Gestione separata, nell'anno solare che precede quello in cui è iniziato l'evento di malattia, non sia superiore al 70% del massimale contributivo di cui all'art. 2, comma 18, della legge 8 agosto 1995, n. 335, valido per lo stesso anno.

Presupposto per il diritto alla prestazione dell'indennità di malattia è la sussistenza dell'attività lavorativa in corso al momento del verificarsi dell'evento morboso e l'effettiva astensione dal lavoro durante il periodo indennizzato (circ. inps n. 77/2013).

Medesimi requisiti contributivi sono previsti per l'indennità di maternità, di cui beneficia dal 2012 anche le professioniste iscritte alla gestione: ai fini del perfezionamento del requisito contributivo sono necessari tre mesi di contribuzione piena nei dodici mesi precedenti l'astensione dal lavoro.

Il decreto legislativo n. 80/2015 ha esteso l'automaticità della prestazione alla categoria dei lavoratori parasubordinati per cui il diritto all'indennità è garantito anche in caso di omissione contributiva da parte del committente.

Agli iscritti alla gestione separata privi di altra copertura previdenziale obbligatoria e non pensionati si applica la normativa relativa al congedo parentale sulla base degli stessi requisiti contributivi richiesti per l'indennità di maternità.

Inoltre è stata estesa anche alle lavoratrici iscritte alla gestione separata la tutela della gravidanza a rischio (art.1, comma 791, legge 296/06).

L'articolo 15 Decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22 recante "Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183" ha introdotto per i collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto - con esclusione degli amministratori e dei sindaci - iscritti in via esclusiva alla gestione separata presso l'INPS, non pensionati e privi di partita IVA, che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione l'indennità di disoccupazione (DIS-COLL). Le istruzioni sono state fornite dall'INPS con la circolare n.83 del 27 aprile 2015.

\* ODCEC di Reggio Calabria

\*\* ODCEC di Venezia



## RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA a cura dell'avv. **Bernardina Calafiori** – socio fondatore **Studio Legale Daverio & Florio**

Tribunale di Milano, 19 gennaio 2015, n. 1341.

### Estinzione e risoluzione del rapporto di lavoro subordinato – Licenziamento per giustificato motivo oggettivo – Scarso rendimento – Reiterate assenze del lavoratore comunicate all'ultimo momento e "agganciate" ai giorni di riposo.

Le reiterate assenze effettuate dal lavoratore comunicate all'ultimo momento ed "agganciate" ai giorni di riposo, qualora determinano uno scarso rendimento ed una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale possono giustificare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In tali ipotesi la malattia non viene in rilievo di per sé, ma in quanto le assenze in questione, anche se incolpevoli, davano luogo a scarso rendimento e rendevano la prestazione non più utile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale.

Il caso deciso con il provvedimento in epigrafe riguardava l'impugnazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato, in esito ad esperimento della procedura innanzi alla competente Direzione Territoriale del Lavoro, ad un lavoratore che con reiterate e continue assenze per malattia nell'arco di ben 6 anni aveva provocato, tra l'altro, notevoli disagi organizzativi alla società.

Il Giudice milanese, nel confermare la legittimità del licenziamento intimato, ha innanzi tutto respinto la censura relativa alla mancato esperimento di un procedimento disciplinare, affermando che si versava in un'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Ciò premesso, il Giudice ha evidenziato nelle motivazioni del provvedimento adottato lo scarso rendimento ed i notevoli disagi determinati dalla reiterata malattia del lavoratore e dalle modalità di comunicazione della stessa, anche alla luce della peculiare attività svolta dalla società datrice di lavoro.

Infatti:

- la malattia del lavoratore era stata persistente per 6 anni, con un minimo di 127 giorni annuali di malattia (ed un massimo di 175 giorni per anno);
- le assenze spesso cadevano a ridosso di periodi feriali o del fine settimana e venivano comunicate all'ultimo momento;
- ciò procurava costanti disagi all'organizzazione aziendale, essendo la società costretta a sostituire il lavoratore assente con altri lavoratori, richiedendo prestazioni straordinarie

(con anche maggiori costi) o spostamenti dei riposi programmati e non riuscendo in alcune occasioni a coprire tutti i servizi richiesti dai clienti;

- la società datrice di lavoro svolgeva attività di vigilanza e guardiana, organizzata su turni di lavoro per tutti i giorni dell'anno;

- la società aveva la necessità di conoscere con congruo preavviso le assenze, in modo da poter tempestivamente reperire un sostituto per la copertura dei turni e garantire ai clienti la continuità del servizio;

- il lavoratore in numerose circostanze aveva comunicato il proprio impedimento in orari serali e notturni, con preavviso anche solo di 30/40 minuti;

- tale atteggiamento aveva procurato notevoli disservizi alla società, ai colleghi di lavoro e ai clienti finali del servizio di vigilanza reso.

Per tutte tali ragioni, il Giudice milanese ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato per scarso rendimento, richiamando ed applicando l'insegnamento già precedentemente espresso dalla Corte di Cassazione, Sez. lav., 4 settembre 2014, n. 18678, secondo il quale:

“é legittimo il licenziamento intimato al lavoratore per scarso rendimento qualora sia provata, sulla scorta della valutazione complessiva dell'attività resa dal lavoratore stesso ed in base agli elementi dimostrati dal datore di lavoro, una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente - ed a lui imputabile - in conseguenza dell'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati dai programmi di produzione per il lavoratore e quanto effettivamente realizzato nel periodo di riferimento, tenuto conto della media di attività tra i vari dipendenti ed indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione.

(Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata, che aveva affermato la legittimità del licenziamento intimato, sul presupposto che le reiterate assenze effettuate dal lavoratore, comunicate all'ultimo momento ed “agganciate” ai giorni di riposo, determinavano uno scarso rendimento ed una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale).”

**Cass. Civ. Sez. lav., 30 aprile 2015, n. 8784**

**Estinzione e risoluzione del rapporto di lavoro subordinato – Utilizzo improprio dei permessi per assistenza a familiare disabile ex lege n. 104/1992 – Licenziamento - Legittimità**

Deve essere confermata la decisione dei giudici del merito che hanno ritenuto legittimo il licenziamento intimato ad un lavoratore che, durante la fruizione del permesso per assistere la madre disabile grave, aveva partecipato

ad una serata danzante; la ragione fondante del decum non è la mancata prova della avvenuta assistenza alla madre per le ore residue, ma la utilizzazione, in conformità alla contestazione, di una parte oraria del permesso in esame per finalità diverse da quelle per il quale il permesso è stato riconosciuto.

Il caso deciso con la sentenza in epigrafe riguardava un caso di licenziamento per giusta causa di un lavoratore che, richiesto un permesso ex art. 33 della L. n. 104/1992, aveva in parte della giornata in questione prestato assistenza alla madre, partecipando nel tempo residuo ad una serata danzante.

I giudici di merito, in sede di appello, confermavano la legittimità del licenziamento rilevando che il lavoratore aveva usufruito di una parte del permesso per finalità diverse da quelle a cui il permesso mirava, poiché, essendo il permesso richiesto finalizzato all'assistenza di persona portatrice di handicap, egli non poteva utilizzare il predetto permesso per altra finalità del tutto estranea all'assistenza.

In particolare, secondo i giudici di merito, il comportamento contestato al lavoratore implicava “un disvalore sociale giacché il lavoratore aveva usufruito di permessi per l'assistenza a portatori di handicap per soddisfare proprie esigenze personali scaricando il costo di tali esigenze sulla intera collettività, stante che i permessi sono retribuiti in via anticipata dal datore di lavoro, il quale poi viene sollevato dall'ente previdenziale del relativo onere anche ai fini contributivi e costringe il datore di lavoro ad organizzare ad ogni permesso diversamente il lavoro in azienda ed i propri compagni di lavoro, che lo devono sostituire, ad una maggiore penosità della prestazione lavorativa” (...) “proprio per gli interessi in gioco, l'abuso del diritto, nel caso di specie, era particolarmente odioso e grave ripercuotendosi senz'altro sull'elemento fiduciario trattandosi di condotta idonea a porre in dubbio la futura correttezza dell'adempimento in quanto sintomatica di un certo atteggiarsi del lavoratore rispetto agli obblighi assunti”.

La Corte di Cassazione ha respinto il ricorso presentato dal lavoratore, condividendo integralmente le motivazioni dei giudici di merito sopra riportate e respingendo tutte le censure del lavoratore sulla mancanza di elemento soggettivo (per avere comunque prestato assistenza al familiare e per la convinzione di avere così agito nel rispetto della legge e delle circolari INPS in materia) ed ha ritenuto irrilevante la mancanza di precedenti disciplinari.

**Cass. Civ. Sez. lav., 7 luglio 2015, n. 13955**

**Estinzione e risoluzione del rapporto di lavoro subordinato – Svolgimento di altra attività durante il periodo di malattia**

**– Violazione degli obblighi di correttezza e buona fede - Licenziamento per giusta causa - Legittimità**

L'espletamento di altra attività, lavorativa ed extralavorativa, da parte del lavoratore durante lo stato di malattia è idoneo a violare i doveri contrattuali di correttezza e buona fede nell'adempimento dell'obbligazione e a giustificare il recesso del datore di lavoro, laddove si riscontri che l'attività espletata costituisca indice di una scarsa attenzione del lavoratore alla propria salute ed ai relativi doveri di cura e di non ritardata guarigione, oltre ad essere dimostrativa dell'inidoneità dello stato di malattia ad impedire comunque l'espletamento di un'attività ludica o lavorativa (confermato il licenziamento del lavoratore che aveva svolto lavori manuali pesanti, costituiti dalla tinteggiatura delle pareti di una villetta, durante la sua assenza dal lavoro per malattia).

Il caso deciso con la sentenza in epigrafe riguardava un lavoratore licenziato per giusta causa, al quale era stato contestato di avere svolto, durante il periodo di assenza dal lavoro per malattia, lavori manuali pesanti di tinteggiatura della pareti di una villetta (“con un notevole impegno dell'articolazione del ginocchio già interessata da un infortunio sul lavoro”).

I giudici di merito, sia in primo grado sia in appello, confermavano la legittimità del licenziamento, ritenendo sussistente una grave violazione dei doveri di correttezza e buona fede ed un atteggiamento contrario agli interessi datoriali, e tale da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario.

Con il primo motivo del ricorso in Cassazione il lavoratore contestava la mancanza di prova della incompatibilità tra il tipo di attività svolta e l'infermità denunciata, ed affermava l'assenza di pregiudizio alla guarigione, asseritamente dimostrata dal rientro in servizio al termine del periodo di malattia che era stato diagnosticato.

La Corte di Cassazione ha respinto il primo motivo del ricorso, richiamando il principio di cui alla massima sopra riportata, confermando che anche durante il periodo di assenza dal lavoro gravano sul lavoratore gli obblighi di comportarsi secondo buona fede e correttezza, che implicano anche il dovere di collaborare ad una pronta guarigione e di astenersi da attività che possano compromettere il rientro al lavoro.

In particolare la Corte ha confermato che è legittimo il licenziamento nelle ipotesi in cui il tipo di attività extralavorativa svolta denoti una scarsa attenzione del lavoratore al dovere di curarsi, oltre ad essere dimostrativa dell'inidoneità dello stato di malattia ad impedire lo svolgimento della normale attività lavorativa. Con il secondo motivo del ricorso il lavora-

tore ha lamentato la mancanza di proporzionalità del licenziamento intimatogli, in considerazione della mancanza di precedenti disciplinari e in considerazione del fatto che le attività oggetto di contestazione erano state svolte in prossimità della guarigione e della data prevista di rientro al lavoro.

Anche tali censure sono state respinte dalla Corte, ritenendo che anche il requisito della proporzionalità fosse stato adeguatamente motivato dai giudici di merito, che avevano pure evidenziato il "disvalore ambientale" riconducibile alla posizione professionale di capo-turno rivestita dal lavoratore, che contribuiva ad aggravare ulteriormente la lesione del vincolo fiduciario.

Con riferimento al giudizio di proporzionalità la Corte ha infine richiamato anche la seguente massima: "in caso di licenziamento per giusta causa, ai fini della proporzionalità fra fatto addebitato e recesso, viene in considerazione ogni comportamento che, per la sua gravità, sia suscettibile di scuotere la fiducia del datore di lavoro e di far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali, dovendosi ritenere determinante, a tal fine, l'influenza che sul rapporto di lavoro sia in grado di esercitare il comportamento del lavoratore che denoti una scarsa inclinazione ad attuare diligentemente gli obblighi assunti, conformando il proprio comportamento ai canoni di buona fede e correttezza.

Spetta al giudice di merito valutare la congruità della sanzione espulsiva non sulla base di una valutazione astratta del fatto addebitato, ma tenendo conto di ogni aspetto concreto della vicenda processuale che, alla luce di un apprezzamento unitario e sistematico, risulti sintomatico della sua gravità rispetto ad un'utile prosecuzione del rapporto di lavoro" (Cass. 26 luglio 2010, n. 17514).

*Studio Legale Daverio & Florio*  
Milano  
[studiolegale@daverioflorio.com](mailto:studiolegale@daverioflorio.com)



## SCHEDA DE IL COMMERCIALISTA JOB ACT: DIS-COLL di Graziano Vezzoni\*

D.Lgs n.22/2015

### DIS-COLL:

La Dis-Coll avrà la funzione di fornire un sostegno al reddito.

### Decorrenza:

A decorrere dal 1 maggio 2015.

### Destinatari:

Sono destinatari della Dis-Coll i collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, che perderanno involontariamente la propria occupazione. Sono esclusi gli amministratori ed i sindaci iscritti in via esclusiva alla Gestione separata.

### Requisiti:

La Dis-coll è riconosciuta ai lavoratori che:

- Siano in stato di disoccupazione;
- possano far valere almeno 3 mesi di contribuzione nel periodo che va dal primo gennaio dell'anno solare precedente l'evento di cessazione dal lavoro al predetto evento;
- possano far valere, nell'anno solare in cui si verifica l'evento di cessazione dal lavoro, un mese di contribuzione oppure un rapporto di co.co.co/co.co.pro di almeno un mese e che abbia dato luogo a un reddito almeno pari alla metà dell'importo che dà diritto all'accredito di un mese di contribuzione.

### Importo:

L'importo dell'assegno è rapportato al reddito imponibile ai fini previdenziali risultante dai versamenti contributivi effettuati relativo all'anno in cui si è verificata la cessazione del lavoro e all'anno solare precedente, diviso per il numero di mesi di contribuzione o frazione di essi. Per l'anno 2015 se l'importo è pari o inferiore a € 1.195 (tale cifra verrà annualmente rivalutata sulla base della variazione dell'indice Istat) la Dis-Coll è pari al 75% della retribuzione mensile. Nel caso in cui la retribuzione mensile sia superiore a € 1.195 l'indennità Dis-Coll sarà pari al 75% del predetto importo incrementato di una somma pari al 25% della differenza tra la retribuzione mensile e il predetto importo. L'importo massimo mensile comunque non potrà superare € 1.300. L'importo si riduce de 3% ogni mese a decorrere dal primo giorno del 4 mese.

### Durata:

La Dis-Coll è corrisposta mensilmente, per

un numero di mesi pari alla metà delle mesi di contribuzione accreditati nel periodo che va dal 1 gennaio dell'anno solare precedente l'evento di cessazione del lavoro al predetto evento. L'indennità non può in ogni caso superare i 6 mesi.

### Domanda e decorrenza:

La domanda dovrà essere presentata all'Inps in via telematica, entro il termine di decadenza di 68 giorni dalla cessazione del rapporto di lavoro. La Dis-Coll spetta a decorrere dall'ottavo giorno successivo alla cessazione del rapporto di lavoro o, qualora la domanda sia presentata successivamente a tale data, dal primo giorno successivo alla data di presentazione della domanda.

### Condizione:

L'erogazione dell'indennità è condizionata dalla permanenza dello stato di disoccupazione e alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale proposti dai Servizi competenti.

Compatibilità con il lavoro autonomo o d'impresa individuale:

L'indennità Dis-Coll è anche compatibile con il lavoratore che intraprende un'attività di lavoro autonomo o d'impresa individuale, dalla quale ricava un reddito inferiore al limite utile ai fini della conservazione dello stato di disoccupazione. Il lavoratore deve comunicare all'Inps, entro 30 giorni, l'inizio della nuova attività comunicando anche il reddito presunto.

### Decadenza:

Il lavoratore decade dalla Dis-Coll nei seguenti casi:

- perdita dello stato di disoccupazione;
- inizio di un'attività lavorativa subordinata di durata superiore a 5 giorni; se il contratto di lavoro subordinato è di durata inferiore a 5 giorni l'indennità è sospesa d'ufficio, e riprenderà al termine del periodo di sospensione.

\*ODCEC di Lucca



**Affidavit Commercialisti®**

giornale  
**il Biellese**



**Università Popolare Biellese**  
per l'educazione continua

**INDICE**

Articolo	Pag.
<b>Comitato scientifico Gruppo ODCEC</b>	1
Area Lavoro: la consapevolezza del nostro ruolo di Maria Luisa De Cia	
<b>Uniti si vince, come è nostra abitudine.</b>	2
di Lorenzo Di Pace	
<b>La nuova disciplina delle mansioni</b>	2
di Gaetano Gianni	
<b>La certificazione dei contratti</b>	5
di Martina Riccardi	
<b>I licenziamenti</b>	6
rielaborazione di Bruno Anastasio su concessione della Dott.ssa Francesca Spena	
<b>Il contratto di appalto e l'appalto illecito</b>	12
di Isabella Marzola	
<b>Nuovi strumenti di welfare aziendale: flexible benefits</b>	13
di Luca Campagnoli	
<b>Start-up innovative: le deroghe alla disciplina giuslavoristica e le agevolazioni in materia di rapporti di lavoro</b>	15
di Stefano Ferri	
<b>La gestione separata</b>	16
di Cristina Costantino e Marco Sambo	
<b>Rassegna di giurisprudenza</b>	17
di Bernardina Calafiori	
<b>Scheda Pratica n. 6 Jobs Act: DIS-COLL</b>	19
di Graziano Vezzoni	

**Il Commerci@lista®**

**Piazza Vittorio Veneto - Biella**  
Testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576

**L'Avvoc@to®**

**Direttore responsabile**  
Domenico Calvelli

**Redattore capo**  
Alfredo Mazzoccatto

**Redattore capo area lavoro**  
Martina Riccardi

**Redattore capo area tributaria**  
Paolo Sella

**Redattore capo area societaria**  
Roberto Cravero

**Redattore capo area economia aziendale**  
Alberto Solazzi

**Comitato di redazione area lavoro**

Bruno Anastasio;  
Maurizio Centra;  
Cristina Costantino;  
Ermelindo Provenzani;  
Marco Sambo;  
Graziano Vezzoni;  
Paride Barani.

**Redattori anno 2015**

Pietro Aloisi Masella, Paride Barani, Loris Beretta, Monica Bernardi, Bruno Biasini, Cinzia Brunazzo, Bernardina Calafiori, Domenico Calvelli, Luca Campagnoli, Gianfranco Cassano, Salvatore Catarraso, Maurizio Centra, Luigi Andrea Cosattini, Cristina Costantino, Maria Luisa De Cia, Sabina De Micco, Mauro De Santis, Lo-



renzo Di Pace, Maurizio Falcioni, Stefano Ferri, Antonio Fiorillo, Luisella Fontanel-la, Gaetano Gianni, Umberto Giordano, Paolo Giorgiutti, Alessandro La Rosa, Riccardo Lari, Luca Lemetti, Isabella Marzola, Davide Manzelli, Isabella Marzola, Maria Teresa Majmone, Marco Nelli, Giovanni Panatta, Fabrizio Paragallo, Ermelindo Provenzani, Martina Riccardi, Rodolfo Rosso, Marco Sambo, Paolo Soro, Francesca Spena, Salvatore Tomasselli, Graziano Vezzoni.  
redazionegruppoarealavoro@gmail.com

**Con la collaborazione di:**

- Coordinamento Interregionale ODCEC Piemonte e Valle d'Aosta;
- Unione Italiana Commercialisti;
- Gruppo Nazionale Odcec Area Lavoro;
- Affidavit Commercialisti®;
- Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Biella;
- Alberto Galazzo;
- Silvano Esposito;
- UP Beduca-Università Popolare Biellese per l'educazione continua;
- Giornale Il Biellese;
- Unione Giovani Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Biella;
- Unione Italiana Commercialisti di Biella;
- Associazione Biellese Dottori Commercialisti.
- Associazione Nazionale Commercialisti di Biella

