

Sintesi

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA E DI DOTTRINA

N. 2



DIMISSIONI SENZA PREAVVISO, ANCHE SENZA GIUSTA CAUSA

DI MAURO PARISI PAG. 4

DOTTRINA

◆ **Il recupero dei contributi da eccedenza massimale ex art. 2 L. 335/1998: i profili di responsabilità tra datore di lavoro e dipendente** DI PAOLO GALBUSERA E ANDREA OTTOLINA PAG. 7

◆ **Proroga e rinnovo "emergenziali"** DI FEDERICO AVANZI PAG. 9

◆ **L'articolo 55 del Codice del Terzo Settore come strumento di co-programmazione con la Pubblica Amministrazione: luci ed ombre dopo gli ultimi interventi giurisprudenziali e normativi** DI PAOLO PALMACCIO PAG. 13

◆ **Licenziamenti collettivi. Criteri di scelta e ruolo del giudice. Cass. sez. Lav. n. 28816/2020** DI SABRINA PAGANI PAG. 16

◆ **Responsabilità del datore di lavoro per i comportamenti del dipendente** DI ANTONELLA ROSATI PAG. 18

RUBRICHE

◆ **IL PUNTO** PAG. 2

◆ **SENZA FILTRO**
Il Gatto e la Volpe
DI ANDREA ASNAGHI PAG. 22

◆ **UNA PROPOSTA AL MESE**
La variazione di residenza: una comunicazione che valga per tutti
DI ALBERTO BORELLA PAG. 26

SENTENZE

◆ **"Mobbing": come provarlo - linee guida dalla Cassazione** DI CLARISSA MURATORI PAG. 29

◆ **Sottoscrizione della busta paga da parte del dipendente: valenza probatoria e onere della prova** DI DANIELA STOCHINO PAG. 30

◆ **Demansionamento e danno non patrimoniale** DI LUCIANA MARI PAG. 30

◆ **Non è trasferibile senza consenso il lavoratore che abbia permessi per assistenza di un familiare disabile** DI ELENA PELLEGATTA PAG. 31

◆ **Responsabilità solidale negli appalti ex art. 29 D.lgs. n. 276/2003** DI STEFANO GUGLIELMI PAG. 32

◆ **Non è consentita la disparità di trattamento tra lavoratori a tempo**

determinato ed a tempo indeterminato, a meno che non vi sia una "legittima finalità di politica sociale" DI ANGELA LAVAZZA PAG. 33

◆ **Concorsi aziendali interni vincolanti per il datore di lavoro** DI ANDREA DI NINO PAG. 34

Direttore Responsabile
POTITO DI NUNZIO

Redattore Capo
D. MORENA MASSAINI

Redazione
ANDREA ASNAGHI
RICCARDO BELLOCCHIO
STELLA CRIMI
ALESSANDRO PROIA

Segreteria di Redazione
VALENTINA BROGGINI
SARA MANGIAROTTI

Progetto e Realizzazione Grafica
ELENA DIZIONE
ELEONORA IACOBELLI

Sede: Via Aurispa 7, 20121 - Milano.
Tel. 0258308188 www.consulentidellavoro.mi.it
Editore: Consiglio Provinciale dei Consulenti
del Lavoro di Milano. Via Aurispa, 7, 20121
- Milano Tel. 0258308188 - Fax. 0258310605
info@consulentidellavoro.mi.it
PEC.ordine.milano@consulentidellavoropec.it
redaz.sintesi@gmail.com
Mensile - Registrazione Tribunale di Milano
n. 19 del 30 gennaio 2015

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

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

Sezione Studi e Ricerche:
Coordinatore Riccardo Bellocchio
Luigi Ambrosio, Riccardo Bellocchio,
Fabio Bonato, Maurizio Borsa,
Barbara Brusasca, Gianfranco Curci,
Andrea Di Nino, Luca Di Sevo,
Alessandro Dicesare, Stefano Guglielmi,
Angela Lavazza, Luciana Mari, Patrizia Masi,
D. Morena Massaini, Massimo Melgrati,
Erika Montelatici, Roberto Montelatici,
Sabrina Pagani, Silvana Pagella,
Fabio Pappalardo, Antonella Rosati

Sezione Semplificazione normativa:
Coordinatore Andrea Asnaghi
Anna Adamo, Andrea Asnaghi,
Marco Barbera, Brunello Barontini,
Gianluca Belloni, Luca Bonati,
Valentina Broggin, Marco Cassini,
Alberta Clerici, Gabriele Corra,
Valentina Curatolo, Dolores D'Addario,
Simone Di Liello, Mariagrazia di Nunzio,
Potito di Nunzio, Chiara Favaloro,
Valentina Fontana, Roberta Garascia,
Alessandro Graziano, Paolo Lavagna,
Stefano Lunghi, Nicola Mancini,
Sara Mangiarotti, Giuseppe Mastalli,
Caterina Matacera, Elena Reja, Paolo Reja,
Emilia Scalise, Daniela Stochino, Moira Tacconi

**Sezione Formazione e aggiornamento
professionale: Coordinatrice Stella Crimi**
Gabriele Badi, Francesca Bravi,
Simone Colombo, Isabella Di Molfetta,
Donatella Gerosa, Luca Paone, Roberto Picci,
Isabella Prati, Alessandro Proia,
Alessandro Ruso, Maria Grazia Silvestri,
Marianna Tissino, Enrico Vannicola.

Con il sostegno di



Unione Provinciale di Milano

ELBA: Un'isola felice ...e impenitente

Ovvviamente non sto parlando dell'Isola d'Elba che è una un'oasi verde e blu tra le acque nell'Arcipelago Toscano, dove la natura regna sovrana, ma dell'**Ente Lombardo bilaterale dell'artigianato**. Sottolineo Lombardo, dove regna sovrana l'indifferenza ai problemi degli iscritti e dei lavoratori.

All'inizio di questo mese di febbraio, mi premuravo di portare all'attenzione del Presidente lombardo dell'Elba le segnalazioni di disagio dei Consulenti del Lavoro della Lombardia, essendo io il Coordinatore regionale degli Ordini della Lombardia. La mia breve missiva, preceduta da una telefonata interlocutoria con il Presidente, è stata scritta "per segnalare le continue lamentele che giungono dai nostri iscritti alle nostre segreterie per mancanza di risposte alle mail da parte di ELBA e per l'impossibilità di contattarvi telefonicamente pur essendo il vostro telefono libero.

In questo modo rischiamo di allungare oltremodo i tempi di liquidazione degli assegni ordinari mettendo in difficoltà aziende e lavoratori.

Mi rendo conto dei problemi che la pandemia ha portato a tutti, tuttavia ora dovremmo essere in un periodo non dico normale ma almeno di cessata emergenza.

La ringrazio per il riscontro che vorrà dare a questo mio scritto nella speranza che tutto possa rientrare nella normalità." Seguivano doverosamente i cordiali saluti.

La risposta non si è fatta attendere molto e dopo un paio di settimane ricevo questo testo "Buongiorno facciamo seguito alla Sua mail per comunicarle che **abbiamo esaminato i problemi da Lei sollevati a noi purtroppo già noti**. In proposito facciamo presente che **la nostra struttura conta di 4 operatori** dedicati alle prestazioni di FSBA. Come lei può immaginare la situazione emergenziale ha certamente evidenziato un forte carico di lavoro.

Per quanto attiene le mail abbiamo registrato che molti studi hanno indirizzato mail su più account per argomenti analoghi e per diversi giorni consecutivi a cui si sono aggiunte mail direttamente da Aziende e lavoratori. Come po- ➤



trà immaginare la mole della corrispondenza ha raggiunto livelli impensati ed ingestibili in tempi brevi. Ciò nonostante i nostri operatori, ancorché in regime di *Lockdown*, si sono sempre prodigati per fronteggiare le richieste pervenute rispondendo in ordine cronologico di arrivo. Sono state inoltre segnalate problematiche legate all'inserimento pratiche dovute ad **anomalie o aggiornamenti del Sito fattispecie non imputabile agli sportelli regionali FSBA** stante che gli stessi agiscono solamente come assistenza operativa dedicata all'utenza.

Quanto al servizio telefonico, lo stesso viene garantito dal sistema ELBA con indicazione dell'area a cui rivolgersi. Anche in questo caso sono stati assegnati tutti e quattro operatori che costante-

mente rispondono al telefono ed è inevitabile, visto il numero delle telefonate che pervengono giornalmente ed in contemporanea, registrare lamentele soprattutto riscontrare il telefono libero in quanto l'operatore è impegnato. A ciò abbiamo tarato il flusso delle telefonate in arrivo gestibili e per quelle in esubero l'utente troverà il segnale di occupato. **Altro non potevamo fare.**

Ringraziandola per le segnalazioni che ci ha inviato, siamo a disposizione per meglio collaborare nell'interesse dell'utenza. Voglia gradire i nostri cordiali saluti.”

Non credo di dover aggiungere altro. La risposta si commenta da sola. Ed è **la migliore risposta a chi periodicamente accusa la nostra Categoria di inefficienza.**

DIMISSIONI SENZA PREAVVISO, anche senza giusta causa*

Con la sentenza n. 160/2021, il Giudice del lavoro di Milano ritiene che il lavoratore possa recedere dal rapporto di lavoro senza preavviso e senza subire conseguenze economiche, se sussiste il rischio concreto che possa perdere il proprio posto di lavoro. Di ciò possono tenere conto pure gli ispettori

Soprattutto in tempo di Covid-19, sono numerosi i posti di lavoro la cui sopravvivenza è a grave rischio. Molti, come noto, sono quelli mantenuti formalmente in vita solo in forza di disposizioni di legge o di interventi di solidarietà, nella spesso labile speranza di una ripresa. Per cui è facile aspettarsi che i lavoratori dipendenti, comprensibilmente preoccupati, si guardino attorno e si diano da fare alla ricerca di valide alternative. Malgrado la crisi occupazionale che si registra, può anche accadere che gli sforzi di taluni siano premiati con nuove offerte di lavoro, occasioni inattese da non farsi sfuggire e da raccogliere al volo, per garantirsi un futuro di maggiore serenità. Liberarsi del vecchio lavoro -quantunque in crisi e "quiescente"-, tuttavia, richiede il rispetto delle **note regole del preavviso**, per cui, sia il datore di lavoro, sia il dipendente, possono recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, ma offrendo un "preavviso nel termine e nei modi stabiliti" dal Ccnl applicato. Pure potendo comprensibilmente esistere validi motivi personali per cui una parte desidera con urgenza risolvere il proprio rapporto di lavoro, la cristallina previsione dell'**art. 2118 del codice civile impedisce ogni eccesso di "fretta"**, stabilendo in modo lineare che "in mancanza di preavviso, il recedente è tenuto verso l'altra parte a un'indennità equivalente all'importo della retribuzione che sarebbe spettata per il periodo di preavviso".

A mitigare il divieto dell'incombenza immediata di inopinati addii, è il successivo art. 2119, codice civile, per il quale, tanto il datore di lavoro, quanto il dipendente, possono recedere *ad nutum* dal contratto "qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto". In definitiva, si tratta dell'ipotesi di "giusta causa" del recesso.

Quando a dimettersi per **giusta causa** è il lavoratore, si tratta di norma di una reazione legittima a un comportamento illecito del datore di lavoro. In questo caso, al dipendente che recede compete anche l'indennità sostitutiva di preavviso.

Esclusa la fattispecie di dimissioni del prestatore di lavoro come giusta reazione a una condotta lesiva dell'azienda, tuttavia, pure essendogli sempre concesso recedere dal rapporto, il lavoratore sarà tenuto a garantire al datore di lavoro il richiesto preavviso temporale. In difetto, dovrà corrispondere all'azienda un'indennità equivalente al mancato periodo di lavoro "non preannunciato". La materia conosce, però, oggi, l'interessante orientamento offerto dal **Giudice del lavoro di Milano**, con la **sentenza n. 160 del 21.01.2021**.

Il caso sottoposto all'attenzione del Tribunale milanese riguardava la vicenda di lavoratori impiegati in un appalto pubblico, quali dipendenti dell'azienda appaltatrice. Nel tempo, il committente pubblico aveva bandito concorsi, per le medesime attività e ►

* L'articolo è anche sul sito www.verifichelavoro.it della rivista Verifiche e Lavoro.



DIMISSIONI SENZA PREAVVISO, ANCHE SENZA GIUSTA CAUSA

servizi svolti dall'appaltatore e alcuni lavoratori, partecipanti alla selezione pubblica, avevano superato le relative prove, inserendosi in modo utile nelle graduatorie.

Successivamente l'azienda appaltatrice aveva perso l'appalto. Non potendo l'azienda garantire l'occupazione di tutti coloro che erano stati impiegati nell'appalto, erano scattate le **procedure di licenziamento collettivo**.

I dipendenti continuavano a prestare la loro consueta attività, mentre il nuovo appaltatore valutava la possibilità di assorbirli tutti. Prima della conclusione dell'appalto in scadenza e delle varie procedure di "mobilità", tuttavia, il committente pubblico proponeva l'assunzione ad alcuni dei dipendenti dell'appaltatore, già vincitori della selezione. Senza attendere altro, né sostanziale soluzione di continuità, i lavoratori presentavano le loro "dimissioni volontarie" in via telematica e iniziavano immediatamente a operare per l'ente pubblico, presso la medesima struttura. L'appaltatore uscente, pertanto, non potendo che prendere atto della scelta volontaria occorsa, si limitava a **trattenere l'indennità sostitutiva del preavviso non lavorato**, come da Ccnl.

Non condividendo la trattenuta, tuttavia, gli oramai *ex*-dipendenti agivano in giudizio, lamentando la lesione del loro diritto e pretendendo la restituzione dei relativi importi.

Il Giudice del lavoro di Milano dava loro ragione, rilevando che per questa ipotesi di recesso *ad nutum*, a prescindere dall'inesistenza di giusta causa delle dimissioni, **non è ammissibile alcuna trattenuta per mancato preavviso**.

Giudice del lavoro di Milano,
sentenza n. 160/2021

Il ricorso dei lavoratori va accolto. La questione in fatto non è controversa. I lavoratori danno le proprie dimissioni (nell'ambito di una avviata procedura di riduzione del personale), in date comprese tra il 28.12.2019 e il 31.12.2019. Tutti i lavoratori vengono assunti dall'ente pubblico già committente, e comincia-

no a lavorare dal 1.1.2020. Ciò si svolge al di fuori della procedura di licenziamento collettivo, nell'ambito della quale era stata esclusa una possibilità di ricollocamento di ciascuno di loro. Generalmente la parte che recede deve rispettare un periodo di preavviso (art. 2118 c.c.), rappresentato dal lasso di tempo che intercorre tra la comunicazione del recesso e il momento in cui lo stesso acquista effetto. Tale periodo ha la funzione di evitare che la risoluzione immediata del contratto possa recare pregiudizio all'altra parte. Nella specie, l'azienda datrice di lavoro il 20.11.2019, ben prima delle dimissioni dei ricorrenti, dà avvio ad una procedura di licenziamento collettivo con la comunicazione *ex* artt. 4 e 24 L. n. 223/1991. In tale comunicazione ed anche nella parallela procedura di cambio di appalto, la convenuta dichiara di escludere una possibile ricollocazione del personale in seguito al mancato rinnovo dell'appalto a decorrere dal 31.12.2019. Non si vede dunque, in assenza di disciplina pattizia (individuale o collettiva) che faccia da quadro a simile fattispecie, come possa riconoscersi in concreto ricorrente la ratio dell'indennità *ex* art. 2118 c.c. in favore del datore di lavoro, visto che nessuna posizione lavorativa sarebbe stata garantita ai lavoratori successivamente alla data del 31.12.2019. La ricollocazione dei lavoratori presso un ente pubblico, se è evento certamente gradito ai lavoratori, non ha alcun riflesso sull'applicazione dell'indennità prevista dall'articolo 2118 c.c., di cui, manifestamente, non ricorre la ratio. Ne consegue che va riconosciuto a ciascun lavoratore il diritto a ripetere le somme indebitamente trattate dal convenuto datore di lavoro.

A completamento del quadro fattuale, va appena osservato a margine, come, nel caso di specie, tutti i restanti lavoratori già impiegati nell'appalto, dall'1.1.2020 venivano ➤

DIMISSIONI SENZA PREAVVISO, ANCHE SENZA GIUSTA CAUSA

comunque assorbiti dal nuovo appaltatore. La sentenza milanese costituisce un'**evoluzione rispetto alla tradizionale linea mantenuta dalla giurisprudenza** (cfr. Cassazione, sentenza n. 13988/2017: *“ove una delle parti eserciti la facoltà di recedere con effetto immediato, il rapporto si risolve altrettanto immediatamente, con l'unico obbligo della parte recedente di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso e senza che da tale momento possano avere influenza eventuali avvenimenti sopravvenuti, a meno che la parte recedente, nell'esercizio di un suo diritto potestativo, acconsenta, avendone interesse, alla continuazione del rapporto lavorativo, protrandone l'efficacia sino al termine del periodo di preavviso”*), foriera di positivi riflessi per i dipendenti, soprattutto in epoche di difficoltà occupazionali. La soluzione offerta dalla sentenza n. 160/2021, del resto, sembra più favorevole rispetto ad altre previste fattispecie di grave messa a rischio del rapporto di lavoro, come nel caso di liquidazione coatta dell'impresa (cfr. art. 72, L.F.).

In definitiva, per il Tribunale di Milano, in casi di incertezza dichiarata e concreta quanto alla futura occupazione del lavoratore, quest'ultimo può dimettersi *ad nutum*, malgrado l'“incolpevolezza” del datore di lavoro e per il solo fatto che l'azienda non paia essere in grado di assicurargli il posto di lavoro per il futuro.

Rispetto alle dimissioni per giusta causa, tuttavia, nella descritta fattispecie il **preavviso appare “neutro”**, non dovendo essere assicurato un periodo di ulteriore prestazione del lavoro, ma neppure il versamento di una indennità in sua sostituzione.

Alla luce dell'autorevole indicazione giudiziale, è prevedibile che, in futuro, i lavoratori che si riterranno lesi quanto all'indennità di preavviso, oltre che al Giudice, **potranno rivolgersi agli Uffici ispettivi** per ottenere -con disposizione o diffida accertativa- un ordine esecutivo di restituzione immediata delle somme trattenute dall'azienda all'atto delle dimissioni.

IL RECUPERO DEI CONTRIBUTI DA ECCEDENZA MASSIMALE EX ART. 2 L. 335/1998: I PROFILI DI RESPONSABILITÀ TRA DATORE DI LAVORO E DIPENDENTE

Con l'art. 2, co. 18 della L. n. 335/1995 è stato introdotto il massimale annuo della base contributiva e pensionabile, per cui ai lavoratori che hanno maturato un'anzianità contributiva a decorrere dall'1 gennaio 1996 e privi di anzianità contributiva precedente (c.d. *nuovi iscritti*), i contributi pensionistici sono dovuti fino a un determinato livello di reddito, annualmente rivalutato (ad esempio il massimale per gli anni 2015 e 2016 era di Euro 100.324,00; per l'anno 2020 era di Euro 103.055,00). La quota di reddito eccedente al massimale, quindi, è considerata esente da contribuzione pensionistica.

Questa regola non si applica ai lavoratori che abbiano maturato un'anzianità contributiva anteriore all'1.1.1996 (c.d. *vecchi iscritti*), con riferimento a tutte le tipologie di rapporti di lavoro svolti (pubblici, privati, dipendenti, autonomi), includendo anche eventuali periodi di contribuzione figurativa, facoltativa, riscatti e contribuzione volontaria riferiti al periodo fino al 31 dicembre 1995.

Premesso che l'obbligo contributivo grava, per quote differenti, sia sul lavoratore che sul datore di lavoro, l'art. 19 della L. n. 218/1952 prevede espressamente che è il datore di lavoro ad essere responsabile del pagamento dei contributi anche per la parte a carico del lavoratore, mediante la trattenuta sulla retribuzione del periodo di paga a cui il contributo stesso si riferisce. È quindi il datore di lavoro, in qualità di soggetto responsabile del versamento dei contributi, a dover dichiarare mensilmente

nel flusso Uniemens il regime applicato a ciascun dipendente in base alla sua storia contributiva, in modo da individuare correttamente la base reddituale su cui calcolare i contributi da versare.

Proprio su questo specifico aspetto, nel corso del 2020 l'Inps ha iniziato ad effettuare una serie di **controlli** sulla correttezza dei dati esposti dai datori di lavoro nelle denunce contributive riguardanti, in particolare, gli anni successivi al 2015 e ciò al fine di evitare la prescrizione quinquennale dei relativi contributi.

In tutte quelle ipotesi in cui il datore di lavoro, ritenendo il proprio dipendente un nuovo iscritto ai sensi della L. n. 335/1995, abbia erroneamente applicato il massimale e abbia provveduto al versamento di contribuzione in misura inferiore a quanto dovuto, l'Inps sta quindi procedendo con la richiesta di regolarizzazione delle differenze contributive calcolate sulla quota di reddito extra massimale.

In questo caso, opera la previsione di cui all'art. 23 della L. n. 218/1952, secondo il quale **il datore di lavoro che non ha pagato i contributi entro il termine stabilito o li ha pagati in misura inferiore, è tenuto al pagamento dei contributi non versati tanto per la quota a proprio carico, quanto per quella a carico dei lavoratori coinvolti**, oltre alle relative sanzioni.

A questo proposito, si è discusso in passato se, rispetto alla quota a carico dei lavoratori versata in ritardo, il datore di lavoro avesse comunque la facoltà di rivalersi successivamente sul dipendente coinvolto, operando ►

IL RECUPERO DEI CONTRIBUTI DA ECCEDEXENZA MASSIMALE EX ART. 2 L. 335/1998: I PROFILI DI RESPONSABILITÀ TRA DATORE DI LAVORO E DIPENDENTE

comunque la trattenuta della relativa quota sulle retribuzioni successive.

Sul punto, l'ormai consolidata interpretazione della Corte di Cassazione, ribadita anche recentemente (vd. sentenze n. 25856 del 16.10.2018 e n. 18333 del 3.9.2020), ha espressamente **escluso la possibilità per il datore di lavoro di rivalersi sul lavoratore per il recupero della quota a suo carico versata in ritardo**. Pertanto, se il datore di lavoro corrisponde tempestivamente all'Inps la quota contributiva a carico del dipendente, può legittimamente operare la relativa trattenuta sulla retribuzione ai sensi dell'art. 19, L. n. 218/1952; se invece detta quota non è versata tempestivamente, essa, ai sensi dell'art. 23, L. n. 218/1952, rimane definitivamente a suo carico, con la conseguenza che il lavoratore stesso rimane liberato della relativa obbligazione contributiva.

Questo perché, come detto, il tempestivo versamento dei contributi è onere del datore di lavoro, il quale è considerato quindi il responsabile dell'eventuale inadempimento dell'obbligazione posta a suo carico. Per questo motivo, lo stesso Inps, con **circolare n. 177/1996**, ha previsto che nel momento in cui il livello retributivo di un lavoratore si attesti al di sopra del massimale contributivo annuo, oppure al momento dell'assunzione, il datore di lavoro sia tenuto ad acquisire da parte del lavoratore stesso una dichiarazione attestante l'esistenza o meno di periodi utili

o utilizzabili ai fini dell'anzianità contributiva precedenti all'1 gennaio 1996.

Bisogna tuttavia tenere in conto che il dipendente, in qualsiasi momento della sua vita lavorativa, potrebbe presentare all'Inps domanda di riscatto o accredito figurativo per periodi antecedenti all'1.1.1996, acquisendo così la qualifica di vecchio iscritto ai sensi della L. n. 335/1995, non più soggetto quindi all'applicazione del massimale annuo della base contributiva e pensionabile. In questa ipotesi, l'Inps ha precisato, con la **circolare n. 42/2009**, che il lavoratore è tenuto a dare **tempestiva comunicazione** al proprio datore di lavoro dell'avvenuta presentazione della domanda di riscatto o accredito figurativo, in modo da consentire il corretto adempimento degli obblighi contributivi da parte del datore stesso.

Si ritiene quindi che, in caso di **mancato assolvimento da parte del dipendente del suo onere di tempestiva comunicazione al datore di lavoro** della modifica della propria posizione contributiva, la responsabilità dell'eventuale omesso versamento dei contributi calcolati sulla quota extra massimale sia a lui imputabile e quindi, anche ai sensi di quanto previsto dall'art. 1227 c. c. in tema di concorso del fatto colposo del creditore, il datore di lavoro possa, successivamente alla regolarizzazione contributiva, rivalersi sul dipendente stesso per il ristoro dei danni subiti e ascrivibili a sua colpa.

PROROGA E RINNOVO “EMERGENZIALI”

OPPORTUNITÀ, CAUTELE E CRITICITÀ DELLA DEROGA SUI CONTRATTI A TEMPO DETERMINATO

Nel novero degli adattamenti emergenziali al diritto del lavoro pandemico, accanto alle primarie direttrici dell'azione legislativa (*rectius* esecutiva), ammortizzatori sociali in costanza di rapporto e c.d. “blocco” ai licenziamenti, l'ordinamento lavoristico ha subito, fin dal principio, una forte “pressione” integrativa/modificativa rispetto a numerose questioni inerenti alla “vicenda” subordinata.

Muovendo da un articolato normativo particolarmente rigido¹ e giustificata da “frammentarie” esigenze, economiche e produttive, di contesto, anche la disciplina del contratto a termine, in virtù dell'immanenza fra “diritto” e “mercato” del lavoro, è stata, a più riprese, oggetto di intervento.

Tralasciando le sue antecedenti e piuttosto problematiche versioni², si intende concentrare l'attenzione sulla disposizione, per gli effetti della Legge di Bilancio, attualmente vigente.

In particolare, l'articolo 93 del D.l. n. 34 del 19.05.2020, così come modificato dal D.l. n. 104 del 14.08.2020 e dall'articolo 1, co. 279, L. n. 178 del 30.12.2020, prevede che *“In conseguenza dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, in deroga all'articolo 21 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 e fino al 31 marzo 2021, ferma restando la durata massima complessiva di ventiquattro*

mesi, è possibile rinnovare o prorogare per un periodo massimo di dodici mesi e per una sola volta i contratti di lavoro subordinato a tempo determinato, anche in assenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1, del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81.”

In sostanza, nel rispetto di un doppio limite, “esterno” (24 mesi complessivamente³ considerati) e “interno” (12 mesi di estensione) al nuovo contratto, di proroga o rinnovo che sia, le parti potranno rifuggire, per una volta soltanto⁴, dalle necessarie “condizioni” ordinariamente previste (art. 19, co. 1, lettere a) e b), D.lgs. n. 81/2015), accedendo così a una “finestra” di flessibilità, attualmente aperta sino al prossimo 31 di marzo.

Considerata la rilevanza di tale opportunità, ma anche avuto riguardo delle conseguenze “sanzionatorie”⁵ in caso di “vizi” del negozio, sembrano quantomai opportune alcune riflessioni su cautele e potenziali criticità derivanti dalla gestione, contrattuale, del rapporto.

“CAUSA” O “CAUSALE”

Come anticipato, la parziale e temporanea *deregulation* consente al datore di (ri)guadagnare in “elasticità” organizzativa, potendo il medesimo prorogare, oltre i 12 mesi iniziali o rinnovare - *ergo* riassumere - lavora- ➤

1. La “rigidità” è oggettiva. A esempio, si rifletta su come la legittima discrezionalità del Legislatore della L. n. 96/2018, abbia inteso contrastare gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti a tempo determinato (Clausola 5 Acc. Quadro, Dir. 1999/70) attraverso le “ragioni giustificatrici”, la durata massima dei contratti e delle proroghe, gli *stop&go*, un doppio limite di contingentamento (artt. 23 e 31 D.lgs. n. 81/2015), ma anche, eccedendo la direttiva, riproponendo, parzialmente, i limiti sul primo ed eventualmente “unico” contratto (art. 19 co. 1 D.lgs. n. 81/2015).

2. Ci si riferisce al difficile inquadramento, in termini di effetti giuridici, dell'*incipit* dell'articolo 93 (prima vers.) D.l. n. 34/2020, *“In deroga all'articolo 21 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, per far fronte al riavvio delle attività*

in conseguenza all'emergenza epidemiologica da COVID-19 [...]”, trascurato dalla prassi “ispettiva” (cfr. INL nota 160 03.06.2020) ma attenzionato dalla dottrina, oltreché alla proroga, *ope legis*, prevista al comma 1-bis, inserito dalla Legge di conversione n. 77/2020.

3. Ad avviso di chi scrive, condividendo le interpretazioni del Ministero del Lavoro contenute nelle circolari n. 13 del 02.05.2008 e n. 18 del 18.07.2012, saranno da computare tutti - senza limiti temporali - i contratti a termine precedentemente instaurati per le medesime mansioni e inquadramento ossia con il medesimo “oggetto” contrattuale nonché tutte le somministrazioni a tempo determinato instaurate a far data dal 18.07.2012.

4. Come affermato dall'Ispettorato Nazionale

del Lavoro con la nota giuridica del 16.09.2020, *“occorre altresì chiarire che la disposizione, in quanto “sostitutiva” della disciplina previgente, consentirà di adottare la nuova proroga o il rinnovo “agevolato” anche qualora il medesimo rapporto di lavoro sia stato prorogato o rinnovato in applicazione del previgente art. 93 del D.l. n. 34/2020”*.

5. In primo luogo, si pensi alla nullità del “termine” apposto al contratto e la prosecuzione, del medesimo, *ex tunc*, a tempo indeterminato, non essendo applicabile il co. 1 dell'art. 1419 c.c. allorché la nullità della clausola derivi dalla contrarietà di essa a norme imperative poste a tutela del lavoratore (cfr. Cass. n. 14797/2019). In aggiunta, qualora ciò avvenga mediante riconoscimento giudiziale, si consideri le indennità risarcitorie previste all'art. 28 D.lgs. n. 81/2015.



PROROGA E RINNOVO “EMERGENZIALI”

tori già precedentemente impiegati, senza per questo doversi preoccupare di una eventuale e futura valutazione giudiziale, evidentemente nel merito della scelta aziendale, cosa che, peraltro, risulterebbe contrastare l'indirizzo deflativo generale - tutt'ora vigente - dell'ordinamento lavoristico⁶.

Invero, le c.d. “nuove causali” (e non “cause”, come si dirà meglio *infra*) introdotte dal D.l. “Dignità”⁷ ossia le “(a) esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori” e le “(b) esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria”, prestandosi, *ex post*, ad antitetiche valutazioni giurisdizionali di conformità, generando, dunque, *ex ante*, approcci dubitativi in termini di certezza dell'inveramento della “fattispecie”, avevano già determinato una contrazione dei “flussi” dei rapporti a tempo, senza tuttavia evidenziarne un “riversamento”, significativo, in contratti a tempo indeterminato, quantomeno tale da scongiurare altrettanto indesiderabili ed esasperati effetti di “rotazione”⁸.

Per completezza, lato giuridico-applicativo, non possono poi tacersi le perplessità già emerse, a suo tempo, da una interpretazione ministeriale decisamente *sui generis*.

Infatti, secondo quanto sostenuto dal Ministero del Lavoro nella circolare n. 17 del 31.10.2018, “la proroga presuppone che restino invariate le ragioni che avevano giustificato inizialmente l'assunzione a termine [e] Pertanto, non è possibile prorogare un contratto a tempo determinato modificandone la motivazione, in quanto ciò darebbe luogo ad un nuovo contratto a termine ricadente nella disciplina del rinnovo, anche se ciò avviene senza soluzione di

continuità con il precedente rapporto.”

Di tutta evidenza la discutibilità di un simile assunto, quantomeno per due ordini di ragioni.

Una prima, “testuale”, risiede nel fatto che è lo stesso articolo 19 a inquadrare le “ragioni” giustificatrici quale “contenuto integrativo” della forma scritta (comma 4) e non “presupposto”, *tout court*, alla proroga, tanto da prevederne, *ipso iure*, la variazione (dall'assenza alla presenza, qualora si “sforino” i 12 mesi).

Una seconda, “civilistica”, in quanto nel tradire sé stessa⁹, la prassi ministeriale sembra incappare in errore, confondendo la “causa” - sì immutabile - del negozio contrattuale (art. 1325 c.c.) con le “causali”, anti-abusive, di matrice eurounitaria (Acc. Quadro clausola 5, 1 lettera a), Dir. 1999/70/CE).

PROROGA E “FORMA” SCRITTA

Rimanendo in tema di “proroga”, al fine di fruire, senza pregiudizio, della deroga in parola, si ritiene che le parti debbano anche curarsi di formalizzare, per iscritto, il loro reciproco consenso alla prosecuzione, temporanea, del rapporto.

Di converso, appare oltremodo rischiosa la scelta, eventuale, di aderire a recenti ma episodici pronunciamenti di legittimità¹⁰, peraltro riferiti a disciplina precedente (D. lgs. n. 368/2001), secondo i quali, al contrario, la norma non estenderebbe affatto alla “proroga” i vincoli di forma scritta, prevenendo, a tutela del lavoratore, alternativi e più flessibili meccanismi sanzionatori.

Ad avviso di chi scrive, così interpretando, troppo ci si “distanza” - con tutto ciò che questo comporta (§ nota 5) - dalla vigente realtà giuridica.

Non solo per ragioni “sistemiche” ossia per ➤

6. Il riferimento è all'articolo 30, L. n. 183/2010 “1. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile [...] contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro [...] il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tec-

niche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.”

7. D.l. 12 luglio 2018, n. 87 convertito in L. 9 agosto 2018, n. 96.

8. Sul problema dell'accentuazione del *turnover*, anche in ottica comparata, si rimanda a M. Aimo, in WP CSDLÉ “Massimo D'Antonio” n. 431/2020 “Lavoro a tempo, on demand, ‘imprevedibile’: alla ricerca di una ‘ragionevole flessibilità’ del lavoro non standard”, pag. 6-8.

9. Ad avviso dello scrivente, meglio aveva interpretato il Ministero del Lavoro, con la circolare 42 del 13.08.2002, legittimando la variazione delle “ragioni”, “fermo restando che la proroga deve riferirsi alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato a tempo determinato” ovvero restando immutato quello che è l'oggetto del contratto.

10. Cass. n. 1058 del 2016 e Cass. n. 8443 del 2020.



PROROGA E RINNOVO “EMERGENZIALI”

ché palesemente condizionati da un assetto regolativo differente, in cui l'apposizione del termine era sottoposta al vincolo indelegabile della ricorrenza di ragioni oggettive e con autorizzazione a un unico prolungamento della durata iniziale¹¹.

Oppure perché, in tale evenienza, la linea di demarcazione tra l'esistenza di una proroga e la mera prosecuzione di fatto (art. 22, D.lgs. n. 81/2015) diviene praticamente impercettibile, con intuibili ricadute sul piano processuale¹².

Ma anche, e specialmente, per motivi “testuali” poiché la norma, nell'affermare che *“l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto”* (art. 19, co. 4), non può che riguardare anche la “proroga” ovvero la consensuale estensione del precedente rapporto giuridico patrimoniale (art. 1321 c.c.), *id est* un contratto a tutti gli effetti, a prescindere dal “grado” negoziale, primo o secondo, che gli si intenda attribuire¹³.

Di conseguenza, la legittimità della nuova scadenza presuppone anche l'avvenuta sottoscrizione del documento, a opera del lavoratore, in un momento antecedente o contestuale la prosecuzione del rapporto, dovendosi ritenere insufficiente la “consegna”, al predetto, dell'atto sottoscritto dal solo datore, poiché questa, benché richiesta - imperfettamente¹⁴ - dalla legge e ancorché seguita dall'espletamento di attività lavorativa, non è suscettibile di esprimere, inequivocabilmente, una accettazione (peraltro irrilevante ove manifestata per fatti concludenti) della durata limitata del rapporto¹⁵, ma, plausibilmente, la semplice volontà del lavoratore di esser parte di un contratto di lavoro¹⁶.

GLI “EFFETTI”

Altro aspetto, di rilevanza assoluta, è quello di calibrare, correttamente, il “dato” letterale *“fino al 31 marzo 2021 [...] è possibile rinnovare o prorogare”*.

Lato operativo, nel silenzio della norma, non sembra affatto infondato il dubbio riguardo a ciò che è giuridicamente rilevante al fine di cogliere - o meno - il periodo “bianco”: la data di “stipula” o gli “effetti” del rinnovo o della proroga?

Evidente il vantaggio consentito dall'aderire alla prima opzione, ammettendosi in tale guisa, una estensione temporale del “beneficio” in quanto ciò richiederebbe, esclusivamente, una formalizzazione preventiva, entro il 31 marzo, di “effetti” posteriori (*sine die*, in caso di “rinnovo”) a tale data.

Tuttavia, questa soluzione, almeno per la “proroga”, appare non convincente oltretutto foriera di probabile contenzioso.

Non tanto perché, come sostenuto da alcuni commentatori¹⁷, una proroga *ante tempus* - ossia in vigenza del contratto - rappresenterebbe un evidente negozio in frode alla legge (art. 1344 c.c.), il che postulerebbe la liceità/validità del “mezzo” e l'illiceità del “risultato”¹⁸, ma perché, piuttosto, proprio il “mezzo” ossia la “proroga” non si andrebbe, giuridicamente, a realizzare.

Per vero, convenendo con quanto stabilito in un recente pronunciamento di merito, peraltro in vicenda normativa non dissimile a quella oggetto di trattazione, la “proroga”, *“diversamente dal contratto costitutivo, rileva proprio nel suo momento funzionale, essendo atta a operare la continuazione di un rapporto di lavoro già in essere”* cosicché do- ➤

11. Così, A. Riccobono, in WP CSDLE “Massimo D'Antona” n. 403/2019 *“Neoformalismo negoziale e tecniche di protezione: il caso della proroga del contratto a termine”*, pag. 8-10.

12. *Ibidem*.

13. In Trib. Bolzano 20.04.2006, la proroga viene definita un *“negozio bilaterale di secondo grado”*.

14. Il riferimento è all'art. 19, co. 4, D.lgs. n. 81/2015, il quale, prevedendo un obbligo (consegna della copia del contratto, entro

cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione) senza sanzione, può inquadarsi fra le c.d. norme “imperfette”.

15. Infatti, come sostenuto dal Ministero del Lavoro con la circolare 42 del 13.08.2002, la “consegna”, normativamente prevista, rappresenta un adempimento estrinseco ai requisiti del contratto e, quindi, inidoneo ad incidere sulla validità dello stesso.

16. In sostanza, anche il documento di “proroga”, come il con-

tratto iniziale, dovrebbe postulare, ad avviso di chi scrive, la preventiva formalizzazione della volontà del lavoratore. Per una specifica sul “timing”, anche se riferita al contratto iniziale, Cass. n. 2774 del 2018.

17. Così E. Massi, in Editoriale Generazione Vincente del 31.12.2020, *“Contratti a termine acasuali e proroga del limite temporale nella Legge di Bilancio”*.

18. *Ex multis*, Cass. n. 20620 del 2018.

PROROGA E RINNOVO “EMERGENZIALI”

vrà farsi riferimento alla disciplina corrispondente “al momento della produzione degli effetti della stessa”¹⁹.

Pertanto, mentre potrebbe residuare incertezza sulla legittimità di un “rinnovo” stipulato entro il 31.03, ma con effetti (avvio del rapporto) successivi a tale data, non si rinvergono ragioni per assoggettare al regime di “deroga” le proroghe di contratti con scadenza già prevista oltre tale data, essendo l’accesso alla flessibilità normativa, in questo caso, “interdetta dalla piena efficacia del contratto già esistente fra le parti”²⁰.

ESIGENZE TEMPORANEE

Andando a concludere, appare altresì doveroso accennare ad altra essenziale questione, concernente la gestione, non solo in “deroga”, di rinnovi e proroghe dei contratti a termine. Infatti, non può - giuridicamente - dimenticarsi che qualsivoglia disciplina sul lavoro a “tempo determinato”, più o meno flessibile che sia, deve conformarsi, necessariamente (art. 4, p. 3 TUE), ai principi generali e ai requisiti minimi imposti dal diritto dell’unione, in particolare dalla Direttiva 70/1999/CE, attuativa dell’accordo quadro, intercategoriale (CES, CEEP e UNICE), concluso il 18 marzo 1999.

Questa, come noto, si pone la realizzazione di due fondamentali obiettivi, la parità di trattamento e, per quel che più rileva, la prevenzione degli abusi derivanti dall’utilizzo di una successione di contratti o rapporti a termine²¹.

Ed è nel perseguimento di quest’ultimo che la clausola 5 dell’accordo quadro impone, ai paesi membri, di “introdurre, in assenza di norme equivalenti [...] una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti;

b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti.”

Tuttavia, sulla scorta di una inequivoca interpretazione della corte di giustizia²², indipendentemente dal rispetto dei vincoli formali (es. 24 mesi complessivi) normativamente previsti, i tribunali di merito nazionali²³ hanno iniziato a “pretendere”, al fine di legittimare la reiterazione dei contratti non a tempo indeterminato, la preconditione delle “esigenze temporanee”.

In sintesi estrema, rimandando l’approfondimento ad altra occasione, l’obiettivo della direttiva di impedire abusi nella reiterazione dei contratti a tempo, significa, giocoforza, evitarne un utilizzo per soddisfare esigenze di carattere durevole, permanente o comunque non temporaneo.

Questa linea interpretativa comporta che, pur non arrivando a introdurre surrettiziamente e per via giudiziale la misura *ex clausola 5*, punto 1, lettera a)²⁴, il criterio dell’attitudine a evitare l’utilizzo del contratto a termine per soddisfare esigenze, in sostanza, durevoli, deve essere impiegato, comunque, quale metro per valutare l’adeguatezza di una legislazione (NdA come quella “emergenziale”) che utilizza la misura, alternativa, prevista dalla clausola 5, punto 1, lettera b) dell’accordo quadro²⁵.

Pertanto, al netto della necessità di conformarsi alla “lettera” della norma, non può che suggerirsi, in aggiunta, una verifica, da caso a caso, delle motivazioni organizzative che retroagiscono, fattualmente alla proroga e/o al rinnovo di ciascun specifico contratto.

19. Tribunale Milano n. 797/2020.

20. *Ibidem*.

21. Clausola 1 dell’accordo quadro.

22. In particolare, l’assunto è fondato sulle sentenze “Flamingo”, cause riunite C-362/13, C-363/13 e C-407/13, “Mascolo”, cause riu-

nite C-22/13, C-61/13 e C-62/13 e “Küçük”, causa C-586/10.

23. Si veda, Tribunale Trento n. 223/2018, Firenze n. 794/2019 e Vicenza n. 343/2020.

24. Sentenza Trento cit., pag. 28.

25. Sentenza Firenze cit., pag. 4.

L'articolo 55 del Codice del Terzo Settore come strumento di co-programmazione con la Pubblica Amministrazione:

LUCI ED OMBRE DOPO GLI ULTIMI INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI E NORMATIVI

Non c'è pace per il Terzo Settore: questa fetta dell'economia sociale continua ad essere oggetto di interventi giuridici e normativi che, più che fare chiarezza, rischiano di creare zone d'ombra tra l'attività delle imprese sociali e degli organismi che si riconoscono nelle finalità solidaristiche e non lucrative, e quella delle imprese e degli altri organismi a scopo lucrativo, che invece operano in un contesto concorrenziale.

Gli interventi in questione riguardano le attività di co-programmazione e co-progettazione tra soggetti del terzo settore e pubblica amministrazione così come definite dall'art. 55 del Codice del Terzo Settore (D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117). Tale norma prevede assieme all'articolo successivo la possibilità di collaborazione tra soggetti "no-profit" e pubblica amministrazione nella definizione, nello sviluppo e nell'implementazione di iniziative comuni nell'ambito del sociale.

Dispone infatti l'art. 55: "1. ... [omissis] ... le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'esercizio delle proprie funzioni di programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei servizi nei settori di attività di cui all'articolo 5, assicurano il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore, attraverso forme di co-programmazione e co-progettazione e accreditamento, poste in essere nel rispetto dei principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché delle norme che disciplinano specifici

procedimenti ed in particolare di quelle relative alla programmazione sociale di zona.

2. La co-programmazione è finalizzata all'individuazione, da parte della pubblica amministrazione procedente, dei bisogni da soddisfare, degli interventi a tal fine necessari, delle modalità di realizzazione degli stessi e delle risorse disponibili.

3. La co-progettazione è finalizzata alla definizione ed eventualmente alla realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento finalizzati a soddisfare bisogni definiti, alla luce degli strumenti di programmazione di cui comma 2.

4. Ai fini di cui al comma 3, l'individuazione degli enti del Terzo settore con cui attivare il partenariato avviene anche mediante forme di accreditamento nel rispetto dei principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, previa definizione, da parte della pubblica amministrazione procedente, degli obiettivi generali e specifici dell'intervento, della durata e delle caratteristiche essenziali dello stesso nonché dei criteri e delle modalità per l'individuazione degli enti partner."

Non sfuggirà ai più come questa norma delinea procedure molto simili a quelle contemplate dal Codice dei Contratti pubblici (D. lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nella Sezione IV in materia di servizi sociali (articoli 140 e ss.), anche se informate a principi del tutto diversi. Non a caso l'ANAC, nella veste anche di Autorità di Vigilanza sugli Appalti, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sugli ►



L'ARTICOLO 55 DEL CODICE DEL TERZO SETTORE COME STRUMENTO DI CO-PROGRAMMAZIONE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: LUCI ED OMBRE DOPO GLI ULTIMI INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI E NORMATIVI

spazi di corretta applicazione della norma del Codice del Terzo Settore e sui limiti in riferimento alla disciplina altrimenti definita dal Codice dei Contratti.

A questo proposito il Consiglio di Stato con pronuncia dell'adunanza speciale del 26 luglio 2018 ha osservato come a proprio parere l'art. 55 del CTS dovesse interpretarsi alla luce dei principi europei che avevano ispirato il Codice dei Contratti, primo tra tutti quello della concorrenza. Tale ricostruzione, che si fonda sul principio di disapplicazione della norma interna ove collidente con quella comunitaria, aveva pertanto come conseguenza la disapplicazione dell'art. 55 nella parte in cui non prevedeva una procedura comparativa, o meglio, la sua applicazione alla luce comunque dei principi fondanti il Codice dei Contratti, non ritenendo in questo sufficiente il mero richiamo ai principi della L. n. 241/1990.

Sulla materia interveniva indirettamente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 131 del 26 maggio 2020 in cui, rispondendo all'impugnativa dello Stato nei confronti della Legge Regionale dell'Umbria 11 aprile 2019 n. 2, procedeva invece ad una diversa analisi finalizzata all'individuazione della normativa richiamabile nelle attività di co-programmazione e co-progettazione ex art. 55 del CTS. Osservava infatti il Giudice delle Leggi che nella ricostruzione di tale istituto non si deve aver riguardo solo alla natura dell'operazione, ma tener conto anche delle modalità con cui l'operazione si pone in essere e della natura dei soggetti coinvolti e quindi della meritevolezza degli interessi sottesi. Precisava, inoltre, che, con riferimento espresso alla normativa ed ai principi comunitari, questi non disconoscono trattamenti differenziati in ragione della natura giuridica dei soggetti coinvolti, anzi, autorizzano una normativa nazionale di favore quando gli stessi siano costituiti per scopi e finalità considerati dall'ordinamento meritevoli di particolare tutela.

Prova ne sia la giurisprudenza anche della CGUE in materia, come le sentenze V sez., 28 gennaio 2016 in causa C-50/14 e V sez., 11 dicembre 2014 in causa C-113/13.

Esempio di un adeguamento a questo diverso orientamento è stato proprio il risultato dell'istruttoria dell'ANAC dell'agosto 2020 sulla vicenda delle "case di quartiere" a Bologna, con cui ha stabilito di non doversi applicare il Codice degli appalti in quanto operazione caratterizzata dalla totale assenza di lucro e quindi non compatibile con i criteri ed i principi di questo, laddove invece trovavano piena ed autonoma applicazione quelli di cui all'articolo 55 del CTS. Al di là di facili trionfalismi e sempre con l'espressa finalità di non vedere snaturato un istituto giuridico altrimenti meritorio (ricordiamo sempre che "la via dell'inferno è lastricata di buone intenzioni") per scopi di politica locale che a volte proprio meritori non sono, chi scrive si sente di mettere in guardia chi operi in questo settore: la corretta definizione del campo di applicazione dell'art. 55 del CTS richiede che vi sia coerenza tra la natura dell'operazione, le modalità di attuazione e la natura del soggetto coinvolto. La stessa Corte Costituzionale, nella citata sentenza n. 131/20 ha tenuto a distinguere tra cooperative *sic et simpliciter*, cooperative che optino per il regime delle imprese sociali ex art. 1 del D.lgs. n. 112/2017 e cooperative sociali ex L. n. 381/91, osservando come solo le ultime due tipologie fossero compatibili con le tutele riconosciute dalla Legge Regionale oggetto del giudizio. È quindi evidente come in ogni altro caso non possa che trovare applicazione il Codice dei Contratti.

E questa distinzione in sede ermeneutica va viepiù rafforzata in presenza delle modifiche che il D.l. n. 76/2020 ha apportato al D.lgs. n. 50/2016, richiamandovi espressamente il riferimento all'art. 55 del CTS, in quanto rischiano di apportare più confusione che chiarezza. ➤

L'ARTICOLO 55 DEL CODICE DEL TERZO SETTORE COME STRUMENTO DI CO-PROGRAMMAZIONE CON LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: LUCI ED OMBRE DOPO GLI ULTIMI INTERVENTI GIURISPRUDENZIALI E NORMATIVI

Si veda all'uopo la "nuova" formulazione dell'art. 140: "...*Gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici di cui all'allegato IX sono aggiudicati in applicazione degli articoli 142, 143, 144, salvo quanto disposto nel presente articolo e fermo restando quanto previsto dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 ... [omissis] ...*".

In quest'ottica è pertanto auspicabile che gli operatori (di parte pubblica come di parte privata) verificchino sempre, ai fini del ricor-

so alle procedure *ex art.* 55 del CTS, che vi sia e si mantenga quella coerenza – in termini di assenza della finalità lucrative – tra tipologia di intervento, modalità attuative e natura del soggetto coinvolto. Il rischio, anche alla luce degli interventi normativi di cui si è detto, è viceversa quello di creare una zona d'ombra in cui la distinzione tra procedure di co-programmazione e co-progettazione ed affidamento di appalti e/o concessioni di servizi pubblici si faccia tanto labile da giustificare abusi della peggior specie.

LICENZIAMENTI COLLETTIVI. CRITERI DI SCELTA E RUOLO DEL GIUDICE. CASS. SEZ. LAV. N. 28816/2020

La sentenza in commento affronta il tema del ruolo del giudice nell'indagine circa l'effettivo rispetto dei criteri di scelta adottati dall'azienda in occasione di una procedura di licenziamento collettivo ai sensi della L. n. 223/1991.

Come noto, l'art. 4 della L. n. 223/91 fissa la procedura di apertura del licenziamento collettivo da parte del datore di lavoro, definendo il ruolo centrale della preventiva comunicazione alle organizzazioni sindacali, nella quale il datore di lavoro deve esplicitare i motivi e il complessivo progetto di riorganizzazione posto alla base della riduzione di personale. Sui contenuti di tale comunicazione il comma 3 del richiamato art. 4 è piuttosto analitico, precisando che la comunicazione debba dare indicazione *“dei motivi che determinano la situazione di eccedenza; dei motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, il licenziamento collettivo; del numero, della collocazione aziendale e dei profili professionali del personale eccedente nonché del personale abitualmente impiegato; dei tempi di attuazione del programma di riduzione del personale; delle eventuali misure programmate per fronteggiare le conseguenze sul piano sociale della attuazione del programma medesimo; del metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle già previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva”*.

A seguito di tale comunicazione, a richiesta delle rappresentanze sindacali, si procede ad una consultazione sindacale, il cui scopo, a parere della Suprema Corte, è quello di consentire *“alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero di personale e le unità che, in concreto, l'azienda intende espellere, di talché sia evidenziabile la connessione tra le*

enunciate esigenze aziendali e l'individuazione del personale da licenziare” (cfr. Cass. n. 24646 del 2007).

In altri termini l'esame congiunto tra le parti risulta finalizzato sia ad esaminare le cause che hanno indotto l'azienda alla dichiarazione di esubero, che a ricercare, attraverso un accordo sindacale, soluzioni alternative al licenziamento (ricollocazione, flessibilità, contratti di solidarietà) oppure soluzioni di esodo volontario.

Laddove invece all'esito dell'esame congiunto venisse confermata l'esigenza dell'azienda di procedere con la risoluzione dei rapporti di lavoro, l'individuazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare è rimessa dalla L. n. 223/91 all'art. 5, che li indica *“in relazione alle esigenze tecnico produttive ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti, nel rispetto dei seguenti criteri, in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative”*.

I criteri da applicare per individuare i lavoratori da licenziare sono quindi contenuti nell'accordo sindacale sottoscritto tra le parti, che può includere anche i criteri di legge in mancanza di esodo volontario, mentre in assenza di accordo sindacale, si identificano solo con i criteri di legge di cui all'art. 5.

Inoltre, come si vede dalla norma appena citata, l'art. 5 richiede che la comparazione dei lavoratori da licenziare debba avvenire nell'ambito dell'intero complesso organizzativo e produttivo, affinché (ai fini della loro fungibilità) siano confrontabili lavoratori in possesso di analoga professionalità. La Corte di Cassazione ha tuttavia nel tempo affermato che ove la procedura di ridu- ➤

zione del personale interessi una specifica unità produttiva o un settore dell'azienda, la comparazione dei lavoratori per l'individuazione dei soggetti da avviare a mobilità può essere limitata al personale addetto a quella unità o a quel settore, salvo che i lavoratori interessati alla riduzione non provino la loro fungibilità rispetto a lavoratori occupati in altri reparti - la cui posizione non sia quindi stata dichiarata in esubero nella procedura di avvio - nei quali abbiano in pregresso lavorato.

Fatta questa debita premessa, il principale motivo di impugnazione della sentenza della Corte d'Appello di Firenze su cui verte il giudizio in oggetto è l'aver ritenuto, in violazione dell'art. 4, L. n. 223/91 e dell'art. 41 Cost., che la comparazione dei criteri di scelta avrebbe dovuto riguardare anche la posizione di un lavoratore appartenente ad un altro reparto, non coinvolto nella riorganizzazione, nel quale il lavoratore licenziato non aveva mai operato e di cui, nel corso del giudizio, non ha mai dimostrato di aver acquisito la professionalità. La sentenza della Corte d'Appello di Firenze impugnata aveva sostenuto che l'operazione di comparazione era inficiata dalla mancata considerazione di tale altro lavoratore, avente un diverso profilo professionale e inquadrato con qualifica (solo in parte) sovrapponibile a quella del lavoratore licenziato.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 28816/2020 lapidariamente precisa che "tale giudizio è in diritto errato", esplicando a seguire in modo chiaro i motivi della decisione. Come la stessa Corte ha costantemente affermato, infatti, "la L. n. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato ex post nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, dovuto ex

*ante alle organizzazioni sindacali, destinata-
ne di incisivi poteri di informazione e consul-
tazione secondo una metodica già collaudata
in materia di trasferimenti di azienda. I resi-
dui spazi di controllo devoluti al giudice in
sede contenziosa non riguardano più, quindi,
gli specifici motivi della riduzione del persona-
le (a differenza di quanto accade in relazione
ai licenziamenti per giustificato motivo obiet-
tivo) ma la correttezza procedurale dell'opera-
zione, con la conseguenza che non possono tro-
vare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle
censure con le quali, senza contestare specifiche
violazioni delle prescrizioni dettate dai citati
artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di malizio-
se elusioni dei poteri di controllo delle organiz-
zazioni sindacali e delle procedure di mobilità
al fine di operare discriminazioni tra i lavora-
tori, si finisce per investire l'autorità giudizia-
ria di una indagine sulla presenza di "effetti-
ve" esigenze di riduzione o trasformazione
dell'attività produttiva (v. Cass. n. 11455 del
1999, Cass. nn. 13450, 13727, 14434, 13839
e 14553 del 2000, n.11194 del 2001, Cass. n.
11651 del 2003, Cass. n. 9134 del 2004,
Cass. n.21300 del 2006, Cass. 19347 del
2007, n. 5089 del 2009; da ultimo Cass.
30250 del 2018).*

Più nello specifico, per quanto rileva nel giudizio, la Corte ha affermato che, "ove la ristrutturazione dell'azienda interessi una specifica unità produttiva o un settore, la comparazione dei lavoratori per l'individuazione di coloro da avviare a mobilità può essere limitata al personale addetto a quella unità o a quel settore, salvo l'idoneità dei dipendenti del reparto, per il pregresso impiego in altri reparti dell'azienda, ad occupare le posizioni lavorative dei colleghi a questi ultimi addetti, spettando ai lavoratori l'onere della deduzione e della prova della fungibilità nelle diverse mansioni (Cass. n. 18190 del 2016)". Poiché tale prova non è stata dal lavoratore licenziato né fornita né dedotta in giudizio, il ricorso dell'azienda è stato accolto, con rinvio alla Corte d'Appello di Firenze in diversa composizione.

GIULIA CASSANO ANALIZZA GLI ORIENTAMENTI SUL TEMA

RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO per i comportamenti del dipendente*

L'itinerario dell'Autrice si propone di dare conto dei principali orientamenti maturati in riferimento alla configurabilità di una responsabilità del datore di lavoro per fatti dei lavoratori.

In primo luogo, viene presa in considerazione la responsabilità datoriale per fatti illeciti dei lavoratori, fondata sull'art. 2049 c.c..

Secondariamente, viene esaminata la responsabilità del datore di lavoro per fatti dei lavoratori posti in essere nell'esecuzione dell'obbligazione, ipotesi riconducibile all'art. 1228 c.c.. A parte la loro diversa natura, entrambe le norme si fondano sia sul fatto che l'agire del dipendente è uno degli strumenti dei quali l'intermediario si avvale nell'organizzazione della propria impresa, traendone benefici ai quali è ragionevole far corrispondere i rischi, sia sull'esigenza di offrire una adeguata garanzia all'investitore.

LA NATURA GIURIDICA DELLA RESPONSABILITÀ DEI PREPONENTI PER I FATTI ILLECITI DEI PREPOSTI

L'art. 2049 c.c., secondo la tesi prevalente in dottrina e in giurisprudenza, configura un'ipotesi di responsabilità oggettiva per fatto altrui, dal momento che non viene riconosciuta al preponente alcuna possibilità di fornire una prova liberatoria¹.

La *ratio* della norma è da rinvenirsi nel rischio di impresa per il quale i danni cagionati dal dipendente sono posti a carico

dell'impresa, come componente dei costi, sulla base del principio espresso dal brocardo "*cuius commoda eius et incommoda*"².

IL RAPPORTO DI PREPOSIZIONE

L'art. 2049 c.c. afferma testualmente la responsabilità dei "padroni" e dei "commitenti" per il fatto illecito dei propri "domestici" o "commessi": si tratta di espressioni in disuso, originariamente adottate per individuare un rapporto di lavoro subordinato. A seguito di un'evoluzione interpretativa, la giurisprudenza ha ritenuto fondata la responsabilità *ex art.* 2049 c.c. non solo nell'ipotesi di rapporto di lavoro subordinato³ ma in tutti i casi in cui per volontà di un soggetto un altro soggetto espliciti un'attività per conto del primo e sotto il suo potere⁴. Si è così ritenuto rientrante nell'ambito applicativo della norma un rapporto di lavoro parasubordinato, bastando una mera collaborazione o ausiliarietà del preposto nel quadro dell'organizzazione e delle finalità dell'impresa gestita dal preponente.

Il rapporto di preposizione può essere riscontrato anche nei casi in cui sia conferito l'incarico di un'opera o un servizio, purché il committente mantenga sull'incaricato un potere direttivo o di controllo, come nei casi di promotori finanziari⁵ e agenti⁶.

Con riferimento al contratto di mandato, la responsabilità del mandante viene tenden-

* Sintesi dell'articolo pubblicato ne *LG*, n. 1/2021, pag. 98, dal titolo *La responsabilità del datore di lavoro per fatti dei lavoratori*.

1. Cass. Civ., Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5329; Cass. Civ., Sez. III, 20 giugno 2001, n. 8381; Cass. Civ., Sez. III, 24 marzo 2000, n. 3536; Cass. Civ., Sez. III, 29 agosto 1995, n. 9100; di recente Cass. Civ., Sez. I, 14 dicembre 2018, n. 32514; Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2018, n. 30161.

2. Cass. Civ., Sez. III, 9 luglio 2020, n. 14613; Cass. Civ., Sez. III, 14 febbraio 2019, n. 4298; Cass. Civ., Sez. III, 22 novembre 2018, n.

30161; Cass. Civ., Sez. III, 31 agosto 2009, n. 18926; Cass. Civ., Sez. lav., 6 aprile 2002; nella giurisprudenza di merito recente Trib. Roma 25 giugno 2019 e Trib. Forlì 20 gennaio 2020.

3. *Ex plurimis*: Cass. Civ., Sez. III, 15 giugno 2016, n. 12283; nella giurisprudenza di merito Trib. Ivrea 21 settembre 2019; Trib. Roma 12 dicembre 2018.

4. Cass. Civ., Sez. III, 15 giugno 2016, n. 12283; Cass. Civ., Sez. III, 5 marzo 2009, n. 5370, in cui si è ritenuta sussistente la responsabilità del preponente per il solo fatto dell'inserimento dell'agente nell'impresa, non rilevando la conti-

nuità dell'incarico affidatogli.

5. Rispetto ai quali l'art. 31, comma 3, D.lgs. n. 58 del 1998 sancisce la responsabilità solidale della società di intermediazione per gli eventuali danni arrecati a terzi nello svolgimento delle incombenze affidate ai promotori finanziari, anche se tali danni siano conseguenti a responsabilità accertata in sede penale.

6. Anche in mancanza di potere di rappresentanza, così come affermato da Cass. Civ., Sez. III, 22 giugno 2007, n. 14578; Cass. Civ., Sez. III, 24 gennaio 2007, n. 1515.



RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER I COMPORTAMENTI DEL DIPENDENTE

zialmente esclusa dalla dottrina, dal momento che il mandatario si obbliga ad eseguire la prestazione per conto del mandante nell'esercizio della propria autonomia decisionale ed organizzativa.

In giurisprudenza, al contrario, la responsabilità del mandante *ex art. 2049 c.c.* viene ammessa a condizione che il mandatario sia dotato di potere di rappresentanza⁷.

Talvolta la giurisprudenza ha considerato responsabile il mandante in applicazione del principio dell'apparenza: si tratta di casi in cui, da una parte, il mandatario ha speso il nome del mandante inducendo il terzo a confidare nella sua qualità di rappresentante e, dall'altra, l'apparente rappresentato ha contribuito ad ingenerare nel terzo la convinzione ragionevole (e non colposa) della sussistenza di un rapporto di rappresentanza⁸ mediante il proprio comportamento di tolleranza dell'attività del *falsus procurator*.

La responsabilità del committente è generalmente esclusa in caso di contratto di appalto, in ragione dell'autonomia dell'appaltatore⁹.

La responsabilità dell'appaltante può invece configurarsi se il danno sia stato prodotto dall'appaltatore in esecuzione di direttive o di un progetto dell'appaltante ovvero se l'appaltante si sia inserito nei lavori in misura tale da compromettere radicalmente l'autonomia dell'appaltatore nella loro organizzazione ed esecuzione (in questo caso la responsabilità dell'appaltante sarà esclusiva)¹⁰.

Nel caso di somministrazione di lavoro è prevista espressamente la responsabilità dell'utilizzatore per i danni arrecati a terzi dal lavoratore nello svolgimento delle sue mansioni¹¹.

IL FATTO ILLECITO DEL PREPOSTO

Il secondo presupposto della fattispecie in esame è il fatto illecito del preposto, che può essere caratterizzato sia da colpa che da dolo¹². È stata affermata la responsabilità del preponente *ex art. 2049 c.c.* anche a prescindere dall'identificazione dell'autore del fatto, dal momento che è sufficiente accertare che quest'ultimo, sebbene ignoto, sia legato da rapporto di preposizione con il preponente¹³. L'art. 2049 c.c. trova applicazione limitatamente al danno cagionato ad un terzo, ma non è invocabile al fine di ottenere il risarcimento del danno che il preposto abbia procurato al committente oppure a sè stesso¹⁴.

IL NESSO DI OCCASIONALITÀ NECESSARIA

Il terzo presupposto per la configurabilità della responsabilità del preponente *ex art. 2049 c.c.* è la sussistenza di una connessione tra incombenze e danno.

L'interpretazione consolidata della giurisprudenza reputa non necessario che il fatto dannoso derivi dall'esercizio delle mansioni, essendo sufficiente che tra queste e il danno sussista un nesso di "occasionalità necessaria", nel senso che gli incarichi esercitati dal preposto abbiano determinato una situazione tale da agevolare o rendere possibile il fatto illecito¹⁵.

Si rinviene la responsabilità del preponente anche laddove il dipendente, collaboratore o ausiliario abbiano trasceso e disatteso i limiti fissati dal preponente in relazione alle loro incombenze, purché sempre nell'ambito dell'incarico affidato a questi, così che non si venga ad integrare una condotta del

7. Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 11 febbraio 2010, n. 3095; Cass. Civ., Sez. III, 24 gennaio 2007, n. 1516; Cass. Civ., Sez. III, 3 aprile 2000, n. 4005; Cass. Civ., Sez. III, 19 dicembre 1995, n. 12945; Trib. Milano 3 ottobre 2009.

8. Cass. Civ., Sez. III, 22 giugno 2007, n. 14578; Cass. Civ., Sez. I, 7 aprile 2006, n. 8229; sul punto di veda S. Scapellato, *La responsabilità dell'agenzia assicurativa per la condotta illecita del suo subagente*, in *Giur. it.*, 2015, 3, 556 ss.).

9. Cass. Civ., Sez. III, 21 gennaio 2020, n. 1172; Cass. Civ., Sez. III, 19 gennaio 2017, n. 1279. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Ravenna 21 febbraio 2019; App. Napoli 4 maggio 2017.

10. *Ex plurimis*: Cass. Civ., Sez. II, 13 dicembre 2019, n. 32991; Cass. Civ., Sez. III, 28 settembre 2018, n. 23442; Cass. Civ., Sez. I, 22 agosto 2018, n. 20942; Cass. Civ., Sez. II, 25 gennaio

2016, n. 1234; Cass. Civ., Sez. III, 8 giugno 2015, n. 11798; Cass. Civ., Sez. III, 23 aprile 2008, n. 10588; Cass. Civ., Sez. III, 16 maggio 1987, n. 4518; Cass. Civ., Sez. I, 27 luglio 1983, n. 5151; Cass. Civ., Sez. III, 9 novembre 1978, n. 5133; Cass. Civ., Sez. III, 4 giugno 1962, n. 1343; e, per la giurisprudenza di merito Trib. Roma 14 luglio 2016.

11. Cass. Civ., Sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31889 che esclude la responsabilità del somministratore. 12. Cass. Civ., Sez. III, 25 maggio 2016, n. 10757. Nella giurisprudenza di merito: Trib. Vicenza 17 aprile 2020; Trib. Avezzano 14 gennaio 2020.

13. Cass. Civ., Sez. III, 25 maggio 2016, n. 10757, caso relativo alla sottrazione di contante da parte di alcuni dipendenti; Cass. Civ., Sez. III, 10 febbraio 1999, n. 1135

14. Cass. Civ., Sez. III, 22 marzo 2011, n. 6528;

si veda anche Cass. Civ., Sez. III, 6 dicembre 2019, n. 31889 sull'esclusione della possibilità che l'art. 35, D.lgs. n. 81/2015 fondi la responsabilità del somministratore per i danni cagionati dai suoi dipendenti all'utilizzatore.

15. *Ex plurimis*: Cass. Civ., Sez. III, 26 settembre 2019, n. 23973; Cass. Civ., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 22058; Cass. Civ., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 16663; Cass. Civ., Sez. III, 10 agosto 2016, n. 16887; Cass. Civ., Sez. VI, 15 ottobre 2015, n. 20924; Cass. Civ., Sez. III, 24 settembre 2015, n. 18860; Cass. Civ., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12448; Cass. Civ., Sez. III, 31 agosto 2009, n. 18926; Cass. Civ., Sez. III, 25 gennaio 2011, n. 1741; Cass. Civ., Sez. lav., 16 marzo 1990, n. 2154. Nella giurisprudenza di merito Trib. Vicenza 17 aprile 2020; Trib. Monza 10 febbraio 2020; Trib. Forlì 20 gennaio 2020; Trib. Vicenza 10 settembre 2019.



RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER I COMPORTAMENTI DEL DIPENDENTE

tutto estranea al rapporto di collaborazione concordato *inter partes*¹⁶.

L'AZIONE DI RIVALSA

La responsabilità del preponente *ex art.* 2049 c.c. è vicaria rispetto a quella del preposto, autore materiale dell'illecito, che risponde del fatto ai sensi dell'art. 2043 c.c. Il danneggiato può, dunque, agire per il risarcimento del danno nei confronti di entrambi i soggetti, solidalmente responsabili ai sensi dell'art. 2055 c.c., norma che non presuppone l'imputazione del danno per un medesimo titolo di responsabilità¹⁷.

Laddove, come accade spesso, sia il preponente a risarcire il danno, è pacifico che questi possa agire in rivalsa nei confronti del preposto per recuperare l'intera somma pagata, salvi i casi in cui i rapporti interni siano patizialmente regolati escludendo il regresso¹⁸.

A sostegno dell'assunto circa l'integralità della rivalsa del preponente si afferma che nella fattispecie delineata dall'art. 2049 c.c. solo il preposto è autore del danno, mentre la responsabilità del *dominus* si fonda sulla scelta normativa di gravare quest'ultimo del fatto altrui "in estensione della tutela del terzo"¹⁹.

CASISTICA MOBBING

L'art. 2049 c.c. viene invocato dalla giurisprudenza anche per affermare la responsabilità del datore di lavoro in caso di *mobbing* orizzontale o ascendente, unitamente all'art. 2087 c.c.²⁰.

Si deve però rilevare che in alcune sentenze sul tema si rinviene la necessità di poter muovere un rimprovero al datore di lavoro, a dispetto della natura oggettiva di tale responsabilità²¹.

ABUSI SESSUALI, MOLESTIE E DISCRIMINAZIONE

Parte della giurisprudenza riconosce la responsabilità del datore di lavoro in caso di abusi sessuali commessi dai dipendenti²².

In altre pronunce si esclude invece che possa configurarsi una responsabilità datoriale in casi di molestie sessuali poste in essere dai dipendenti, sull'assunto dell'impossibilità di considerare il comportamento del molestatore come riferibile alle incombenze del dipendente²³.

La responsabilità del datore di lavoro ai sensi dell'art. 2049 c.c. è stata riconosciuta anche nel caso di condotta di un dipendente riconducibile alle molestie basate sulla razza²⁴.

LA RESPONSABILITÀ DEL DEBITORE EX ART. 1228 C.C.

La responsabilità *ex art.* 2049 c.c. deve essere tenuta distinta da quella per il fatto degli ausiliari di cui all'art. 1228 c.c.

Mentre la *ratio* delle due norme è la stessa, diverso è invece l'ambito di applicazione: l'art. 1228 c.c. fa riferimento al caso in cui il datore di lavoro si avvalga dell'opera di ausiliari nell'esecuzione di un rapporto obbligatorio con un terzo creditore muovendosi, dunque, nel campo della responsabilità contrattuale; l'art. 2049 c.c. riguarda invece i fatti illeciti dei preposti nei confronti di terzi, rientrando nella responsabilità extracontrattuale.

I tratti distintivi tra le due norme sono stati chiariti di recente da una pronuncia della Suprema Corte in tema di responsabilità medica²⁵: è stato evidenziato come l'art. 1228 c.c., a differenza dell'art. 2049 c.c., sia una responsabilità diretta per fatto proprio del debitore, a prescindere da ipotetiche *culpa in eligendo vel in vigilando* e in considerazione ►

16. Cass. Civ., Sez. III, 6 luglio 2017, n. 16663; Trib. Vicenza 17 aprile 2020; Trib. Monza 10 febbraio 2020; Trib. Pisa 14 agosto 2019.

17. Cass. Civ., Sez. lav., 1° dicembre 2016, n. 24567; Cass. Civ., Sez. III, 18 marzo 2005, n. 5971; Cass. Civ., Sez. lav., 24 marzo 1997, n. 2583.

18. Cass. Civ., Sez. III, 5 luglio 2017, n. 16512.

19. Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28987, che richiama quali precedenti Cass. Civ., Sez. III, 5 luglio 2017, n. 16512; Cass. Civ., Sez. lav., 1° dicembre 2016, n. 24567; Cass. Civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24802; Cass. Civ., Sez. III, 5 settembre 2005, n. 17763.

20. Cass. Civ., Sez. lav., 15 maggio 2015, n. 10037; Cass. Civ., Sez. lav., 25 luglio 2013, n. 18093; Cass. Civ., Sez. lav., 9 settembre 2008, n. 22858; Cass. Civ., Sez. lav., 20 luglio 2007, n. 16148; Trib. Modena 4 aprile 2007; Trib. Roma 3 aprile 2020; App. Bari 23 luglio 2019.

21. Cass. Civ., Sez. lav., 15 maggio 2015, n. 10037, in cui si afferma che la circostanza che la condotta di *mobbing* provenga da un altro dipendente, posto in posizione di supremazia gerarchica rispetto alla vittima, non vale ad escludere la responsabilità del datore di lavoro *ex art.* 2049 c.c., ove questi sia rimasto colpevolmente inerte nella rimozione del fatto lesivo; Cass. Civ., Sez. lav., 25 luglio 2013, n. 18093; Cass. Civ., Sez. lav., 9 settembre 2008, n. 22858; Trib. Roma 3 aprile 2020; App. Bari 23 luglio 2019; contra App. Milano 17 ottobre 2007, che valorizza la natura oggettiva della responsabilità datoriale in questi casi.

22. Cass. Pen., Sez. III, 7 novembre 2019, n. 8968, per cui è configurabile la responsabilità civile del datore di lavoro per gli atti sessuali posti in essere dal conducente di autobus nei confronti dei passeggeri presenti a bordo du-

rante la sosta al capolinea, sussistendo il nesso di occasionalità necessaria nello svolgimento dell'attività lavorativa, in quanto questa non comprende solo la guida, ma anche la vigilanza del mezzo di trasporto; Cass. Civ., Sez. III, 22 settembre 2017, n. 22058, caso in cui è stata ravvisata la responsabilità dell'azienda ospedaliera per i danni provocati da un medico autore di violenza sessuale in danno di una paziente, perpetrata in ospedale e in orario di lavoro, nell'adempimento di mansioni di anestesista, narcotizzando la vittima in vista di un intervento chirurgico; Pret. Milano 31 gennaio 1997.

23. Cass. Pen., Sez. III, 6 dicembre 2011, n. 27706; Trib. Venezia 15 gennaio 2002; Pret. Modena 29 luglio 1998.

24. Art. 2, comma 3, D.lgs. n. 215/2003.

25. Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28987.



RESPONSABILITÀ DEL DATORE DI LAVORO PER I COMPORAMENTI DEL DIPENDENTE

del fatto che l'ausiliario è mero strumento esecutivo di un programma obbligatorio cui il debitore si è vincolato.

I presupposti della responsabilità del debitore per il fatto dell'ausiliario sono la posizione di ausiliario dell'autore del fatto, il carattere doloso o colposo del fatto e la connessione tra fatto e incombenze dell'ausiliario.

LA NOZIONE DI AUSILIARIO

Per ausiliario deve intendersi qualunque persona di cui si avvale il debitore per adempiere l'obbligazione: in particolare, sono tali i soggetti che agiscono su incarico del debitore e il cui operato sia assoggettato ai suoi poteri direttivi e di controllo, a prescindere dalla natura giuridica del rapporto intercorrente tra essi e il debitore stesso, ovvero allorché sussista un collegamento tra l'attività del preteso ausiliario e l'organizzazione aziendale del debitore della prestazione²⁶.

In applicazione di tali principi, è stata esclusa la responsabilità *ex art. 1228 c.c.* della società che si occupa della mera compravendita di energia elettrica in caso di danni cagionati dall'interruzione o malfunzionamento della somministrazione della energia elettrica proposta da un utente²⁷. La qualifica di ausiliario del debitore, ai fini della norma in esame, è stata applicata dalla giurisprudenza alla figura dei collaboratori scelti dal *tour operator* (vettore aereo, albergatore, etc.) per pacchetti turistici "tutto compreso"²⁸.

IL FATTO E IL NESSO CON LE INCOMBENZE

Il debitore risponde del fatto doloso o colposo dell'ausiliario, a condizione che tale fatto sia connesso con l'incarico conferito all'ausiliario stesso²⁹.

Sul punto, la giurisprudenza ritiene che non sia essenziale che il fatto dell'ausiliario

costituisca esatta esplicazione dell'incarico affidatogli, ma è sufficiente che l'incarico sia "occasione necessaria" del fatto³⁰.

I RAPPORTI INTERNI TRA DEBITORE E AUSILIARIO

Nell'ambito della responsabilità *ex art. 1228 c.c.*, si ritiene generalmente ammissibile l'azione di rivalsa del debitore nei confronti dell'ausiliario.

Sul punto si confrontano diverse interpretazioni: in alcune pronunce si ammette che il debitore possa rivalersi integralmente sull'ausiliario, la cui attività esecutiva si pone all'origine dell'inadempimento e del conseguente danno patito dal creditore ed oggetto di risarcimento³¹.

In altre si ipotizza una ripartizione interna della responsabilità, limitando la rivalsa ad una quota del risarcimento pagato³².

La tematica dei rapporti interni tra debitore e ausiliario è stata di recente approfondita dalla giurisprudenza in un caso relativo alla responsabilità medica³³. Partendo dalla qualificazione della responsabilità *ex art. 1228 c.c.* quale forma di responsabilità diretta e per fatto proprio, la Corte di Cassazione ha riconosciuto che la responsabilità per i danni cagionati da colpa esclusiva del medico deve essere ripartita in misura paritaria, secondo il criterio presuntivo degli artt. 1298, comma 2, c.c. sulle obbligazioni solidali e 2055, comma 3, c.c.

In particolare, si afferma che la struttura sanitaria che ha risarcito l'intero danno al paziente danneggiato dalla condotta inadempiente del medico non dipendente potrà agire in via di regresso non per l'intero ma solo fino alla metà di quanto pagato, a meno che non venga dimostrata un'eccezionale, inescusabilmente grave, del tutto imprevedibile devianza del sanitario dal programma condiviso di tutela della salute oggetto dell'obbligazione.

26. Cass. Civ., Sez. III, 31 agosto 2011, n. 17853; di recente nella giurisprudenza di merito Trib. Potenza 9 gennaio 2020; Trib. Potenza 15 novembre 2016.

27. Cass. Civ., Sez. III, 23 gennaio 2018, n. 1581; in tema si veda anche Cass. Civ., Sez. VI, 13 febbraio 2015, n. 2964; Cass. Civ., Sez. VI, 20 gennaio 2012, n. 822; Cass. Civ., Sez. VI, 22 dicembre 2011, n. 28488; Cass. Civ., Sez. III, 31 agosto 2011, n. 17853; Cass. Civ., Sez. VI, 29 luglio 2010, n. 17705.

28. Trib. Roma 18 novembre 2019; App. Bari 16 gennaio 2018.

29. Cass. Civ. 25 marzo 1970, n. 819, per cui la

responsabilità *ex art. 1228 c.c.* presuppone che l'opera svolta dall'ausiliario sia connessa con l'adempimento della prestazione.

30. Cass. Civ., Sez. III, 11 dicembre 2012, n. 22619; Cass. Civ., Sez. I, 15 febbraio 2000, n. 1682; Trib. Lucca 29 marzo 2017.

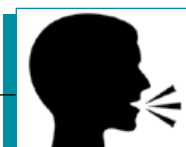
31. Cass. Civ., Sez. III, 12 marzo 2010, n. 6053; Trib. Milano 24 giugno 2010.

32. Cass. Civ., Sez. III, 21 dicembre 2015, n. 25605; Cass. Civ., Sez. III, 14 giugno 2007, n. 13953; Trib. Milano 15 maggio 2019; Trib. Milano 24 settembre 2019; Trib. Milano 26 novembre 2019; Trib. Milano 22 marzo 2019; Trib. Milano 16 febbraio 2018; Trib. Milano 18

giugno 2019; Trib. Milano 31 gennaio 2015; App. Roma 14 novembre 2006; in senso contrario Cass. Civ., Sez. lav., 1° dicembre 2016, n. 24567; Cass. Civ., Sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24802; Cass. Civ., Sez. III, 5 settembre 2005, n. 17763; Trib. Ravenna 2 settembre 2019; Trib. Perugia 1° luglio 2019; Trib. Livorno 8 febbraio 2016; Trib. Parma 22 aprile 2016; Trib. Ivrea 10 febbraio 2016; Trib. Bologna 23 dicembre 2014.

33. Cass. Civ., Sez. III, 11 novembre 2019, n. 28987; sul tema si veda A. D'Adda, *I rapporti interni tra debitore ed ausiliario ex art. 1228: una opportuna messa a punto (con molte luci e qualche ombra)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 2, 345 ss.





{ SENZA FILTRO

Rubrica impertinente di **PENSIERI IRRIVERENTI**

IL GATTO E LA VOLPE

“ Lui è il gatto ed io la volpe, siamo in società: di noi ti puoi fidar... ”

(E. Bennato)

PROLOGO

Le avventure di Pinocchio è un libro che conosciamo tutti e che è, in fondo, la parabola in forma di fiaba, dello sforzo di diventare uomini pieni attraverso la crescita nella verità e nell'autenticità, che sono il contrario delle bugie.

Ma è curioso pensare che il bugiardo per eccellenza, Pinocchio, altro non è che un ingenuotto e ben più rischiosi e maliziosi sono le menzogne, le falsità, gli inganni ed i trucchi che il povero burattino incontra nel suo travagliato cammino.

Non so cosa sia per voi, ma personalmente di queste losche figure quelle che mi sono rimaste più impresse sono quelle del gatto e della volpe. Perché son quelle più false, quelle in cui la menzogna è ben nascosta, quelle che argomentano e reiterano l'inganno.

Gatto e volpe, in fondo, non sono alleati, anzi sono due “competitor”, anche in natura, che però si ritrovano occasionalmente uniti per perpetrare inganni. Due imbonitori di mezza tacca che hanno bisogno di individuare un credulone, un nemico comune, un'illusione, un'occasione qualsiasi per restare a galla e tirare a campare (malamente.) Questo nella storia collodiana, ovviamente. Nella realtà però capita di trovare accostamenti di persone e soggetti - certo di ben altro spessore (ci mancherebbe!) - ma che, per così dire, un certo atteggiamento “gattovolpesco” me lo ricordano.

Provo a raccontarvi qualcosa, magari una qualche similitudine la troverete anche a voi (o forse no, e mi perdonerete la libertà delle righe che seguono).

GATTO E VOLPE I: I TICKET PASTO E LO SMART WORKING

Come sanno tutti quelli che hanno fatto non dico un corso, ma anche solo uno straccio di riflessione sullo *smart working* “costretto” in tempo di Covid, uno dei problemi spesso tirati in ballo è la spettanza del *ticket-pasto* in caso di lavoro agile (o a distanza o “tutti a casa appassionatamente”, come volete definirlo).

Non prendo qui posizione su un tema che registra diverse soluzioni interpretative, ognuna delle quali con una qualche ragionevolezza.

Registro invece due cose.

La prima è una nota del marzo 2020 (la data è importante) dell'ANSEB, Associazione Nazionale Società Emettentrici Buoni Pasto. Perché ci sia un'associazione di tal genere e quali scopi si prefigga è, vi confesso, per me abbastanza misterioso. Resta il fatto che c'è e che il 13 marzo 2020 (giorno di San Rodrigo) ha emesso un “approfondimento n. 1” nel quale sostiene che “*non vi è alcun divieto al riconoscimento del buono pasto al lavoratore agile*”. Il che, tutto sommato, è scontato. Se non fosse che la simpatica nota aggiunge a ciò una deduzione ulteriore e cioè che “*laddove non vi siano accordi integrativi aziendali che escludano esplicitamente i lavoratori agili dal godimento del buono pasto, questo non può non essere riconosciuto a chi sta svolgendo la propria prestazione lavorativa, seppure a distanza*” dato che l'art. 20, comma 1 della L. n. 81/2017 “*precisa che «il lavoratore che svolge la prestazione in modalità di lavoro agile ha diritto ad un trattamento economico e normativo non inferiore a quello complessivamente applicato*”.





Ora, io non so quale autorevolezza interpretativa abbia un'associazione di categoria per emanare un approfondimento di natura normativa, ma essendo in democrazia la libertà di espressione è riconosciuta a chiunque. Resta comunque il fatto che un'associazione di venditori di buoni pasto che emetta, non richiesto, un parere in cui si afferma che il buono pasto è assolutamente dovuto in una certa occasione, manifesta un certo, come dire, conflitto di interesse. I latini definivano sarcasticamente tale agire "Cicero pro domo sua".

Anche senza volerne fare una trattazione, è d'uopo dire qui anzitutto che l'affermazione è, nella sua perentorietà, scentrata. Il D.l. n. 333/1992 (conv. in L. n. 359/1992) esplicitamente escluse ben trent'anni or sono, la natura retributiva del servizio mensa e di ogni indennità sostitutiva, stabilendo anzi il principio esattamente contrario, e cioè che la natura retributiva poteva essere sostenuta soltanto attraverso una contrattazione contraria.

Cioè, cara, ANSEB, non è che se la contrattazione non dice nulla il *ticket* è retribuzione, ma il contrario: per essere considerato retribuzione c'è una contrattazione che lo deve dire esplicitamente.

D'altronde la copiosa giurisprudenza formata sul tema va esattamente e solidamente in questa direzione (ultime, fra tanti, Cass. 23303/ 2019 e 16135/2020) ed anche a proposito del caso specifico dello *smart working* "pandemico" il Tribunale di Venezia, con la sentenza 8 luglio 2020, n. 1069 si è posto nella stessa direzione.

Aggiungiamo che oltre al vizio interpretativo (non propriamente disinteressato), la tesi di ANSEB rischia di essere un clamoroso autogol: hai visto mai che se qualcuno dovesse optare per la natura retributiva del buono-pasto, a qualcun altro verrebbe in mente che in quanto mera retribuzione lo stesso dovrebbe essere tassato? In tal modo probabilmente il buono pasto, diventato improvvisamente imponente, perderebbe buona parte del suo *charme*, e la simpatica associazione finirebbe per contare aderenti nello stesso numero, oggi, dei sopravvissuti

della Grande Guerra...

Ma le sorprese non sono finite qui, arriva la seconda cosa.

Un sindacato dei lavoratori (uno molto importante, inutile che insistiate il nome non ve lo dico, al massimo posso dirvi che la sua sigla fa rima con *webcams*) fa girare nel gennaio 2021 (anche qui la data è importante) un messaggio fra varie aziende. Lo riporto letteralmente.

"Care delegate, cari delegati, gentili signore e signori delle risorse umane, si discute molto, anche su alcuni tavoli sindacali, riguardo al diritto al ticket quando si lavora in smart working. Ci siamo rivolti all'ANSEB (Associazione Nazionale Società Emittitrici Buoni Pasto) che è la principale associazione di rappresentanza delle aziende che esercitano attività di emissione dei buoni pasto. I soci della Associazione rappresentano oltre l'80% del mercato dei servizi sostitutivi di mensa ed è iscritta a Confcommercio. Questa è una loro nota". Allegata è la suddetta nota ANSEB, ovviamente.

Dunque, il sindacato sedicente amico-dei-poveri si rivolge ad una Associazione (che proprio dei poveri non è) per un'interpretazione. Strano, no? Mica al Ministero, a chi vende i buoni. Così vediamo alleati occasionali ed *una-tantum*, uniti per propugnare una affermazione, a voler essere gentili, azzardata. I primi (almeno questo gli va riconosciuto, sono fior di imprenditori) con apprezzabile lungimiranza, per fronteggiare da subito una crisi che li avrebbe visti ridurre notevolmente gli introiti (come infatti è avvenuto). Ma perché il sindacato, che sostiene di aver mosso lui ANSEB, interviene a gennaio 2021, cioè quasi un anno dopo? (E, per dirla fino in fondo, in tutto questo periodo non è che si fosse nemmeno sentito più di tanto...) A pensar male, è vero, si fa peccato, - quindi approfitterò della Quaresima per espiare anche questa colpa - ma non è che a gennaio si rinnovano le tessere? E non è che la sensibilità del sindacato non sia tanto quella di difendere chissà quale diritto quanto piuttosto quella di trovare uno scopo per rilanciare il senso della propria esistenza ►



proprio in vista di una possibile disdetta (o non rinnovo) delle adesioni?

Lo vedo solo io l'interesse furbesco (da una parte e dall'altra) dietro tutto ciò?

GATTO E VOLPE 2: INPS E L'ON. CARLA CANTONE (FEATURING: LA COMMISSIONE LAVORO DELLA CAMERA DEI DEPUTATI)

Il giorno mercoledì 3 febbraio 2021 (il video integrale è rinvenibile sul sito *webtv.camera.it*) alle ore 12.15 la Commissione Lavoro ascolta in audizione il Prof. Pasquale Tridico, Presidente dell'Inps, il quale interviene relazionando su un progetto di digitalizzazione e riorganizzazione dell'Inps nell'ambito del c.d. "piano nazionale di ripresa e resilienza".

Ora, solo Iddio sa di quanto Inps abbia bisogno di una nuova organizzazione, anche digitale, non fosse altro per i tremendi intoppi che da decenni subisce qualsiasi operatore che con l'Inps si interfaccia, il tutto elevato all'ennesima potenza nell'ultimo anno. Siamo infatti all'orlo della disperazione.

Si assiste così alla presentazione di un progetto su cui ci sia concesso di sospendere il giudizio: in realtà facciamo il tifo perché tutto vada per il meglio ma viste le esperienze precedenti ... diciamo che "ci crediamo quando lo vediamo". Un po' di apprensione e di velata sfiducia serpeggia anche fra i presenti e qualcuno ricorda, fra le altre cose, il bagno di sangue subito dai lavoratori con i ritardi e le confusioni delle casse integrazioni. Il che sembra doveroso, considerando le numerose figure barbinate fatte dall'Inps, non solo per intoppi che in parte (sottolineo, in parte) potevano anche starci ed essere comprensibili, ma per la confusione di disposizioni malpensate, ritrattate, ritardate, insistenti, raffazzonate, mai (mai) sistematiche. Ma ecco l'intervento luminoso dell'On. Cantone, la quale forte di un'esperienza consolidata chissà dove, afferma ripetutamente che la maggior parte dei ritardi è dovuta ... ai consulenti del lavoro (sic!) che hanno "sbagliato a fare le domande di cassa integrazione e gli SR 41" perché della materia ne sanno poco. L'onorevole pertanto si chiede se non sia il caso di fare dei "tutorial" per spiegare a questi ignorantotti sprovveduti (i consulenti del lavoro) come si lavora.

"Perché sembra una cosa burocratica, ma non lo è" (a me sembra tutto molto burocratico, pure troppo, ma che ne vorrò sapere io che sono solo un consulente del lavoro...). L'Onorevole Cantone, per tali affermazioni, ha già raccolto sui *social* e sui *media* italiani tutte le osservazioni possibili ed immaginabili che si possano rivolgere a chi dice una solenne baggianata; per cui non mi sembra il caso di insistere oltre in questo spazio.

Certo è che la sponda offerta non sembra vera al Prof. Tridico, che approfitta nella sua replica (peraltro, a onor del vero, più signorile e contenuta di qualche sproloquio che l'ha preceduto) per richiamare ancora una volta il misterioso attacco *hacker* che tanto avrebbe messo in difficoltà l'Inps e il sacrificio dei lavoratori dell'Istituto, perdendosi poi in altre fantasiose ricostruzioni quali "codici fiscali o iban errati" (chissà come mai: sono gli stessi codici fiscali che le aziende hanno nelle proprie anagrafiche e che servono per accreditare gli stipendi tutti i mesi e per fare dichiarazioni da anni). Anche qui non commentiamo: gli operatori ben sanno che i lavoratori dell'Inps che si sacrificano (e ce ne sono stati tanti) sono sempre quelli. Però vedete questa sfumatura gattopardesca, *pardon* gattovolpesca, quasi *orwelliana*: quando non si sa cosa dire, si individua un capro espiatorio, un nemico comune (qui, la categoria dei consulenti del lavoro) su cui scaricare le colpe. Tenera anche l'ammissione, nel surreale contesto, di Tridico quando dice che l'Inps non è certo l'unica amministrazione pubblica ad aver avuto tremende problematiche organizzative ed informatiche; insomma una sorta di "mal comune mezzo gaudio". Non è facile, questo è vero, fare il Presidente dell'Inps (Istituto per cui continuiamo a fare il tifo, ma non è un tifo acritico, neanche per affetto, è che speriamo in un vero cambiamento perché ce n'è un bisogno mostruoso) specie in periodi così accidentati. Ci piacerebbe che qualcuno riconoscesse come non è stato per nulla facile fare il consulente del lavoro in quest'anno maledetto, mentre pare continui ad esser facile facile fare il sindacalista e l'Onorevole, perlome-



no vista la “profondità” di certi interventi. In ogni caso, il termine “prendere una cantonata” si è suggestivamente arricchito di un’ulteriore significanza.

GATTO E VOLPE 3; LEMA GROUP E LA SCHIERA DEI “FATTUCCHIERI DEL MERCATO DEL LAVORO”

Qui il gatto e la volpe sono smaccatamente in società, alla quale hanno dato le iniziali dei loro cognomi. Anche loro se la prendono, nel loro sito, coi consulenti del lavoro, che avrebbero prezzi cari e che non darebbero alle aziende le soluzioni lavorative di cui le aziende hanno bisogno (però è interessante la logica: “quello di cui credi di aver bisogno” lo forniscono a sfortunati soggetti anche gli spacciatori del parchetto di Rogoredo).

Loro – i “*LeMa brothers*” - invece sì che lo fanno. Il come lo lascio scoprire a chi vorrà andare a sfogliare le pagine del sito in cui, chissà perché, compare sempre come prima cosa il risparmio del costo del personale in misure stratosferiche.

Non vorrei sbagliarmi, ma l’esperienza mi dice che quasi sempre, dove si risparmia c’è qualcosa che si perde per strada, in questo caso tanti bei diritti dei lavoratori e forse anche qualche soldino allo Stato, che male mai non fa.

Chissà mai che dietro il paravento di un’agenzia per il lavoro (che non può per legge costare di meno ad un’azienda, dovendo garantire gli stessi trattamenti retributivi e contributivi dell’utilizzatore) non ci siano che so, appalti mascherati o contratti sgangherati?

Per esempio ... il fantasioso MOG. No, non fatevi ingannare, non è il Modello di Organizzazione e Gestione, che è una cosa seria nell’ambito della sicurezza e della programmazione del lavoro. Qui MOG sta per Monte Ore Garantito, “*detto anche contratto della flessibilità*”, che pare un’invenzione da Fantastico Mondo di OZ dove l’unica cosa garantita pare una mezza fregatura e la gestione di un modello di contratto di lavoro che solo alla descrizione fa rabbrivire. Ecco, qui quello che mi fa arrabbiare non è l’attacco ai consulenti del lavoro, assolutamente no: mi onora, anzi, che figure simili si distinguano bene dal consulente del lavoro,

ne sono felice. Credo anche che nell’epoca dell’informazione l’imprenditore che, seguendo certi consigli e certe suggestioni, si ritrovasse come Pinocchio impiccato nei pressi del Campo dei Miracoli, beh un po’ se la sarebbe cercata. Perché un libro di un secolo e mezzo fa dovrebbe aver insegnato oggi come prendere le misure a certi imbonitori (e comunque resta da chiedersi perché, quando si parla di certe derive, una M e una G ci siano sempre di mezzo).

CONCLUSIONI

Sapete, c’è una cosa che proprio non mi spiego. In Italia ci sono un sacco, ma proprio un sacco, di illegalità, alcune palesi altre con una patina di pseudo-legalità e/o di finzione da rabbrivire. Su queste illegalità si costruiscono fortune altrettanto ingiuste ed immeritate. E si rovinano aziende e filiere sane. Ci sono schiere di gatti e di volpi, unite o talvolta divise. Poi ci sono anche consulenti del lavoro che si prendono denunce e perdono clienti e sprecano tempo (magari anche scrivendo articoli) per denunciare tutto ciò. Perché nella legalità ci credono. E tutto va avanti come prima, anzi peggiora. In una mole di norme e circolari senza senso e di cecità e tolleranza verso certi fenomeni. Però poi c’è un sindacato che fa una battaglia inutile e vuota (che avrebbe invece potuto essere intelligente) sui buoni-mensa alleandosi non certo con forze proletarie, c’è una politica che parla di progetti faraonici e non capisce i meccanismi semplici e le trappole della burocrazia. Però tutti hanno un soggetto con cui prendersela: i consulenti del lavoro. Guarda caso, lo stesso obiettivo nel mirino di chi vorrebbe “facilitare” la legalità propugnando impresentabili flessibilità. Non è un mistero? Non è che la competenza che non fa parlare a vanvera e fa fare interventi a dovere dia fastidio?

In ogni caso, lo vorrei dire con chiarezza, semmai vi fosse venuta qualche brutta idea: in tutto questo articolo, sicuramente abbiamo parlato solo e soltanto di brave persone, intellettualmente e professionalmente oneste, un bene per il Paese e per il suo sviluppo. Parola del vostro, affezionatissimo Pinocchio.



{UNA PROPOSTA AL MESE

LA VARIAZIONE DI RESIDENZA: una comunicazione che valga per tutti

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

(R. Zero, “il coraggio delle idee”)

“**L**a semplificazione dei procedimenti amministrativi serve per snellire e accelerare i processi decisionali pubblici.

Sono proprio le farraginosità degli iter, la moltiplicazione dei passaggi burocratici, spesso, la causa inaccettabile di ritardi amministrativi, ma anche il terreno fertile in cui si annidano e prosperano i fenomeni illeciti”.

Le parole sono di Mario Draghi pronunciate nel suo recentissimo discorso alla Camera sulla richiesta di fiducia al nuovo Governo. Non sono concetti nuovi. Promesse che sentiamo fare ad ogni insediamento di un nuovo esecutivo e purtroppo puntualmente disattese. Mentre aspettiamo questa rivoluzione epocale noi di Sintesi continueremo, nel nostro piccolo, ad avanzare le nostre proposte su argomenti specifici.

E sì, perché la burocrazia si abbatte non solo semplificando l'iter dei procedimenti più complessi e strutturati ma anche evitando, per esempio, al cittadino di fare cose che la Pubblica Amministrazione potrebbe benissimo fare da sé.

Sul primo gruppo di procedure non è facile intervenire per le tantissime ragioni, anche sociologiche e culturali, che qui non staremo a elencare.

Più facile invece operare sul secondo gruppo.

Oggi vogliamo parlare del cambio di residenza, uno dei tanti adempimenti che un professionista (perlomeno il sottoscritto) segue malvolentieri sapendo che questa inuti-

le perdita di tempo dovrà essergli pagata. Cosa che un cliente fa già poco volentieri di suo, figuriamoci quando lui stesso comprende che sostanzialmente la pratica non ha nulla di concettuale ma è attività da semplice passacarte. In sostanza una mera segnalazione ai vari uffici che però gli costerà qualche centinaio di euro.

Ecco perché quando un cliente entra nei nostri studi e, con fare innocente, ci dice «Ma, ve l'avevo detto che ho cambiato la residenza?» sappiamo bene che questa domanda non porterà a nulla di buono.

Spesso si accompagna a «Saranno un paio di settimane, massimo tre.», cosa che altrettanto sovente si dimostra falsa perché il più delle volte è trascorso oltre un mese. E hai voglia a spiegargli che adesso oltre al tuo onorario, ai normali bolli e diritti (balzelli) dovuti per la gestione della pratica, ci saranno pure le sanzioni. Il cliente uscirà dai nostri uffici convinto di aver subito una angheria.

E, detto tra noi, non ha nemmeno tutti i torti. In un paese normale dovrebbe esser sufficiente andare presso il proprio Comune, segnalare all'Ufficio anagrafe il cambio di residenza per uscirne certo che la cosa è conclusa qui, che qualsiasi ufficio della Pubblica Amministrazione da oggi saprà che il Borella Alberto non sta più in Via dei matti numero zero ma in Piazza dei fuori di testa numero 7.

Invece no. Tutto questo non accade. Il nostro povero cristo dovrà farsi personalmente ►



il giro di una serie di Enti. O più probabilmente andare dal suo commercialista e/o consulente del lavoro per sistemare la questione. E se non lo fa, di norma entro 30 giorni, gli appioppo pure una bella multa. Proprio un bel paese il nostro, dove quella che si dovrebbe chiamare “digitalizzazione” è ancora brodo primordiale. Insieme a tutte le altre “-zioni” di cui ogni Governo ci intorta di proclami: semplificazione, innovazione, dematerializzazione.

Torniamo quindi al nostro cliente ritardatario, che invero qualche colpa ce l’ha pure lui perché a inizio del nostro rapporto professionale gli avevamo raccomandato di segnalarci immediatamente ogni variazione dei suoi dati, sia dell’azienda che personali. Ma si sa, gli imprenditori hanno cento cose di cui preoccuparsi. Quasi impossibile ricordarsi tutto.

Lo facciamo sedere e gli spieghiamo che il cambio andrà comunicato all’Inps, all’Inail, alla Camera di Commercio, oltre al Suap e ad altri uffici in base all’attività svolta. E dovrà pagare diritti e multe.

«Ma come, se mi hanno detto che alla patente ci pensa il Comune? Non lo potrebbe fare anche per tutti gli altri uffici della Pubblica Amministrazione?»

Cerchiamo di spiegargli - anche se un fondo di ragione ce l’ha - che pretende un po’ troppo. Ipotizzare che sia il Comune a fare segnalazioni a 360 gradi contattando tutti gli Enti pubblici di questo paese è impensabile. Scordiamocela questa cosa.

Però ipotizzare che sia ogni singolo Ente ad “andare” a chiedere al Comune se qualcosa è cambiato per questo o quell’utente registrato presso di esso mi pare una cosa sensata e nemmeno così difficile.

Del resto com’è che diceva quel detto? *Se la montagna non va da Maometto, Maometto va ... al mare.*

Ehm, no. Forse non era esattamente così, ma credo che ci siamo ugualmente capiti. Provate a pensarci. Una volta comunicato all’ufficio anagrafe il cambio di residenza,

viene automaticamente eseguito un aggiornamento nelle banche dati dell’Anagrafe Tributaria. Questo fa sì che non si debba fare alcuna variazione circa il nuovo indirizzo sulla carta di identità che quindi non dovrà per il momento essere sostituita. Al rinnovo del documento di riconoscimento non dovrete essere voi a segnalare all’addetto dell’Ufficio anagrafe che non abitate più in quella via. Il sistema lo segnalerà automaticamente prelevando il nuovo indirizzo dalla banca dati dell’amministrazione.

La banca dati. Eccola la parola magica. Un insieme di dati strutturati ovvero omogeneo per contenuti e formato, memorizzati in un computer, che rappresentano di fatto la versione digitale di un archivio dati (cartaceo) o schedario. In parola meno tecniche tutti i nostri dati: nome, cognome, sesso, data e luogo di nascita, residenza, etc.

Ovvero tutto ciò che serve ad un determinato fine.

La bellezza di una banca dati digitale è che a differenza di quella cartacea non sei tu a dover andare da lei ma potrà esser lei a venire da te. Ve lo ricordate Maometto? Ecco, questo è proprio il caso in cui sarà la montagna ad andare da lui.

Questa cosa è possibile grazie al fatto (ma che ve lo spiego a fa’) che i dati digitali possono viaggiare via cavo o sono su un *cloud*, la famosa nuvoletta.

Si tratta solo di far sapere a tutti gli interessati come fare ad ottenerli, fornendogli un programma, un collegamento *ad hoc* e le *password* di accesso.

Del resto oggi all’Agenzia delle Entrate non segnaliamo più il cambio di residenza dei titolari individuali di partita IVA o dei legali rappresentanti di società. L’aggiornamento avviene in automatico senza bisogno di andare da, ma soprattutto pagare, un professionista per questo lavoro.

Così come sappiamo bene che anche la CCIAA accede, per le sue istruttorie, ai dati dell’Agenzia delle Entrate per quanto riguarda i codice Ateco denunciati presso ►



quest'ultima in relazione alle attività svolte. Ecco che pian pianino ci siamo arrivati.

Ipotizzare che ogni sera ciascun Ente si colleghi alla banca dati dell'Anagrafe Tributaria, prelevi per ogni "codice fiscale" le modifiche effettuate e riallinei i propri archivi - o, meglio ancora, che possa condividere in remoto l'archivio centrale - non dovrebbe essere poi così complicato.

Una serie di automatismi che, grazie ad una reale "digitalizzazione", ci farebbero fare anche un bel passo verso la "dematerializzazione" intesa non solo come sostituzione digitale ma anche eliminazione di scartoffie. Non più migliaia di pratiche da far istruire ai vari professionisti. Meno modulistica da far visionare agli impiegati dei diversi uffici pubblici. Meno procedure san-

zionatorie per i casi di ritardo, che peraltro impegnano quotidianamente forze lavorative per registrare incassi a volte irrisori.

E un domani si potrebbe pure pensare ad un unico archivio nazionale, contenente tutti gli altri dati, sia dei cittadini che delle imprese. Pensate la comodità: si segnalerà ad un unico referente, ad esempio, la modifica della sede legale della società e questo varrà per tutti, dall'Agenzia delle Entrate alla CCIAA, dall'Inps all'Inail, dal Suap e via proseguendo.

Tanto per capirci un ulteriore passo avanti rispetto al sistema Comunica che non ha unificato le comunicazioni ma ha semplicemente individuato un unico collettore a cui presentare le diverse pratiche che rimangono, oggi, ancora distinte.

ARGOMENTO

“Mobbing”: come provarlo - linee guida dalla Cassazione

In una causa per *mobbing*, come quella che vede protagonisti la responsabile del servizio personale e organizzazione del Comune ed il Comune stesso, la lavoratrice ricorreva per Cassazione in quanto il giudice d'Appello aveva accolto il ricorso del Comune atto a sostenere che la lavoratrice non fosse stata oggetto di *mobbing*, ma che semmai le circostanze descritte potevano essere ricondotte ad una mera difficoltà di rapporti tra la funzionaria ed i suoi superiori gerarchici. Non era stata provata, in buona sostanza, la sussistenza di una condotta dolosamente preordinata alla vessazione ed emarginazione della dipendente. Si aggiunga che la lavoratrice non era stata demansionata, continuando a rivestire a tutti gli effetti il ruolo assegnatole, seppure con diminuzione degli incarichi affidati. Non era infine stato provato l'intento persecutorio nelle condotte dei superiori e colleghi, tali da immaginare un allontanamento dal contesto lavorativo, a nulla rilevando i rapporti di conflittualità con alcuni di loro o l'esclusione da talune attività prima svolte direttamente.

Per tali ragioni il giudice territoriale aveva negato la richiesta di risarcimento del danno biologico da *mobbing*.

Ricorre per Cassazione la funzionaria, ma il ricorso viene respinto per la seguente ragione: il *mobbing* è un fenomeno complesso, “consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti

in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo”.

Premesso che la sua dimostrazione è onere del “mobbizzato”, resta il fatto che il suo accertamento si dispiega nelle fasi dibattimentali del giudizio di merito, non di legittimità, e si caratterizza per la molteplicità di comportamenti persecutori, illeciti, ma anche leciti, singolarmente intesi, comportamenti che si protraggono nel tempo con intento miratamente vessatorio, e che per questo determinano un danno alla salute e all'integrità psico-fisica del dipendente, il tutto direttamente connesso con la condotta del superiore gerarchico, il cui intento persecutorio deve essere chiaramente dimostrato, essendo il tratto caratterizzante di tutte le cause di *mobbing*.

Non possono essere ritenute sufficienti condotte datoriali anche dequalificanti, se non riconducibili ad un più ampio disegno unificato di persecuzione e prevaricazione. In mancanza quindi di valide prove idonee a dimostrare in un quadro complessivo l'intento persecutorio, il ricorso non può che essere respinto, nulla potendo aggiungere la Cassazione sul corretto procedimento logico seguito dalla Corte d'Appello per stabilire i presupposti di una richiesta di risarcimento danno per *mobbing*.

Cass., sez. Lavoro,
29 dicembre 2020, n. 29767

AUTORE
CLARISSA MURATORI
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

Sottoscrizione della busta paga da parte del dipendente: valenza probatoria e onere della prova

La Corte d'Appello di Torino con sentenza del 19.01.2015 respingeva l'impugnazione proposta dal lavoratore che lamentava la mancata corresponsione di retribuzioni per un importo pari a 97.890,59 euro.

La Corte d'Appello fondava la propria decisione di rigetto dell'impugnazione sulla circostanza che le buste paga prodotte recavano tutte la sottoscrizione "per ricevuta e quietanza".

Ricorreva quindi in Cassazione il lavoratore soccombente assumendo che la dicitura "per ricevuta e quietanza" era prestampata sulla busta paga predisposta dal datore di lavoro e che pertanto la sottoscrizione doveva ritenersi apposta solo "per ricevuta" e non anche "per quietanza".

La Corte di Cassazione ha preliminarmente ricordato come sia onere del datore di lavoro

quello di consegnare ai propri dipendenti i prospetti contenenti tutti gli elementi della retribuzione e che ove tali prospetti siano sottoscritti "per ricevuta" dal lavoratore, tale formula costituisce prova solo dell'avvenuta consegna della busta paga: laddove però si sia in presenza di prospetti paga contenenti tutti gli elementi della retribuzione ed altresì una regolare dichiarazione autografa di quietanza del lavoratore, l'onere della prova della non corrispondenza tra le annotazioni della busta paga e la retribuzione effettivamente erogata grava sul dipendente.

Prova che nel caso di specie non è stata fornita dal dipendente nel giudizio di merito. Con l'ordinanza in commento la Corte di Cassazione ha quindi rigettato il ricorso condannando il ricorrente al pagamento delle spese.

Cass., sez. Lavoro,
3 dicembre 2020, n. 27749

AUTORE

DANIELA STOCHINO
Consulente del Lavoro in Milano

ARGOMENTO

Demansionamento e danno non patrimoniale

Nel caso in esame un lavoratore, originariamente inquadrato presso un istituto bancario come direttore di filiale, a seguito di un trasferimento con contestuale assegnazione ad una mansione inferiore, agiva in giudizio per chiedere di essere reintegrato nel ruolo di direttore di filiale. Il lavoratore chiedeva altresì la condanna del datore di lavoro al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali, qualificati come danni alla professionalità e perdita di *chance*, omettendo tuttavia di fornire adeguata prova dei presupposti per il riconoscimento dei danni non patrimoniali. La Corte di Cassazione ha rigettato la richiesta di risarcimento dei danni non patrimoniali, evidenziando che il demansionamento non comporta, di per sé, la perdita di *chance* o di altre potenzialità occupazionali. In particolare, *“la perdita di una “chance” configura un danno attuale e risarcibile sempre che ne sia provata la sussistenza anche secondo un calcolo*

di probabilità o per presunzioni”. Pertanto, *“alla mancanza di una tale prova non è possibile sopperire con una valutazione equitativa ai sensi dell'articolo 1226 c.c., atteso che l'applicazione di tale norma richiede che risulti provata o comunque incontestata l'esistenza di un danno risarcibile ed è diretta a fare fronte all'impossibilità di provare l'ammontare preciso del danno”*. La Corte di Cassazione ha quindi ribadito che *“deve escludersi che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo comporti una automatica perdita di chance ovvero di ulteriori potenzialità occupazionali o di ulteriori possibilità di guadagno, a ciò conseguendo che grava sul lavoratore l'onere di fornire la prova, anche attraverso presunzioni, dell'ulteriore danno risarcibile, mentre resta affidato al giudice del merito il compito di verificare di volta in volta se, in concreto, il suddetto danno sussista, individuandone la specie e determinandone l'ammontare, eventualmente con liquidazione in via equitativa”*.

Cass., sez. Lavoro, Ordinanza
17 dicembre 2020, n. 29012

AUTORE

LUCIANA MARI
Consulente del Lavoro in Milano





ARGOMENTO

Non è trasferibile senza consenso il lavoratore che abbia permessi per assistenza di un familiare disabile

Il caso in analisi tratta di un lavoratore, dipendente di una banca, che viene trasferito ad un'altra filiale, seppur più vicina a casa, e riportato alle mansioni del suo inquadramento, inferiori a quelle che svolgeva nel precedente posto di lavoro.

Le corti di primo e secondo grado danno giudizi opposti, dichiarando in primo grado illegittimo il trasferimento, ma in secondo grado lo dichiara non illegittimo, rigettando l'impugnazione del lavoratore che lamentava la violazione dell'art. 2103 c.c. e dell'art. 33, L. n. 104/1992.

In particolare quest'ultimo riporta al comma 3, che enuncia che il lavoratore dipendente, pubblico o privato, che assiste persona con handicap in situazione di gravità, coniuge, parente o affine entro il secondo grado, [...] ha diritto a fruire di tre giorni di permesso mensile retribuito coperto da contribuzione figurativa, e specifica al comma 5 che il lavoratore ha diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al domicilio della persona da assistere e non può essere trasferito senza il suo consenso ad altra sede. La Corte distrettuale rilevava che la questione del dedotto demansionamento era oggetto di ulteriore procedimento conclusosi con sentenza favorevole e che, quanto all'invocato beneficio della L. n. 104/1992, lo stesso decorreva dalla data del provvedimento reso dall'Inps (2.5.2011) e non dalla diversa precedente data in cui risultava inoltrata la domanda (15.2.2011), non potendo attribuirsi natura meramente ricognitiva alla comunicazione dell'Inps al datore di lavoro.

Secondo la Corte di Appello quello "che più contava" era, tuttavia, la circostanza che la destinazione del trasferimento riservata al lavoratore si manifestava assolutamente idonea allo scopo, per essere indiscutibilmente la nuova filiale più vicina al comune ove risiedeva il soggetto disabile da assistere.

Impugnava il lavoratore la sentenza di secondo grado.

Arrivata sul tavolo degli Ermellini, i giudici esaminano la violazione effettiva della L. n. 104/1992, Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate, ponendo l'accento sul ruolo fondamentale della famiglia "nella cura e nell'assistenza dei soggetti portatori di handicap" e nello specifico, sottolineandosi, così, che una tutela piena dei soggetti deboli (e, in particolare dei portatori di handicap gravi) richiede, oltre alle necessarie prestazioni sanitarie e di riabilitazione, anche la cura, l'inserimento sociale e, soprattutto, la continuità delle relazioni costitutive della personalità umana.

Ora, sulla base della Convenzione ONU, pienamente efficace ed operativa nel nostro ordinamento, e a cui la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha aderito, si afferma che, ai fini della nozione di handicap, nell'interpretazione delle direttive in materia di diritto antidiscriminatorio, non contenenti una simile nozione, non possa essere ignorata la complessiva situazione familiare del lavoratore con riflessi sull'impugnato trasferimento, e non possa essere ignorato il fine di assicurare e garantire alle persone disabili un più adeguato livello di vita e di protezione sociale, in tutti gli ambiti.

La loro tutela, dichiarano i giudici della Corte Suprema, non può prescindere da una previsione di adeguata regolamentazione del contratto di lavoro dei familiari conviventi con la persona disabile.

Nell'area tutelata rientra anche il trasferimento del lavoratore che assiste il familiare disabile: non è quindi applicabile senza il suo consenso, purché il datore di lavoro non provi, dal canto suo, la sussistenza di esigenze aziendali effettive e urgenti, che non possano essere soddisfatte in maniera diversa.

In definitiva la *ratio decidendi* degli Ermellini si è focalizzata sulla considerazione che

Cass., sez. Lavoro,
17 dicembre 2020, n. 29009

AUTORE
ELENA PELLEGGATTA
Consulente del Lavoro in Milano



l'azienda non ha considerato necessario il consenso in un'ipotesi che vedeva la sede di lavoro attribuita in sede di trasferimento più vicina al domicilio del disabile da assistere, in termini di mera distanza spaziale, e che questa decisione violava l'art. 33, co. 5, L. n. 104/1992. La norma richiamata prevede infatti che il consenso venga acquisito e che

comunque il rifiuto espresso dal lavoratore non possa non essere tenuto in conto, quanto alle diverse ragioni prospettate, nella operazione comparativa richiesta.

La Cassazione accoglie il ricorso del lavoratore e rimanda al giudice di Appello la causa per una corretta applicazione dei principi richiamati.

ARGOMENTO

Responsabilità solidale negli appalti ex art. 29 D.lgs. n. 276/2003

Con ricorso depositato dinanzi al Tribunale di Biella, la società ha proposto opposizione all'avviso di addebito Inps con cui le era stato chiesto il pagamento di una somma quale sub committente obbligata solidale, ai sensi del Decreto legislativo n. 276 del 2003, articolo 29, per i contributi previdenziali e le sanzioni non corrisposti dalla appaltatrice società cooperativa.

Il Tribunale ha accolto il ricorso in opposizione e annullato l'avviso di addebito sul rilievo che fosse maturata la decadenza di cui al D.lgs. n. 276 del 2003, articolo 29, atteso che l'Inps aveva fatto valere il proprio diritto dopo il termine di due anni dalla cessazione dell'appalto.

La Corte d'Appello di Torino ha respinto l'appello dell'Inps confermando la decisione di primo grado.

Ha ritenuto applicabile alla fattispecie oggetto di causa il citato articolo 29, nella formulazione successiva alle modifiche introdotte dal Decreto legislativo n. 251 del 2004, articolo 6, co. 1, e dalla L. n. 296 del 2006, articolo 1, co. 911, secondo cui "In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro è obbligato in solido con l'appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell'appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi ed i contributi previdenziali dovuti".

Il motivo di ricorso è fondato, alla luce dei

precedenti della Corte, a cui si intende dare continuità (Cass. n. 18004 del 2019; n. 22110 del 2019; n. 26459 del 2019), e che hanno affermato, in analogia all'orientamento formatosi nel vigore della L. n. 1369 del 1960, il principio secondo cui "il termine di due anni previsto dal Decreto legislativo n. 276 del 2003, articolo 29, comma 2, non è applicabile all'azione promossa dagli enti previdenziali, soggetti alla sola prescrizione".

Nei citati precedenti si è considerato che l'obbligazione contributiva non si confonde con l'obbligo retributivo, posto che la giurisprudenza della Corte di legittimità ha da tempo consolidato il principio secondo il quale il rapporto di lavoro e quello previdenziale, per quanto tra loro connessi, rimangono del tutto diversi (vd., *ex multis*, Cass. n. 5353 del 2004; Cass. nn. 15979, 6673 del 2003).

L'obbligazione contributiva, derivante dalla legge e che fa capo all'Inps, è distinta ed autonoma rispetto a quella retributiva (Cass. 8662 del 2019), essa (Cass. n. 13650 del 2019) ha natura indisponibile e va commisurata alla retribuzione che al lavoratore spetterebbe sulla base della contrattazione collettiva vigente (c.d. "minimale contributivo").

Si spezzerebbe, in altri termini e senza alcuna plausibile ragione logica e giuridica apprezzabile, il nesso stretto tra retribuzione dovuta (in ipotesi addirittura effettivamente erogata) ed adempimento dell'obbligo contributivo, con ciò procurandosi un

Cass., sez. Lavoro,
16 dicembre 2020, n. 28694

AUTORE
STEFANO GUGLIELMI
Consulente del Lavoro in Milano



vulnus nella protezione assicurativa del lavoratore che, invece, il citato articolo 29, ha voluto potenziare.

Accolto il motivo del ricorso la sentenza

impugnata va cassata e rinviata alla Corte d'Appello di Torino in diversa composizione, che provvederà anche alla regolazione delle spese del giudizio di legittimità.

ARGOMENTO

Non è consentita la disparità di trattamento tra lavoratori a tempo determinato ed a tempo indeterminato, a meno che non vi sia una “legittima finalità di politica sociale”

Una docente a tempo determinato aveva agito presso il Tribunale di Torino per far accertare il diritto al corretto inquadramento di anzianità. Il rinnovo del Ccnl aveva apportato modifiche nella cadenza dell'anzianità, eliminando la prima fascia: 0-2 e 3-8 divenuta 0-8.

Il Tribunale di Torino, coinvolgendo le parti sindacali, aveva dichiarato la nullità di quanto previsto dal Ccnl comparto scuola 4 agosto 2011, nella parte in cui si prevedeva il mantenimento delle fasce di anzianità preesistenti per il solo personale a tempo indeterminato e non per il personale a tempo determinato che avesse maturato la medesima anzianità di servizio. Per il Tribunale tale conclusione era necessaria in osservanza della norma di cui all'art. 6, D.lgs. n. 368/2001 di derivazione eurounitaria.

Il Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca (MIUR) propone ricorso adducendo che la ragione obiettiva per giustificare il diverso trattamento è da individuare nel piano straordinario di assunzioni di docenti a tempo indeterminato, finanziariamente non sostenibile se non riducendo l'incidenza dell'anzianità dei neoassunti. Il MIUR rimarca altresì che il sacrificio richiesto ai docenti precari poteva considerarsi compensato dal piano straordinario di assunzioni. Il Ccnl precisa infatti che proprio per garantire la sostenibilità economica e finanziaria del piano triennale per l'assun-

zione a tempo indeterminato di personale docente, è necessario procedere ad una rimodulazione delle posizioni stipendiali contrattualmente previste. Da qui il riconoscimento ai neoassunti di un regime di incrementi retributivi per anzianità meno favorevole, creando disparità di trattamento, su cui la lavoratrice aveva fatto causa.

La Suprema Corte, evidenziando che la vicenda giuridica non può essere astratta dal contesto storico di crisi economica di quel periodo, colloca la questione nel rapporto esistente tra diritto eurounitario e disciplina collettiva. La regola di diritto eurounitario stabilisce che non è sufficiente la previsione di una norma nazionale generale, quale una legge o un contratto collettivo, a giustificare la differenza di trattamento tra i lavoratori a tempo determinato e i lavoratori a tempo indeterminato. La disparità di trattamento tra lavoratori TD e TI non è consentita, a meno che vi siano esigenze di interesse generale e legittime finalità di politica sociale.

La Suprema Corte cassa la sentenza del Tribunale e rinvia al Tribunale di Torino in diversa composizione per procedere alla verifica in ordine alla pertinenza di quanto oggetto del giudizio, rispetto alle fattispecie per le quali è consentito il ricorso allo speciale procedimento di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi nel pubblico impiego, ai sensi dell'art. 64, D.lgs. n. 165/2001.

Cass., sez. Lavoro,
10 dicembre 2020, n. 29455

AUTORE
ANGELA LAVAZZA
Consulente del Lavoro in Milano



ARGOMENTO

Concorsi aziendali interni vincolanti per il datore di lavoro

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza n. 28141 del 14 dicembre 2020, ha affermato che il concorso indetto dal datore di lavoro per ricoprire ruoli professionali che costituiscono un avanzamento di carriera realizza una "offerta contrattuale" ai destinatari del bando potenzialmente interessati. Nell'ambito dei rapporti di lavoro privato, il datore è dunque tenuto a gestire la procedura selettiva e a individuare, di conseguenza, i dipendenti meritevoli della promozione attenendosi alle regole previste nel bando di concorso, in conformità ai principi di correttezza e buona fede che sottendono ad ogni obbligazione contrattuale, incluse quelle riferite – come nel caso in trattazione – ai rapporti di lavoro.

I fatti di causa vedono una società di gestioni sanitarie bandire una procedura di selezione interna per l'assegnazione del ruolo di caposala; l'*iter* selettivo, in particolare, si sviluppava in due distinte fasi: una, riguardante l'esame delle candidature e dei relativi *curricula*; l'altra, consistente in un colloquio attitudinale con i candidati svolto da una società terza specializzata. A riguardo, una lavoratrice che aveva preso parte al bando agiva in giudizio al fine di conseguire pronuncia di illegittimità della procedura di selezione interna di conferimento di tale incarico, chiedendo la condanna della società datrice di lavoro al risarcimento del danno patrimoniale nella misura delle differenze retributive spettanti – da rimodularsi sul conseguente livello di inquadramento – nonché del pregiudizio alla professionalità.

La Corte d'Appello di Caltanissetta, riformando la decisione di primo grado, respingeva la domanda proposta dalla lavoratrice esclusa all'esito della prova attitudinale evidenziando come la stessa risultasse attitudinalmente inidonea – nonché priva dei requi-

siti richiesti – rispetto al processo di selezione aziendale. Veniva dunque rilevato come, conformemente alla corretta applicazione del percorso selettivo oggetto del bando, il datore di lavoro avesse conferito l'incarico di caposala ad altro candidato in piena legittimità.

La Cassazione giungeva a confermare la pronuncia della corte territoriale, evidenziando come il bando di concorso sia correttamente esercitato qualora il datore di lavoro, attendendosi al percorso selettivo previsto, lo abbia gestito con correttezza e secondo buona fede, attendendo al percorso selettivo predeterminato.

Il bando di concorso per l'assunzione in servizio, quello per la promozione a un incarico superiore o quello per il riconoscimento di trattamenti e benefici a favore del personale – osserva la Corte – equivalgono tecnicamente a un'offerta al pubblico, la quale determina il sorgere di un'obbligazione nei confronti dei lavoratori cui la partecipazione al processo selettivo è indirizzata.

Il bando, se contiene gli elementi essenziali del contratto di lavoro alla cui conclusione è diretto, costituisce dunque offerta al pubblico ex articolo 1336 c.c.. A tale proposito, la norma codicistica prevede che l'offerta al pubblico valga come proposta contrattuale, se non risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi.

Tale offerta ha dunque l'effetto di vincolare il datore di lavoro, facendo sì che questi – una volta avviato il procedimento – non sia titolato a modificare il contenuto della selezione così come delineata nel bando di concorso a pregiudizio dei soggetti cui l'offerta è stata rivolta.

Su tali basi, rimarcate in più occasioni dalla giurisprudenza di merito, la Suprema Corte ha affermato che detto principio sia applicabile anche al caso di specie, rigettando le pretese della lavoratrice.

Cass., sez. Lavoro,
14 dicembre 2020, n. 28141

AUTORE

ANDREA DI NINO
Consulente del Lavoro in Milano