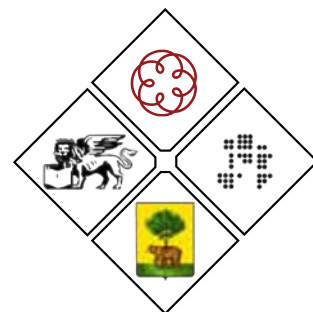




Rivista bimestrale a diffusione nazionale di diritto, economia ed organizzazione del lavoro

anno VIII n. 2

testata iscritta al Registro Stampa del Tribunale di Biella al n. 576 - ISSN 2531-5250

Gennaio/Febbraio 2019

In collaborazione con il COMITATO SCIENTIFICO GRUPPO ODCEC AREA LAVORO

CONTRATTI A TERMINE: CAUSALI, PROROGHE, RINNOVI E PERIODO TRANSITORIO

di Matteo Sanfilippo*

La disciplina dei contratti a termine, di cui al d.lgs. 81/2015, è stata nuovamente modificata con il d.l. n. 87 del 12 luglio 2018, recante *“Disposizioni urgenti per la dignità dei lavoratori e delle imprese”* (c.d. Decreto Dignità), convertito dalla legge n. 96/2018.

Le novità più rilevanti introdotte dalla novella legislativa sono certamente quelle in materia di durata massima e di causalità del contratto a tempo determinato, oltre che la riduzione del numero delle proroghe consentite.

Infatti, è stata ridotta la **durata massima** del contratto a tempo determinato da 36 a 24 mesi (art. 19, comma 2 d.lgs. n. 81/2015), con riferimento ai rapporti stipulati tra lo stesso datore di lavoro e lo stesso lavoratore, anche per effetto di una successione di contratti o di periodi di missione in somministrazione a tempo determinato, conclusi per lo svolgimento di mansioni di pari livello e categoria legale, indipendentemente dai periodi di interruzione. Nel dettaglio, le parti possono stipulare liberamente un primo contratto di lavoro a termine di durata non superiore a 12 mesi (senza necessità di causale). In caso di durata superiore, tale possibilità è riconosciuta esclusivamente in presenza di almeno una delle specifiche condizioni che giustificano un'assunzione a termine e precisamente, secondo quanto disposto dal nuovo art. 19 comma 1, d.lgs. 81/2015:

a) *“esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovvero esigenze di sostituzione di altri lavoratori”;*

b) *esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria”.*

La novella legislativa ha quindi segnato il ritorno alle causali, come avveniva – seppur con una formulazione completamente diversa – nella vigenza dell'abrogato d.lgs. 368/2001

antecedentemente alle modifiche introdotte nel 2014.

Infatti, le “condizioni” introdotte dalla nuova disciplina risultano essere ben più restrittive di quelle in vigore fino al 2014 a causa della loro indeterminatezza, lasciando spazio a molteplici dubbi interpretativi. Le nuove causali sembrerebbero di non facile applicazione da parte dei datori di lavoro laddove la norma esprime: *“esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività”*. Per quanto riguarda la tipologia di causale *“esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria”*, nei fatti potrebbe rendere inapplicabile il contratto a termine di durata superiore a 12 mesi. Nessuna difficoltà interpretativa invece, in merito alle esigenze di sostituzione di altri lavoratori.

In caso di stipulazione di un contratto di durata superiore a 12 mesi in assenza delle condizioni di cui al comma 1, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato alla data di superamento del termine di dodici mesi (art. 19, comma 1-bis).

Proroghe e rinnovi

Quanto alle **proroghe**, ridotte da 5 a 4 (art. 21, co. 1), il contratto può essere prorogato liberamente nei primi 12 mesi e, successivamente, è necessaria l'indicazione della causale.

In sostanza, le proroghe del contratto (massimo 4 entro i limiti di durata massima – 24 mesi), secondo il nuovo testo del d.lgs. 81/2015 sono regolate nel seguente modo:

- il primo contratto può essere prorogato liberamente nei primi 12 mesi (esempio: contratto a 8 mesi (acausale) più proroga di 4 mesi (ancora acausale);

- successivamente ai 12 mesi la proroga può avvenire solo in presenza delle condizioni di cui all'art. 19 comma 1. In caso di insussistenza di una valida causale per la proroga del contratto superiore a 12 mesi, il contratto si

trasforma a tempo indeterminato;

- il termine del contratto a tempo determinato può essere prorogato, con il consenso del lavoratore, solo quando la durata iniziale del contratto sia inferiore a ventiquattro mesi, e per un massimo di quattro volte nell'arco di 24 mesi a prescindere dal numero dei contratti. Qualora il numero di proroghe sia superiore, il contratto si trasforma a tempo indeterminato dalla data di decorrenza della quinta proroga.

Posto l'assunto normativo sopra riportato, la **Circolare ministeriale n. 17/2018** fornisce le seguenti precisazioni/interpretazioni:

- il decreto legge non ha modificato la previsione di cui all'art. 19, co.3, del d.lgs. 81/2015 ai sensi del quale, raggiunto il limite massimo di durata del contratto a termine, le stesse parti possono stipulare un ulteriore contratto della durata massima di 12 mesi presso le sedi territorialmente competenti dell'Ispettorato nazionale del lavoro;

- la **proroga** presuppone che restino invariate le ragioni che avevano giustificato inizialmente l'assunzione a termine;

- si ricade invece nella disciplina del **rinnovo** del contratto - con l'obbligo di indicare la causale - sia nel caso di proroga senza soluzione di continuità con il precedente rapporto di lavoro quando si modificano elementi essenziali del contratto, sia nel caso di nuovo contratto a termine con decorrenza successiva alla scadenza del precedente rapporto.

Riepilogando, è possibile prorogare liberamente un contratto entro i 12 mesi, mentre per il rinnovo è sempre richiesta l'indicazione della causale.

Con il termine **rinnovo** deve intendersi la riassunzione del lavoratore con un nuovo contratto a termine successivamente alla scadenza di quello precedente.

La reiterazione (rinnovo) del contratto a termine con il medesimo lavoratore determina, dal 14 luglio 2018, un aumento del costo del lavoro mediante l'aumento di 0,5 punti percentuali del contributo

addizionale fissato dalla Riforma Fornero nell'1,4%. Tale aspetto è stato puntualmente confermato anche dal Ministero del Lavoro, il quale afferma che la maggiorazione diventa incrementale in occasione di ciascun rinnovo del contratto a tempo determinato, anche in somministrazione. Ne consegue che al primo rinnovo la misura ordinaria dell'1,4% andrà incrementata dello 0,5%. In tal modo verrà determinata la nuova misura del contributo addizionale cui aggiungere nuovamente l'incremento dello 0,5% in caso di ulteriore rinnovo. Analogo criterio di calcolo dovrà essere utilizzato per eventuali rinnovi successivi.

Purtroppo, è facile immaginare la difficoltà applicativa della norma per il contributo addizionale sia per le aziende sia per coloro che devono garantire la correttezza contributiva, senza considerare i costi penalizzanti che le aziende dovranno sostenere.

La maggiorazione dello 0,5 per cento non si applica in caso di proroga del contratto, in quanto la disposizione prevede che il contributo addizionale sia aumentato solo in occasione del rinnovo.

Rinvio alla contrattazione collettiva

Il Ministero del Lavoro conferma ampio spazio alla **contrattazione collettiva**, consentendo la possibilità di prevedere un termine di durata anche superiore a 24 mesi (art. 19, comma 2), a condizione che siano rispettate le causali. Per quanto concerne i contratti collettivi stipulati prima del 14 luglio 2018, che – facendo riferimento al previgente quadro normativo – abbiano previsto una durata massima dei contratti a termine pari o superiore ai 36 mesi, gli stessi, afferma il Ministero, mantengono la loro validità fino alla naturale scadenza dell'accordo collettivo. Nessuna deroga è stata invece attribuita alla contrattazione collettiva in merito al nuovo regime delle condizioni.

Tuttavia potrebbe rappresentare una efficace deroga al regime delle condizioni la contrattazione di prossimità. Infatti, l'art. 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 *“Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo”* convertito in legge n. 148/2011 prevede:

1) i contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale o dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda, possono realizzare specifiche intese con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati a condizione di essere sottoscritte sulla base di un criterio maggioritario relativo alle

predette rappresentanze sindacali, finalizzate a: maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività;

2) le specifiche intese di cui sopra possono riguardare la regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento... ai contratti a termine;

3) fermo restando il rispetto della Costituzione... le specifiche intese di cui sopra operano anche in deroga alle disposizioni di legge che disciplinano le materie richiamate e alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Periodo transitorio

Nella stesura originaria il decreto legge aveva previsto che le disposizioni si applicassero ai contratti di lavoro a tempo determinato stipulati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto (14 luglio 2018), nonché ai rinnovi e alle proroghe dei contratti in corso alla medesima data. La legge di conversione è intervenuta introducendo la sospensione dell'entrata in vigore delle nuove norme sino al 31 ottobre 2018, limitatamente a proroghe e rinnovi.

La circolare ministeriale n. 17, che avrebbe dovuto chiarire alcuni passaggi, dedica però al periodo transitorio poche righe, ricordando che in tale periodo le proroghe e i rinnovi restano disciplinati dalle disposizioni del d.lgs. n. 81/2015, nella formulazione antecedente al d.l. n. 87/2018, mentre, alla data del 1° novembre 2018 trovano piena applicazione tutte le disposizioni introdotte con la riforma, compreso l'obbligo di indicare le condizioni in caso di rinnovi (sempre) e di proroghe (dopo i 12 mesi).

A questo punto è necessario fare una considerazione: cosa accade per proroghe e rinnovi intervenuti tra la data di entrata in vigore del decreto legge (14 luglio 2018) e la data di entrata in vigore della legge di conversione (11 agosto 2018), anche alla luce di quanto espresso nella Circolare? Ovviamente una circolare non può sostituirsi alla legge!... L'opinione è che nei casi rientranti in questo arco temporale, possa nascere del contenzioso che avrebbe potuto evitarsi.

Termine per impugnazione

Altra novità introdotta dal Decreto Dignità è rappresentata dall'innalzamento del termine per impugnare in via stragiudiziale il contratto a tempo determinato, che passa da 120 a 180 giorni decorrenti dalla cessazione del rapporto di lavoro.

Esclusioni

Le attività stagionali rimangono escluse dal limite di durata dei 24 mesi, dall'indicazione della causale, dalle pause intermedie e dai limiti numerici.

E' prevista inoltre l'esclusione *tout court* dal campo di applicazione delle previsioni introdotte dal Decreto Dignità per i contratti a tempo determinato stipulati dalle pubbliche amministrazioni.

Contratto di somministrazione di lavoro a termine

La legge di conversione 96/2018 ha inciso anche sulla disciplina della somministrazione di lavoro a tempo determinato. Recita l'art. 31, comma 2: *“Salva diversa previsione dei contratti collettivi applicati dall'utilizzatore, e fermo restando il limite disposto dall'art. 23 (i contratti a termine non devono superare il 20% dei contratti a tempo indeterminato), il numero dei lavoratori assunti con contratto a tempo determinato ovvero con contratto di somministrazione a tempo determinato non può eccedere complessivamente il 30% del numero dei lavoratori a tempo indeterminato in forza presso l'utilizzatore...”*

Il tetto massimo del 30% può essere interamente costituito anche dai soli lavoratori impiegati tramite agenzia per il lavoro. Inoltre, la data spartiacque per verificare il superamento o meno dei limiti di contingentamento è rappresentata dal 12 agosto 2018, data di entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 87/2018.

Dal limite quantitativo sono esentati i lavoratori in mobilità (legge 223/1991), i disoccupati che godono da almeno 6 mesi di trattamenti di disoccupazione o ammortizzatori sociali e i lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati. Le esclusioni dal computo del limite quantitativo nella somministrazione sono diverse da quelle previste per i contratti a termine.

Se l'azienda ha già superato il limite del 30%, non sarà possibile effettuare nuove assunzioni né proroghe per i rapporti in corso fino a quando il datore di lavoro o l'utilizzatore non rientri entro i nuovi limiti.

Secondo quanto disposto dall'art. 38 co. 2: *“Quando la somministrazione di lavoro avviene fuori dai limiti e delle condizioni di cui agli articoli 31, commi 1 e 2, (limiti quantitativi della somministrazione a tempo determinato), il lavoratore può chiedere, anche soltanto nei confronti dell'utilizzatore, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo con effetto dall'inizio della somministrazione.”* In sostanza, il lavoratore assunto da un'azienda che abbia superato il tetto massimo di legge

potrà chiedere al giudice la costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato nei confronti del datore di lavoro che ne abbia usato la prestazione senza rispettare i tetti previsti. In questa ipotesi, il giudice, se accoglie la domanda, condanna l'utilizzatore al risarcimento del danno, stabilendo un'indennità onnicomprensiva nella misura tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 39).

Anche per i contratti di somministrazione a termine, vige l'incremento in occasione di ciascun rinnovo del contributo addizionale di 0,5 punti percentuali esaminato per i contratti a termine.

Considerazioni conclusive

Già da una prima lettura della norma, appare evidente che ci troveremo di fronte ad un significativo decremento del ricorso ai contratti a termine da parte dei datori di lavoro e ad un incremento del contenzioso in materia.

Infatti, il reinserimento delle causali per i contratti a termine potrebbe portare ad un incremento del turn-over dei lavoratori a termine, trascorsi i 12 mesi di durata, piuttosto che un aumento dei contratti a tempo indeterminato. Questo dipende dalla circostanza di evitare probabili e rischiosi contenziosi che scaturirebbero dall'interpretazione delle causali. Con riferimento al potenziale incremento del contenzioso in materia di contratti a termine, l'esame di quanto avvenuto per decenni, prima del d.l. n. 34/2014, mostrava un notevole contenzioso sulla disciplina del rapporto di lavoro a tempo determinato, letteralmente crollato dopo la liberalizzazione intervenuta con il citato decreto legge 34/2014 che aveva sancito il venir meno delle cause giustificative. I dati statistici parlano da soli: nel periodo ante d.l. 34/2014 il numero delle cause di lavoro relative al contratto a termine nelle sue varie declinazioni patologiche superava le 8 mila unità nel 2012 per scendere alle "sole" 490 controversie del primo semestre 2017.

**Odcec Catania*



LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO LEGITTIMO ANCHE SENZA CRISI AZIENDALE

di Paolo Galbusera e Andrea Ottolina

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3 della l. 604/1966, quel tipo di licenziamento motivato da ragioni connesse all'organizzazione dell'azienda e più specificamente riguardanti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa.

Con riferimento a tale tipologia di licenziamenti, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza della Corte di Cassazione, consolidatosi negli anni, ha sempre ritenuto che fosse condizione di legittimità la sussistenza della necessità, da parte dell'azienda, di procedere con la riorganizzazione e con la conseguente soppressione della posizione lavorativa **al fine di far fronte a situazioni sfavorevoli non meramente contingenti**, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva e non altrimenti risolvibili dall'imprenditore.

Secondo tale orientamento, quindi, la scelta dell'imprenditore di licenziare il proprio dipendente a seguito di una riorganizzazione della propria azienda, doveva avere come presupposto fattuale una sfavorevole situazione economica e non poteva essere, al contrario, meramente strumentale ad un incremento del profitto. In sostanza, il datore di lavoro chiamato a difendere la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo era tenuto a fornire la prova, tra le altre, dell'andamento economico negativo dell'azienda.

Nel 2016, tuttavia, la **Corte di Cassazione, con la sentenza n. 25201 del 7 dicembre**, ha riportato in auge un orientamento giurisprudenziale sino a quel momento minoritario, secondo il quale è da considerarsi legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato dalla necessità di ridurre i costi di gestione, **pur in assenza di una contingenza economica negativa**.

Intorno a tale sentenza si è sollevato sin da subito un forte dibattito e in particolare la stampa e i media, semplificando come da abitudine l'analisi, l'hanno aspramente criticata, sostenendo che tale decisione aprisse la strada ai licenziamenti motivati dalla sola volontà dell'imprenditore di aumentare i propri profitti.

Evidentemente le argomentazioni giuridiche della Corte di Cassazione sono ben più complesse e si fondano su una interpretazione

dell'art. 3 l. 604/1966 letterale e costituzionalmente orientata.

Innanzitutto, la sentenza in commento evidenzia che il testo del suddetto art. 3 non prevede in alcun modo che, per ritenere giustificato il licenziamento per motivo oggettivo, debba ricorrere il presupposto fattuale della sussistenza di *"situazioni sfavorevoli"* cui l'imprenditore debba fare fronte. In base alla norma, infatti, è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse **quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva, nonché quelle dirette ad un aumento della redditività d'impresa.**

Sulla base di tale presupposto, la Corte ricorda che, alla luce di quanto previsto dall'art. 41 co. 1 della Costituzione, **l'iniziativa economica privata è libera**, pur nei limiti generali indicati dal legislatore, e all'imprenditore è riservata sia la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi ai fini dell'incremento della produttività aziendale, sia la possibilità di stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda. Per questa ragione, in assenza di una specifica previsione normativa, esigere la sussistenza di una situazione economica sfavorevole per rendere legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo significherebbe inserire nella fattispecie legale astratta delineata dall'art. 3 l. 604/1966 un presupposto fattuale non previsto, con una interpretazione della norma che inevitabilmente andrebbe a concretizzare un sindacato sulla congruità e sulla opportunità della scelta imprenditoriale, sindacato che, sempre in base all'art. 41 Cost., non è consentito al Giudice.

Ovviamente, tiene a precisare la Corte di Cassazione, la circostanza che la decisione imprenditoriale di sopprimere la posizione lavorativa possa essere originata dall'obiettivo di una migliore efficienza gestionale o produttiva, ovvero sia finalizzata ad un incremento della redditività d'impresa, non significa affatto che la stessa sia sottratta ad ogni controllo e sfugga a ben precisi limiti. Tale decisione infatti resta soggetta al controllo giudiziale sulla effettività della soppressione del posto di lavoro (che è esclusa nel caso di sostituzione con un lavoratore assunto per svolgere identiche mansioni, ma a minor costo); sulla effettività e non pretestuosità della ragione concretamente addotta dall'imprenditore a sostegno del recesso; sulla sussistenza del nesso

causale tra l'accertata ragione inerente l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, così come dichiarata dall'imprenditore, e l'intimato licenziamento.

Come detto, la sentenza n. 25201/2016 ora esaminata è stata oggetto di numerose critiche e, seppur la Corte di Cassazione abbia avuto modo anche successivamente di ribadire i medesimi principi (ad es. con le sentenze 10699/2017 e 24882/2017), alcuni Giudici di merito hanno continuato a ritenere applicabile l'orientamento più restrittivo, che richiede, quale presupposto necessario ai fini della legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la sussistenza di situazioni sfavorevoli non meramente contingenti a cui far fronte.

E così, ad esempio, all'interno della **Sezione Lavoro del Tribunale di Milano** continuano tutt'ora a coesistere i due orientamenti opposti: se ad esempio la **sentenza n. 73 del 15.01.2018** ha confermato che l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore debba necessariamente provare e il Giudice accertare, al contrario la **sentenza n. 1785 del 13.06.2017**, ha affermato che il quadro normativo di riferimento attuale impone di continuare ad esigere che il licenziamento economico costituisca l'estrema ratio, cui il datore di lavoro deve ricorrere per far fronte a sfavorevoli e non meramente contingenti situazioni influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva.

In ogni caso, la **Corte di Cassazione** sembra ormai convinta nel voler consolidare il nuovo orientamento, tanto che ancora con una recentissima sentenza, la **n. 30259 del 22.11.2018**, ha ribadito che: a) ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo, tra le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro **rientrano anche quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa**, purché si traducano in un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo dell'impresa dal quale derivi la soppressione di una determinata posizione lavorativa; b) la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto di lavoro non è sindacabile dal Giudice nei suoi profili di congruità ed opportunità, in ossequio al disposto dell'art. 41 Cost.

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

DISTACCO DEL PERSONALE: I DUBBI DELLA CASSAZIONE

di Paolo Soro*

Prendiamo spunto dalla recentissima ordinanza interlocutoria della Cassazione Civile (sezione Tributaria) n. 2385 del 29/01/2019, che ha rimesso la questione alla Corte di Giustizia Europea, per fare il punto della situazione circa le implicazioni fiscali connesse alle operazioni di distacco della forza lavoro.

Tramite l'istituto del distacco (art. 30, decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 *"Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30"*, Legge Biagi), un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di un altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. A carico del distaccante continuano a gravare i tipici obblighi del datore di lavoro, ossia la responsabilità in materia di assunzione, la gestione del rapporto, i connessi adempimenti retributivi e previdenziali, nonché il potere disciplinare e di licenziamento. Nel contempo, per prassi oramai consolidata, a fronte della prestazione lavorativa svolta, l'azienda distaccataria rifonde alla distaccante i costi sostenuti per il personale in distacco. Ebbene, si è posto il problema concernente il corretto inquadramento ai fini tributari di tali somme.

Giova, innanzitutto, ricordare che in epoca anteriore al sopra riportato decreto, il distacco era sostanzialmente previsto dalla normativa soltanto con riferimento alla contrattazione collettiva:

"Gli accordi sindacali, al fine di evitare le riduzioni di personale, possono regolare il comando o il distacco di uno o più lavoratori dall'impresa ad altra per una durata temporanea" (art. 8, comma 3, decreto-legge 20 maggio 1993, n. 148 *"Interventi urgenti a sostegno dell'occupazione"*, convertito, con modificazioni, dalla legge 236/1993).

Col d.lgs. 276/2003, invece, viene finalmente introdotta una vera e propria regolamentazione dell'istituto del distacco, specificandone alcuni elementi imprescindibili, quale – primo fra tutti – il soddisfacimento di un interesse proprio del datore di lavoro distaccante, fattore che – come avremo modo di vedere fra poco – risulta fondamentale ai fini della qualificazione fiscale (e non solo) delle somme qui oggetto di analisi.

Peraltro, proprio in tale ottica prettamente tributaria, appare necessario primariamente riportare l'indirizzo che era stato espresso dall'Agenzia delle Entrate con la Risoluzione

346/2002, rispondendo ad apposita istanza d'interpello. Tramite detto documento, l'Agenzia aveva fornito un'interpretazione particolarmente restrittiva della norma di riferimento (comma 35, art. 8, legge 67/1988, legge finanziaria 1988), la quale disponeva che: *"Non sono da intendere rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto i prestiti o i distacchi di personale a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo"*.

Ebbene, a parere dell'Ufficio, il rigido tenore letterale della legge consente la non assoggettabilità all'IVA esclusivamente nel caso in cui il ristoro versato dal distaccatario al distaccante sia assolutamente equivalente al rimborso degli effettivi costi vivi sopportati. Se tali somme dovessero invece differire (non solo in quanto maggiori, ma anche laddove minori rispetto al totale dei meri costi sostenuti), l'intero importo andrebbe automaticamente assoggettato a IVA. Non solo: nell'interpello in argomento, l'istante faceva presente che, contestualmente al prestito/distacco del personale, era disciplinato contrattualmente anche l'affitto di beni strumentali, per i quali veniva ovviamente ipotizzata l'imponibilità IVA. Ebbene la risposta tranchant dell'Agenzia era stata che, per ciò stesso, l'intera operazione doveva essere qualificata unitariamente; pertanto, in tale particolare fattispecie, anche il solo corretto rimborso dei costi del personale andava parimenti assoggettato a IVA.

Occorre osservare che a riguardo la Cassazione (sentenze: 19129, 19130, 19131 e 19132 del 2010) ha deciso in maniera difforme, stabilendo che la pattuizione di un corrispettivo inferiore o superiore al costo globale dei dipendenti risulta, in definitiva, irrilevante, dato che nei limiti di esso il distaccante non effettua alcuna prestazione. Per cui, se fosse pattuito



ROSSIGNOL

www.rossignol.com



un rimborso pari o inferiore, il distaccatario non dovrebbe pagarci l'IVA, mentre se fosse concordata una somma superiore sarebbe tenuto a farlo soltanto sulla parte eccedente il costo del personale distaccato.

Detto orientamento, peraltro, non è stato condiviso da successivo Collegio (Cassazione 23021/2011), il quale ha affermato il seguente principio di diritto:

“La L. n. 67 del 1988, art. 8, comma 35, deve essere intesa nel senso che il distacco di personale è irrilevante ai fini dell'IVA soltanto se la controprestazione del distaccatario consista nel rimborso di una somma esattamente pari alle retribuzioni e agli altri oneri previdenziali e contrattuali gravanti sul distaccante.”

A giudizio della Corte, infatti, il rimborso deve essere esattamente uguale alle retribuzioni e agli altri oneri perché ciò che occorre ai fini dell'irrelevanza IVA è, come riconosciuto dall'Amministrazione finanziaria, che si tratti di un'operazione sostanzialmente neutra. Ovverosia, una situazione che non comporti un guadagno per il distaccante, ma nemmeno un risparmio per il distaccatario, visto che, in caso contrario, non vi sarebbe ragione di riservarle un trattamento diverso dal normale. In ulteriore occasione (Sentenza 14053/2012), la Cassazione ha avuto modo di ribadire che la l. 67/1988 è una norma speciale che esonera dall'imposta in base all'ammontare della somma dovuta dal distaccatario, solo laddove detto importo sia perfettamente uguale al costo del personale. Tale rimborso deve essere, però, esattamente equipollente alle retribuzioni e agli altri oneri, perché ciò che occorre ai fini della irrilevanza, è che si debba trattare di un'operazione – come anzidetto – sostanzialmente neutra (non si verifica: né un guadagno per il distaccante, né un risparmio per il distaccatario).

Anche dalla normativa comunitaria (art. 9, Direttiva 77/388 CEE, art. 56 Direttiva 2006/112/CE) risulta che il distacco (o messa a disposizione, o prestito) di personale costituisce una prestazione di servizi astrattamente destinata, in quanto tale, a essere assoggettata all'IVA. Orbene, tale regola generale non può trovare applicazione nel caso in cui il distaccatario si sia limitato a rimborsare al distaccante il solo costo dei dipendenti, atteso che le prestazioni di servizio assumono rilevanza ai fini del pagamento dell'IVA solamente se ne deriva un vantaggio economico per l'utilizzatore.

In sostanza, a giudizio di detta ultima Cassazione:

“Per restare fuori dal campo di applicazione dell'IVA occorre la duplice condizione che: a) si tratti di un accordo in forza del quale un soggetto, al fine di soddisfare un proprio speci-

fico interesse, mette a disposizione di un altro delle persone a lui legate da un rapporto di lavoro subordinato; b) il distaccatario riversi al distaccante una somma esattamente pari al costo retributivo e previdenziale dei dipendenti utilizzati, dato che il riconoscimento di un corrispettivo maggiore o minore comporta l'inapplicabilità dell'agevolazione, con conseguente sottoposizione a IVA dell'intero importo pattuito.”

Tralasciamo, sul punto, ogni considerazione personale concernente il fatto che l'assoggettamento o meno all'IVA possa costituire una “agevolazione” per l'imprenditore: vero e proprio ossimoro, avuto riguardo alla ratio stessa dell'imposta. Ciò detto, al di là delle suseposte interpretazioni fornite dall'Agenzia delle Entrate e dalla Cassazione, la conditio sine qua non che le somme versate dal distaccatario al distaccante siano necessariamente equipollenti al rimborso del puro costo sostenuto per il personale distaccato, acquisisce ulteriore conferma con la pubblicazione della Circolare 3/2004 del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di commento alla normativa sul distacco (Legge Biagi). Appare, invero, innegabile che la situazione debba essere compiutamente vagliata anche in ottica giuslavorista. Orbene, al riguardo, la Circolare in questione afferma quanto segue:

“La Cassazione a Sezioni Unite 13 aprile 1989, n. 1751, ha chiarito, che il rimborso al distaccante della spesa del trattamento economico non ha alcuna rilevanza ai fini della qualificazione del distacco genuino. In ultima analisi, poiché il lavoratore distaccato esegue la prestazione non solo nell'interesse del distaccante ma anche nell'interesse del distaccatario, la possibilità di ammettere il rimborso rende più lineare e trasparente anche l'imputazione reale dei costi sostenuti da ogni singola società. In questo senso l'importo del rimborso non può superare quanto effettivamente corrisposto al lavoratore dal datore di lavoro distaccante. Ciò che differenzia il distacco dalla somministrazione, infatti, è l'interesse del distaccante. Mentre il somministratore realizza il solo interesse produttivo della somministrazione a fini di lucro, il distaccante soddisfa un interesse produttivo diversamente qualificato, come l'interesse al buon andamento della società controllata o partecipata.”

In pratica, il Ministero, pur dando conto della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione che evidenzia come l'elemento “costi rimborsati” non sia, fine a sé stesso, atto a dichiarare il distacco come non genuino, precisa che, laddove tali rimborsi dovessero essere eccedenti rispetto ai meri costi sostenuti, mancherebbe di fatto l'elemento fondamentale

del distacco: ossia, l'interesse – economico, produttivo, organizzativo, al migliore andamento aziendale – del distaccante. Tale interesse, infatti, verrebbe a essere identificato con il mero guadagno finanziario dovuto quale controprestazione del “prestito” dei dipendenti: tipico della somministrazione; ma non realizzabile mediante l'istituto del distacco, che a questo punto si configurerebbe come irregolare.

A fronte di simile declaratoria di non genuinità del distacco, le conseguenze sarebbero disperate e particolarmente gravose:

- in ottica lavorativa, la richiesta di tardiva (ossia, a posteriori) regolarizzazione del rapporto diretto col datore di lavoro distaccatario, da parte dei dipendenti distaccati;
- in ottica amministrativa, sanzioni ai danni di entrambi i datori di lavoro interessati;
- in ottica fiscale, la sicura imponibilità IVA delle integrali somme corrisposte dal distaccatario al distaccante;
- in ottica penale, dove la legge 9 agosto 2018, n. 96 ha reintrodotto il reato di somministrazione fraudolenta che si configura in tutti i casi in cui “la somministrazione di lavoro è posta in essere con la specifica finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo applicate al lavoratore”; orbene, tale ipotesi si configura anche nell'ambito di distacchi di personale che comportino un'elusione della disciplina di cui all'art. 30, d.lgs. 276/2003, ovvero nelle fattispecie di distacco transnazionale “non autentico” ai sensi dell'art. 3, d.lgs. 136/2016 (come ha recentemente ricordato l'Ispettorato nazionale del lavoro: Circolare 3/2019 dell'11 febbraio scorso).

In siffatto quadro giuridico/normativo, giunge l'odierna Cassazione 2385/2019, la quale ordina la sospensione del processo e chiede alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, sulla seguente questione di interpretazione del Diritto dell'Unione:

“Se la VI Direttiva 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, artt. 2 e 6, nonché il principio di neutralità fiscale, debbano essere interpretati nel senso che ostano a una Legislazione nazionale in base alla quale non sono da intendere rilevanti ai fini dell'Imposta sul Valore Aggiunto i prestiti o i distacchi di personale della controllante a fronte dei quali è versato solo il rimborso del relativo costo da parte della controllata.”

A parere dei Giudici di legittimità, la Direttiva 2006/112/CE attribuisce un'ampissima sfera di applicazione all'IVA, elencando, all'art. 2 relativo alle operazioni imponibili, oltre alle importazioni di beni, le cessioni di beni

e le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso all'interno del Paese da un soggetto passivo che agisca in quanto tale. Inoltre, l'art. 6 della VI Direttiva, applicabile all'epoca dei fatti, stabilisce che:

“Si considera ‘prestazione di servizi’ ogni operazione che non costituisca cessione di un bene ai sensi dell’art. 5”.

Gli Ermellini rappresentano come la nozione di “prestazione di servizi”, ai sensi della Direttiva IVA, debba essere interpretata indipendentemente dagli scopi e dai risultati delle operazioni di cui trattasi (in pratica, viene sconfessato quanto detto dalla stessa Corte nelle occasioni precedenti, ritenendo irrilevante la circostanza che si verifichi la neutralità dell'operazione).

Oltre tutto, dice la Cassazione, l'art. 9 della VI Direttiva annovera tra le prestazioni di servizi la “messa a disposizione di personale”; e uno degli strumenti mediante i quali avviene tale messa a disposizione è appunto il distacco.

Per altro verso, la valutazione afferente il pagamento di una remunerazione quale corrispettivo di una prestazione di servizi, è una questione di Diritto dell'Unione, che deve essere risolta indipendentemente dalla valutazione operata nel diritto nazionale. Conseguentemente, appare di per sé irrilevante la qualificazione, contenuta nello stesso diritto nazionale, di una corresponsione di somme come rimborso, anziché come corrispettivo.

Una prestazione di servizi – prosegue il Supremo Collegio – è effettuata a titolo oneroso, ai sensi della VI Direttiva e della Direttiva IVA, soltanto se esiste tra il prestatore e il beneficiario un rapporto giuridico nel corso del quale vengono scambiate prestazioni reciproche: la retribuzione percepita dal prestatore deve costituire l'effettivo controvalore del servizio fornito al beneficiario. In proposito, la Corte UE (C-37/16) ha dichiarato che ciò si verifica quando sussiste un nesso diretto tra il servizio reso e il controvalore ricevuto; quando, cioè, le somme versate costituiscano l'effettivo corrispettivo di un servizio individualizzabile fornito nell'ambito di un siffatto rapporto giuridico.

Viceversa, sempre a parere della stessa Corte di Giustizia (C-267/15), non sarebbe necessario, ai fini dell'IVA, che lo scambio sia lucrativo, poiché è indifferente il risultato dell'operazione economica (sul punto specifico, appare doveroso precisare che il caso deciso in siffatta circostanza dalla Corte UE concerneva ben altra tipologia).

La circostanza che un'operazione economica sia svolta a un prezzo uguale, superiore o inferiore al prezzo di costo – continua la Cassazione – diviene così di per sé ininfluenza ai fini della qualificazione di tale operazione

come «negozio a titolo oneroso», a meno che lo scarto tra i costi sostenuti e la somma ricevuta come corrispettivo sia particolarmente rilevante (Corte UE: Causa C-520/14). Onde per cui, si deve esaminare l'insieme delle circostanze in cui detta operazione è stata realizzata.

Applicando tali principi di diritto comunitario al caso in esame, i Giudici di legittimità ritengono che non pare in particolare rilevante la circostanza che le spese sostenute dalla controllata siano corrispondenti all'ammontare delle retribuzioni e degli oneri per i lavoratori dipendenti distaccati dalla controllante (soggetto terzo).

Orbene, sempre a parere del Supremo Collegio, il fatto che l'attività in questione sia di natura economica sembra evincersi dalla necessaria sussistenza di uno specifico interesse del datore di lavoro distaccante, che la Giurisprudenza di legittimità ha ravvisato in quello volto a garantire la maggiore funzionalità dell'organizzazione comune a controllante e controllata.

“Che, poi, detta attività economica si sia tradotta in una prestazione di servizi svolta a titolo oneroso, potrebbe ricavarsi dall'ammontare della somma corrisposta dalla distaccataria, pari all'importo delle spese e degli oneri da sostenere per i lavoratori, in quanto tale, non insignificante.”

Francamente, quest'ultimo passaggio della motivazione appare illogico e non condivisibile. Se una prestazione è svolta a titolo oneroso, il corrispettivo ricevuto non può mai essere esattamente pari alle sole spese vive anticipate; in detta ipotesi, infatti, c'è solo un rimborso e nessun guadagno. La circostanza, poi, afferente l'entità delle somme da rimborsare, è del tutto irrilevante. Anche 10 euro, finì a sé stessi, possono rappresentare un corrispettivo se non sono versati per rimborsare costi documentati, sostenuti previamente; così come, all'opposto, 10 milioni di euro, se esclusivamente pari alle spese vive in precedenza sostenute, certamente non possono costituire mai alcun guadagno atto a configurare una prestazione di servizi svolta a titolo oneroso.

Continuando, i Giudici di piazza Cavour ritengono che la norma nazionale sembra innestare un'ingiustificata disparità di trattamento, ai fini IVA, tra i diversi strumenti mediante i quali si attua la «messa a disposizione di personale», che potrebbe incidere sul principio di neutralità fiscale, espressione, appunto, del principio generale della parità di trattamento, in virtù del quale merci o prestazioni del medesimo tipo, in potenziale concorrenza tra loro, vanno trattate, quanto all'IVA, in maniera uniforme.

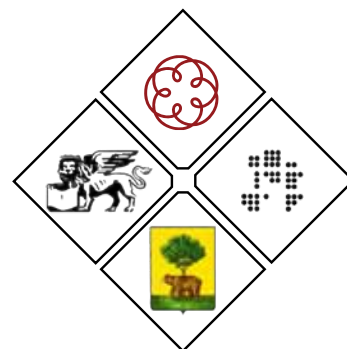
E concludono:

“Anche la somministrazione di manodopera è uno strumento che consente la messa a disposizione di personale, che si differenzia dal distacco per la natura dell'interesse, ravvisabile in quello lucrativo del somministratore; e, in base alla stessa ricostruzione offerta dalla Giurisprudenza di questa Corte, essa dà sempre luogo a una prestazione imponibile, in relazione alla quale l'ammontare del rimborso incide soltanto sulla base imponibile.”

Inutile dire che pure tale asserzione, francamente, appare assai poco condivisibile. La somministrazione e il distacco attengono a rapporti contrattuali completamente difforni fra loro (e certo non alternativi, o in concorrenza), che nulla hanno reciprocamente a che vedere (per ragioni, per condizioni, per circostanze operative, per attuazione e svolgimento pratico, per risultati cui pervengono, etc.). Non è dato di comprendere sul fondamento di quale oscuro motivo si potrebbe mai ipotizzare in proposito un rischio di disparità di trattamento tale da incidere sul principio di neutralità fiscale. Se così fosse, lo stesso principio verrebbe quotidianamente violato in un'infinità di altre vicende, per le quali, viceversa, simili dubbi non hanno mai sfiorato nessuno. Seguendo tale poco convincente ragionamento, a esempio, il problema si porrebbe anche per trasferte, trasferimenti, trasfettisti, e via discorrendo.

In ogni caso, al momento non resta che attendere il responso dell'adita Corte Europea, sperando che il suo giudicato porti auspicabili e – a questo punto – più che necessarie conferme, tenuto altresì conto delle potenziali ulteriori implicazioni che le regole afferenti il transfer pricing potrebbero arrecare, in aggiunta, nelle fattispecie di distacco transnazionale infragruppo.

Odecc Roma



LA DURATA DEL PATTO DI PROVA E L'INDEROGABILITÀ DELLA NORMA IMPERATIVA DA PARTE DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA

di Giada Rossi*

Il riferimento principe per la determinazione della durata del patto di prova in occasione dell'assunzione di un lavoratore è solitamente rappresentato dal contratto collettivo applicato dalla datrice di lavoro, che di norma ne precisa i limiti temporali, prevedendo distinzioni a seconda della categoria legale e del livello di inquadramento.

L'art. 2096 c.c., disposizione codicistica regolatrice del patto di prova, ne delimita invero i caratteri generali, anche frutto delle elaborazioni giurisprudenziali, ma nulla prevede in relazione alla durata dello stesso. Le suddette previsioni, unitamente agli insegnamenti della Suprema Corte, si rilevano nella prassi per lo più sufficienti onde correttamente formulare una clausola contrattuale in tema di prova, tanto dal punto di vista sostanziale che nei tratti formali.

Nel lavoro impiegatizio, tuttavia, non può trascurarsi la portata del Regio Decreto Legge del 13 novembre 1924 n. 1825, convertito in Legge 18 marzo 1926 n. 562, il cui art. 4 prevede una durata massima del periodo di prova pari a mesi sei per *istitutori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi ed impiegati di grado e funzioni equivalenti*; a mesi tre per tutte le altre categorie di impiegati.

L'attualità della norma citata è confermata anche da recenti pronunce di merito e legittimità, in ultimo dalla sentenza n. 222/2018 del 28 novembre 2018 del Tribunale di Trento, che nel solco dei precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte, offre un'analisi puntuale della disposizione in commento e della cornice normativa in cui è inserita.

In accordo con la Giurisprudenza consolidata, e a dispetto di orientamenti minoritari, per lo più dottrinali, il r.d.l. 1825 dell'anno 1924 è da ritenersi tuttora in vigore, non essendo stato abrogato o comunque superato dai successivi interventi legislativi.

E' infatti esclusa la portata abrogativa dell'art. 2096 c.c., trattandosi di norma di carattere generale, che non esaurisce l'intera regolamentazione del patto di prova, e che

pertanto deve ritenersi integrativa della normativa già in vigore.

Parimenti è da respingere l'interpretazione che sostiene una revisione alla disciplina della durata del contratto in prova ad opera della più recente l. 604/1966, il cui art. 10 prevede l'applicazione della normativa sui licenziamenti individuali a tutti i lavoratori dipendenti e, per coloro assunti in prova, dal momento in cui l'assunzione diviene definitiva e, in ogni caso, decorsi sei mesi dall'instaurazione del rapporto di lavoro.

Ne discende invero un'integrazione alla disciplina del termine massimo del periodo di prova, a prescindere dalla categoria, pari a mesi 6, ma certamente è da escludersi che essa renda inoperante la previgente disciplina di cui al r.d.l. 1825/1924.

Nella perdurante vigenza del citato regio decreto-legge, si deve dunque convenire che il limite pari a mesi sei, così come richiamato da quest'ultimo, sia applicabile ai soli impiegati con funzioni direttive, intendendosi per tali anche coloro che, pur sprovvisti del potere di rappresentanza in senso tecnico del datore di lavoro, *siano preposti a un singolo ramo o servizio dell'organizzazione aziendale, con relativa supremazia gerarchica, ancorché circoscritta a quel ramo o servizio, e con una certa libertà di apprezzamento e latitudine di iniziativa, nell'esplicazione di un'attività di immediata collaborazione col titolare dell'impresa o con i dirigenti di essa, sia pure nell'attuazione delle direttive generali da questo impartite e senza i poteri discrezionali propri dei dirigenti* (Trib. Trento n. 222/2018); agli impiegati di concetto ordinari nonché agli impiegati d'ordine continuerà ad applicarsi il limite della durata del periodo di prova pari a mesi tre, con conseguente nullità della pattuizione di una maggior durata.

E qualora fosse la contrattazione collettiva ad estendere la durata del patto di prova oltre i tre mesi per gli impiegati non direttivi?

Nell'ambito giuslavoristico vige il principio del *favor laboratoris*, ovvero della derogabilità delle previsioni di legge o di contratto solo in caso di previsioni più favorevoli al lavoratore.

E' stato affermato che in tema di patto di prova difficilmente si possa aprioristicamente individuare la previsione "più favorevole".

Va infatti sottolineato come la libera recedibilità, entro i confini temporali della prova, sia diritto di ambedue le parti, quindi tuteligli interessi non solo datoriali, ma anche del lavoratore; del pari, non può trascurarsi l'evoluzione del sistema legislativo rispetto

agli anni del dopoguerra, caratterizzati dalla libera licenziabilità, che si è via via orientato, in un'ottica protezionistica della parte debole (il lavoratore), verso la stabilità del rapporto di impiego; ed ancora si può menzionare, per attività di particolare complessità, l'opportunità di estensione del patto di prova al fine di consentire la completa valutazione delle attitudini e competenze del lavoratore, sì da favorirne l'assunzione in capo all'impresa.

Le valutazioni sopra riferite non possono comunque ritenersi convincenti e, in applicazione del generale principio della gerarchia delle fonti, la Suprema Corte, *ex multis* nell'articolata motivazione della pronuncia n. 21874/2015, ancora richiamata dalla recente sentenza del Tribunale di Trento, ribadisce come il r.d.l. 1825/1924, avente natura di norma imperativa, non possa essere derogato ad opera della contrattazione collettiva.

Basti in tema richiamare la pronuncia degli Ermellini n. 3625 risalente all'anno 1975, ove era stato precisato che, in caso di contrasto tra clausole contrattuali recepite nel decreto delegato, che rende efficace *erga omnes* un contratto collettivo di lavoro, e norme imperative di legge, spetta al Giudice ordinario la disapplicazione delle clausole del primo; a fortiori deve giungersi ad una declaratoria di nullità in caso di incompatibilità di una previsione di un contratto collettivo di diritto comune con una norma imperativa.

Va comunque segnalata, seppur isolata, la pronuncia della stessa Corte n. 22758/2014 che, in *obiter dictum*, afferma la derogabilità dell'art. 4 r.d.l. 1825/1924 ad opera della contrattazione collettiva, non fornendo tuttavia motivazioni sul punto.

Giova piuttosto rammentare come le norme giuslavoristiche a tutela del lavoratore, in quanto parte debole, abbiano per consolidata Giurisprudenza natura imperativa, salvo che vi sia espressa previsione della loro natura dispositiva.

In sintesi, pur riconoscendo in capo alla contrattazione collettiva una funzione integratrice in tema di inquadramento, deve abbracciarsi l'orientamento consolidato, di merito e di legittimità, secondo il quale la previsione di un contratto collettivo in contrasto con l'art. 4 del r.d.l. 1825/1924 per l'estensione della durata del patto di prova, dovrà essere dichiarata nulla ex art. 1418 c.c. Ne deriva che il patto di prova non potrà produrre effetti posteriormente alla scadenza del termine previsto dal r.d.l.

1825/1924 sicché, in caso di intervenuto recesso da parte del datore di lavoro per “mancato superamento del periodo di prova”, si configurerà un recesso privo di idonea ragione giustificatrice, con piena applicazione delle tutele di legge previste per i licenziamenti illegittimi.

I contratti collettivi di diritto comune maggiormente diffusi possono oggi dirsi rispettosi delle previsioni di legge, seppur non manchino, anche nei recenti rinnovi, contratti potenzialmente esposti a censure. Può menzionarsi a titolo esemplificativo il CCNL Agricoltura – Impiegati del 3.8.2016, che prevede un periodo di prova pari a mesi quattro per gli impiegati inquadrati nella categoria 3, i quali non solo sono sprovvisti di qualsivoglia potere direttivo, ma addirittura svolgono, *in esecuzione delle disposizioni loro impartite e quindi senza autonomia di concezione e potere di iniziativa*, mansioni nel ramo tecnico, amministrativo, commerciale, logistico in relazione alla loro specifica competenza professionale e che rispondono ai superiori, da cui dipendono, della esatta esecuzione dei compiti loro affidati.

Bibliografia

G. Amoroso – V. Di Cerbo – A. Maresca – *Diritto del Lavoro Vol. I (Le fonti del Diritto Italiano)* – Giuffrè Editore, Milano, 2017; Carinci – De Luca Tamajo – Tosi – Treu, *Diritto del lavoro, il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998; L. Bonaretti, *Il patto di prova nel rapporto di lavoro privato*, Milano, 1987; Oronzo Mazzotta, *Diritto del Lavoro – il rapporto di lavoro* - Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè Editore, 2016; Rivista Italiana di Diritto del Lavoro, anno 1985, fascicolo 4, pag.699 ss.

**Avvocato in Milano*

LE TUTELE IN CASO DI LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO ALLA LUCE DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

di Vittorio De Luca e Stefania Raviele***

Lo scorso 14 novembre 2018 sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale n. 45 le motivazioni - depositate il precedente 9 novembre - della sentenza n. 194/2018 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 limitatamente alle parole *“di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio”*.

La questione di costituzionalità era stata sollevata con ordinanza del 26 luglio 2017 dalla terza sezione Lavoro del Tribunale di Roma, nell'ambito di un giudizio instaurato da una dipendente assunta in data 11 maggio 2015 e licenziata 7 mesi dopo per una riorganizzazione aziendale sulla base di una succinta motivazione. Nell'ambito del predetto giudizio, la Società era rimasta contumace e all'atto della decisione il Tribunale di Roma rilevava che se la ricorrente fosse stata assunta in data antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. 23/2015, avrebbe ricevuto la tutela di cui al settimo comma dell'art. 18, l. 300/1970 *«per il caso di assenza del motivo oggettivo (definito come difetto di giustificazione, manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento), che richiama il comma 4 e il comma 5 a seconda della gravità del vizio» ovvero quella di cui al sesto comma «per il caso di difetto di motivazione»*. Le disposizioni di legge applicabili al caso esaminato invece imponevano la liquidazione di una indennità risarcitoria predeterminata nel suo ammontare dalla sola anzianità aziendale della lavoratrice.

Il Tribunale adito sollevava pertanto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, lettera c), della legge 10 dicembre 2014, n. 183 e degli artt. 2, 3 e 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 in riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, 76 e 117, primo comma, della Costituzione – questi ultimi due articoli in relazione all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), alla Convenzione sul licenziamento n. 158 del 1982 adottata a Ginevra dalla Conferenza generale dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) e all'art. 24 della Carta sociale europea. La Corte Costituzionale dichiarati

inammissibili numerosi ulteriori profili di censura sollevati e ripercorsi alcuni precedenti giurisprudenziali in tema di quantificazione del danno derivante da licenziamento illegittimo, ha, in definitiva, dichiarato che la principale novità del cd. “contratto a tutele crescenti”, ossia la determinazione dell'indennizzo dovuto per le ipotesi di licenziamento illegittimo sulla base della sola anzianità di servizio è da considerarsi incostituzionale in quanto in contrasto con i principi di uguaglianza e di ragionevolezza.

In dettaglio, secondo la Consulta, il meccanismo di quantificazione del risarcimento previsto dal d.lgs. 23/2015, anche nella formulazione modificata a cura del cd. Decreto Dignità, determina una *“indennità rigida, in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, e la rende uniforme per tutti i lavoratori. L'indennità assume così i connotati di una liquidazione forfetizzata e standardizzata....del danno derivante al lavoratore dall'ingiustificata estromissione dal posto di lavoro a tempo indeterminato”*.

Sotto tale profilo dunque la norma contrasta con il principio di uguaglianza in quanto produce una ingiustificata omologazione di situazioni diverse, dal momento che finisce col prevedere *“una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, venendo meno all'esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore”*.

Per la Consulta, inoltre, il criterio di indennizzo introdotto dal Jobs Act, anche nella formulazione modificata dal Decreto Dignità, contrasta con il principio di ragionevolezza, in quanto l'indennità di due mensilità non è sufficiente a garantire *“adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito”* dal licenziato, né può essere considerata idonea a dissuadere il datore intenzionato a *“licenziare illegittimamente”*. Secondo la Corte Costituzionale dunque nella determinazione del danno dovuto al lavoratore illegittimamente licenziato, fermi i limiti previsti dalla legge, non può prescindere anche da altri criteri, quali quelli *“desumibili in chiave sistematica dall'evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)”*.

L'effetto della sentenza in commento è stato quello di snaturare interamente la portata innovativa del contratto a tutele crescenti introdotto dal Governo Renzi. Per effetto della accertata incostituzionalità, ad oggi,

infatti, la discrezionalità dei Giudici trova ampio spazio anche per i licenziamenti relativi a risorse assunte dopo il 7 marzo 2015 e dovrà essere esercitata - come afferma la Corte - “*nel rispetto dei limiti*” - che per effetto del Decreto Dignità sono oggi pari a n. 6 mensilità e massimo n. 36 mensilità - “*tenendo conto non solo dell’anzianità di servizio, ma anche degli altri criteri*”.

Pur non trattandosi di una sentenza cd. “*additiva*” è fuor di ogni dubbio che i criteri indicati dalla Corte Costituzionale saranno i medesimi posti a base delle decisioni di merito nella determinazione del danno.

Ad oggi, pertanto, al di fuori dei casi di nullità di licenziamento, la discrezionalità dei Giudici sarà l’elemento determinante l’ammontare del danno dovuto ai lavoratori in ipotesi di licenziamento illegittimo, con la differenza che, una data di assunzione successiva all’entrata in vigore del Jobs Act, può arrivare a determinare - in taluni casi - un danno pari a n. 36 mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR: maggiore, dunque, rispetto alle n. 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto spettanti ad un dipendente assunto prima del 7 marzo 2015 e rientrante sotto la disciplina dell’art. 18, l. 300/1970. Per i datori di lavoro che rispettano il requisito dimensionale di cui all’art. 18, comma 8, l. 300/1970 il rischio causa connesso ad un licenziamento, infatti, risulta essere diverso in dipendenza: in primis, della data di assunzione del dipendente e del vizio che verrà accertato in corso di causa, e in secondo luogo, della discrezionalità del Giudice designato.

Così, ad esempio, in caso di licenziamento illegittimo per manifesta insussistenza del motivo oggettivo di licenziamento, per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 - e dunque sottoposti al regime di cui all’art. 18, l. 300/1970 - troverà luogo la cd. tutela reale attenuata di cui al comma 4 dell’art. 18, l. 300/1970. Lo stesso accertato vizio per un dipendente assunto dopo il 7 marzo 2015 darà luogo invece al pagamento di un’indennità risarcitoria compresa tra un minimo di n.6 e un massimo di n.36 mensilità, senza lasciare spazio a sentenze di reintegrazione.

Viceversa, la tutela di cui al d.lgs. 23/2015 potrebbe risultare più favorevole per le ipotesi in cui il Giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo. In tal caso, infatti, la determinazione dell’ammontare del danno dovuto sarebbe rimessa alla discrezionalità del Giudice adito, ma entro limiti ben diversi. Nel caso di lavoratori sottoposti all’art. 18, l.

300/1970, il danno verrebbe determinato da un minimo di n.12 a un massimo di n.24 mensilità della retribuzione globale di fatto in dipendenza di: (i) anzianità del lavoratore; (ii) numero dipendenti occupati; (iii) dimensioni dell’attività economica; (iv) comportamento e (v) condizioni delle parti. Nel caso di lavoratori sottoposti al d.lgs. 23/2015, il danno verrebbe determinato - sulla base degli stessi criteri - da un minimo di n. 6 a un massimo di n. 36 mensilità dell’ultima retribuzione utile per il calcolo del TFR.

Tra l’altro, vi è da sottolineare che la Consulta si è espressa unicamente sulla portata dell’art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015, senza alcuna pronuncia in merito alla medesima disposizione contenuta all’art. 4, d.lgs. 23/2015 che nel disciplinare il risarcimento dovuto in caso di vizi formali del licenziamento stabilisce: “*...una mensilità... per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a n. 2 e non superiore a n. 12 mensilità*”. Nonostante tale disposizione non sia stata taciata di illegittimità costituzionale, appare logico ritenere che nelle aule di tribunale ne verrà fornita una lettura costituzionalmente orientata con ampi margini per la discrezionalità del Giudice adito nella determinazione dell’ammontare del risarcimento dovuto anche in presenza di vizi formali.

Appare in definitiva oltremodo evidente che la sentenza in commento, in uno con la modifica apportata al Jobs Act dal Decreto Dignità, cambia sensibilmente lo scenario del rischio causa connesso ad un licenziamento illegittimo, non potendosi, di fatto, più ritenere la tutela prevista dal d.lgs. 23/2015 più “conveniente” - da un punto di vista prettamente datoriale - rispetto a quella approntata dall’art. 18, l. 300/1970 come modificato dalla l. 92/2012.

** Avvocato e Dottore Commercialista in Milano, Managing Partner dello Studio De Luca & Partners (info@delucapartners.it)*

***Avvocato in Milano*



IL TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

*di Pietro Aloisi Masella**

Il trasferimento consiste nella variazione definitiva del luogo presso il quale il lavoratore è chiamato a svolgere le proprie prestazioni. Il datore di lavoro ha diritto di modificare la sede di lavoro del prestatore in forza del potere direttivo e gerarchico riconosciuto dal codice civile. Tuttavia, lo stesso codice civile, pone dei limiti al potere di trasferire un dipendente. Nello specifico, l’art. 2103 c.c. stabilisce che il lavoratore non può essere trasferito presso un’altra sede produttiva se non in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive. L’assenza di queste ultime rende il trasferimento nullo (Cassazione 28.9.2006, n. 21037). Chiaramente, se a fare richiesta di trasferimento è il lavoratore stesso, le ragioni suesposte non hanno validità (Cassazione 8.8.2011 n. 17095).

In base alla più recente giurisprudenza, la sopravvenuta inidoneità del lavoratore a svolgere le proprie mansioni, unita all’impossibilità del datore di occuparlo in altre e alla mancanza di un obbligo di crearne appositamente di compatibili, costituisce una valida ragione per il suo trasferimento presso una diversa sede di lavoro ove siano disponibili mansioni coerenti con il suo inquadramento (Tribunale Trieste 4.6.2010).

È valido il principio della giurisprudenza di legittimità che afferma l’assenza di un obbligo del datore di lavoro di comunicare al dipendente trasferito le ragioni che giustificano il trasferimento stesso. L’obbligo sorge, tuttavia, se a richiederle è il lavoratore (Cassazione 28.10.2013, n. 24260).

Va osservato che il trasferimento del lavoratore presso altra sede per esigenze organizzative può consentire al medesimo di richiederne giudizialmente l’accertamento della legittimità, ma non lo autorizza a rifiutarsi in via preventiva e senza un eventuale avallo giudiziario, che peraltro può essergli urgentemente accordato in via cautelare, di eseguire la prestazione richiestagli. Il lavoratore infatti è tenuto ad osservare le disposizioni per l’esecuzione del lavoro impartito dall’imprenditore, tuttavia può legittimamente invocare l’art. 1460 c.c. (si tratta dell’eccezione di inadempimento, per cui in un contratto a prestazioni corrispettive una parte può rifiutarsi di adempiere la propria obbligazione se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, sempreché

il rifiuto della parte non sia contrario al rispetto del principio di buona fede). In caso di totale inadempimento del lavoratore, il licenziamento è legittimo (Cassazione 26.9.2016, n. 18866). Le dimissioni per giusta causa rassegnate in relazione al trasferimento non sorrette dalle comprovate ragioni richieste dalla norma, dà diritto alla NASpI (Inps, msg. 26.1.2018, n. 369).

Per ciò che concerne la forma, non vi è alcun obbligo di forma scritta, a condizione che non venga stabilito dal contratto collettivo o individuale. Risulta evidente che è raccomandabile la forma scritta ai fini della prova (**c.d. ad probationem**). Stesso principio deve essere applicato nella comunicazione dei motivi che sottendono al trasferimento. Tuttavia, parte della giurisprudenza ritiene che le motivazioni debbano essere indicate obbligatoriamente per iscritto, applicando in via analogica la normativa in tema di comunicazione di licenziamento (art. 2, comma 2, legge n.604/1966 come modificato dalla legge n.92/2012) la quale prevede l'obbligo di specificare i motivi che rendono necessario il licenziamento.

Molti Ccnl prevedono un obbligo di preavviso al dipendente prima di rendere effettivo il trasferimento; se il datore di lavoro non rispetta la disciplina collettiva il trasferimento rimane inefficace per un periodo pari al periodo di preavviso stabilito. A titolo esemplificativo si riportano le previsioni di alcuni contratti collettivi:

- Industria metalmeccanica: 20 giorni;
- Terziario: 45 giorni, se il lavoratore ha familiari a carico il periodo arriva a 70 giorni;
- Studi professionali: 15 giorni.

In tema di retribuzione, il trasferimento non può aprioristicamente incidere sulle mansioni e sul livello retributivo. Infatti il trasferimento non può produrre una

regressione nelle mansioni del lavoratore e dunque del livello retributivo. È altresì vero che la prima parte dell'articolo 2103 c.c., dopo la modifica introdotta dal Jobs Act, consente di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, che comunque devono rientrare all'interno della categoria legale di inquadramento iniziale senza incidere sulla retribuzione, ma con la possibilità di eliminare alcune indennità legate alle mansioni precedentemente svolte (ad esempio ad un lavoratore svolgente funzioni di cassa, nell'ipotesi in cui venisse spostato ad altra mansione, non verrà più erogata la c.d. indennità di maneggio denaro, o indennità di cassa).

Al lavoratore è riconosciuto il diritto di impugnare il trasferimento a pena di decadenza entro 60 giorni dalla data di ricezione della comunicazione di trasferimento in forma scritta (e non dalla data della comunicazione dei motivi), con qualsiasi atto scritto, anche extra-giudiziale, idoneo a rendere nota la volontà del lavoratore. L'impugnazione risulta inefficace se non è seguita, entro il successivo termine di 270 giorni, dal deposito del ricorso nella cancelleria del tribunale in funzione di giudice del lavoro o dalla comunicazione alla controparte della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato. Qualora la conciliazione o l'arbitrato non vadano a buon fine il ricorso in cancelleria deve essere depositato a pena di decadenza entro 60 giorni dal rifiuto o mancato accordo (art. 6, co. 1, 2 e 3, L. 15.7.1966, n. 604; art. 32, co. 3, lett. c), L. 4.11.2010, n. 183).

**Odcec Roma*

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

TAVOLO TECNICO INPS – CNDCEC

di Luisella Fontanella

Nel corso dell'incontro periodico al Tavolo Tecnico INPS-CNDCEC sono state portate all'attenzione dell'Istituto alcune questioni interpretative.

L'evento scaturisce dalla proficua collaborazione avviata tra Istituto e Commercialisti.

Infortunio in itinere lavoratore a chiamata titolare di più rapporti di lavoro

Il contratto di lavoro intermittente o a chiamata può essere stipulato:

- per le esigenze individuate dai contratti collettivi, anche con riferimento allo svolgimento di prestazioni in periodi predeterminati nell'arco della settimana, del mese o dell'anno;
- nel caso di soggetti di età inferiore a 24 anni o di età superiore a 55 anni. Le prestazioni a chiamata si devono comunque concludere entro il compimento del 25esimo anno.

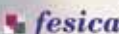
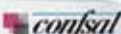
Se non attuate dalla contrattazione collettiva, le ipotesi di ricorso a questo tipo di contratto sono individuate da un apposito decreto ministeriale. In relazione alla possibilità di ricorrere a prestazioni di lavoro intermittenti è ancora possibile riferirsi alle attività a carattere discontinuo della tabella allegata al R.D. n. 2657 del 1923, come confermato dall'Interpello n.10/2016.

La nuova disciplina introdotta dal d.lgs. n.81/2015 prevede che tale istituto sia ammesso, per ciascun lavoratore e con il medesimo datore di lavoro per un periodo complessivamente non superiore a 400 giornate nell'arco di tre anni solari, ad eccezione dei settori del turismo, dei pubblici esercizi e dello spettacolo. Nel caso in cui sia superato questo periodo, il rapporto di lavoro intermittente si trasforma in un rapporto a tempo pieno e indeterminato.

Le indicazioni operative riguardo al calcolo



EBi ASP
Ente Bilaterale Autonomo Settore Privato

L'Ente Bilaterale Autonomo Settore Privato è un organismo paritetico costituito dalle organizzazioni sindacali nazionali dei datori di lavoro e dei lavoratori: CONFLAVORO PMI, FESICA, FISALS e CONFSAL sulla base di quanto stabilito dai CCNL stipulati.

www.ebiasp.it - Tel. 06 39739808 - Piazza di Villa Carpegna, 58 Roma - info@ebiasp.it

delle giornate sono contenute nella Circolare MLPS n. 35/2013.

I lavoratori a chiamata instaurano spesso rapporti di lavoro con più committenti.

Come deve essere gestito questo evento da parte dei datori di lavoro coinvolti?

Il caso è occorso ad un lavoratore intermittente titolare di due rapporti di lavoro a chiamata con due diversi datori di lavoro che riceve nello stesso giorno la chiamata da parte di entrambi i datori di lavoro (una per la mattina ed una per il pomeriggio). La mattina, recandosi al lavoro rispondendo alla prima chiamata, si infortuna in itinere e trasmette ad entrambi i datori di lavoro il certificato del pronto soccorso.

Il primo datore di lavoro gestirà l'evento come infortunio, ma come lo deve gestire il secondo datore di lavoro visto che l'infortunio non è avvenuto durante il suo orario di lavoro o per recarsi da quest'ultimo? Può considerare l'assenza come "malattia" a carico Inps?

La soluzione prospettata dai Commercialisti è stata di applicare, per analogia al caso di specie, quanto previsto per i casi di doppio contratto part time dalla Circolare n.2/2003 del Ministero del Lavoro che, rispondendo al quesito inoltrato dall'Inail nel 2002 per il caso di infortunio di lavoratore con doppio part time, ha stabilito che anche gli altri datori di lavoro dell'infortunato devono trasmettere la denuncia infortuni e considerare l'assenza infortunio (compresa la carenza) e non malattia.

L'Istituto, dopo un confronto con l'Inail, conferma che, in analogia con il caso di due rapporti part time, l'assenza dal lavoro deve considerarsi "assenza per infortunio occasionato dallo svolgimento dell'attività lavorativa presso altro datore di lavoro".

Contributo addizionale contratti a termine

Ai sensi dell'art. 3 del d.l. 87/2018, in vigore dal 14/07/2018, il contributo addizionale, finalizzato a finanziare la Naspi, a carico dei datori di lavoro sui contratti a termine pari all'1,4%, è incrementato dello 0,5% in occasione di ciascun rinnovo anche in somministrazione.

La maggiorazione del 1,90% si dovrà corrispondere esclusivamente dal secondo contratto in somministrazione a termine, mentre la maggiorazione dell'1,40% vige per tutto il primo contratto a termine, proroghe comprese.

La maggiorazione pagata dall'azienda potrà essere chiesta in restituzione all'Inps, nel caso in cui il rapporto venga trasformato a tempo indeterminato o qualora il lavoratore venga riassunto con contratto a tempo

indeterminato entro il termine massimo di 6 mesi dalla cessazione del precedente rapporto a termine.

Il contributo addizionale non si applica: ai lavoratori assunti a termine in sostituzione di lavoratori assenti; ai lavoratori assunti a tempo determinato per lo svolgimento di attività stagionali, previste dal d.p.r. n. 1525/1963; ai rapporti in apprendistato (ad eccezione dell'apprendistato stagionale); ai lavoratori dipendenti dalle Pubbliche Amministrazioni, di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165/2001.

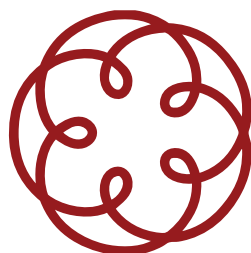
Il decreto Dignità è entrato in vigore lo scorso 14 luglio, mentre le modifiche allo stesso introdotte con la conversione in legge sono in vigore dal 12 agosto 2018.

Bisogna inoltre tener presente che la legge ha espressamente previsto un periodo transitorio, fino al 31 ottobre 2018, al termine del quale le nuove regole saranno applicabili anche alle proroghe e ai rinnovi dei contratti stipulati prima dell'entrata in vigore del decreto Dignità.

La circolare del Ministero del Lavoro n.17 del 31/10/2018 dispone, inoltre, che tale aumento sia crescente e senza limite di tetto. Il chiarimento chiesto dai Commercialisti è se per i rinnovi stipulati dal 14/7/2018 si debba tenere conto di tutti i rinnovi effettuati anche prima del 14/7/2018 e sommare la maggiorazione o il contatore dei rinnovi parta da tale data.

La posizione espressa dall'INPS durante il tavolo tecnico propende per l'applicazione del meccanismo di incremento dello 0,5% del contributo addizionale in occasione di ciascun rinnovo di contratto a tempo determinato sottoscritto successivamente al 14.7.2018. L'Istituto preannuncia sul tema la diffusione di una prossima circolare esplicativa, attualmente al vaglio del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

* Odcec Torino



FINE RAPPORTO DI LAVORO E FERIE NON GODUTE

di Roldano Cesca

Le ferie sono regolamentate, oltre che dai rispettivi CCNL, da:

- l'articolo 36 c. 3 della Costituzione che recita "Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.";

- l'articolo 2109 c. 2 e 3 del Codice Civile che asserisce "Ha anche diritto...ad un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro. La durata di tale periodo è stabilita dalla legge, dagli usi o secondo equità.

L'imprenditore deve preventivamente comunicare al prestatore di lavoro il periodo stabilito per il godimento delle ferie."

- l'articolo 10 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 "Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro" che afferma: "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 2109 del Codice Civile, il prestatore di lavoro ha diritto a un periodo annuale di ferie retribuite non inferiore a quattro settimane. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire condizioni di miglior favore.

Il predetto periodo minimo di quattro settimane non può essere sostituito dalla relativa indennità per ferie non godute, salvo il caso di risoluzione del rapporto di lavoro."

Detto ciò possiamo affermare che le ferie sono un diritto irrinunciabile e, pertanto, devono essere godute e non possono essere sostituite da una indennità finanziaria (cioè monetizzate), fatta eccezione per i periodi di ferie eccedenti il minimo legale di quattro settimane (quando previsto dai contratti collettivi nazionali di lavoro) o in caso di cessazione del rapporto di lavoro.

La durata e la collocazione temporale di norma viene stabilita mediante la predisposizione di un piano ferie, cercando di mediare tra le esigenze dell'impresa e quelle del lavoratore. Ciò, quindi, comporta che l'azienda non può obbligare il dipendente a fare le ferie, o meglio, tutte le ferie, seguendo solamente le esigenze aziendali. Possono fare, però, eccezione, ad esempio, le chiusure aziendali di agosto o quelle del periodo natalizio, ma in questo caso il periodo per godere delle ore di ferie residue può deciderlo il dipendente.

Le ferie, comunque, non godute devono essere differite in applicazione del divieto di monetizzazione. Solo in sede di cessazione del rapporto di lavoro le ferie residue vengono compensate da una indennità sostitutiva che prende come parametro la retribuzione in atto

alla risoluzione del rapporto.

Alcune recenti sentenze (Corte di Cassazione 14/06/2018 n. 15652 e Corte Giustizia UE 06/11/2018) hanno stabilito però che il datore di lavoro - in alcuni casi - non è tenuto a pagare l'indennità sostitutiva per ferie non godute.

Infatti queste stabiliscono che se il datore di lavoro dimostra di aver messo il dipendente nelle condizioni di fruire delle ferie residue per un tempo adeguato e quest'ultimo deliberatamente e consapevolmente ha deciso di non goderselo, il datore di lavoro può astenersi dal corrispondere l'indennità sostitutiva per ferie non godute.

In questo caso l'obbligo del datore di lavoro di consentire il godimento delle ferie si estingue essendo divenuto impossibile per fatto non imputabile al debitore (c.d. mora del creditore). Essendo però il godimento delle ferie, come detto, un obbligo contrattuale del datore di lavoro, resta onere dello stesso dimostrare di aver offerto un congruo e preciso periodo di godimento e dimostrare, altresì che il lavoratore abbia deciso di sua volontà di non esercitare tale diritto.

Pertanto i lavoratori, sia pubblici sia privati, che intenzionalmente decidessero di rinunciare al godimento di ferie residue, conservandole in maniera "scorretta" in vista della fine del rapporto lavorativo, potranno ricevere il rifiuto alla loro monetizzazione.

* *Odcec Macerata e Camerino*

LA TASSAZIONE DEL TFR

di Emanuela Corbella

Il TFR (trattamento di fine rapporto) è la somma che spetta al dipendente alla cessazione del rapporto di lavoro e viene costituita mediante l'accantonamento annuale di una quota della retribuzione lorda da parte del datore di lavoro. Il TFR corrisponde a circa una mensilità dello stipendio ed è pari al 6,91% della retribuzione lorda annua al netto dello 0,5% utile per finanziare il fondo garanzia Inps che garantisce il pagamento del TFR nel caso di fallimento dell'azienda.

Sono ormai passati 11 anni da quando il lavoratore dipendente italiano, entro 6 mesi dall'assunzione, può scegliere a chi destinare il proprio TFR e precisamente se lasciarlo in azienda come previsto dall'art. 2120 Codice civile oppure destinarlo ad un fondo di previdenza integrativa contrattuale o meno. Nel caso in cui l'azienda abbia più di 50 dipendenti il TFR non può essere lasciato in azienda ma la scelta è tra il fondo di tesoreria Inps (FondInps) e un fondo di previdenza complementare. Se il lavoratore non opta alcuna scelta, in automatico il suo TFR va versato al fondo negoziale di riferimento del Ccnl o in mancanza al fondo di tesoreria Inps FondInps. La legge di Stabilità 2015 dal 1° marzo 2015 ha introdotto in via sperimentale una ulteriore facoltà al lavoratore del settore privato (con alcune eccezioni) irrevocabile ma temporalmente limitata fino

a giugno 2018 e cioè quella di percepire il TFR maturato mensilmente in busta paga con tassazione ordinaria. Dal luglio 2018 si è tornati alla duplice opzione: o accantonarlo al fondo TFR o versarlo al fondo pensione in base alla scelta originaria ante marzo 2015. Inoltre, con la legge 4 agosto 2017, n. 124 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza" e la legge 27 dicembre 2017, n. 205 "Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020" sono state introdotte due novità per chi decide di destinare il TFR maturato ad un fondo pensione e precisamente la possibilità di destinare una sola parte del TFR al fondo pensione e la possibilità di cambiare in qualsiasi momento la decisione iniziale.

Il TFR può essere anticipato al lavoratore nel corso del rapporto di lavoro dopo almeno 8 anni di lavoro presso lo stesso datore di lavoro una sola volta e nella misura massima del 70% in presenza delle casistiche e con la percentuale previste dal Codice civile e dalla legge 29 maggio 1982, n. 297 "Disciplina del trattamento di fine rapporto e norme in materia pensionistica". Anche se poi il datore di lavoro medio-piccolo concede di fatto al lavoratore l'anticipo del TFR più di una volta e anche al di fuori della casistica prevista. Le anticipazioni del TFR sono sottoposte a tassazione separata con applicazione dell'aliquota media degli ultimi 5 anni. L'aliquota media viene determinata assumendo l'importo di TFR maturato e



DK PAGHE. UN SOFTWARE PER DUE.

Per gestire, in condivisione con i tuoi clienti, l'elaborazione dei cedolini e gli adempimenti per tutti i contratti di lavoro. Mettetevi comodi.

le aliquote IRPEF in vigore al 31 dicembre dell'anno precedente a quello della richiesta ovvero in vigore alla data della richiesta.

Per l'imponibile fiscale, al pari dell'erogazione del trattamento di fine rapporto, si considerano i 2 periodi, antecedente e successivo alla data del 31/12/2000:

- la parte di TFR maturato fino al 31/12/2000 viene ridotta delle deduzioni d'imposta di 309,87 euro per ogni anno di maturazione;
- la parte maturata dal 1° gennaio 2001 viene determinata escludendo gli importi di rivalutazione, ma non sono applicabili le detrazioni d'imposta di 61,97 euro né quelle introdotte dalla Legge Finanziaria 2008 a differenza del caso di erogazione del Tfr all'atto di cessazione del rapporto di lavoro.

Nel caso invece di TFR versato ai fondi pensione sempre dopo 8 anni si può chiedere fino al 30% per qualsiasi motivo e fino al 75% per acquisto o ristrutturazione della prima casa per sé e i figli. Inoltre, in qualsiasi momento, fino al 75%, per spese sanitarie a seguito di gravissime situazioni relative a sé, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche.

Il TFR viene reso disponibile al lavoratore nel caso in cui sia accantonato in azienda alla cessazione del rapporto di lavoro; nel caso in cui sia versato ad un fondo pensione complementare solo all'atto del pensionamento o nei casi previsti dalla normativa.

Se il TFR è in azienda il datore di lavoro deve liquidarlo al lavoratore assoggettandolo ad imposta a tassazione separata ad aliquota media degli ultimi 5 anni, con il calcolo ormai ben noto e le deduzioni previste ante e post 2000.

Cosa succede invece al TFR versato al FondInps o al Fondo Pensione di previdenza complementare?

Per quanto riguarda il caso del TFR versato al Fondo di tesoreria Inps se c'è capienza nel DM10 il datore di lavoro deve anticipare il TFR versato al FondInps portando poi l'importo lordo in detrazione nel DM10: in questo caso il datore di lavoro assoggetta il TFR ad imposta con le medesime modalità previste per il pagamento del TFR accantonato in azienda e versa in qualità di sostituto di imposta la relativa imposta sul TFR.

La somma accumulata sul Fondo Pensione Complementare diventa disponibile:

- al raggiungimento dei requisiti pensionistici;
- in caso di adesioni collettive, al momento della perdita dei requisiti di partecipazione al fondo di riferimento (ad es. se si cambia lavoro);
- in caso di adesioni individuali si può chiedere:
- il *riscatto totale* della posizione a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di

tempo superiore a 48 mesi

- il *riscatto parziale* del 50% a seguito di cessazione dell'attività lavorativa per un periodo di tempo superiore a 12 mesi (legge 4 agosto 2017, n. 124 "Legge annuale per il mercato e la concorrenza") se il lavoratore è colpito da invalidità permanente che riduca la capacità lavorativa di almeno 2/3;

La tassazione del TFR nel Fondo Pensione varia da un massimo del 15% a un minimo del 9% (in base al numero di anni di iscrizione alla previdenza integrativa) ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione; (questa tassazione si applica ai versamenti effettuati da 01/01/2007) con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuale (15 - 6=9). Non è comunque un'incombenza del datore di lavoro, salvo nell'ipotesi in cui il lavoratore abbia aderito ad un fondo pensione con destinazione parziale del TFR. Questa somma continua ad essere tassata secondo i criteri previsti per il TFR in azienda.

**Avvocato in Milano*

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

di Bernardina Calafiori e Francesco Marasco**

Trib. Torino, Sez. lav., 15 dicembre 2018: Rappresentatività sindacale – Diritto di assemblea – Indizione ad opera di un solo componente di RSU – Partecipazione di dirigenti sindacali esterni – Assenza dei requisiti ex art. 19, legge n. 300/1970 – Inammissibilità.

Non può indire singolarmente l'assemblea ex art. 20 St. Lav. il componente della RSU eletto all'interno di liste riconducibili a Sigle Sindacali che non abbiano sottoscritto, ovvero partecipato alla sottoscrizione, di contratti collettivi applicati in azienda.

Il caso deciso con il provvedimento in epigrafe ha ad oggetto la possibilità di indire l'assemblea sindacale ex art. 20 della legge n. 300 del 1970 (c.d. "Statuto dei Lavoratori") da parte di un solo componente della RSU.

In particolare, tale possibilità veniva propugnata dalla Sigla Sindacale ricorrente – nelle cui liste era stato eletto il richiedente – lamentando, pertanto, l'antisindacalità della condotta tenuta dalla Società-datrice di lavoro allorquando non dava seguito né alla richiesta di indizione singola dell'assemblea, né alla richiesta di farvi partecipare alcuni

dirigenti sindacali esterni iscritti alla predetta Sigla Sindacale.

Resisteva la Società deducendo non già di aver rifiutato *tout court* la richiesta di assemblea bensì, considerato che la Sigla Sindacale ricorrente non possedeva i requisiti di rappresentatività ex art. 19 St. Lav. (vale a dire: non aveva sottoscritto alcun contratto collettivo applicato in azienda, né aveva partecipato alle relative trattative), di aver soltanto chiesto che quell'assemblea fosse indetta da tutti i componenti della RSU. Per il medesimo motivo – i.e.: difetto di rappresentatività – la Società riteneva di non poter accogliere la richiesta di partecipazione di dirigenti sindacali esterni.

Il Giudice di prime cure respingeva il ricorso della Sigla Sindacale, sancendo che la possibilità di indire singolarmente l'assemblea – come anche di farvi partecipare dirigenti sindacali esterni – può essere accordata soltanto a quei componenti della RSU eletti in quota a Sigle Sindacali che siano rappresentative ai sensi dell'art. 19 St. Lav., per come modificato dalla nota sentenza C. Cost., n. 231/2013.

A nulla valeva, dunque, il fatto che la rappresentatività del sindacato avrebbe potuto evincersi da un mero dato numerico (costituito dal totale dei voti raccolti all'ultima elezione delle RSU).

Il provvedimento in commento è certamente interessante, poiché rappresenta un esempio di "cristallina applicazione" della nozione di rappresentatività sindacale per come testualmente enucleata dai Giudici delle Leggi nel 2013.

Pertanto, il provvedimento di merito si pone in linea di continuità con quanto recentemente statuito dalla Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 26210 del 18 ottobre 2018. Con tale sentenza, infatti, è stato sancito che *"il diritto d'indire assemblee ... rientra ... tra le prerogative attribuite non solo alla RSU, considerata collegialmente, ma anche a ciascun componente della RSU stessa, purché questi sia stato eletto nelle liste di un sindacato che, nell'azienda di riferimento, sia, di fatto, dotato di rappresentatività, ai sensi dell'art. 19 della l. n. 300 del 1970, quale risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 231 del 2013"*.

Cass. Civ., Sez. lav., 7 dicembre 2018, n. 31763: Licenziamento – Scarso rendimento – Giustificato motivo oggettivo – Assenza per malattia – Periodo di comporta non esaurito – Violazione art. 2110 Cod. Civ. – Illegittimo.

È illegittimo il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo a fronte di un certo numero di assenze registrate a titolo di malattia e del conseguente scarso rendimento della prestazione del dipendente, se non è stato complessivamente superato il periodo di comportamento stabilito per legge e dalla contrattazione collettiva.

Il caso deciso con il provvedimento in epigrafe riguardava la legittimità, o no, del licenziamento irrogato ad una dipendente che aveva fatto registrare, in un certo periodo, un numero di assenze per malattia superiori alla media del restante personale e tali da cagionare un disservizio alla Società-datrice di lavoro (il cui oggetto sociale consiste, essenzialmente, nella gestione del servizio di trasporti pubblico-locale nel territorio di Roma).

Il licenziamento così intimato veniva impugnato dalla lavoratrice che ne denunciava l'illegittimità, non da ultimo, per violazione dell'art. 2110 Cod. Civ.. Le domande della lavoratrice venivano accolte dal Primo Giudice, e ciò sia all'esito della fase sommaria che di quella di opposizione. La Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza conclusiva del primo grado di giudizio, rigettava il ricorso della lavoratrice, ritenendo così legittimo il licenziamento. E ciò, in particolar modo, perché: (i) l'obiettivo disservizio che le ripetute e continue assenze della dipendente avevano creato ben poteva costituire un giustificato motivo oggettivo di licenziamento; (ii) le predette assenze, comunicate all'ultimo momento ed "agganciate" ai giorni di riposo, avevano determinato una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile dalla Società.

La Corte di Cassazione, tuttavia, cassava con rinvio la sentenza di secondo grado sancendo il seguente principio: *"la non utilità della prestazione per il tempo della malattia è evento previsto e disciplinato dal legislatore con conseguenze che possono portare alla risoluzione del rapporto di lavoro solo dopo il superamento del periodo di comportamento disciplinato dall'art. 2110 c.c. e dalla contrattazione collettiva"*.

Pertanto, solo il superamento del periodo di comportamento può legittimare il recesso intimato per scarso rendimento a fronte di reiterate assenze per malattia, a nulla rilevando la prova dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa e, in generale, della sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

I Giudici di legittimità concludono sancendo poi che la diversa opinione, ossia che *"sarebbe legittimo il licenziamento intimato per scarso rendimento dovuto essenzialmente all'elevato numero di assenze ma non tali da esaurire il periodo di comportamento"*, si porrebbe in contrasto con la giurisprudenza da ultimo consacrata dalle Sezioni Unite della stessa Corte di Cassazione.

Il riferimento è, precisamente, alla sentenza n. 12568 del 22 maggio 2018, con cui le predette Sezioni Unite hanno enunciato il seguente principio: *"il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comportamento fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110 cod. civ., comma 2"*.

Pur registrandosi alcune pronunce della Suprema Corte in senso opposto a quello dianzi esaminato (cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., sentenza del 4 settembre 2014, n. 18678), il recente intervento delle Sezioni Unite potrebbe, invero, assurgere a criterio guida per i Tribunali e le Corti del merito.

Cass. Civ., Sez. Lav., sentenza del 21 novembre 2018, n. 30126: Dimissioni – Annullamento – Incapacità di intendere e di volere – Parzialità – Prova di un notevole turbamento psichico – Ammissibilità.

Sono annullabili le dimissioni rassegnate dal lavoratore che versi in uno stato di incapacità di intendere e di volere, anche se da ciò non derivi una totale privazione delle facoltà intellettive e volitive ma solo un turbamento psichico tale da impedire la formazione di una volontà cosciente.

Il caso deciso con il provvedimento in epigrafe riguardava la possibilità, oppure no, di annullare le dimissioni rassegnate da un dipendente che, al tempo delle stesse, versava in uno stato di parziale incapacità di intendere e di volere ex art. 428 Cod. Civ.. L'annullamento così richiesto veniva respinto dal Giudice di prime cure.

La sentenza di primo grado veniva, poi, confermata dalla Corte d'Appello di Bologna. In particolare, i Giudici di appello giungevano a tali conclusioni sulla base del fatto che: (i) pur essendo stato diagnosticato dal CTU nominato in appello uno stato di "notevole turbamento psichico", ciò non

dava luogo ad uno stato di incapacità totale; (ii) tra l'altro, la decisione di rassegnare le dimissioni andava valutata nel contesto lavorativo dell'epoca, che era fonte di stress e di insoddisfazione per il dipendente; (iii) sicché, secondo "criteri di maggiore probabilità logica", doveva escludersi che le dimissioni, minacciate anche in passato, potessero considerarsi come il "frutto" di un momento di inconsapevolezza dell'agire. La Corte di Cassazione riteneva, però, di dover riformare integralmente la sentenza di secondo grado.

E ciò perché la CTU disposta in appello aveva, in ogni caso, accertato un "notevole turbamento psichico". Ragione per cui a nulla rilevava che lo stato di incapacità del dipendente fosse totale, oppure no.

Ciò posto, la pronuncia di appello veniva, comunque, censurata per non aver chiarito quali sarebbero stati i "criteri di maggiore probabilità" che avrebbero indotto a ritenere le dimissioni come "coscienti".

Alla luce di quanto sopra, il Supremo Collegio enunciava il seguente, duplice, principio: (i) *"ai fini della sussistenza di una situazione di incapacità di intendere e di volere ... non occorre la totale privazione delle facoltà intellettive e volitive, essendo sufficiente un turbamento psichico tale da impedire la formazione di una volontà cosciente"* e (ii) *"laddove si controverta della sussistenza di una simile situazione in riferimento alle dimissioni del lavoratore subordinato il relativo accertamento deve essere particolarmente rigoroso, in quanto le dimissioni comportano la rinuncia del posto di lavoro ... sicché occorre accertare che da parte del lavoratore sia stata manifestata in modo univoco l'incondizionata e genuina volontà di porre fine al rapporto stesso"*.

* *Avvocato, socio fondatore dello Studio Legale Daverio & Florio (studiolegale@daverioflorio.com)*

** *Avvocato, Studio Legale Daverio & Florio*



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

www.daverioflorio.com

SELLA2BUSINESS

L'offerta digitale completa per il tuo business



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

**CONTRATTI A TERMINE:
CAUSALI, PROROGHE E
PERIODO TRANSITORIO**

1

di Matteo Sanfilippo

**LICENZIAMENTO PER
GIUSTIFICATO MOTIVO
OGGETTIVO LEGITTIMO ANCHE
SENZA CRISI AZIENDALE**

3

di Paolo Galbusera e Andrea Ottolina

**DISTACCO DEL PERSONALE:
I DUBBI DELLA CASSAZIONE**

4

di Paolo Soro

**LA DURATA DEL PATTO DI
PROVA E L'INDEROGABILITÀ
DELLA NORMA IMPERATIVA
DA PARTE DELLA
CONTRATTAZIONE COLLETTIVA**

7

di Giada Rossi

**LE TUTELE IN CASO DI
LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO
ALLA LUCE DELLA
SENTENZA DELLA CORTE
COSTITUZIONALE**

8

di Vittorio De Luca e Stefania Raviele

**IL TRASFERIMENTO DEL
LAVORATORE**

9

di Pietro Aloisi Masella

TAVOLO TECNICO INPS - CNDCEC

10

di Luisella Fontanella

**FINE RAPPORTO DI LAVORO E
FERIE NON GODUTE**

11

di Roldano Cesca

LA TASSAZIONE DEL TFR

12

di Emanuela Corbella

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

13

di Bernardina Calafiori e Francesco Marasco

IL COMMERCIALISTI@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 Mazzocco

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 Provenzano, Martina
Riccardi, Marco Sambo*, Graziano Vezzoni*.

comitatoledizione@gruppoarealavoro.it

*Redattore esecutivo

Redattori 2019

Pietro Aloisi Masella, Bernardina Calafiori,
Roldano Cesca, Emanuela Corbella, Vittorio
De Luca, Luisella Fontanella, Paolo Galbusera,
Andrea Ottolina, Stefania Raviele, Giada Rossi,
Matteo Sanfilippo, Paolo Soro.

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.*



f groups/gruppoodececarealavoro

COMITATO SCIENTIFICO



**FONDAZIONE DEI DOTTORI
COMMERCIALISTI E DEGLI
ESPERTI CONTABILI DI
BIELLA**

Fondazione Italiana di Giuseconomia



**Associazione Italiana
Professionisti della
Giustizia Tributaria**



Affidavit Commercialisti®

L'AVVOC@TO®

rivista di cultura giuridica