GRUPPO ODCEC
AREA LAVORO
groups/gruppoodcecarealavoro

Il Commerci@lista®
lavoro e previdenza

Rivista bimestrale a diffusione nazionale di diritto, economia ed organizzazione del lavoro

anno VIII n. 10 **testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576 - ISSN 2531-5250** **Novembre/Dicembre 2019**

In collaborazione con il COMITATO SCIENTIFICO GRUPPO ODCEC AREA LAVORO

INDAGINE SALARIO MINIMO – MINIMA RETRIBUZIONE DA CCNL

*di Cinzia Brunazzo**

Negli ultimi due anni è in atto una discussione politica in merito all'introduzione in Italia di un salario minimo.
In Italia non esiste una cifra minima oraria uguale per tutti i lavoratori; esiste una retribuzione cosiddetta equa che soddisfi il requisito della sufficienza, voluto dall'art. 36 della Costituzione e una serie di obblighi di applicazione della contrattazione stipulata dalle organizzazioni comparativamente più rappresentative ai fini delle agevolazioni, della contribuzione ecc.
In parlamento giacciono più proposte in merito all'introduzione di una soglia minima legale per tutti i lavoratori e ognuna di esse ha caratteristiche e criticità diverse.
Vediamone alcune:
il disegno di legge Atto Senato 310 del 3 maggio 2018 titolato "istituzione del salario minimo orario" prevede che, al fine di dare attuazione al requisito della sufficienza voluto dall'art. 36 della Costituzione, il valore orario del salario minimo che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore non può essere inferiore a 9 euro al netto dei contributi previdenziali ed assistenziali.
Tale importo minimo orario andrà incrementato il 1° gennaio di ogni anno secondo i parametri dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ed andrà applicato al livello retributivo inferiore, mentre i livelli superiori, se il minore sarà stato adeguato, andranno riparametrati in aumento.
In questa proposta il campo di applicazione non è ben delineato, in quanto all'articolo 2 prima vengono citati i datori di lavoro, quindi sembra riferirsi solo ai lavoratori dipendenti, poi viene prevista l'applicazione a tutti i rapporti aventi per oggetto una prestazione lavorativa e quindi anche agli autonomi.
Il disegno di legge Atto Senato 658 del 12 luglio 2018 titolato "disposizioni per l'introduzione del salario minimo orario" prevede la garanzia dell'applicazione del trattamento economico complessivo previsto dal contratto collettivo stipulato dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria stessa e comunque non inferiore a 9 euro all'ora al lordo degli oneri contributivi e previdenziali.
Tale previsione si applica sia al lavoro subordinato sia alle collaborazione organizzate dal committente di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 ad eccezione delle collaborazioni prestate nell'esercizio di professioni intellettuali per le quali è necessaria l'iscrizione in appositi albi, delle collaborazioni rese a fini istituzionali in favore delle associazioni e società sportive dilettantistiche affiliate alle federazioni sportive nazionali, alle discipline sportive associate e agli enti di promozione sportiva riconosciuti dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI).
È prevista l'ultrattività per legge in caso di scadenza o disdetta del contratto collettivo applicabile e l'incremento annuale dell'importo in base alle variazioni dell'Indice dei Prezzi al Consumo Armonizzato per i paesi dell'Unione (IPCA).
Il disegno di legge Atto Senato 1259 del 30 aprile 2019 titolato "Salario minimo e validità erga omnes dei contratti collettivi nazionali di lavoro" prevede che, ai fini di cui all'art. 36 della Costituzione, si debba fare riferimento al trattamento economico complessivo previsto dai contratti collettivi di lavoro sottoscritti dalle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori più rappresentative sul piano nazionale.
Poi però stabilisce che si applica a tutti i lavoratori del settore il trattamento minimo tabellare e non fa riferimento al trattamento economico complessivo.
Tali Contratti si applicano anche ai rapporti di collaborazione di cui all'art. 2 del d.lgs. 81/2015 ad eccezione di quelli previsti dalle lettere b) c) e d) del comma 2 del medesimo articolo.
Al fine di individuare la rappresentatività, questo d.d.l. fa riferimento per le organizzazioni dei lavoratori al testo unico sulla rappresentanza del 10/1/2014 tra Confindustria e Cgil, Cisl, UIL, mentre per le organizzazioni datoriali al numero delle imprese associate.

Questo lo scenario delle previsioni di introduzione di un salario minimo voluto dalle nostre forze politiche.
Come abbiamo visto si parla di valore orario del salario minimo, di trattamento economico complessivo, di trattamento minimo tabellare senza definire cosa si intende per tali accezioni.
I Ccnl prevedono oltre la retribuzione base una serie di Istituti aggiuntivi sia prettamente economici, quali 13°, 14°, welfare, premi di produzione, sia economici/normativi quali Riduzione orario e permessi che incidono notevolmente sulla retribuzione effettivamente percepita dal lavoratore per ogni ora lavorata.
Ad esempio negli studi professionali una centralinista o un'addetta alle scritture semplificate percepisce una retribuzione oraria base di euro 8,31, se però a tale importo sommiamo gli istituti economici differiti quali 13°, 14° e Trattamento di fine rapporto arriviamo a 10,41 euro all'ora lordi.

Il Comitato Scientifico Gruppo Odcec Area lavoro si è posto l'obiettivo di verificare a quanto ammonta la retribuzione oraria sia contrattuale sia effettiva, cioè comprensiva degli istituti aggiuntivi, prevista dai Ccnl

stipulati dalle Organizzazioni Sindacali maggiormente rappresentative.
Sono stati presi in considerazione una cinquantina di Ccnl fra i maggiormente applicati in Italia appartenenti ai settori industria, servizi, artigianato, lavoratori domestici e agricoltura e per ognuno di essi è stato esaminato l'inquadramento più basso.
Sono stati calcolati e messi a confronto:

- la retribuzione oraria contrattuale
- la retribuzione oraria contrattuale comprensiva degli istituti aggiuntivi
- la retribuzione oraria per ora lavorabile
- la retribuzione oraria per ora lavorabile comprensiva degli istituti aggiuntivi.

Dalla ricerca, nonostante si siano presi in considerazione i Ccnl stipulati dalle organizzazioni maggiormente rappresentative, l'importo medio orario del trattamento salariale minimo si attesta a 7,43 euro.

MEDIA INDAGINE	TRATTAMENTO SALARIALE MINIMO	TRATTAMENTO SALARIALE MINIMO CON ISTITUTI AGGIUNTIVI
TOTALE	7,43	9,03
INDUSTRIA	8,04	9,63
SERVIZI	7,31	9,15
ARTIGIANATO	7,47	8,74
AGRICOLTURA	6,24	7,87
LAVORO DOMESTICO	4,62	5,72

Quindi in Italia il valore mediano delle retribuzioni minime previste dai Ccnl maggiormente rappresentativi si attesta attorno a euro 7,43 come retribuzione base, notevolmente più basso del parametro ipotetico di 9 euro o 10 se consideriamo l'Atto Senato 310; anche se aggiungiamo gli istituti contrattuali diretti e indiretti abbiamo un valore mediano di 9,03 euro, ma anche in questo caso abbiamo dei comparti interi che stanno sotto soglia, l'artigianato e l'agricoltura.

A questo punto dobbiamo porci delle domande per il bene del Sistema Italia.
Possiamo permetterci l'introduzione di un salario minimo legale così come dalle proposte ferme in Parlamento? Possono oggi le imprese accollarsi questo costo aggiuntivo e restare competitive? Occorre fare chiarezza su cosa comprende l'importo del valore minimo perché, come abbiamo visto dall'indagine, se l'importo si riferisce unicamente alla retribuzione oraria, l'applicazione di un salario minimo legale che si attesti ad una cifra di 9 euro (quando gli importi minimi si attestano mediamente su 7,43 euro) determina un aumento di costi del 21,13 %. Nei paesi dove il salario minimo legale è stato istituito l'importo si attesta mediamente sul 60% del dato mediano, desunto dalla media delle retribuzioni minime previste dai Contratti Collettivi.
In Italia il minimale orario contributivo ammonta a euro 7,31, il salario ritenuto congruo ai fini della perdita del reddito di cittadinanza è di 858 euro, anche per i rapporti di lavoro a tempo pieno, che corrisponde a una tariffa oraria di 5 euro. L'unico salario minimo legale previsto in Italia è quello del Contratto di Prestazioni Occasionali tramite piattaforma dell'Istituto nazionale della previdenza sociale (Inps) che ammonta a 9 euro tutto compreso; ma stiamo parlando di lavori saltuari e ad ore, e non è da trascurare che PrestO, da quando è stato introdotto, non ha incontrato molti consensi.
È utile? Sappiamo che i paesi in cui è stato introdotto il salario minimo sono paesi in cui larga parte dei lavoratori non è coperta da contrattazione collettiva, in Italia invece sono pochissimi i settori dove non c'è un Ccnl, anzi la patologia è l'eccessiva proliferazione dei Contratti: presso il Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL) ci sono depositati 800 Ccnl.
Utile sarebbe avere la certezza di quale è il Ccnl comparativamente più rappresentativo per non incorrere nelle sanzioni e nei recuperi delle agevolazioni applicate correlati al rispetto di tale contratto; la retribuzione minima oraria andrebbe lasciata alla contrattazione fra le parti che può tener ben conto sia del settore sia del territorio.
Serve? Anche il 53° rapporto Censis, ultima indagine sulla situazione della società italiana, evidenza che su un totale di 23.215.000 occupati i lavoratori con retribuzione oraria inferiore a 9 euro lordi sarebbero 2.941.000 pari al 12,66%. Di questi 2.941.000 un terzo circa ha un'età compresa fra 15 e 29 anni e il 79% è costituito dagli operai.
Sicuramente in Italia c'è il problema dei lavoratori sottopagati, ma non si tratta dei lavoratori a cui si applica un regolare Ccnl comparativamente più rappresentativo, in quanto anche se la retribuzione oraria è sotto i 9 euro, con gli istituti aggiuntivi tale importo viene superato. Per combattere questa piaga occorre combattere il sommerso, chi oggi non applica i Ccnl comparativamente più rappresentativi viola già tante norme e continuerà a farlo non applicando il "salario minimo"; i falsi part time e le false partite Iva rimarranno tali anche con il "salario minimo" ed è qui, oltre che nel lavoro nero, che si annidano i problemi.
Occorre quindi una buona legge che definisca i **parametri della rappresentatività**, perché introdurre un salario minimo legale lasciando invariata la normativa vigente potrebbe anche generare il paradosso che un gruppo di imprenditori potrebbe costituire un'associazione datoriale, stipulare un Ccnl con dei minimi orari pari a 9 euro ma con nessun istituto indiretto aggiuntivo, con la conseguenza di essere perfettamente a norma pur corrispondendo al lavoratore meno di quanto prevedono i Ccnl comparativamente più rappresentativi.
L'art. 39 della Costituzione stabilisce la libertà sindacale, ma gli obblighi di registrazione ivi previsti sono stati disattesi; questo ha portato alla mancata applicazione erga omnes dei Ccnl sottoscritti dalle organizzazioni sindacali, per tutti gli appartenenti alle categorie alle quali il contratto si riferisce, creando non pochi problemi.
E questo ci riporta al vero problema, ovvero la rappresentatività, ed a come sia difficile destreggiarsi nel panorama degli 800 Ccnl depositati al CNEL. Basti pensare che l'Inps conta solo 375 Ccnl presenti nell'applicativo UNIEMENS, nonostante dichiari che i Contratti presenti coprono il 99% delle aziende presenti in Italia. I rimanenti contratti depositati al CNEL da chi sono applicati?

* *Odcec Rimini*

IL RAPPORTO DI LAVORO NELLA "LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE" DISCIPLINATA DAL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

di Luigi Andrea Cosattini *

In un quadro normativo come quello attualmente vigente in forza della Legge Fallimentare, povero di indicazioni specifiche ed inequivocabili in materia di effetti dell'apertura di una procedura concorsuale sui rapporti di lavoro pendenti, un progetto di riforma delle procedure concorsuali non avrebbe potuto prescindere dall'obiettivo di introdurre finalmente nel nostro ordinamento una disciplina specificamente finalizzata a regolare la gestione dei rapporti di lavoro nell'ambito di esse. Ed infatti il Parlamento, nell'emanare la legge 19 ottobre 2017 n. 155, con la quale ha conferito al Governo la delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, ha fornito in proposito all'organo esecutivo espresse indicazioni, sia nella parte riguardante i principi generali della riforma, sia nella parte riguardante i criteri direttivi più specificatamente riferiti alla procedura di liquidazione giudiziale (che, com'è noto, nell'ottica della riforma è destinata a sostituire la procedura fallimentare).

Sulla scorta delle indicazioni fornite dalla legge delega si è messa al lavoro la Commissione Rordorf, che com'è noto ha elaborato la propria stesura del decreto delegato da sottoporre all'approvazione definitiva del Governo. Tale bozza, raccogliendo le indicazioni fornite dal legislatore delegante, da un lato ha finalmente previsto una disciplina sufficientemente organica e completa degli effetti dell'apertura della procedura di "liquidazione giudiziale" (denominazione che ha sostituito *in toto* quella di "fallimento") sui rapporti di lavoro, dall'altro ha affrontato e risolto molte delle questioni aperte in materia di cessazione del rapporto di lavoro a seguito di tale procedura, dall'altro ancora ha (o meglio aveva, posto che come si dirà tale impostazione è stata poi abbandonata in sede di approvazione definitiva del decreto delegato) approntato un ammortizzatore sociale *ad hoc* a beneficio dei lavoratori il cui rapporto di lavoro rimaneva sospeso in conseguenza dell'apertura della procedura concorsuale. Il testo della riforma è poi giunto alla definitiva approvazione con il d.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019, pubblicato però in Gazzetta Ufficiale solo un mese dopo, il 14 febbraio 2019.

Nell'ambito del Titolo V, dedicato alla disciplina della liquidazione giudiziale il Codice della Crisi e dell'Insolvenza dedica finalmente una lunga ed articolata norma, l'art. 189, a disciplinare gli effetti della procedura di liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro subordinato pendenti al momento di apertura della procedura e nel corso di essa.

Il comma 1 dell'art. 189, dopo aver confermato quanto già in precedenza espresso dal comma 2 dell'art. 2119 c.c. (e cioè che l'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del datore di lavoro non costituisce di per sé motivo di licenziamento), acquisisce a livello normativo la soluzione già accolta dalla giurisprudenza per ciò che riguarda la sorte del rapporto di lavoro pendente al momento della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale; stabilisce infatti a tale proposito che "i rapporti di lavoro subordinato in atto alla data della sentenza dichiarativa restano sospesi fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori, comunica ai lavoratori di subentrarvi, assumendo i relativi obblighi, ovvero il recesso". Risulta con ciò confermata la scelta, già condivisa dalla giurisprudenza di legittimità e da parte della dottrina, di assoggettare i rapporti di lavoro pendenti al regime della sospensione, come in precedenza già previsto dall'art. 72 l.fall.; resta quindi definito che, a seguito dell'apertura della procedura, il rapporto di lavoro entra in fase di sospensione e ciò comporta a carico del lavoratore una situazione di "limbo" nell'ambito della quale egli rimane in attesa delle scelte del curatore in merito alla prosecuzione o cessazione del rapporto di lavoro. Competono quindi al curatore l'onere e la facoltà di decidere se subentrare nel rapporto di lavoro, assumendo con ciò ad ogni effetto di legge la titolarità del rapporto e la qualità di "datore di lavoro", ovvero di non subentrarvi, lasciando il rapporto in fase di sospensione fino al momento in cui viene esercitato il recesso. Tale situazione, peraltro, si verifica solo nell'ipotesi in cui la dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale non sia accompagnata dalla decisione del Tribunale di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa ad opera del curatore, posto che il comma 9 dell'art. 189 afferma che "Durante l'esercizio dell'impresa del debitore in liquidazione giudiziale da parte del curatore i rapporti di lavoro subordinato in essere proseguono, salvo che il curatore non intenda sospenderli o esercitare la facoltà di recesso ai sensi della disciplina lavoristica vigente. Si applicano i commi da 2 a 6 e 8 del presente articolo". La situazione è quindi inversa a quella che si verifica in caso di apertura della procedura senza esercizio provvisorio: mentre in tale ultima ipotesi la regola è quella della sospensione del rapporto di lavoro a meno che il curatore non decida di subentrarvi, nell'ipotesi di esercizio provvisorio la conseguenza "naturale" è quella della prosecuzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della procedura, in persona del curatore, a meno che egli non assuma la decisione di disporne la sospensione o di esercitare il recesso.

I successivi commi 2 e 3 si occupano di imporre al curatore di operare al più presto la propria scelta in merito al subentro nel rapporto di lavoro e di disciplinarne le conseguenze. Stabilisce infatti il comma 2 dell'art. 189 che "Il recesso del curatore dai rapporti di lavoro subordinato sospesi ai sensi del comma 1 ha effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale", mentre il comma 3 aggiunge che "Qualora non sia possibile la continuazione o il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo o comunque sussistano manifeste ragioni economiche inerenti l'assetto dell'organizzazione del lavoro, il curatore procede senza indugio al recesso dai relativi rapporti di lavoro subordinato. Il curatore comunica la risoluzione per iscritto. In ogni caso, salvo quanto disposto dal comma 4, decorso il termine di quattro mesi dalla data di apertura della liquidazione giudiziale senza che il curatore abbia comunicato il subentro, i rapporti di lavoro subordinato che non siano già cessati si intendono risolti di diritto con decorrenza dalla data di apertura della liquidazione giudiziale". Risulta pertanto confermata anche nella struttura del Codice la fattispecie della "risoluzione di diritto" quale effetto automatico del decorso del tempo a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale senza che il curatore abbia comunicato la propria decisione di subentrare nel rapporto di lavoro: una modalità di risoluzione automatica ed *ex lege* già prevista dal vigente art. 72 l.fall., ma che ha trovato (a quanto consta) pochissime applicazioni pratiche e sulla quale pressoché inesistente è l'elaborazione giurisprudenziale.

Il comma 4 dell'art. 189 prevede un meccanismo che consente, ad istanza del curatore, dell'Ispettorato del Lavoro e/o di singoli lavoratori, ove sussistano concrete prospettive di prosecuzione dell'attività d'impresa o di trasferimento dell'azienda o di ramo di essa, di chiedere al giudice delegato la proroga del termine di quattro mesi per il subentro del curatore (pena la risoluzione automatica del rapporto) previsto dal comma 3 per un periodo ulteriore fino ad un massimo di otto mesi che decorrono dalla data di deposito del provvedimento con il quale il giudice delegato concede la proroga, con la precisazione che ove la richiesta venga formulata dal curatore o dall'ITL la proroga riguarda tutti i dipendenti, mentre ove la richiesta provenga da uno o più lavoratori la proroga riguarda solo i richiedenti. Entro il termine così prorogato continua la sospensione del rapporto di lavoro e rimane aperta per il curatore la possibilità di subentrarvi ovvero di esercitare il recesso, ed ove si giunga alla scadenza senza che il curatore sia subentrato ovvero abbia comunicato il recesso dal rapporto di lavoro esso si risolve di diritto con effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale. La particolarità della fattispecie risiede però nel fatto che, ove si addivenga alla risoluzione di diritto all'esito di proroga, è prevista a favore di ciascun lavoratore nei cui confronti è stata disposta la proroga "un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a otto mensilità, che è ammessa al passivo come credito successivo all'apertura della liquidazione giudiziale": si tratta quindi di un debito della massa da pagare in prededuzione; circostanza, questa, che lascia presagire che i curatori e l'ITL saranno particolarmente cauti nel richiedere la proroga, ed il giudice delegato sarà particolarmente attento a concederla (soprattutto ove la richiesta venga formulata dai dipendenti stessi).

Se con riferimento agli effetti immediati dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale ai danni del datore di lavoro le indicazioni del Codice sono sufficientemente chiare, non altrettanto può dirsi per ciò che riguarda un altro argomento sul quale il Codice era chiamato ad esprime finalmente un'indicazione legislativa inequivocabile: quello che riguarda la disciplina del recesso dal rapporto di lavoro da parte del curatore. Ed infatti, mentre il testo della Commissione Rordorf affermava che il curatore poteva, ove non volesse subentrare nel rapporto di lavoro, esercitare il recesso da esso "ai sensi della disciplina lavoristica vigente, fatte comunque salve le specifiche previsioni del presente articolo", tale richiamo specifico alle disposizioni che disciplinano il recesso del datore di lavoro (e segnatamente il licenziamento) in materia giuslavoristica manca nella versione definitivamente approvata e pubblicata in G.U.; il comma 1 dell'art. 189 si ferma, come si è visto, affermando la facoltà del curatore di scegliere fra il subentro nel rapporto di lavoro ed il recesso, ma senza fornire indicazioni specifiche per individuare le norme dalle quali il recesso deve essere regolato.

La necessità di fare ricorso, in materia di recesso, alle normali regole giuslavoristiche in materia di licenziamento potrebbe apparire scontata, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali sopra richiamati in applicazione della normativa antecedente al Codice. Ma alcuni inducono a ritenere che tale prospettazione non sia poi così pacifica. Ed infatti: (i) l'espresso richiamo alla disciplina giuslavoristica in materia di licenziamento, presente nel testo della Commissione Rordorf, è stato eliminato in sede di approvazione del testo definitivo, il che impone di considerare tale circostanza o una semplice svista, oppure una precisa scelta legislativa; (ii) l'espresso richiamo alla disciplina giuslavoristica in materia di recesso del curatore è invece rimasta nell'ambito del comma 9 dell'art. 189 del Codice con riferimento alle ipotesi di esercizio provvisorio e, quindi, di prosecuzione del rapporto di lavoro quale conseguenza della prosecuzione dell'attività d'impresa pur a seguito dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale: il che può avere il senso di voler rimarcare la differenza fra due ipotesi di recesso (quello da un rapporto del quale il curatore non è diventato parte, avendo scelto di non subentrarvi, e quello da un rapporto del quale il curatore è diventato ad ogni effetto di legge parte sostanziale) che in effetti sono ontologicamente diverse; (iii) il fatto che il comma 8 dell'art. 189 individui quattro diverse modalità di cessazione del rapporto di lavoro (recesso del curatore, licenziamento, dimissioni e risoluzione di diritto), il che consente di sostenere che la disciplina del recesso in caso di mancato subentro del curatore nel rapporto non è assimilabile a quella del licenziamento intimato dal curatore che è invece subentrato in esso.

Le quattro diverse fattispecie di cessazione del rapporto di lavoro or ora menzionate sono accomunate dal fatto che, secondo quanto previsto dal comma 8 dell'art. 189, in tutte e quattro è dovuta a favore del lavoratore l'indennità di mancato preavviso; specifica a tale proposito la norma, con ciò superando i dubbi che in proposito sono affiorati in dottrina ed in giurisprudenza sulla collocazione del relativo credito in privilegio ai sensi dell'art. 2751 bis c.c. ovvero in prededuzione, che tale credito del lavoratore deve essere ammesso al passivo della liquidazione giudiziale, al pari del trattamento di fine rapporto, "come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale", quindi come credito concorsuale e non come debito della massa da pagarsi in prededuzione. Tale ultima indicazione risulta applicabile, in virtù del richiamo che il comma 9 dell'art. 189 contiene al comma 8 dello stesso articolo, anche ai casi di subentro del curatore nel rapporto di lavoro per effetto della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa, a meno che non se ne voglia escludere l'estensione in virtù della locuzione "in quanto compatibile" utilizzata dal Legislatore della riforma; ciò desta a mio parere qualche perplessità in considerazione del fatto che, in caso di esercizio provvisorio, il curatore subentra ad ogni effetto di legge nel rapporto di lavoro, dal che dovrebbe discendere la conseguenza che esso diventa a tutti gli effetti un rapporto i cui oneri devono ricadere sull'attivo fallimentare in prededuzione; sarebbe risultato più logico e coerente con i principi generali, quindi, ritenere che come debiti della massa con diritto alla prededuzione debbano essere qualificati (oltre che le retribuzioni e gli oneri contributivi correnti maturati nel corso dell'esercizio provvisorio, ovviamente) anche l'indennità sostitutiva del preavviso e le quote di TFR maturate nel corso dell'esercizio provvisorio del comma 7 dell'art. 194, che prevede invece la collocazione come debiti anteriori all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Il comma 5 dell'art. 189 si preoccupa di disciplinare le conseguenze delle dimissioni rassegnate dal lavoratore nel corso della

procedura di liquidazione giudiziale, stabilendo che "trascorsi quattro mesi dall'apertura della liquidazione giudiziale, le eventuali dimissioni del lavoratore si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi dell'articolo 2119 del codice civile con effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale". La particolarità della disciplina relativa alle dimissioni risiede nel fatto che, mentre il tenore del comma 5 dell'art. 189 riconosce le dimissioni come sorrette da "giusta causa" solo nell'ipotesi in cui esse vengano rassegnate dal lavoratore solo decorsi quattro mesi dall'apertura della procedura di liquidazione giudiziale (il che presuppone evidentemente che sia stata disposta una proroga del termine per lo scioglimento), il comma 8 dello stesso articolo prevede (come si dirà fra breve) che in ogni ipotesi di dimissioni (a prescindere, quindi, dal momento in cui esse sono rassegnate) matura il diritto del lavoratore dimissionario ad ottenere l'indennità sostitutiva del preavviso, nella misura prevista dal contratto collettivo applicabile in relazione alla tipologia ed alle caratteristiche del rapporto, che costituisce credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale (e quindi da collocarsi in privilegio ai sensi dell'art. 2751 *bis* c.c.) e non credito prededucibile. Dalla discrasia fra le due norme sembra di poter intendere che mentre l'indennità sostitutiva del preavviso è dovuta in ogni ipotesi di dimissioni, solo quelle rassegnate dopo almeno quattro mesi di sospensione del rapporto sono qualificabili come sostenute da "giusta causa", e ciò evidentemente a fini diversi da quello connesso all'indennità di preavviso, quale potrebbe essere il diritto alla Naspi.

È invece disciplinata dal comma 6 dell'art. 189 l'ipotesi in cui il curatore si trovi nella condizione di dover dar corso ad una procedura di licenziamento collettivo ai sensi degli artt. 4 e 24 della legge 23 luglio 1991, n. 223 (ipotesi che ricorre, è utile ricordarlo, nel caso in cui un'impresa che occupa più di quindici dipendenti deve procedere ad almeno cinque licenziamenti nell'arco di 120 giorni riconducibili alla stessa operazione di riorganizzazione aziendale). Per essa il Codice prevede una procedura che ricalca in larga parte quella ordinaria disciplinata dall'art. 4 della legge n. 223/2001, ma con alcune semplificazioni e riduzioni di termini che possono in questa sede essere omesse e per le quali si rimanda all'esame del testo.
Stabilisce altresì, il comma 7, che in tutti i casi sopra richiamati è dovuto a favore dell'Inps il contributo previsto dall'art. 2, comma 31, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (cioè il contributo a carico del datore di lavoro finalizzato a finanziare il fondo NASPI istituito presso l'Inps) e che il corrispondente importo è ammesso al passivo come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale.

Chiarite le analogie che accomunano le quattro modalità di cessazione del rapporto, resta da chiedersi quali siano invece le possibili interpretazioni sugli elementi che le differenziano. Se relativamente agevole appare la soluzione ermeneutica con riferimento alle dimissioni ed al licenziamento, trattandosi di categorie prettamente giuslavoristiche per le quali è difficile ipotizzare una disciplina diversa rispetto a quella normalmente vigente per tali ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro al di fuori di una procedura concorsuale (salvo quanto si è detto in merito agli adattamenti che il Codice apporta in materia di licenziamento collettivo), più aperta risulta a mio parere la questione con riferimento all'ipotesi di "recesso del curatore" in ipotesi di mancato subentro di esso nel rapporto di lavoro e di "risoluzione di diritto" per effetto dell'inutile decorso del termine originario (quattro mesi) o prorogato ai sensi del comma 4 (fino a ulteriori otto mesi) concesso al curatore per recedere o subentrare. Il problema si pone, a tacer d'altro, con riferimento alla necessità di motivazioni al fine di sorreggere la legittimità del recesso, alla forma di esso ed alle relative conseguenze.
Per ciò che riguarda l'ipotesi di "risoluzione di diritto" sembra, a parere di chi scrive, che, per quanto gli studiosi e la giurisprudenza di matrice più strettamente giuslavoristica si possano adoperare per attrarre la fattispecie nell'ambito delle regole proprie del diritto del lavoro, risulti difficile eludere un dato normativo che, quantomeno sotto il profilo letterale, va invece in una direzione più propriamente "civilistica". L'indicazione del Legislatore sembra infatti proprio quella di ricollegare la cessazione del rapporto di lavoro non ad un atto unilaterale di una delle parti di esso ma ad un evento esterno alla loro volontà, e cioè il mero decorrere del termine; così ricostruita, la cessazione del rapporto sarebbe effetto di una condizione risolutiva stabilita *ex lege*, qualificazione giuridica che dovrebbe comportare alcuni corollari non trascurabili, fra i quali: (i) non essendo qualificabile come atto negoziale unilaterale, la "risoluzione di diritto" non richiede altro requisito e/o altra motivazione se non il verificarsi dell'evento individuato come condizione risolutiva e cioè il trascorrere del termine; (ii) operando "di diritto", non richiede per produrre i propri effetti particolari forme e/o modalità di comunicazione, salvo l'onere della parte che intenda avvalersi dell'intervenuta risoluzione di comunicare all'altra la propria volontà di avvalersene, in analogia a quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 1456 c.c.; (iii) non è ipotizzabile una tutela risarcitoria e/o reintegratoria plasmata sulla base delle norme giuslavoristiche qualora l'intervenuta risoluzione sia erroneamente invocata (caso peraltro piuttosto improbabile, atteso quanto sopra espresso), dovendosi invece applicare in tal caso le ordinarie norme civilistiche in caso di invalidità.

Maggiori incertezze suscita l'ipotesi del recesso del curatore nel caso in cui egli non sia subentrato nel rapporto di lavoro, e quindi nel caso in cui egli decida di sciogliersi dal rapporto ai sensi dell'art. 189, comma 1 mentre esso è in fase di sospensione a seguito dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Anche con riferimento a tale fattispecie, peraltro, sembra che l'indicazione del Legislatore sia nel senso di consentire al curatore una pura e semplice facoltà di recesso *ad nutum* secondo la disciplina dell'art. 2118 c.c., con ciò attribuendo al lavoratore solo il diritto all'indennità di preavviso; se così è, il recesso del curatore risulta svincolato da ogni necessità di motivazione e non necessità di causali diverse ed ulteriori rispetto alla pura e semplice volontà di sciogliersi dal contratto, mentre per ciò che riguarda la forma è sufficiente una comunicazione scritta che manifesti la volontà del curatore di sciogliersi dal rapporto ai sensi della disposizione di legge.

La disciplina degli ammortizzatori sociali
Il testo elaborato dalla Commissione Rordorf proponeva una soluzione che forse più di tutte contribuiva a coniugare le opposte esigenze della massa fallimentare e dei lavoratori dipendenti dal datore di lavoro assoggettato alla procedura di liquidazione giudiziale; ed infatti l'art. 195 della bozza di decreto delegato, rubricato "Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego nella Liquidazione Giudiziale - NASpILG", recependo in proposito le indicazioni fornite dagli operatori dei settori

più attenti alle esigenze di tutela della parte debole del rapporto, stabiliva al comma 1 che "Lo stato di sospensione del rapporto di lavoro nella liquidazione giudiziale è equiparato allo stato di disoccupazione con applicazione, in quanto compatibili, dei servizi e delle misure di politiche attive del lavoro previste dalla disciplina vigente", e che al lavoratore il cui rapporto di lavoro risultasse sospeso per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale spettasse, sussistendone i presupposti già previsti dalla disciplina che regola la Naspi, a partire dalla data di apertura della liquidazione giudiziale, un trattamento equivalente a quello di NASpI, denominato Nuova prestazione di Assicurazione Sociale per l'Impiego nella Liquidazione Giudiziale - NASpILG, destinato a cessare qualora il curatore subentrasse nel rapporto di lavoro; specificava inoltre la norma che il trattamento non può superare la durata massima prevista dal d.lgs. n. 22/2015 per il normale trattamento "non concorsuale". In sostanza, il periodo di erogazione a favore del lavoratore della NaspiLG si sarebbe integrato ed assommato a quello della normale Naspi di cui al d.lgs. n. 22/2015, di tal ché il periodo complessivo di godimento di tale forma di sostegno al reddito sarebbe rimasto invariato. Così regolando l'istituto, la Commissione aveva individuato una forma che avrebbe consentito verosimilmente di mettere d'accordo tutti (nei limiti di quanto ciò è possibile nel caso in cui si verifichi una procedura di liquidazione giudiziale...): il dipendente, che anziché trovarsi del tutto scoperto avrebbe potuto almeno contare sull'ammortizzatore sociale come sopra disciplinato; il curatore, che avrebbe potuto riflettere con maggiore calma sulle sorti dell'azienda, senza essere condizionato dal fatto che la sospensione dei rapporti di lavoro lascia i dipendenti privi di ogni forma di sostentamento; ed anche lo Stato, posto che la NaspiLG non avrebbe alterato il costo complessivo dell'ammortizzatore sociale in considerazione del fatto che quanto erogato a titolo di NaspiLG avrebbe decurtato in misura corrispondente quanto complessivamente erogabile al dipendente a titolo di Naspi.

Tale soluzione non ha però trovato conferma nella versione del Codice approvata in via definitiva dal Governo e trasfusa nel testo del d.lgs. n. 14/2019. Stabilisce infatti l'art. 190 del testo definitivamente approvato che "La cessazione del rapporto di lavoro ai sensi dell'articolo 189 costituisce perdita involontaria dell'occupazione ai fini di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22 e al lavoratore è riconosciuto il trattamento NASpI a condizione che ricorrano i requisiti di cui al predetto articolo, nel rispetto delle altre disposizioni di cui al decreto legislativo n. 22 del 2015"; l'erogazione dell'ammortizzatore sociale è dunque subordinata (oltre che alla sussistenza dei requisiti di legge per fruirne, ovviamente) non all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, ma alla cessazione del rapporto di lavoro per una delle cause disciplinate dall'art. 189 e sopra esaminate.

Vero è, ed opportuno evidenziarlo, che il d.l. 28 settembre 2018, n. 109, ha "resuscitato" con il proprio art. 44 la "Cassa integrazione per cessazione di attività", stabilendo che "può essere autorizzato sino ad un massimo di 12 mesi complessivi (...) il trattamento straordinario di integrazione salariale per crisi aziendale qualora l'azienda abbia cessato o cessi l'attività produttiva e sussistano concrete prospettive di cessione dell'attività con conseguente riassorbimento occupazionale, secondo le disposizioni del decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali del 25 marzo 2016 n. 95075 (...), oppure laddove sia possibile realizzare interventi di reindustrializzazione del sito produttivo, nonché in alternativa attraverso specifici percorsi di politica attiva del lavoro posti in essere dalla Regione interessata, nel limite delle risorse stanziate (...), e non utilizzate, anche in via prospettica". Ma si tratta evidentemente di tutt'altra cosa rispetto all'ammortizzatore sociale "automatico" previsto dalla bozza della Commissione Rordorf, che si attivava direttamente per effetto dell'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, anche a voler sorvolare sul fatto che la Cassa approntata dall'art. 44, d.l. n. 109/2018 è prevista in via temporanea solo per gli anni 2019 e 2020, occorre evidenziare che l'erogazione di essa è riservata solo alle ipotesi di cessazione dell'attività e sempre che sussistano concrete prospettive di riassorbimento dell'occupazione, il che non è poi così frequente; ha infatti precisato a tale proposito la Circolare Inps n. 15 del 4 ottobre 2018 che "il trattamento di integrazione salariale straordinaria per crisi aziendale può essere riconosciuto - alla presenza di determinate condizioni - sino a dodici mesi limitatamente a ciascun anno 2018, 2019 e 2020 in favore di quelle imprese, anche in procedura concorsuale, che abbiano cessato la propria attività produttiva e non si siano ancora concluse le procedure per il licenziamento di tutti i lavoratori, o la stiano cessando". Per di più, grava in questo caso sul Curatore l'onere di attivarsi per chiedere (ed auspicabilmente ottenere, una volta verificato che ne sussistono le condizioni) l'accesso alla Cassa, mentre invece il testo della Commissione Rordorf prevedeva un meccanismo sicuramente molto meno impegnativo e gravoso.

La disciplina in materia di trasferimenti d'azienda: cenni

Da ultimo (e limitando la presente disamina alle più importanti questioni di coordinamento fra disciplina concorsuale e disciplina giuslavoristica alle quali il testo del Codice offre una soluzione normativa, ché la disamina completa di esse esula dalla portata della presente trattazione) occorre dedicare qualche cenno al tema dei trasferimenti d'azienda. In proposito la disciplina risulta meno chiara e lineare di quanto previsto per le disposizioni sopra richiamate, attesa la scelta della Commissione di non inserire l'intero *corpus* normativo a ciò dedicato nell'ambito del testo del Codice, ma di disciplinare la materia in parte nell'ambito del Codice, in parte con il rimando all'art. 47 della legge n. 428/1990, sul cui testo peraltro il Codice interviene in modo significativo.

Stabilisce infatti l'art. 191 che "Al trasferimento di azienda nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e al trasferimento d'azienda in esecuzione di accordi di ristrutturazione si applicano l'articolo 47 della legge 29 dicembre 1990, n. 428, l'articolo 11 del decreto-legge 23 dicembre 2013, n. 145, convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 9 e le altre disposizioni vigenti in materia", ed interviene poi con le disposizioni di attuazione a modificare il testo dell'art. 47, legge n. 428/1990.

Assumono inoltre rilievo, in materia di effetti del trasferimento d'azienda sui rapporti di lavoro pendenti e sui diritti ed obblighi ad essi connessi, gli artt. 184 e 212, che disciplinano (sotto diversi profili) gli effetti della liquidazione giudiziale sui contratti di affitto d'azienda. In particolare, il comma 6 dell'art. 212 stabilisce che "La retrocessione alla liquidazione giudiziale di aziende, o rami di aziende, non comporta la responsabilità della procedura per i debiti maturati sino alla retrocessione, in deroga a quanto previsto

dagli articoli 2112 e 2560 del codice civile. Ai rapporti pendenti al momento della retrocessione si applicano le disposizioni di cui alla sezione V del capo I del titolo V", mentre il comma 2 dell'art. 184 richiama tale disciplina anche nel caso di recesso del curatore dal contratto di affitto d'azienda stipulato prima dell'apertura della procedura dall'imprenditore *in bonis* (o comunque alla scadenza di esso).

Importanti e sostanziali sono altresì le modifiche che l'art. 368 del Codice apporta all'art. 47 della legge n. 428/1990, alla cui lettura si rimanda.

Sarà quindi sufficiente in questa sede, per fornire un quadro di sintesi, evidenziare che: (i) il comma 6 dell'art. 212 ed il comma 2 dell'art. 184 risolvono i dubbi in precedenza posti dall'art. 104 *bis* l.fall., prevedendo l'insensibilità della procedura per i debiti maturati a favore dei lavoratori prima della retrocessione dell'azienda alla procedura, e ciò sia nel caso in cui essa fosse stata concessa in affitto dall'imprenditore *in bonis* prima dell'apertura della procedura, sia nel caso in cui la concessione in affitto sia stata conclusa dal curatore nell'ambito della procedura; (ii) nei casi di trasferimenti di aziende nell'ambito di procedure disciplinate dal Codice la comunicazione di apertura della procedura cui all'art. 47, comma 1, legge n. 428/1990 può essere effettuata anche solo da chi intenda proporre offerta di acquisto dell'azienda e subordinando l'efficacia degli accordi di cui ai commi 4 *bis* e 5 all'aggiudicazione dell'azienda; (iii) qualora il trasferimento riguardi imprese nei confronti delle quali vi sia stata apertura della liquidazione giudiziale e non vi sia la continuazione dell'attività ovvero essa sia cessata, i rapporti di lavoro continuano con il cessionario, ma nel corso delle consultazioni sindacali di cui all'art. 47, legge n. 428/1990 possono comunque stipularsi, con finalità di salvaguardia dell'occupazione, contratti collettivi ai sensi dell'art. 51, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 in deroga ai commi 1 (prosecuzione dei rapporti di lavoro), 3 (obbligo per il cessionario di applicare i trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva) e 4 (il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento) dell'art. 2112 c.c., ferma restando altresì la possibilità di accordi individuali da sottoscriversi nelle sedi di cui all'art. 2113, ultimo comma, c.c.; (iv) in tali ipotesi non trova applicazione (a prescindere dalla conclusione di accordi sindacali sul punto) quanto disposto dal comma 2 dell'art. 2112 c.c., e quindi non opera il regime della responsabilità solidale fra cedente e cessionario in relazione ai crediti vantati dal lavoratore alla data del trasferimento; (v) in caso di retrocessione alla procedura di liquidazione giudiziale dell'azienda affittata a terzi è esclusa la responsabilità della procedura per i debiti maturati in pendenza dell'affitto; (vi) la data del trasferimento tiene luogo di quella della cessazione del rapporto di lavoro (anche ai fini dell'individuazione dei crediti di lavoro diversi dal trattamento di fine rapporto) ed il trattamento di fine rapporto è considerato come immediatamente esigibile nei confronti del cedente dell'azienda con la conseguenza che esso, nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale, viene ammesso al passivo ed il Fondo di garanzia, in presenza delle condizioni previste dall'art. 2 della legge 29 maggio 1982, n. 297, interviene anche a favore dei lavoratori che passano senza soluzione di continuità alle dipendenze dell'acquirente.

**Avvocato in Bologna*

LA NUOVA DIRETTIVA UE IN MATERIA DI DISTACCO TRANSNAZIONALE

*di Paolo Soro**

Si avvicina la scadenza del 30 luglio 2020, data in cui tutti i Paesi membri dovranno avere recepito le norme in tema di distacco transnazionale dei lavoratori, dettate dalla Direttiva UE 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 giugno 2018, recante modifiche alla Direttiva 96/71/CE. A tal proposito, il 2 novembre scorso, è entrata in vigore la Legge dello Stato 117/2019 (Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2018), la quale, al primo comma dell'art. 1, stabilisce che il Governo è delegato ad adottare i decreti legislativi per l'attuazione – tra le altre – anche dell'anzidetta Direttiva UE 2018/957, entro il termine di recepimento citato (30/07/2020).

Prima, però, di riportare le nuove regole sul distacco stabilite dalla direttiva in parola, ricordiamo brevemente i principi generali su cui queste sono fondate.

Il trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in vigore dal 1° dicembre 2009, nel vietare ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, afferma il diritto di:

- circolare e soggiornare liberamente nel territorio dei Paesi membri, fatte salve le limitazioni e le condizioni previste dai trattati e dalle disposizioni adottate in applicazione degli stessi;
- rispondere a offerte di lavoro effettive, spostarsi liberamente a tal fine nel territorio degli Stati membri e prendere dimora in uno di questi al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali;
- rimanere (alle condizioni prescritte dai vari regolamenti e direttive) sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego.

A tale ultimo riguardo, più in dettaglio, i regolamenti e le direttive hanno il compito di:

- assicurare una stretta collaborazione tra le amministrazioni nazionali del lavoro;
- eliminare quelle procedure e pratiche amministrative, come anche i termini per l'accesso agli impieghi disponibili, il cui mantenimento sarebbe di ostacolo alla liberalizzazione dei movimenti dei lavoratori;
- abolire tutti i termini e le altre restrizioni previste dalle legislazioni interne, che impongano ai lavoratori degli altri Stati membri, in ordine alla libera scelta di un lavoro, condizioni diverse da quelle stabilite per i lavoratori nazionali;
- istituire meccanismi idonei a mettere in contatto le offerte e le domande di lavoro, e a facilitarne l'equilibrio, a condizioni che evitino di compromettere gravemente il tenore di vita e il livello dell'occupazione nelle diverse regioni e industrie.

Il Parlamento europeo e il Consiglio adottano in materia di sicurezza sociale le misure necessarie per l'instaurazione della libera circolazione dei lavoratori, attuando in particolare un sistema che consenta di assicurare ai lavoratori migranti (sia dipendenti, che autonomi), e ai loro aventi diritto:

- il cumulo di tutti i periodi presi in considerazione dalle varie legislazioni nazionali, sia per il sorgere e la conservazione del diritto alle prestazioni,

che per il calcolo di queste;
- il pagamento delle prestazioni alle persone residenti nei territori degli Stati membri.

Riassumendo, dunque, i principi fondamentali della normativa unionale che si applicano ai lavoratori che si spostano all'interno della Comunità sono i seguenti:
- parità di trattamento, in base alla quale ciascuno Stato è tenuto ad assicurare ai cittadini degli altri Stati membri lo stesso trattamento e gli stessi benefici riservati ai propri cittadini;
- mantenimento dei diritti e dei vantaggi acquisiti, e possibilità, quindi, di ottenere il pagamento delle prestazioni nel Paese di residenza, anche se a carico di un altro Stato (c.d. esportabilità delle prestazioni);
- totalizzazione dei periodi di assicurazione e contribuzione, grazie alla quale i periodi assicurativi maturati nei vari Stati si cumulano, se non sovrapposti, nel rispetto e nei limiti delle singole legislazioni nazionali, al fine di consentire il perfezionamento dei requisiti richiesti per il diritto alle prestazioni;
- unicità della legislazione applicabile.

Da questa doverosa premessa, consegue che la parità di trattamento dei lavoratori è il tema ispiratore della direttiva europea. L'obiettivo dichiarato è quello di combattere e arginare il fenomeno del dumping salariale e sociale per ritrovare un equilibrio tra le norme che regolano retribuzioni e tutele dei lavoratori in tutta l'Unione (nonché nei Paesi SEE e nella Svizzera).

Ma vediamo, ora, più nello specifico cosa prevede la nuova Direttiva UE 2018/957.
Innanzitutto, fermi e impregiudicati il diritto o la libertà di sciopero, nonché il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi in conformità alla normativa nazionale, l'articolo 1 della direttiva garantisce la protezione dei lavoratori distaccati durante il loro distacco in relazione alla libera prestazione dei servizi, stabilendo disposizioni obbligatorie riguardanti le condizioni di lavoro e la tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori che devono essere rispettate. Per le retribuzioni si dovrà sempre fare riferimento al Paese di destinazione; mentre, per il versamento dei contributi, allo Stato di origine; posto che, come noto, durante il distacco il lavoratore rimane ufficialmente alle dipendenze del datore di lavoro distaccante.

Un'altra novità concerne l'ampliamento dell'ambito di applicazione della disciplina anche alle agenzie di somministrazione che decidono di distaccare un lavoratore presso un'impresa utilizzatrice, avente la sede o un centro di attività nel territorio di uno Stato membro.
"Nel caso in cui un lavoratore, che sia stato fornito da un'impresa di lavoro temporaneo o da un'impresa che effettua cessioni temporanee presso un'impresa utilizzatrice, sia chiamato, dall'impresa utilizzatrice, a svolgere un lavoro nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, nel territorio di uno Stato membro diverso da quello in cui il lavoratore abitualmente lavora per l'impresa di lavoro temporaneo o per l'impresa che effettua cessioni temporanee, oppure per l'impresa utilizzatrice, il lavoratore è considerato distaccato nel territorio di tale Stato membro dall'impresa di lavoro temporaneo o dall'impresa che effettua la fornitura con la quale sussiste un rapporto di lavoro. L'impresa utilizzatrice informa a tempo debito l'impresa di lavoro temporaneo o l'impresa che ha effettuato la fornitura di un lavoratore prima dell'inizio del lavoro".
In base, poi, a quanto previsto dalla legislazione nazionale e/o dai contratti collettivi vigenti nel singolo Paese membro, le imprese di tutti gli Stati devono garantire (indipendentemente dalla normativa specificatamente applicabile al rapporto di lavoro) ai lavoratori distaccati nel proprio territorio, parità di trattamento e di condizioni di lavoro e occupazione, con riguardo a:
- periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
- durata minima dei congedi annuali retribuiti;
- retribuzione, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario;
- condizioni di fornitura dei lavoratori, con particolare riferimento alle sopra richiamate imprese di lavoro temporaneo;
- sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
- provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
- parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione;
- condizioni di alloggio dei lavoratori, qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro (in proposito si richiama l'attenzione del lettore sulle situazioni disciplinate dall'art 603-bis, Codice Penale);
- indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali (con riguardo ai costi sostenuti dai lavoratori distaccati "pendolari").

Al fine di prevenire possibili contenziosi di carattere interpretativo, la direttiva precisa anche il concetto di retribuzione, la quale è da intendersi come pari a quella determinata dalla normativa e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato; fermo restando che devono altresì considerarsi ricompresi tutti gli elementi costitutivi della retribuzione resi obbligatori da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative nazionali, da contratti collettivi o da arbitrati che sono stati dichiarati di applicazione generale nello Stato membro in questione.
Le informazioni relative devono essere pubblicate dagli Stati membri sul sito web ufficiale, senza indebito ritardo e in maniera trasparente; nonché risultare esatte e costantemente aggiornate. I siti web dei singoli Paesi membri sono, a loro volta, indicati nel portale della Commissione. In caso di violazioni da parte delle imprese, le correlate sanzioni sono rimodulate in diminuzione, laddove le anzidette pubblicazioni non siano state eseguite, o aggiornate, o risultino comunque inesatte.
La direttiva passa, poi, a dettare quella che risulta essere la principale variazione normativa introdotta, avuto riguardo all'immediato impatto che ne deriverà da un punto di vista prettamente operativo. La durata del distacco – di fatto – viene modificata, posto che, trascorso un determinato tempo limite, i lavoratori distaccati saranno sostanzialmente considerati come lavoratori del luogo in cui prestano servizio.

È notorio che, attualmente, la durata massima del distacco è fissata, salvo particolari eccezioni, in 24 mesi (articolo 12, paragrafo 1, Regolamento CE 883/2004). Come pure è risaputo che esistono non poche situazioni nelle quali i distacchi possono perdurare anche più di 2 anni. Ebbene, a decorrere dal 30/07/2020 (data di entrata in vigore della Direttiva UE 2018/957), la durata ordinaria del distacco viene diminuita a 12 mesi. Qualora, però, il prestatore di servizi presenti una notifica motivata, lo Stato membro interessato estende il periodo da 12 a 18 mesi. Onde evitare un uso distorto della

previsione normativa, la direttiva ribadisce che, se un'impresa sostituisce un lavoratore distaccato con un altro lavoratore distaccato che espleta le stesse mansioni nello stesso luogo, la durata complessiva del distacco resta immutata; ossia, deve comunque corrispondere alla sommatoria dei periodi di distacco dei singoli lavoratori interessati. Quanto al concetto di "stesse mansioni, nello stesso luogo", questo è determinato tenendo in considerazione, tra l'altro, la natura del servizio da prestare, il lavoro da effettuare e l'indirizzo o gli indirizzi del luogo di lavoro.

Ma cosa succede a un lavoratore distaccato se le appena precisate scadenze vengono superate?

Ricordiamo che, sempre in base al menzionato Regolamento CE 883/2004, se, per cause impreviste, il distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi dura più del previsto, l'ente assicuratore dello Stato membro (Stato di invio) in cui il lavoratore era soggetto inizialmente al sistema di sicurezza sociale, può di regola prolungare l'autorizzazione concessa per una durata massima di 60 mesi (articolo 16, paragrafo 1, Regolamento cit.). Cionondimeno, dati i limiti imposti dalla direttiva, qualora la durata effettiva di un distacco superi 12 mesi, gli Stati membri provvedono affinché, indipendentemente dalla normativa applicabile al rapporto di lavoro, le imprese distaccanti garantiscano, sulla base della parità di trattamento, ai lavoratori che sono distaccati nel loro territorio (oltre alle condizioni di lavoro e di occupazione prima elencate), in generale tutte le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, stabilite da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative e/o da contratti o altri accordi collettivi comunque applicabili. Restano escluse solo le procedure, le formalità e le condizioni per la conclusione e la cessazione del contratto, le clausole di non concorrenza e i regimi pensionistici integrativi di categoria. Da ciò ne consegue che, dopo 12 mesi, al lavoratore distaccato dovrà ritenersi applicabile altresì la normativa in tema di contributi da lavoro dello Stato membro distaccatario, e non più quella dello Stato membro di invio.

Ai professionisti che seguono operazioni di distacco transnazionale non resta, dunque, che vedere in che modo le varie legislazioni di interesse daranno esecuzione a tali disposizioni, auspicando (tanto per cambiare) norme attuative e circolari interpretative sufficientemente chiare.

Sempre in ottica pratica, appare particolarmente rilevante la seguente ulteriore precisazione riportata nella direttiva. Ferma restando la possibilità di applicare condizioni di lavoro e occupazione che siano migliorative per i lavoratori:

"Le indennità specifiche per il distacco sono considerate parte della retribuzione, purché non siano versate a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco, come le spese di viaggio, vitto e alloggio. Il datore di lavoro provvede a rimborsare tali spese al lavoratore distaccato, in conformità della normativa e/o delle prassi nazionali applicabili al rapporto di lavoro. Qualora le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro non determinino se elementi dell'indennità specifica per il distacco sono versati a titolo di rimborso delle spese effettivamente sostenute a causa del distacco o se fanno parte della retribuzione e, nel caso, quali siano detti elementi, l'intera indennità è considerata versata a titolo di rimborso spese."

La citata specificazione dovrebbe consentire di evitare potenziali contenziosi in materia di imponibilità fiscale, come quelli che ci è capitato più volte di affrontare in occasione di taluni accertamenti effettuati dall'Agenzia delle Entrate.

Analogamente di interesse appare, altresì, quella regola che lascia liberi gli Stati membri di avvalersi dei contratti collettivi, purché sia assicurata la parità di trattamento. Segnaliamo tale previsione poiché, espressamente, la direttiva parla di:

- contratti collettivi in genere applicabili a tutte le imprese simili nell'ambito territoriale e nella categoria interessata
- e/o
- contratti collettivi conclusi dalle organizzazioni delle parti sociali più rappresentative sul piano nazionale e che sono applicati in tutto il territorio nazionale.

Conosciamo bene le nostre problematiche interne in merito al concetto di rappresentatività sindacale nazionale. Orbene, il Legislatore comunitario, usando la doppia congiunzione copulativa e disgiuntiva "e/o", chiaramente, non pone alcun obbligo di applicare esclusivamente le regole indicate nei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale; bensì consente anche di adottare le regole fissate nei contratti applicabili a livello territoriale e categoriale, col solo limite di rispettare la parità di trattamento fra i lavoratori.

Detta parità di trattamento, inoltre, si riflette necessariamente anche fra le stesse imprese interessate, al fine di conseguire il dichiarato obiettivo di evitare situazioni di dumping salariale o comunque particolari fattispecie di concorrenza sleale:

"Si considera che vi sia parità di trattamento, quando le imprese nazionali che si trovano in una situazione analoga:

- sono soggette, nel luogo o nel settore in cui svolgono la loro attività, ai medesimi obblighi per quanto attiene alle materie superiormente elencate, e, se del caso, con riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione che devono essere assicurate ai lavoratori distaccati
- e (qui la congiunzione è solo quella copulativa – N.d.R.)
- sono soggette ai medesimi obblighi aventi i medesimi effetti".

Tutto quanto precede, fermo restando che niente osta al fatto che gli Stati membri, nel rispetto dei trattati, applichino alle imprese nazionali e a quelle di altri Stati membri (sulla base della parità di trattamento) condizioni di lavoro e di occupazione, riguardanti materie diverse da quelle contemplate, laddove però si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

In merito all'esplicarsi dell'attività di controllo afferente le disposizioni dettate, la direttiva richiama le autorità dei singoli Paesi membri a collaborare fra di loro. In particolare, rispondere reciprocamente alle richieste motivate di informazioni, per combattere abusi evidenti o presunti casi di attività transnazionali illegali, quali i casi transfrontalieri di lavoro non dichiarato e lavoro autonomo fittizio, legati a contratti di distacco dei lavoratori. Qualora la specifica autorità interessata non sia in possesso delle informazioni richieste, occorre sollecitare l'ottenimento delle informazioni anche presso altre autorità. In caso di ritardi persistenti nella trasmissione delle informazioni, la Commissione ne è portata a conoscenza e adotta immediatamente ogni misura adeguata.

Lo Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato e lo Stato membro a partire dal quale il lavoratore è distaccato, sono entrambi responsabili del monitoraggio, del controllo, dell'esecuzione e degli obblighi previsti dalla direttiva, ed emanano prontamente tutti gli

opportuni correttivi di legge, nelle ipotesi di inosservanza delle norme stabilite dalla direttiva, prevedendo le correlate sanzioni da applicare, le quali dovranno risultare effettive, proporzionate e dissuasive.

In sostanza, qualora sia accertato che un'impresa, in modo scorretto o fraudolento, simuli che la situazione di un lavoratore rientri nell'ambito di applicazione della direttiva (rectius, il lavoratore interessato sia soggetto a condizioni meno favorevoli rispetto agli altri), lo Stato membro dovrà comunque applicare la normativa e la prassi pertinenti, indipendentemente da quanto risulta contrattualmente pattuito fra le parti.

Come già più volte ricordato, la direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di emanare e pubblicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi a quanto stabilito dalla direttiva, entro il 30 luglio 2020. Tali disposizioni dovranno, pertanto, trovare pratica applicazione a decorrere dalla medesima data; nonché essere immediatamente comunicate alla Commissione.

Dopo di che, entro il 30 luglio 2023, la Commissione presenterà al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, una relazione sull'applicazione e attuazione della direttiva nei vari Paesi, proponendo, se del caso, le necessarie modifiche.

Tutto ciò evidenziato, pare finanche ovvio rammentare che le altre disposizioni dettate dalla vigente Direttiva 96/71/CE, che non risultano espressamente modificate dalla – nuova – Direttiva UE 2018/957 (come qui sopra riportate), continuano ad avere regolare applicazione pratica.

In conclusione, giusto per dare uno sguardo fuori di "casa nostra", sulla base delle notizie che possono essere recuperate nel portale istituzionale della Commissione, parrebbe che solo la Francia abbia già recepito la nuova direttiva, con ordinanza n. 2019-116 del 20 febbraio 2019, pubblicata sul Journal Officiel de la République Française (JORF) del 21.02.2019, le cui disposizioni entreranno in vigore fin dal 20 luglio 2019. Ufficialmente, non risultano approvate e pubblicate nel sito in questione, altre misure nazionali di recepimento. Peraltro, ciò non significa che altri Paesi non abbiano già provveduto. Per esempio, nel sito in questione appare solo il provvedimento francese, non essendo stato ancora pubblicato neppure quello italiano.

È da dire, poi, che il provvedimento transalpino risulta essere già di per sé definitivo, contenendo le concrete norme attuative. Viceversa, la nostra attuale legge di delegazione, per quanto concerne le regole operative (come indicato nell'incipit), si limita a rinviare detto compito ai decreti di attuazione che dovranno essere emanati dal Governo entro la prefissata scadenza del 30/07/2020.

Sempre da un punto di vista pratico, giova infine ricordare che, a differenza dei regolamenti, le direttive non sono immediatamente applicabili, ma necessitano – appunto – di essere specificatamente recepite dalle legislazioni interne.

** Odcec Roma*

ANTHEA
RISK MANAGEMENT
www.antheabroker.it

PREVIDENZA COMPLEMENTARE E PIGNORABILITÀ IN FASE DI ACCUMULO, QUALCOSA STA CAMBIANDO?

*di Giada Rossi**

All'interrogativo circa la possibilità di procedere a pignoramento di somme confluite in un fondo di previdenza complementare la risposta è stata per lungo tempo, e senza incertezza alcuna, negativa per quanto attiene la fase di accumulo.

La norma cardine è l'art. 11 comma 10 del decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 "Disciplina delle forme pensionistiche complementari" che prevede l'intangibilità della posizione di previdenza complementare durante tale fase; la stessa prosegue precisando i limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità delle prestazioni pensionistiche in capitale e rendita o delle anticipazioni per spese sanitarie e statuisce infine l'assenza di vincoli di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità per le somme oggetto di riscatto totale o parziale o negli altri casi di anticipazione.
La disciplina degli accumuli previdenziali complementari o facoltativi viene dunque mutuata da quella degli accumuli previdenziali obbligatori, così favorendo e tutelando la finalità sociale del risparmio previdenziale.

In caso di pignoramento notificato ad un fondo di previdenza complementare, la dichiarazione del terzo ex art. 547 c.p.c., dunque relativa ad eventuali somme dovute al debitore esecutato, ha di norma ad oggetto l'intangibilità in fase di accumulo di quanto ivi confluito, anche a titolo di quote di TFR. Per contro, in caso di richiesta di prestazione da parte dell'iscritto, il terzo rende dichiarazione positiva, precisando l'eventuale limite di pignorabilità.
In un contemperamento del diritto al risparmio previdenziale e di tutela delle pretese creditorie di terzi, queste ultime sono quelle che dunque risultano maggiormente sacrificate.

Ciononostante, una recente ordinanza della Suprema Corte ha messo in evidenza la fallacità di questo automatismo.
Nella vicenda di un dipendente del MIUR ancora in servizio, la cui indennità di fine servizio dovuta dall'Indap (successivamente dall'Inps) era stata sottoposta a pignoramento, veniva richiesto l'accertamento dell'obbligo del terzo, stante la mancata comparizione di quest'ultimo.

Il Giudice di prime cure si esprimeva favorevolmente, ma, in appello, la Corte di Bari dichiarava l'inefficacia del pignoramento in virtù di un'asserita impignorabilità di somme non ancora esigibili.
Portata la vicenda all'attenzione della Suprema Corte, quest'ultima, richiamando i propri consolidati orientamenti in punto di indennità di fine rapporto, tanto di dipendenti pubblici che privati, e della loro pignorabilità, ha di fatto riaperto la strada a nuove soluzioni, favorendo il confronto dottrinale sul tema.

Nell'ordinanza n. 19708 del 25 luglio 2018 viene in primis richiamato l'orientamento ormai consolidato secondo il quale le quote accantonate di TFR sono intrinsecamente dotate di potenzialità satisfattiva futura; esse rappresentano un diritto certo e liquido, rispetto al quale la cessazione dell'attività lavorativa determina solo l'esigibilità.
Basti sul punto richiamare la pronuncia della Suprema Corte n. 4933 del 1989 in tema di disciplina del trattamento di fine rapporto dettata dall'art. 2120 c.c. nella nuova formulazione introdotta dall'art. 1 della legge 29 maggio 1982 n. 297.
È ivi infatti enunciato che nel nuovo sistema la somma spettante al prestatore di lavoro alla cessazione del rapporto non è più costituita da una quota dell'ultima retribuzione, aumentata proporzionalmente agli anni di servizio, ma è rappresentata dalla somma degli accantonamenti contabili (opportunamente rivalutati) di una quota aggiuntiva della retribuzione percepita dal lavoratore nel corso del rapporto.
A differenza dell'indennità di anzianità che non era liquida né esigibile prima della cessazione del rapporto, il trattamento di fine rapporto è liquido anno per anno, anche se la sua esigibilità è rinviata alla cessazione del rapporto.
E che di un diritto certo e liquido si tratti è dimostrato dal fatto che la legge definisce espressamente quella da accantonare come «quota aggiuntiva della retribuzione» e cioè come quota maturata insieme alla retribuzione; che parla espressamente di accantonamento progressivo (anche se puramente nominale) delle quote annuali dovute; che prevede una rivalutazione di esse, possibile solo se il credito è determinato nel suo preciso ammontare; che assicura il pagamento di dette somme mediante un fondo di garanzia; che stabilisce infine la possibilità per il lavoratore, in presenza di determinate circostanze, di attingere, durante il rapporto di lavoro, a detto accantonamento, mediante una richiesta di anticipazione sul trattamento fino a quel momento maturato […].

In forza del disposto dell'art. 553 c.p.c., i presupposti per l'assoggettabilità di un credito a pignoramento coincidono con la certezza dello stesso nonché con la sua liquidità (o liquidabilità secondo parametri oggettivi); del tutto ininfluente la esigibilità dello stesso, che invece determina semplicemente la possibilità di dare esecuzione all'ordinanza di assegnazione.
Nel panorama giurisprudenziale non mancano peraltro pronunce che, in generale, ammettono procedure espropriative presso terzi aventi ad oggetto crediti non esigibili o condizionati.

Si deve dunque concludere per la pignorabilità del TFR e per la necessità che le somme accantonate a tale titolo siano incluse nella dichiarazione resa dal terzo ai sensi dell'art. 547 c.p.c. (vedasi sul punto Cass. 1049/98) che sancisce: la dichiarazione del terzo rileva in quanto diretta a completare il pignoramento, mediante l'esatta individuazione del suo oggetto (inizialmente indeterminato) e a realizzare l'indisponibilità del credito impedendone l'estinzione per atti volontari successivi; data tale funzione, la costante giurisprudenza afferma che la esigibilità del credito non è condizione della sua pignorabilità, poiché oggetto dell'espropriazione forzata non è tanto un bene suscettibile di esecuzione immediata, quanto una posizione giuridica attiva dell'esecutato, cosicché l'espropriazione (presso terzi) può configurarsi anche con riguardo a crediti illiquidi o condizionati ma suscettibili di una capacità satisfattiva futura, concretamente prospettabile nel momento della assegnazione (ammettendosi così il pignoramento di crediti costituiti dal corrispettivo di un rapporto di lavoro non ancora maturati all'epoca del pignoramento: v. in questo senso Cass. 4 dicembre 1987 n. 9027; cfr. anche Cass. 22 giugno 1972 n. 2055, 26 settembre 1979 n. 4970).

Tale principio non è stato scalfito dalle riforme che hanno interessato le indennità

di fine rapporto né dalla previsione di trattamenti differenziati del TFR, che può essere mantenuto in azienda oppure essere devoluto al Fondo di Tesoreria dello Stato costituito presso l'Inps nei casi di aziende sopra i cinquanta dipendenti.

Del pari, tale principio deve ritenersi oggi applicabile senza distinzioni tanto all'impiego pubblico che privato, stante l'equiparazione delle posizioni a seguito delle pronunce di incostituzionalità relative all'originario regime di impignorabilità del trattamento di fine servizio dei dipendenti pubblici (rif. Corte Cost. nn. 99/1993 e 225/1997).

L'ordinanza in commento prosegue poi nell'esame della natura del trattamento di fine rapporto, ricordando che corrisponde ad un credito che il lavoratore man mano matura nel corso del rapporto lavorativo, la cui corresponsione è meramente posticipata alla risoluzione del rapporto.
L'accantonamento del TFR, in azienda, presso il fondo di Tesoreria o ancora presso un fondo di previdenza complementare, non può alterarne la natura e la funzione.

Non va trascurata inoltre la possibilità che le somme accantonate siano oggetto di un anticipo in favore del lavoratore, facoltà concessa per legge dall'art. 2120 c.c. e dai Ccnl, ad esempio in virtù di particolari esigenze quali l'acquisto della prima casa o spese sanitarie etc. Allo stesso modo, i fondi pensione prevedono anticipazioni o riscatti, anche parziali, delle somme accantonate.

La necessità dunque di sottoporre a vincolo delle somme, che diversamente potrebbero essere riscattate in via anticipata dal lavoratore, è prodromica ad una futura soddisfazione dei creditori, che diversamente vedrebbero frustrate le proprie ragioni.

Ove ciò non fosse possibile, questi ultimi, onde veder vincolate le somme, dovrebbero ripetutamente tentare pignoramenti, sperando che il lavoratore abbia chiesto un'anticipazione delle somme (e non l'abbia medio tempore ottenuta).

Il principio di diritto a cui la Suprema Corte giunge nella citata ordinanza, applicabile tanto ai lavoratori del settore privato quanto pubblico è dunque quello per cui anche dopo la riforma del settore disposta con il decreto legislativo n. 252 del 2005, le quote accantonate del trattamento di fine rapporto, tanto che siano trattenute presso l'azienda, quanto che siano versate al Fondo di Tesoreria dello Stato presso l'Inps ovvero conferite in un fondo di previdenza complementare, sono intrinsecamente dotate di potenzialità satisfattiva futura e corrispondono ad un diritto certo e liquido del lavoratore, di cui la cessazione del rapporto di lavoro determina solo l'esigibilità, con la conseguenza che le stesse sono pignorabili e devono essere incluse nella dichiarazione resa dal terzo ai sensi dell'art. 547 cod. proc. civ.

**Avvocato in Milano*

LICENZIARE VIA WHATSAPP: NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTO A CONFRONTO

*di Giovanni Chiri**

Recentemente su *Il Sole 24 Ore* è apparso un articolo intitolato "*Carrefour licenzia via Whatsapp*". Si riportava la notizia della chiusura di un supermercato a Crotone a seguito della quale il datore di lavoro aveva comunicato ai lavoratori l'avvio della procedura di licenziamento tramite un messaggio Whatsapp.

Al di là del titolo intrigante (e fuorviante) scelto dal cronista, questo caso mi ha portato a interrogarmi sulla validità, efficacia e opportunità di una intimazione di licenziamento trasmessa a un lavoratore via Whatsapp.

La risposta a questi dubbi deve necessariamente muovere dall'individuazione dei requisiti legali dell'intimazione del licenziamento, passando poi per l'analisi della natura giuridica del messaggio trasmesso tramite l'applicazione informatica in questione e della compatibilità di questo strumento con la normativa vigente.
L'art. 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604 *"Norme sui licenziamenti individuali"*, richiede al datore di lavoro di intimare il licenziamento comunicandolo al lavoratore in forma scritta, specificando contestualmente i motivi del recesso corrispondenti alle ragioni di tipo oggettivo o soggettivo del caso.
Come riconosciuto anche dalla giurisprudenza, non sono necessarie specifiche formule sacramentali, ma è sufficiente che dall'atto scritto emerga in modo chiaro e inequivocabile la volontà di recesso.
Inoltre, l'atto di recesso deve essere sottoscritto dal datore di lavoro o comunque

COMITATO SCIENTIFICO
GRUPPO ODCEC
AREA LAVORO

avere un contenuto tale da poter essere attribuito con certezza a quest'ultimo.
Infine, la comunicazione del licenziamento, quale atto unilaterale recettizio, per produrre i suoi effetti giuridici deve giungere a conoscenza del lavoratore. Alla fattispecie è applicabile la presunzione di conoscenza di cui all'art. 1335 del Codice Civile per la quale la comunicazione si presume conosciuta nel momento in cui perviene all'indirizzo del destinatario.

Alla luce del quadro normativo così delineato, come si colloca la comunicazione del recesso datoriale trasmessa a mezzo dell'applicazione Whatsapp dal proprio *device*?
La "app" in questione consente di inviare agli altri utenti registrati, oltre che messaggi di testo, anche registrazioni vocali. Appare abbastanza agevole, in questo ultimo caso, sostenere la violazione della forma scritta con le relative conseguenze sanzionatorie per il licenziamento illegittimo.

Qualora invece il licenziamento venisse intimato a mezzo "messaggio di testo", si osserva quanto segue.
Il "messaggio whatsapp" contenente l'intimazione di licenziamento può essere qualificato giuridicamente come documento informatico, ovvero "*documento elettronico che contiene la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti*" (art. 1 comma 1 lett. p, decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, "*Codice dell'Amministrazione Digitale*", c.d. CAD).

Una prima questione è se tale messaggio possa essere qualificato come atto avente forma scritta. Il dubbio è originato principalmente dalla mancanza di certezza sulla provenienza del messaggio da colui che appare esserne il mittente, caratteristica che è conferita solo dall'apposizione di una firma digitale o elettronica che garantisca sicurezza, integrità, immodificabilità del documento informatico e la sua manifesta e inequivoca provenienza dal suo autore (art. 20 c. 1*bis* CAD). In mancanza della firma digitale o elettronica, il requisito di forma scritta e il valore probatorio del documento informatico sono contestabili e liberamente valutabili dal giudice.

Seconda questione, di tipo contenutistico, è quella relativa alla specificazione delle motivazioni del licenziamento. Il testo eventualmente inviato dal datore di lavoro dovrà contenere una descrizione delle motivazioni del licenziamento idonea ad integrare il requisito ex art. 2 legge 604/1966.
Quanto alla natura recettizia dell'atto di licenziamento, come noto l'applicazione Whatsapp prevede un sistema di "spunte" che permette all'utente di stabilire anche data e ora nelle quali il messaggio inviato è stato inoltrato dal sistema (una spunta), consegnato al destinatario (due spunte) ed infine effettivamente letto da quest'ultimo (due spunte blu).
Ci si chiede se tale sistema possa essere idoneo all'applicazione della presunzione di conoscenza ex art. 1335 codice civile e se sia possibile sostenere che il messaggio trasmesso all'indirizzo - non fisico, ma telefonico - del destinatario si possa presumere conosciuto nel momento in cui il mittente visualizzi sull'applicazione le due spunte attestanti l'avvenuto recapito da parte del sistema informatico.

Se, da un lato, la disposizione in questione è stata scritta avendo in mente gli strumenti fisici di comunicazione esistenti all'epoca, è pur vero che la giurisprudenza anche di recente ha esteso l'applicabilità della presunzione di conoscenza alle comunicazioni trasmesse con altri mezzi, quali il telefax.
Si rammenta, inoltre, che già da tempo esiste il concetto giuridico di domicilio digitale e l'evoluzione legislativa è orientata verso l'ampliamento dell'ambito di applicazione di questo istituto (cfr. art. 3bis CAD).
Non sembra quindi potersi escludere che in futuro interventi normativi o giurisprudenziali riconosceranno ulteriore estensione all'ambito di applicazione della presunzione di conoscenza ex art. 1335 codice civile adeguandone la portata alle realtà dei nuovi sistemi tecnologici di comunicazione.
Altra questione che ci si dovrebbe porre riguarda la legittimità di comunicazioni di licenziamento a mezzo strumenti informatici nei casi in cui il rapporto di lavoro sia disciplinato anche da un CCNL che indichi in modo dettagliato le procedure di comunicazione del licenziamento, specificando con quali mezzi debba essere comunicato il recesso datoriale. In questi casi ci si dovrebbe interrogare sulla portata vincolante di tali disposizioni e sulla possibilità o meno di avvalersi di diversi strumenti di comunicazione.
Ad oggi l'unica indicazione fornitaci dalla giurisprudenza in tema di licenziamento intimato a mezzo Whatsapp sembra provenire dalla decisione del Tribunale di Catania - sezione lavoro - del 27 giugno 2017. Nella fattispecie, il giudice ha ritenuto il recesso comunicato tramite messaggio Whatsapp idoneo a integrare il requisito di forma scritta. In particolare tale assunto si fondava sulla circostanza che proprio il lavoratore destinatario della comunicazione di recesso avesse imputato la comunicazione al datore di lavoro - riconoscendone quindi la provenienza - e di conseguenza avesse reagito con impugnazione stragiudiziale del licenziamento. Per lo stesso motivo, secondo il giudicante, il contenuto del messaggio esprimeva la volontà del datore di lavoro di cessare il rapporto di lavoro in modo chiaro e inequivoco, come appunto dimostrato dalla reazione dell'intimato.
Purtroppo tali argomentazioni sono servite solamente ad affermare l'intervenuta decadenza dalla possibilità di impugnare il licenziamento per decorrenza dei termini e non sono state approfondite dal giudicante.
Nella pratica, a fronte di una situazione come quella descritta, il lavoratore destinatario del licenziamento che si rivolgesse a un sindacato o professionista minimamente avveduto, con ogni probabilità procederebbe all'impugnazione stragiudiziale del licenziamento intimatogli onde evitare il rischio di decadenza dall'impugnazione stessa. Di conseguenza, il datore di lavoro potrebbe fare proprie anche le considerazioni del Tribunale di Catania per sostenere la piena legittimità formale del proprio recesso.
Poniamo invece il caso in cui il lavoratore non tenesse conto del messaggio Whatsapp e si presentasse normalmente al lavoro. Probabilmente il datore di lavoro lo allontanerebbe facendogli presente l'avvenuta cessazione del rapporto di lavoro. In questo caso il lavoratore potrebbe agire in giudizio per l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento ritenuto viziato nella forma. Così facendo, il lavoratore evidentemente disconoscerebbe il messaggio in questione e allora l'onere della prova della validità ed efficacia del licenziamento intimato ricadrebbe sul datore di lavoro. Onere che dal piano giuridico e di concetto si trasferirebbe anche sul piano materiale delle modalità di produzione delle relative prove in giudizio. Quest'ultima risulterebbe infatti molto più gravosa rispetto al semplice deposito della raccomandata a/r ricevuta dal lavoratore o comunque recapitata al suo indirizzo.

Ciò considerato, si ritiene che al fine di evitare ulteriori incertezze in una materia già ad alto contenzioso, sia opportuno adottare un atteggiamento cautelativo che favorisca l'uso dei mezzi di comunicazione ai quali l'ordinamento giuridico già riconosce con certezza piena validità ed efficacia (raccomandata a/r, posta elettronica certificata, etc.).
L'evoluzione tecnologica della realtà nella quale operiamo è rapida e il sistema giuridico non è in grado di reagire prontamente ai cambiamenti in atto. In futuro probabilmente assisteremo a un adeguamento in senso tecnologico anche della materia dei licenziamenti. Fino ad allora, l'eccessiva fiducia nei nuovi mezzi tecnologici di uso quotidiano e il voler essere "al passo coi tempi", anziché agevolarci, potrebbero risultare dannosi.

**Avvocato in Mantova*

MALATTIE A CAVALIERE DI DUE O PIÙ ANNI SOLARI

*di Pietro Aloisi Masella**

Gli eventi di malattia che iniziano in un anno e continuano nell'anno successivo per un unico evento o per diversi eventi, molto spesso, sono "oggetto" di dubbi interpretativi sugli obblighi del datore di lavoro per il pagamento dell'indennità, per il calcolo delle giornate di comporto e per gli aspetti connessi.
Ciò non toglie che le disposizioni emanate dall'Inps siano chiare e, di fatto, ormai consolidate nel tempo.
Il periodo di comporto per malattia consiste in un lasso di tempo in cui il lavoratore, pur assente dal lavoro, ha il diritto alla conservazione del proprio posto di lavoro.
Questo periodo di tempo è generalmente stabilito dalla legge e regolato dai contratti collettivi o, in mancanza di riferimenti, dagli usi e dalla prassi.

Le regole, che di seguito si riassumo, sono estratte dalle Circolari Inps n. 134368, del 28/1/1994, n. 45, del 5/5/1987, n. 144, del 27/6/1988 e n. 145, del 28/6/1993 che, di fatto, determinano le regole generali per la corretta gestione delle malattie.
Nel caso di malattia insorta nel corso di un anno solare e protrattasi senza interruzione nell'anno solare successivo, trova applicazione il principio secondo cui le giornate di malattia devono essere attribuite - ai fini del periodo massimo indennizzabile di 180 giorni - ai rispettivi anni solari.

Un esempio chiarisce l'impostazione: un lavoratore si ammala il primo di ottobre del 2019 e prosegue l'evento nell'anno successivo senza alcuna interruzione.
Nel corso del 2019 effettua 92 giorni di malattia e dal primo giorno dell'anno successivo il conteggio dei 180 giorni riparte da zero.
Pertanto è opportuno, per stabilire se e quali giornate della malattia a cavaliere debbano essere indennizzate, mantenere distinti i periodi della malattia tra quelli dell'anno di insorgenza e quelli dell'anno successivo.
Le giornate della malattia a cavaliere, cadenti nell'anno successivo a quello di insorgenza, devono essere indennizzate secondo le norme comuni, nel limite cioè delle 180 giornate di indennità nel corso del nuovo anno solare, anche nel caso in cui le giornate della malattia a cavaliere cadenti nell'anno di insorgenza dell'evento siano state escluse dall'indennità - tutte o in parte - per superamento del periodo massimo indennizzabile.
Nel computo dei periodi di malattia debbono essere incluse tutte le giornate di calendario indipendentemente che queste siano indennizzate dall'Inps, dal datore di lavoro, o da entrambi per quota parte o non indennizzate affatto.
In ordine al limite massimo indennizzabile dei 180 giorni, l'Inps ha precisato che esso è riferibile unicamente agli eventi di malattia indennizzabili dall'Istituto in quanto tali e, pertanto, non devono essere ricompresi episodi morbosi tutelabili da Enti o soggetti diversi, ovvero interessanti altre gestioni affidate dalla legge all'Inps.
Ne consegue che sono esclusi dal computo anzidetto:
- i periodi di astensione (obbligatoria e facoltativa) per maternità;
- le malattie che fossero connesse con la maternità stessa;
- gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali;
- le malattie tubercolari;
- le malattie originate da fatto colposo o doloso di terzi, relativamente alle quali l'Istituto abbia esperito - anche se con esito parzialmente positivo - l'azione di surrogazione.

Per quanto ovvio, anche l'eventuale periodo di mancato pagamento dell'indennità nell'anno di insorgenza dell'evento, deve essere adeguatamente documentato con l'invio della normale certificazione sanitaria.
Per meglio chiarire: se un lavoratore nel corso di un anno termina il periodo di 180 giorni indennizzabile, ma per norma contrattuale mantiene la conservazione del posto di lavoro senza indennità, al fine della sussistenza dell'evento, dovrà continuare a produrre al datore di lavoro la certificazione obbligatoria.

Nel caso in cui si verifichi la ripresa di indennizzo nell'anno successivo a quello di insorgenza (quello che inizia il 1° gennaio dell'anno successivo all'insorgere della malattia), e il rapporto di lavoro risulti cessato o sospeso da oltre due mesi, nessuna indennità a carico dell'Istituto compete al lavoratore.

Se, invece, all'inizio del secondo ciclo di indennizzo il rapporto di lavoro risulti cessato o sospeso da meno di due mesi, competerà la prestazione economica al lavoratore, anche se in misura ridotta.

Mentre il concetto di «cessazione» del rapporto di lavoro non dà luogo a particolari problemi interpretativi, si ritengo opportune alcune osservazioni su quello di «sospensione».
Al riguardo l'Inps precisa che non sussiste «sospensione» nei casi di corresponsione di emolumenti, anche parziali, da parte dell'azienda al lavoratore ammalato.
Di norma ciò si verifica per tutto il periodo c.d. «di comporto», durante il quale il datore di lavoro è tenuto alla conservazione del posto.
Sussiste, invece, la «sospensione» nell'ipotesi di superamento del periodo di comporto generalmente previsto dalla contrattazione collettiva.
Qualora, infatti, alla accennata scadenza contrattuale prevista, il rapporto, come è facoltà delle parti, non venga risolto, la situazione in cui viene a trovarsi il lavoratore ammalato è definibile appunto di «sospensione».
Qualora alla data del 1° gennaio dell'anno successivo a quello di insorgenza della malattia, il rapporto di lavoro sia da ritenersi ancora in atto - per non essere intervenute nel frattempo dimissioni o sospensione - l'indennità di malattia compete nella misura intera.
Al contrario, ove il 1° gennaio dell'anno

successivo a quello di insorgenza della malattia, il rapporto di lavoro debba ritenersi cessato o sospeso da non oltre due mesi, la misura dell'indennità sarà ridotta e verrà corrisposta direttamente dall'Inps.
Nessuna indennità compete invece qualora il 1° gennaio dell'anno successivo a quello di insorgenza della malattia il rapporto di lavoro risulti cessato o sospeso da oltre due mesi.

L'Inps ribadisce che, nel caso di «malattie a cavaliere», l'indennità economica può essere riconosciuta soltanto nell'anno immediatamente successivo a quello di inizio della malattia stessa, mentre, negli anni seguenti, tale diritto è subordinato alla ripresa dell'attività lavorativa, ovviamente anche presso diverso datore di lavoro.

Generalmente, durante il periodo di comporto, il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore fintanto che persiste lo stato morboso. In ogni caso esistono alcune deroghe alle disposizioni di tutela dei lavoratori:
- rapporto a tempo determinato: l'indennità non può essere successiva alla scadenza del contratto nell'ipotesi di assenza di proroghe;
- lavoratore in prova può essere licenziato anche se è in malattia, per mancato superamento della prova;
- infine l'ultimo caso riguarda l'apprendista il cui contratto non viene confermato al termine del periodo di formazione: lo stesso quindi può essere "licenziato" anche se in malattia.

Alcune deroghe sul periodo di comporto possono essere previste dalla contrattazione nazionale per specifiche patologie allungando, di fatto, i termini di conservazione del posto di lavoro.

** Odcec Roma*

ILLEGITTIMITÀ DEI CONTRATTI A TERMINE ACAUSALI IN CASO DI ESIGENZE STABILI E DUREVOLI: UN'INTERPRETAZIONE ISOLATA MA POTENZIALMENTE DIROMPENTE DEL TRIBUNALE DI FIRENZE

di Paolo Galbusera e Andrea Ottolina**

Negli ultimi anni i **contratti a tempo determinato** sono stati uno degli argomenti più discussi nell'ambito del mondo del lavoro, a partire dalla sostanziale liberalizzazione dell'utilizzo di tale forma contrattuale avvenuta nel 2014, con l'introduzione del concetto di acasualità da parte del d.l. 34/2014 (c.d. Decreto Poletti), sino ad arrivare all'ultima modifica introdotta dal d.l. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità), che ha sostanzialmente riportato in vita le causali e ha provocato non pochi grattacapi alle aziende che in quel momento si trovavano a valutare la possibile proroga di rapporti a termine in scadenza oltre i 12 mesi di durata complessiva.

Come se non bastasse la già complessa gestione della questione, recentemente una sentenza di merito ha dato una nuova interpretazione della disciplina dei contratti a termine, che al momento sembra non aver ancora avuto particolare presa all'interno delle Sezioni Lavoro dei Tribunali italiani, ma che, in linea teorica, potrebbe rappresentare l'ennesimo stravolgimento di quelle (poche) certezze che si ritenevano ormai acquisite sull'argomento.

Stiamo parlando nello specifico della **sentenza del Tribunale di Firenze n. 749/2019**, depositata lo scorso 26 settembre dal Giudice del Lavoro Dr.ssa Davia, che, nel giudicare la legittimità dei termini apposti ad una serie di contratti acausali intercorsi tra il ricorrente e Poste Italiane (un primo contratto durato, proroghe incluse, dal febbraio 2015 al giugno 2016 e un secondo contratto dall'ottobre 2016 al gennaio 2017, per un totale di circa 20 mesi complessivi di rapporto), ne ha dichiarato la nullità, **in quanto gli stessi sarebbero stati utilizzati per soddisfare esigenze durevoli e stabili del datore di lavoro e non esigenze di carattere transitorio**.

Da sottolineare che entrambi i contratti a tempo determinato oggetto del giudizio, così come le relative proroghe, rispettavano dal punto di vista formale la normativa applicabile al momento della loro stipulazione (il d.lgs. 368/2001, nella versione modificata dal d.l. 34/2014, e il d.lgs. 81/2015), che non richiedeva l'indicazione di alcuna causale giustificatrice dell'apposizione del termine, imponendo solo limiti quantitativi e di durata.

Nonostante ciò, la sentenza del Tribunale di Firenze ne ha dichiarato la nullità, in quanto essi sarebbero stati "***stipulati per soddisfare esigenze stabili e durevoli***", e li ha convertiti in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, condannando la datrice di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 28 co. 2 d.lgs. 81/2015, quantificata in dieci mensilità.

Per motivare la propria decisione, il Giudice ha ritenuto di interpretare la normativa italiana, e nello specifico il passaggio, richiamato sia dal d.lgs. 368/2001 all'art. 1 che dal d.lgs. 81/2015 all'art. 19, secondo cui "*il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*", facendo riferimento ai principi stabiliti dalla normativa europea (nello specifico la direttiva comunitaria n. 1999/70/CE) e la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di lavoro a tempo determinato, secondo i quali **questa tipologia contrattuale sarebbe ammissibile esclusivamente per soddisfare esigenze transitorie**.

Esigenze stabili e durevoli di occupazione, prosegue la sentenza in esame, dovrebbero quindi essere soddisfatte esclusivamente tramite contratti di lavoro a tempo indeterminato, con la conseguenza che, in tali circostanze, la sottoscrizione di contratti a termine costituirebbe un **abuso compiuto in violazione della legge**, dal quale deriverebbe la nullità della clausola appositiva del termine ai sensi dell'art. 1418 cod. civ.

Dal punto di vista dell'onere probatorio, la sentenza precisa che è il lavoratore a dover dimostrare che i contratti a tempo determinato in realtà sarebbero stati stipulati per sopperire ad esigenze stabili e durature del datore di lavoro.

É subito palese la portata potenzialmente dirompente dell'interpretazione del Giudice fiorentino, in base alla quale, potenzialmente,

tutti i contratti a termine acausali, seppur stipulati nel rispetto dei limiti quantitativi e temporali fissati dalla normativa in vigore al momento della loro sottoscrizione, potrebbero essere contestati e annullati in sede giudiziale, all'esito di una valutazione del tutto discrezionale sulle esigenze giustificatrici dell'apposizione del termine, pur in assenza di una specifica disposizione legislativa che ne preveda la necessaria sussistenza.

Attualmente, tuttavia, quello descritto è da considerarsi solo un rischio teorico, in quanto la sentenza del Tribunale di Firenze in argomento è da considerarsi un caso isolato, valido esclusivamente per la specifica vicenda oggetto della decisione, e non risultano al momento decisioni analoghe da parte di altri Giudici del lavoro.

** Avvocato in Milano - Galbusera & Partners*
www.galbuseraandpartners.com

SICUREZZA - LA RESPONSABILITÀ NEL PROCESSO EDILIZIO

*di Sergio Vianello**

Sempre più spesso in occasione delle ristrutturazioni di appartamenti, le persone si affidano esclusivamente alla valutazione di preventivi emessi da imprese che li redigono con un **loro capitolato**, sulla base di sommarie indicazioni fornitegli, sovente, come espressione di desideri latenti che però tecnicamente il committente, se tecnico non è, non è in grado di descrivere come vorrebbe.
Di solito, supponendo di comprendere quanto esposto nei preventivi ricevuti e basandosi quasi esclusivamente su quanto verbalmente riferito dall'impresa in fase di ricezione dell'offerta, l'ignaro committente sceglie quasi sempre l'impresa che costa di meno oppure quella che si sa "vendere" meglio.
È appena il caso di far notare che, anche nella ristrutturazione di un semplice bagno, sono necessari sia adempimenti di natura legislativa che altri, non meno importanti, di semplice opportunità.
Per introdurre la tematica ritengo utile richiamare alcuni aspetti del problema propedeutici all'argomento.
Il testo di riferimento **per tutti i lavori edili** è il Testo Unico dell'Edilizia (T.U.E.), DPR 380/2001 e s.m.i. il quale specifica che gli **unici interventi edilizi che non richiedono un titolo abilitativo** *(quello che un tempo era chiamato -concessione edilizia-)* sono gli **interventi di manutenzione ordinaria o di rifinitura,** cioè gli interventi edilizi che riguardano le opere di riparazione, rinnovamento e sostituzione delle finiture degli edifici e quelle necessarie ad integrare o mantenere in efficienza gli impianti tecnologici esistenti *(es. : opere di imbiancatura, di rifacimento pavimenti e/o rivestimenti, di diversa disposizione dei sanitari o la sostituzione della vasca con una doccia …).*
Tradotto vuol dire: a casa tua fai quello che vuoi, ma sappi che se ti succede qualcosa sono fatti tuoi!
Infatti, **in tema di sicurezza nelle attività edili**, il titolo abilitativo non è fattore discriminante; anche una attività "*libera*", cioè che non necessita di titolo abilitativo, nella stragrande maggioranza dei casi è soggetta al **titolo IV de d.lgs. 81/2008** - (*testo unico della sicurezza*) cantieri temporanei mobili -.
Nella salute e sicurezza sul lavoro, la posizione di garanzia (*responsabilità penale*) è detenuta dal **datore di lavoro/committente**, che è il soggetto per conto del quale l'intera opera viene realizzata. Egli può delegare però le sue responsabilità in materia di sicurezza al **responsabile dei lavori** ma, se non lo fa, deve essere ben chiaro che diventa proprio lui il responsabile dei lavori, cioè la figura che, già nelle fasi di progettazione dell'opera, deve attenersi ai principi e alle misure di sicurezza stabiliti dalla legge.
Volendo fare un esempio che possa risultare significativo a quanto sopra espresso, proviamo a prendere in considerazione il caso di un operaio che, senza indossare il prescritto casco di protezione, intento a lavorare in un appartamento, venga colpito in testa da un mattone caduto dal soffitto: ebbene la responsabilità penale ricade senza dubbio, così come acclarato più volte nelle sentenze di cassazione, sul responsabile dei lavori/committente, **per non aver vigilato sul comportamento del lavoratore, nonostante questi abbia compiuto un gesto d'imperizia, negligente o imprudente**.
Sempre in merito alle responsabilità del datore di lavoro/responsabile dei lavori, è bene ricordare che egli ha il **preciso onere di scegliere imprese** che possano dimostrare la loro **idoneità tecnica professionale** ai sensi degli articoli 26 e 90 del d.Lgs. 81/2008; in caso contrario, qualora si dovesse infortunare un lavoratore di una impresa che non possieda tali requisiti, la posizione di garanzia e quindi la responsabilità penale non può che ricadere sul datore di lavoro/responsabile dei lavori che ha omesso tale fondamentale adempimento.
La legge viene però in aiuto al datore di lavoro/responsabile dei lavori, infatti, ai punti 91 e 92 del d.Lgs. 81/2008 prevede **l'obbligo di nomina** di un tecnico specializzato in sicurezza per coordinare le attività edili chiamato rispettivamente: **coordinatore della sicurezza in fase di progettazione** (CSP) **e coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione** (CSE). Il CSP in alcuni casi può non essere necessario *(lavori privati di modesta entità con importo inferiore a 100.000 euro)*; il CSE, **è invece sempre obbligatorio** qualora l'appalto sia eseguito da almeno due imprese *(es.: muratore con elettricista o con l'idraulico).*
Se gli adempimenti di sicurezza in attività libere sono obbligatori, a maggior ragione lo sono in quelle attività per le quali il DPR 380/2001 *(testo unico dell'edilizia)* prevede l'ottenimento di **specifici titoli abilitativi**.
I titoli abilitativi maggiormente significativi sono i seguenti:

1. **cila -** comunicazione inizio lavori asseverata*;*
2. **scia -** segnalazione certificata di inizio attività*;*
3. **pdc -** permesso di costruire.

La **cila** si deve utilizzare ad esempio per lo spostamento di tramezzi e porte, salvo che gli interventi non interessino parti strutturali e non vi sia un aumento delle unità immobiliari.
La **scia** si deve utilizzare per gli interventi di manutenzione straordinaria, cioè quelle opere che riguardano le parti strutturali dell'edificio, oppure la realizzazione o l'integrazione di servizi igienico-sanitari e tecnologici, oppure il frazionamento o l'accorpamento di unità immobiliari distinte.
Il **pdc** è richiesto invece per opere maggiori, quali ad esempio quelle di nuova costruzione o che comportano lavori che mutino in tutto o in parte l'organismo edilizio o ancora che modifichino la volumetria, ….

Per le autorizzazioni di queste opere soggette a titolo abilitativo, è indispensabile indicare:

- il titolare del titolo abilitativo;
- il committente;
- la ditta affidataria;
- il progettista delle opere architettoniche;

- il direttore dei lavori delle opere architettoniche;
- il progettista delle opere strutturali *(se esistono);*
- il direttore dei lavori delle opere strutturali *(se esistono).*

Il titolare del titolo abilitativo, ovvero il committente e il costruttore, sono responsabili della conformità delle opere alla normativa urbanistica e alle previsioni del piano nonché, unitamente al **direttore dei lavori**, a quelle del titolo abilitativo e alle modalità esecutive stabilite dal medesimo.
Riguardo le funzioni del direttore lavori vi è abbondate giurisprudenza che ben ne specifica le mansioni, ma in breve egli è il soggetto che da una parte è **fiduciario del Committente** per gli aspetti di carattere tecnico, e dall'altra parte è **garante nei confronti del Comune** dell'osservanza e del rispetto dei contenuti dei titoli abilitativi all'esecuzione dei lavori.
Il Direttore Lavori come precedentemente specificato, è indispensabile per qualsiasi richiesta di titolo abilitativo, ma potrebbe non essere chiamato in causa nelle attività edili libere che pertanto sono soggette al solo controllo del committente, ammesso che ne abbia la competenza.
Sembrerebbe inutile sottolineare che il Direttore Lavori debba essere nominato/pagato dal committente/responsabile dei lavori, ma molto spesso questa fondamentale figura tecnica è "ricompresa" nel prezzo dei preventivi delle imprese, con un **chiaro e netto conflitto di interessi**.

In conclusione, occorre non sottovalutare gli appalti di opere edili, sia quelli di considerevole entità tecnica ed economica che quelli di natura minore. Infatti tante sono le sentenze di condanna penale che sono state emesse nei confronti dell'ignara "*signora Maria*" **che si era trovata, da sola**, a gestire opere edili in occasione di un infortunio; come tante sono le vertenze civili tra imprese e committenti **trovati da soli** a controllare imprese non idonee o che semplicemente non avevano interpretato sufficientemente i desideri del committente.

** Ordine degli Ingegneri Milano - Osservatore esterno commissione lavoro ODCEC Milano*

SAF Piemonte • Valle d'Aosta
Scuola di Alta Formazione dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili

Rassegna di giurisprudenza

RESPONSABILITÀ DELL'INPS PER ERRONEE COMUNICAZIONI AI FINI DELLA MATURAZIONE DEI REQUISITI PER LA PENSIONE DI ANZIANITÀ

di Bernardina Calafiori e Alessandro Daverio**

Cass. civ. sez. lav. 17 settembre 2019, n. 23114

Pensione di anzianità - requisiti contributivi - certificazione INPS - erroneità - concorso colposo dell'interessato - sussistenza - responsabilità dell'Ente

L'INPS risponde delle erronee comunicazioni della posizione contributiva rese all'assicurato, a seguito di specifica domanda di quest'ultimo, a titolo di responsabilità contrattuale ex art. 1218, c.c., potendo tuttavia il giudice limitare il risarcimento dovuto nell'ipotesi in cui l'assicurato medesimo - non essendosi attivato per interrompere il processo produttivo dell'evento dannoso, così rassegnando le proprie dimissioni malgrado l'evidente erroneità, riscontrabile sulla base dell'ordinaria diligenza, dei dati contributivi a lui comunicati - abbia concorso al verificarsi del predetto evento, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c.

Un dipendente richiedeva all'Inps la certificazione dei contributi utili al fine della maturazione dei requisiti per l'ottenimento della pensione di anzianità.
Sulla base della documentazione in questione, effettivamente rilasciata dall'Inps al lavoratore, questi rassegnava le dimissioni dal rapporto di lavoro in essere e faceva richiesta allo stesso Istituto di erogazione del trattamento pensionistico.
Successivamente l'Inps comunicava al lavoratore che a seguito di controlli effettuati una parte dei contributi erano stati erroneamente attribuiti al dipendente e dovevano essere in realtà attribuiti al fratello gemello di questi. Ciò comportava quindi la decorrenza del trattamento pensionistico da un momento successivo a quello fissato nella certificazione e la conseguente restituzione di quanto percepito dal dipendente nel periodo contestato.
Il lavoratore adiva quindi il Tribunale di Bergamo onde richiedere la condanna dell'Inps al risarcimento del danno causato dalla errata comunicazione della propria situazione contributiva al momento delle dimissioni.
Il Tribunale e la Corte d'Appello riconoscevano la responsabilità contrattuale dell'Inps e lo condannavano al risarcimento del danno quantificato nei ratei di pensione che lo stesso Istituto aveva indicato come indebitamente riscossi nonché nelle retribuzioni nette perdute dal momento della cessazione del trattamento pensionistico e fino alla "nuova" decorrenza dello stesso trattamento.
Quindi l'Inps presentava ricorso per Cassazione sostenendo che non vi sarebbe nesso di causalità tra la comunicazione inviata al pensionando e il danno da questi subito, ed inoltre che il lavoratore avrebbe potuto – utilizzando l'ordinaria diligenza – evitare l'ingenerarsi del danno medesimo.
Secondo questa prospettazione il comportamento – o meglio l'omesso controllo - del pensionando sulla certificazione ricevuta costituirebbe non un concorso colposo nella causazione del danno, ex art. 1227, comma 1, c.c. bensì un fattore esclusivo di produzione del danno, portando così all'esclusione della responsabilità dell'ente previdenziale.
La Corte di Cassazione ha ritenuto che il mancato controllo dell'assicurato circa i dati contributivi comunicatigli dall'Inps costituisca un fatto colposo che concorre a cagionare il danno e pertanto pur sussistendo la responsabilità dell'Ente il risarcimento conseguente debba essere in qualche misura ridotto.

Dice infatti la Corte:

«L'assicurato ha tuttavia l'obbligo di intervenire per interrompere il processo che determina l'evento produttivo di danno quando l'erroneità dei dati forniti dall'istituto sia riscontrabile sulla base dell'ordinaria diligenza, esercitabile nell'ambito dei dati che rientrano nella sua normale sfera di conoscibilità. Qualora egli non si attivi in tal senso e rassegni comunque le proprie dimissioni presentando domanda di pensione malgrado l'evidente erroneità dei dati contributivi a lui comunicati, concorre al verificarsi dell'evento dannoso, ai sensi dell'art. 1227 c.c., comma 1, con la conseguente possibilità per il giudice di limitare il risarcimento dovuto».

Tuttavia, la Corte ha ritenuto che il danno patito dal pensionando non sia stato causato esclusivamente dal proprio omesso intervento. Infatti, a carico dell'Ente Previdenziale sussiste un vero e proprio obbligo informativo in favore del soggetto pensionando. Detto obbligo è contenuto nell'art. 54 della 9 marzo 1989, n. 88.

La Corte fa discendere da questa norma un legittimo affidamento del pensionando in ordine "*all'esattezza dei dati fornitigli dalla pubblica amministrazione*". L'affidamento in questione - configurando quindi la responsabilità dell'ente comunque - non determina il venire meno della necessità di un controllo dell'interessato davanti ad errori facilmente individuabili, e ha determinato nella specie una riduzione quantitativa del risarcimento in favore del pensionato (nella specie pari al 30 % delle retribuzioni perdute).

***

SENTENZA TRIBUNALE DI FIRENZE, 26 SETTEMBRE 2019, N. 794: UNA (PERICOLOSA) PRONUNCIA IN MATERIA DI CONTRATTO A TERMINE

di Bernardina Calafiori e Simone Brusa**

Massima: è nulla una successione di contratti a termine conclusi per soddisfare esigenze stabili e durevoli nonostante il datore di lavoro abbia rispettato i limiti di durata previsti dal d.lgs. n. 81 del 2015.

Si premette che la sentenza in esame, si riferisce ad un caso di successione di contratti a tempo determinato a cui si applicava la normativa vigente prima delle modifiche introdotte dal c.d. "Decreto Dignità" (e quindi al d.lgs. n. 81 del 2015 senza le modifiche introdotte dal Decreto-legge n. 87 del 2018 convertito con modificazioni dalla Legge n. 96/2018).

In particolare, il caso riguardava un dipendente Poste Italiane assunto con un primo contratto a termine a decorrere dall'11 febbraio 2015 con iniziale scadenza al 30 giugno 2015; il contratto veniva poi prorogato per 5 volte per una durata complessiva di 16 mesi (ultima scadenza 30 giugno 2016). Il numero delle proroghe era quindi rispettoso del limite di cinque previsto dall'art. 21 del d.lgs. 81 del 2015 (nel testo al tempo vigente, oggi il numero di proroghe è ridotto a quattro).

Successivamente, con il medesimo dipendente, l'azienda stipulava un nuovo contratto a termine (rinnovo) dal 12 ottobre 2016 al 31 gennaio 2017 (raggiungendo quindi una durata complessiva di 20 mesi: 16 + 4). Anche tale rinnovo contrattuale era/sembrava rispettoso del dato normativo al tempo vigente in quanto l'art. 21 non prevedeva di per sé limiti ai rinnovi (salvo non superare la durata massima di 36 mesi; oggi invece, in caso di rinnovo, è sempre necessaria la c.d. "causale").

Il dipendente adiva il Tribunale chiedendo che venisse dichiarata la nullità della successione di contratti a tempo determinato con conseguente conversione in un contratto a tempo indeterminato.

Il Tribunale, nonostante venisse riconosciuto il rispetto dei limiti formali previsti dalla normativa specifica in materia di contratto a tempo determinato (che al tempo erano, in sintesi: massimo 5 proroghe, massimo 36 mesi, senza alcuna indicazione di causale/motivazione), riteneva sorprendentemente fondata la dedotta nullità della successione di contratti a termine per il solo motivo che essi erano stati "*stipulati per soddisfare esigenze stabili e durevoli*".

Nell'interpretazione del Tribunale fiorentino la fonte normativa di tale argomentazione sarebbe da rinvenire nei principi comunitari e, in particolare, nell'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015 (che permane identico tutt'oggi) laddove prevede che: *"Il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro"*.

La sentenza è da considerare certamente - e probabilmente eccessivamente - "creativa" ma suggerisce, in mancanza di indirizzi giurisprudenziali chiari, la massima cautela nell'utilizzo del contratto a tempo determinato, in particolare e soprattutto dopo le rigide restrizioni introdotte dal Decreto-Legge n. 81/2018 (c.d. Decreto Dignità).

** Avvocato Studio Legale Daverio & Florio (studiolegale@daverioflorio.com)*

D&F Innangard International Employment Law Alliance

Corso Europa n. 13 - Milano (20122)
Tel. 02-76005739 02-76011419 02-780711
Fax 02-780736
www.daverioflorio.com

ROSSIGNOL

www.rossignol.com

ROSSIGNOL

SELLA2BUSINESS
L'offerta digitale completa per il tuo business
1886
STARTER KIT
CASH
FUNDING
PER I GRANDI PROGETTI
SUPPORTO ALL'INNOVAZIONE
COPERTURA ASSICURATIVA
Vai in Succursale o prenota un appuntamento su sella.it
Sella
OFFERTA VALIDA FINO AL 31/12/2018
Messaggio pubblicitario con finalità promozionale.
Banca Sella si riserva la valutazione dei requisiti necessari alla concessione del finanziamento.
Per tutte le condizioni contrattuali leggere attentamente i Fogli Informativi, disponibili presso le Succursali Banca Sella S.p.A. e sul sito internet www.sella.it.
sella.it

INDICE

ARTICOLO	PAG
INDAGINE SALARIO MINIMO MINIMA RETRIBUZIONE DA CCNL *di Cinzia Brunazzo*	1
IL RAPPORTO DI LAVORO NELLA "LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE" DISCIPLINATA DAL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA *di Luigi Andrea Cosattini*	3
LA NUOVA DIRETTIVA UE IN MATERIA DI DISTACCO TRANSNAZIONALE *di Paolo Soro*	7
PREVIDENZA COMPLEMENTARE E PIGNORABILITÀ IN FASE DI ACCUMULO, QUALCOSA STA CAMBIANDO? *di Giada Rossi*	11
LICENZIARE VIA WHATSAPP: NUOVE TECNOLOGIE E DIRITTO A CONFRONTO *di Giovanni Chiri*	12
MALATTIE A CAVALIERE DI DUE O PIÙ ANNI SOLARI *di Pietro Aloisi Masella*	14
ILLEGITTIMITÀ DEI CONTRATTI A TERMINE ACAUSALI IN CASO DI ESIGENZE STABILI E DUREVOLI: UN'INTERPRETAZIONE ISOLATA MA POTENZIALMENTE DIROMPENTE DEL TRIBUNALE DI FIRENZE *di Paolo Galbusera e Andrea Ottolina*	15
SICUREZZA - LA RESPONSABILITÀ NEL PROCESSO EDILIZIO *di Sergio Vianello*	16
Rassegna di giurisprudenza	17
RESPONSABILITÀ DELL'INPS PER ERRONEE COMUNICAZIONI AI FINI DELLA MATURAZIONE DEI REQUISITI PER LA PENSIONE DI ANZIANITÀ *di Bernardina Calafiori e Alessandro Daverio*	
SENTENZA TRIBUNALE DI FIRENZE, 26 SETTEMBRE 2019, N. 794: UNA (PERICOLOSA) PRONUNCIA IN MATERIA DI CONTRATTO A TERMINE *di Bernardina Calafiori e Simone Brusa*	18

IL COMMERCI@LISTA®

Piazza Vittorio Veneto - 13900 Biella
Testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576
ISSN 2531-5250

© Tutti i diritti riservati

Direttore responsabile
Domenico Calvelli

Redattore capo
Alfredo Mazzoccato

Redattore capo area lavoro
Cristina Costantino

Redattore capo area tributaria
Paolo Sella

Redattore capo area societaria
Roberto Cravero

Redattore capo area economia aziendale
Alberto Solazzi

Comitato di redazione area lavoro

Bruno Anastasio*, Paride Barani*, Maurizio Centra, Cristina Costantino*, Marialuisa De Cia*, Ermelindo Provenzani, Martina Riccardi, Marco Sambo*, Graziano Vezzoni*.

comitatoredazione@gruppoarealavoro.it
*Redattore esecutivo

Redattori 2019

Pietro Aloisi Masella, Stefano Bacchiocchi, Piergiorgio Baroldi, Monica Bernardi, Cinzia Brunazzo, Simone Brusa, Paolo Busso, Bernardina Calafiori, Domenico Calvelli, Roldano Cesca, Giovanni Chiri, Giuseppe Colucci, Emanuela Corbella, Luigi Andrea Cosattini, Alessandro D'Averio, Fabrizio De Angelis, Maria Luisa De Cia, Massimiliano Dell'Unto, Vittorio De Luca, Maurizio Falcioni, Stefano Ferri, Luisella Fontanella, Paolo Galbusera, Riccardo Lari, Andrea Ottolina, Stefania Raviele, Giada Rossi, Matteo Sanfilippo, Paolo Soro, Graziano Vezzoni, Sergio Vianello.

Gruppo Odcec Area lavoro
Comitato scientifico
Consiglio Direttivo

Presidente
Cristina Costantino

Vicepresidente
Pietro Aloisi Masella

Consiglieri
Paride Barani, Giovanna D'Amico, Marialuisa De Cia, Isabella Marzola, Martina Riccardi, Marco Sambo, Graziano Vezzoni.

I contenuti ed i pareri espressi sono da considerarsi opinioni personali degli autori e debbono pertanto ritenersi estranei all'editore, al direttore, alla redazione ed agli organi della testata che, non ne sono in alcun modo responsabili. L'editore non ha alcun rapporto contrattuale con gli autori, che contribuiscono in forma del tutto liberale con l'invio occasionale di propri articoli o lavori.
La redazione si riserva di modificare e/o abbreviare. Poiché i contributi ed il lavoro di impaginazione sono effettuati su base volontaria, saranno sempre gradite segnalazioni di eventuali refusi o riferimenti inesatti.

GRUPPO ODCEC
AREA LAVORO
groups/gruppoodcecarealavoro

COMITATO SCIENTIFICO

FONDAZIONE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI BIELLA
Fondazione Italiana di Giuseconomia

International Tax Law Center
C.I.D.T.
Centro Internazionale Diritto Tributario

AIPGT
Associazione Italiana Professionisti della Giustizia Tributaria

Affidavit Commercialisti®

L'AVVOC@TO®
rivista di cultura giuridica