

NOTIZARIO DEL LAVORO

n.1 OL - anno IV

Indice:

- Pag. 2 **Editoriale** a cura di Serena Triggiani
- Pag. 3 **La immediatezza della contestazione disciplinare: un elastico difficile da spezzare** A cura di Pippo De Lucia
- Pag. 5 **Il licenziamento intimato prima della fine del periodo di comportamento è nullo o inefficace? Corte di Cassazione - sez. lav. - ordinanza interlocutoria n. 24766 del 19-10-2017** A cura di Madia Favia
- Pag. 7 **Il trasferimento d'autorità del militare e il diritto all'indennità prevista dall'art.1 L. 86/2001: Sentenze n. 417-418-419-421/2017** A cura di Laura Lieggi
- Pag. 8 **Liberi professionisti-iscrizione d'ufficio Inps: pronunce cautelari**
A cura di Marilù Misto
- Pag. 12 **La risarcibilità del danno differenziale** A cura di Antonia Robles
- Pag. 14 **Sentenza del tribunale di Trani 367/2018** A cura di Raffaella Romano
- Pag.15 **“Quando il licenziamento per rifiuto di svolgere mansioni inferiori è giustificato”. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione 16.01.2018 n.836** A cura di Teresa Siciliani
- Pag. 16 **Indici per la individuazione della natura pubblica dell'Azienda datrice di lavoro, riflessi sulla natura del contratto di lavoro subordinato e i poteri di intervento del Giudice nella tutela del lavoratore.** A cura di Marco Junior Tamma
- Pag. 21 **Normativa e documentazione nazionale**
- Pag. 21 **Osservatorio della Giurisprudenza**
- Pag. 22 **Eventi, nazionali e sul territorio**

Editoriale a cura di Serena Triggiani

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bari, nella continuità degli intenti e nello spirito della legge professionale, istituisce ancora una volta le proprie Commissioni e, per la specifica area tematica che qui ci interessa, la Commissione Lavoro, creata per la prima volta già nel marzo 2014, da una mia idea condivisa con l'allora Presidente dell'Ordine Avv. Manuel Virgintino.

Anche questo anno, la neo costituita Commissione, nel solco delle iniziative passate, ha assunto, giusta delibera del COA di Bari, l'impegno di svolgere e predisporre ogni attività di sua competenza in materia di Lavoro.

Il percorso della Commissione da sempre sostenuto dall'Ordine degli avvocati di Bari, in persona del Presidente Avv. Giovanni Stefani, è quello di promuovere ogni misura garantista e di supporto, nel rispetto del ruolo e della funzione demandata dalla legge agli avvocati.

Con il riconoscimento della funzione sociale della professione forense, la Commissione Lavoro non può che richiamare la primaria rilevanza giuridica e sociale del diritto alla cui tutela è preposta, in nome della libertà, autonomia e indipendenza dell'Avvocato, quali condizioni indispensabili e imprescindibili dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti del cittadino.

Tale premessa è importante al fine di sostenere ogni attività di gestione nella specifica area del Lavoro, e altresì procedere con spirito attivo e collaborativo all'interno della sezione Lavoro del Tribunale e della Corte di appello di Bari, sviluppando il confronto a livello organizzativo e scientifico con le Cancellerie e con i Magistrati.

Ricordiamo l'impegno già profuso, con successo, dalla Commissione - per prima - circa le note problematiche e le significative criticità recentemente affrontate in materia di edilizia giudiziaria.

La Commissione Lavoro si occuperà dunque di tutte le problematiche esistenti nella Sezione di riferimento, con la consapevolezza della responsabilità del ruolo e della necessità di giungere a definire e consolidare, sempre *in itinere*, un percorso sul delicato sistema di gestione della Sezione e dei numeri che quella Sezione affronta, nonché, ovviamente, sulle novità e riforme giuslavoristiche e in ambito processuale, che saranno oggetto di seminari di formazione e approfondimento, i c.d. "focus".

A tal fine sarà portante il c.d. "diritto vivente" applicato dai Giudici del Tribunale e dalla Corte di Appello Lavoro di Bari, con il quale ci confronteremo anche mediante l'organizzazione di seminari sulle c.d. "prassi di merito" che si terranno sulle tematiche più dibattute e di maggior impatto sociale, in collaborazione e con l'interazione concreta dei Magistrati della Sezione.

Insieme ai seminari e ai focus, la Commissione si avvarrà anche del "Notiziario lavoro", strumento nato con la Commissione Lavoro sin dal 2015, pensato e voluto da me e dal suo Direttore scientifico, Pierfrancesco Zecca. Il Notiziario, inviato on line a tutti gli iscritti, è un luogo di confronto e scambio, contenitore di contributi, che ciascuno di noi può proporre (anche via mail), nel quale sono, tra l'altro, riportati i più recenti provvedimenti legislativi e sono indicati anche tutti gli eventi in materia giuslavorista, sia quelli "nazionali" sia quelli sul nostro territorio.

È notorio come il delicato tema del lavoro, per altro rappresentativo del principio fondante della nostra Costituzione all'art. 1, imponga agli operatori di giustizia un alto senso di responsabilità, per l'aspetto non solo puramente ideologico, ma poiché si verte in materia di diritti fondamentali a rilevanza costituzionale, che richiamano costantemente l'inviolabilità e il rispetto della dignità umana, esplicito appunto attraverso un lavoro effettivo e dignitoso.

Il principio, quindi, dal quale partire è il lavoro, e da esso seguono e dipendono le politiche economiche e l'economia; tale fondamento costituzionale non può subire interpretazioni o rivisitazioni diverse, nel tentativo di porre limitazioni più ampie di quelle consentite al detto principio.

È di piena evidenza l'interesse e la doverosa attenzione posta dai cultori della materia giuslavorista nel promuovere lo studio e ogni strumento di tutela dei diritti e libertà fondamentali, nell'ipotesi in cui, per gli intervenuti mutamenti normativi, si è giunti a limitare la portata dei diritti fondamentali, per subordinarli a interessi diversi.

Purtroppo l'Italia è stata più volte condannata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU) proprio per violazione dei diritti fondamentali che la Costituzione dovrebbe garantire, raggiungendo il "primato" di Stato con il maggior numero di condanne tra tutti gli Stati dell'Unione europea.

Consci del difficile percorso che la materia trattata comporta, anche a causa dei numerosi e ripetuti interventi normativi, la Commissione Lavoro è chiamata ad affrontare un percorso non facile nel quale solo l'unità di intenti di tutti gli operatori può portare la luce.

Serena Triggiani

Interventi:

La immediatezza della contestazione disciplinare: un elastico difficile da spezzare

A cura di Pippo De Lucia

Si afferma (tutto sommato a giusta ragione) che la tempestività della contestazione disciplinare vada valutata non in relazione al momento in cui il datore avrebbe potuto accorgersi dell'infrazione ove avesse esercitato assidui controlli sull'operato del proprio dipendente, ma in relazione al momento in cui ne abbia acquisito piena conoscenza.

Bene. Oggi posso contestare un fatto di cui vengo a conoscenza adesso, anche se risale al mese scorso. Ma fino a che punto è possibile dilatare questo elastico? Sino a quanto tempo addietro ci si può spingere? Quale è il confine del corretto esercizio del potere disciplinare, per non sconfinare in un abuso?

La contrattazione collettiva non aiuta: in genere i contratti prevedono un termine temporale preciso (e perentorio) per la erogazione della sanzione, ma quando si tratta di circoscrivere la tempestività della contestazione essi si limitano ad affermazioni di principio, quali "il datore di lavoro deve contestare tempestivamente", oppure "senza indugio".

Nemmeno la giurisprudenza è in grado di compattare una regola definita; generalmente ci si limita ad affermare, con differenti sfumature, che il principio della immediatezza debba essere inteso in senso relativo, potendo essere compatibile, in relazione al caso concreto e alla complessità dell'organizzazione del datore di lavoro, con un intervallo di tempo necessario per l'accertamento e la valutazione dei fatti contestati; ma ciò riguarda il – necessariamente breve – lasso di tempo che intercorre tra la conoscenza del fatto e la sua contestazione, non il (precedente) lasso di tempo che intercorre tra il fatto e la sua conoscenza.

Mi sembra abbastanza chiaro che tale principio descriva quindi una regola elastica, destinata ad attagliarsi al caso concreto, in modo che il magistrato possa calibrare il suo giudizio

calandolo nella fattispecie concreta. Quel che è meno chiaro è sino a che punto possiamo dilatare questo elastico prima che si spezzi; quale sia il suo punto di rottura.

Pare proprio che questo sia uno di quegli argomenti in cui il principio della buona fede possa ricoprire un ruolo finalmente concreto, affrancandosi da quella posizione un po' romantica, di semplice petizione di principio buona da condividere ma difficile da utilizzare, nella quale ingiustamente lo abbiamo relegato, credendosi impossibile nel rapporto di lavoro un comportamento comune delle parti secondo buona fede.

Perché contestare oggi un fatto accaduto dieci anni fa, per quanto io lo sappia oggi e per quanto grave questo fatto possa essere, è certamente un atto in mala fede; e lo è soprattutto se in questi dieci anni il rapporto si è svolto regolarmente.

Ma il punto è proprio questo: una volta desunta la natura "spiacevole", cioè scorretta, di questa contestazione (a seconda di quanto sia possibile dilatare l'elastico), come si arriva alla sua illegittimità? Non sono poche le pronunzie che, partendo dalla individuazione dell'obbligo di buona fede quale elemento fondante del rapporto di lavoro, ravvisano nella sua violazione un venir meno della legittimità dell'atto, e quindi lo annullano, con le conseguenze del caso (ripristinatorie o risarcitorie). Questo però sposta solo il problema, perché impone alla parte un assai preciso obbligo di allegazione e relega i poteri del giudice a mero controllo del corretto esercizio del dovere di allegazione difensiva, senza la quale il Giudice nulla può.

A mio parere, allora, occorre fare un ulteriore passo in avanti rispetto alla considerazione tradizionale del ruolo della buona fede nel diritto del lavoro.

Tradizionalmente, la buona fede e la correttezza operano sin dalla nascita del rapporto obbligatorio, implicando ed imponendo alle parti il rispetto di ulteriori obblighi e regole (assistite da autonome azioni di adempimento e risarcitorie); la giurisprudenza ha ormai sviluppato il concetto di buona fede con funzione integrativa; il magistrato deve compiere una "operazione integrativa giudiziale", fondata sull'applicazione di criteri ricavabili dal contesto normativo.

Il passo in avanti che si richiede è una interpretazione dei principi di correttezza e buona fede alla luce dei principi costituzionali di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., collocando l'autonomia privata non più come un valore a sé, ma come mezzo (con chiara evoluzione dal principio individualistico a quello solidaristico) per perseguire interessi delle parti che devono essere conformi ai valori di fondo cui si ispira l'ordinamento.

In tale prospettiva, quindi, i principi di correttezza e buona fede interpretati in senso costituzionalmente orientato consentirebbero al giudice di intervenire sempre più incisivamente sul governo del contratto, sindacando l'assetto degli interessi definito dai contraenti.

Peraltro, ricostruendo la illegittimità dell'atto in mala fede quale vera e propria nullità, potremmo dedurne la rilevabilità *ex officio* (totale o parziale, ex art. 1418 c.c.), delle clausole contrattuali e degli atti datoriali, per contrasto con il precetto dell'art. 2 Cost. (per il profilo dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà): il Giudice così entrerebbe direttamente nel contratto e nel controllo della correttezza dell'esercizio dei poteri datoriali, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuirebbe *vis normativa*.

Bello, no? L'elastico si spezzerebbe in un attimo.

Pippo De Lucia

Il licenziamento intimato prima della fine del periodo di comporta è nullo o inefficace? Corte di Cassazione - sez. lav. - ordinanza interlocutoria n. 24766 del 19-10-2017

A cura di Madia Favia

Con l'ordinanza in oggetto, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente, ai fini dell'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione, ritenuta oggetto di contrasto, riguardante il licenziamento intimato in costanza del periodo di malattia del lavoratore; in particolare, se il licenziamento intimato prima del superamento del periodo di comporta sia riconducibile ad un'ipotesi di nullità, ovvero di temporanea inefficacia dello stesso.

Nel caso di specie, un dipendente di Banca aveva impugnato il licenziamento intimatogli prima della scadenza del comporta, deducendone la nullità, in ragione della necessità della sussistenza della situazione giustificativa del recesso datoriale già al momento dell'intimazione del licenziamento (Cass. 18/11/2014 n. 24525; Cass. 31/01/2012 n. 1404).

In particolare, il lavoratore contestava la circostanza che la Banca avesse fatto decorrere il licenziamento da una data precedente (7 luglio 2004) rispetto a quella finale indicata nell'ultimo certificato di malattia dallo stesso inviata (27 luglio 2004), lamentando quindi l'erroneità di calcolo, da parte del datore di lavoro, delle assenze effettuate in base alle previsioni del CCNL applicabile al rapporto di lavoro.

Il Giudice di prime cure aveva rilevato l'inefficacia, fino al 27 luglio, del recesso datoriale intimato in precedenza, <<in coerenza con la regola secondo la quale il licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di comporta non è nullo e neppure ingiustificato ma temporaneamente inefficace fino al venir meno della situazione ostativa; tale ricostruzione, ancorata al principio di conservazione degli atti giuridici di cui all'art. 1367 cod. civ., era da preferire rispetto al diverso orientamento secondo il quale il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporta, prima della relativa scadenza, era affetto da nullità>>.

In altri termini, il Giudice di prime cure aveva ritenuto il licenziamento intimato prima della scadenza del periodo di comporta temporaneamente inefficace fino al venir meno della situazione ostativa, concretizzatasi alla reale scadenza del periodo di comporta.

Fermo l'accertamento della correttezza del calcolo delle assenze, siffatta pronuncia veniva confermata anche in sede di Appello, pertanto il lavoratore ricorreva in Cassazione.

Posto che in ragione dei primi due motivi di ricorso si discute della riconducibilità ad ipotesi di nullità o di temporanea inefficacia del licenziamento per superamento del periodo di comporta, intimato prima del compimento dello stesso, il Collegio, stante il contrasto profilatosi nell'ambito della IV Sezione, ha ritenuto opportuna la rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Rilevanza della questione.

La questione offre interessanti spunti di riflessione perché si colloca nel più vasto ambito della tematica relativa al licenziamento intimato (anche per causa diversa dal superamento del periodo di comporta) in costanza di malattia e, quindi, nel periodo di “garanzia” della conservazione del posto in base all’articolo 2110, comma 2, del Codice civile.

La Sezione da atto del consolidato orientamento che ritiene valido il licenziamento, per giustificato motivo, intimato nel periodo di malattia sopraindicato, ma inefficace fino al venir meno della situazione ostativa (v. tra le altre, Cass. 10/10/2013 n. 23063; Cass. 06/07/1990 n. 7098; Cass. 02/07/1988 n. 4394; Cass. 17/12/1987 n.9375; Cass. 29/06/1985, n. 3909; Cass. 15/05/1984 n. 2966; Cass. 30/04/1985 n. 2779; Cass. 15/03/1984 n. 1781; Cass. 19/01/1981 n. 451). E tanto in virtù del generale principio di conservazione degli atti *ex art. 1367 c.c.* estendibile anche al licenziamento (in quanto atto unilaterale recettizio) per effetto del rinvio contenuto nell’art. 1324 c.c.

Ma sul tema non sono mancate pronunce di segno contrario, secondo le quali il licenziamento intimato prima del superamento del comporta e per tale causale è affetto da nullità (Cass. 18/11/ 2014 n. 24525; Cass. 26/10/1999 n. 12031; Cass. 21/09/1991 n. 9869; Cass. 17/04/1987) per violazione di norma imperativa, di cui all’art. 2110 c.c. che vieta il licenziamento stesso in costanza della malattia del lavoratore, e non già temporaneamente inefficace, con differimento dei relativi effetti al momento della scadenza: il superamento del comporta costituisce, infatti, ai sensi del citato art. 2110 c.c., una situazione autonomamente giustificatrice del recesso, che deve, perciò, esistere già anteriormente alla comunicazione dello stesso, per legittimare il datore di lavoro al compimento di quest’atto, ove di esso costituisca il solo motivo (Cass. 21 settembre 1991 n. 9869; Cass., 26 ottobre 1999, n. 12031).

Ovviamente le conseguenze mutano a seconda che si ritenga applicabile la sanzione della nullità ovvero quella dell’inefficacia: nel primo caso il lavoratore avrà diritto alla reintegrazione in servizio con le conseguenze risarcitorie previste dall’articolo 18 della legge 300/1970, ove applicabile. Nel secondo caso, invece, il licenziamento è di per sé valido, ma i suoi effetti rimangono sospesi sino alla cessazione della malattia. Per tale motivo è necessario che la Corte dirimi la questione, tenendo conto che la portata applicativa della pronuncia ritornerà particolarmente utile per i licenziamenti intimati nei confronti dei lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015. Per quelli irrogati nella vigenza della Riforma Fornero, infatti, l’art. 18 St.Lav. così novellato, se da un lato non ha annoverato tra i licenziamenti nulli (comma 1) i recessi intimati prima del superamento del periodo di comporta, ha tuttavia previsto la tutela reintegratoria cd. attenuata in caso di violazione dell’art. 2110 comma 2 c.c. Così, Tribunale Roma, sez. lav., 06/12/2016, n. 10593, secondo cui <<È illegittimo il licenziamento irrogato nell’errore che il dipendente abbia superato il periodo di comporta. In applicazione dell’art. 18, comma 4 l. n. 300/70 va annullato il licenziamento e condannato il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al comma 1 e al pagamento di un’indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione, e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione>>, indennità che non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto.

Nei contratti a tutele crescenti non vi è invece alcun riferimento esplicito alle conseguenze del licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. e quindi prima del superamento del periodo di comporto stabilito contrattualmente.

Qualora la questione venisse rimessa alle SS.UU. e si "optasse" per la sanzione della nullità, si potrebbe prospettare un'espansione anche delle ipotesi di reintegrazione previste dal D.Lgs. 23/2015, al momento limitate ai casi (assolutamente residuali nelle intenzioni del Legislatore) di licenziamenti discriminatori, nulli per espressa previsione di legge o intimati oralmente ovvero alle ipotesi di insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

Madia Flavia

Il trasferimento d'autorità del militare e il diritto all'indennità prevista dall'art.1 L.86/2001: Sentenze nr. 417-418-419-421/2017

A cura di Laura Lieggi

Il T.A.R. Puglia con le sentenze nr. 417-418-419 e 421 del 2017 si è nuovamente pronunciato sui ricorsi presentati da un congruo numero di militari dell'Esercito italiano, tesi ad accertare il diritto di tali militari a percepire indennità di trasferimento *ex* L. 86/2001 a seguito della chiusura dell'ente di servizio ed il conseguente trasferimento in altra sede.

Nello specifico, il Ministero della Difesa, nel corso del 2012, aveva disposto il dislocamento del 7° Reggimento Bersaglieri dalla sede di Bari a quella di Altamura. I militari, in servizio fino al 19.12.2012 nella sede di Bari erano stati quindi destinati alla sede di Altamura.

Con i suddetti ricorsi, i militari avevano chiesto che venisse affermato il loro diritto a percepire il trattamento economico spettante al personale trasferito d'autorità così come previsto dall'art. 1 L. 29 marzo 2001, n. 86, dalla data di avvenuto trasferimento dalla sede di Bari, alla sede di Altamura e la condanna dell'Amministrazione al pagamento di tale indennità.

L'amministrazione si era costituita in giudizio chiedendo la reiezione dei ricorsi, e sostenendo di aver qualificato il trasferimento come avvenuto "*a domanda*", circostanza che avrebbe escluso l'erogazione delle provvidenze previste dalla legge in favore dei militari trasferiti "*d'autorità*". Secondo il Ministero resistente la qualificazione di tale trasferimento "*a domanda*" era giustificata dal fatto che, nelle more del trasferimento della sede, ciascun militare aveva sottoscritto un modulo di domanda sul quale aveva indicato come sede gradita quella di Altamura.

L'art. 1 Legge 86/2001 (ex L. 100/87) prevedeva che è dovuta "Al personale volontario coniugato e al personale in servizio permanente delle Forze armate, delle Forze di polizia ad ordinamento militare e civile, agli ufficiali e sottufficiali piloti di complemento in ferma dodecennale di cui alla legge 19 maggio 1986, n. 224, e, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 28, comma 1, del decreto legislativo 19 maggio 2000, n. 139, al personale appartenente alla carriera prefettizia, trasferiti d'autorità ad altra sede di servizio sita in un comune diverso da quello di provenienza, compete una indennità mensile pari a trenta diarie di missione in misura intera per i primi dodici mesi di permanenza ed in misura

ridotta del 30 per cento per i secondi dodici mesi”. In base a tale previsione normativa, in vigore fino alla data del 31.12.2012, alla data della dislocazione del 7° RGT Bersaglieri dalla sede di Bari a quella di Altamura, non era prevista alcuna esclusione per l’attribuzione delle indennità dovute per il trasferimento dei militari d’autorità a seguito di soppressione o dislocazione dei reparti o relative articolazioni.

È d’uopo precisare che dal 01.01.2013, per effetto dell’introduzione del comma 1 bis nell’art. 1, l. 29 marzo 2001, n. 86 l’indennità di trasferimento non spetta a seguito della soppressione dell’ente di servizio qualora il trasferimento sia effettuato presso una sede limitrofa a quella di provenienza anche se distante più di dieci chilometri.

Nelle more del giudizio l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la decisione n.1/2016, pronunciandosi sulla medesima questione, aveva stabilito il principio di diritto in base al quale compete il pagamento dell’indennità ex art.1 della L. n.86/2001 per il mutamento della sede di servizio dovuta a soppressione, o diversa dislocazione, del reparto di appartenenza, disposto prima del 1° gennaio 2013, allorquando sussistano gli ulteriori presupposti individuati dalla norma (una distanza fra la nuova e l’originaria sede di servizio superiore ai 10 chilometri e l’ubicazione delle sedi in comuni differenti): in tali casi sono irrilevanti eventuali dichiarazioni di gradimento degli interessati per la nuova sede.

Sulla base delle evidenze di cui sopra, il T.A.R. Puglia ha quindi affermato, con le sentenze in titolo, che “Se, dunque, l’art. 1, comma 1-bis, della legge n.86/2001, che ha abolito il diritto del militare all’indennità di trasferimento nel caso di soppressione o diversa dislocazione dei reparti, non ha efficacia retroattiva, non può dubitarsi della spettanza del diritto agli odierni ricorrenti, risultando tutti i trasferimenti nella fattispecie disposti entro il 31 dicembre 2012 ... 2.2.- Del resto, i principi cristallizzati dalla Plenaria –come già anticipato- si trovano affermati in una recente decisione della terza Sezione di questo T.A.R. (la n. 590/96) in relazione ad una fattispecie perfettamente sovrapponibile a quella che oggi ci occupa. ...3. In conclusione il ricorso va accolto”

Laura Lieggi

Liberi professionisti-iscrizione d’ufficio Inps: pronunce cautelari

A cura di Marilù Misto

In merito all’iscrizione d’ufficio promossa dall’INPS alla gestione separata in danno dei liberi professionisti non iscritti alle proprie casse di previdenza, si condividono con i Colleghi due recenti ordinanze di accoglimento totale emesse già in sede cautelare dal Tribunale di Bari, Sezione Lavoro.

Le stesse si muovono nella medesima direzione - ossia quella di sospendere l’efficacia esecutiva del titolo opposto, pur avendo un presupposto soggettivo differente e di considerevole importanza: infatti nel ricorso sottoposto dalla ricorrente la stessa aveva presentato il ricorso on-line avverso l’avviso bonario, senza veder emesso alcun provvedimento dall’ente impositore; nell’altro giudizio, il collega opponente sostiene di non aver mai ricevuto il medesimo avviso bonario e, quindi, chiedeva che l’efficacia del titolo esecutivo venisse sospesa, senza però aver potuto presentare il ricorso on-line previsto in questi casi.

Le ordinanze sembrano così condividere la linea ormai maggioritaria in giurisprudenza di merito che ritiene le pretese dell’Istituto nazionale di previdenza sociale illegittime sulla scorta di alcune valutazioni, che qui si riportano in maniera sintetica e senza alcuna pretesa di

esaustività, ringraziando i Colleghi che hanno approntato alcune “bozze” di ricorso fruibili e delle quali si offre una concisa disamina.

L'art. 2 comma 26 recita testualmente: “...a decorrere dal 1 gennaio 1996 sono tenuti all'iscrizione presso una apposita Gestione separata, presso l'Inps, e finalizzata all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia ed i superstiti, i soggetti che esercitano per professione abituale, ancorché non esclusiva, attività di lavoro autonomo, di cui al comma 1 dell'art. 49 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986 n. 917 nonché i titolari di rapporti di collaborazione coordinata e continuativa (...)”.

Un primo rilievo va effettuato con riguardo proprio al termine **OVVERO**. Infatti, l'Inps ha inteso tale avverbio in qualità di congiunzione, sottolineando che l'interpretazione autentica voglia ritenere che risultino esclusi dall'obbligo di iscrizione alla gestione separata INPS i lavoratori autonomi dotati di Albo e propria Cassa E versanti anche i contributi di cui all'art. 11 (ndr. “soggettivi”).

In realtà, **OVVERO** in diritto e giurisprudenza, ha **ESCLUSIVAMENTE** valore **DISGIUNTIVO** e **ALTERNATIVO**; di tale avviso anche la Corte di Appello di Genova sent. n.322/2015: “Circa il senso della parola **OVVERO** (utilizzata nell'ambito dell'art.18 comma 12 del Decreto Legge 98/2011 cit.) questa Corte... ritiene che il legislatore abbia inteso statuire che debbano essere iscritti alla Gestione Separata coloro i quali non sono iscritti agli albi professionali **NONCHE'** coloro che... non svolgono attività per le quali è previsto il pagamento di contribuzione...”

Sulla stessa scia, la sentenza, recentissima, del Tribunale di Napoli, resa dal presidente di sezione, Dott. Umberto Lauro, del 11.10.2016: “l'utilizzo della locuzione ‘ovvero’ consente di individuare, ad avviso di questo Giudice, distinte ed alternative ipotesi al ricorrere anche di una sola di esse viene meno l'obbligo di iscrizione alla Gestione Separata”.

Ed anche Tribunale di Torino sent. n. 1983/2015: “L'utilizzo della disgiunzione ‘ovvero’ tra le due ipotesi **IMPONE** di ritenerle **ALTERNATIVE**... se la legge avesse voluto intendere come necessario non solo svolgere attività libero-professionale per la quale è necessario iscriversi in un apposito albo, ma anche l'assoggettamento dei redditi... ad una contribuzione, avrebbe utilizzato una congiunzione congiuntiva e non disgiuntiva”.

Ma vi è di più.

L'attività libero professionale svolta dai professionisti “presunti evasori” è soggetta al versamento obbligatorio del contributo “integrativo”, come previsto dalla normativa di Cassa Forense.

L'art. 11 della legge n. 576/80 come modificato dall'art. 6 Regolamento dei Contributi della Cassa Forense stabilisce: “È dovuto dagli avvocati iscritti agli albi e dai praticanti abilitati al patrocinio iscritti alla Cassa nella misura del 4% (in luogo del 2%) ... (mod. 5/2011) relativamente al volume di affari IVA (calcolato detraendo l'importo del contributo integrativo già assoggettato ad IVA - legge 22 marzo 1995 n. 85) a prescindere dall'effettivo pagamento eseguito dal debitore. Il contributo integrativo è ripetibile nei confronti del cliente e va, quindi applicato, ... a tutte le fatture emesse.”

Senonché, operando una distinzione mai confermata dalla giurisprudenza e men che meno dal legislatore, l'Inps ha inteso effettuare una diversificazione tra contributo soggettivo e contributo integrativo, lasciando a tale inverosimile spartiacque la individuazione del “presunto evasore”.

Ma, come già detto, la legge di interpretazione autentica appena citata parla esclusivamente di “contributi”, senza volutamente operare una distinzione tra contributo

soggettivo e contributo integrativo, e pertanto nulla autorizza a sostenere che essendo l'attività oggetto di causa non soggetta al primo ma soggetta al secondo, sia data la condizione di legge per l'obbligo di iscrizione alla gestione separata.

Un'eventuale duplicità del sistema d'imposizione contributiva (che si verificherebbe ove si ritenesse dovuta la contribuzione previdenziale alla gestione separata), creerebbe, peraltro, l'anomalia di assoggettare la medesima fattura, riferita alla medesima prestazione professionale ad una duplice contribuzione a carico del committente, la rivalsa del 4% in relazione all'obbligazione contributiva dovuta alla gestione separata e il contributo integrativo del 2% (o del 4%) in favore dell'ente di previdenza di categoria.

Tale duplice maggiorazione determinerebbe, tra l'altro, effetti chiaramente distorsivi della concorrenza a svantaggio dei professionisti costretti alla doppia imposizione in fattura.

Molteplici infatti sono le sentenze che concordano con tale analisi giuridica.

A tal proposito, risulta interessante richiamare una pronuncia del Tribunale di Aosta, Sez. Lavoro, emessa il 23.02.2011, la quale ha chiarito che “i liberi professionisti iscritti ad albi sono assoggettati a tutela previdenziale a mezzo di forme autonome di previdenza obbligatoria, e, solo se non è possibile costituire tali forme autonome di previdenza obbligatoria, i soggetti interessati sono iscritti alla gestione separata. Le casse autonome hanno meccanismi di finanziamento idonei a garantire l'equilibrio gestionale, sicché è rimesso, in linea di principio, alla scelta della Cassa di determinare il *quantum* e lo stesso *an*, in casi particolari, della contribuzione. Se la cassa autonoma non ritiene di dover richiedere, non essendo ciò necessario ai fini dell'equilibrio gestionale, contributi ai propri iscritti.....(...) non si vede come l'Inps possa intromettersi, iscrivendo il percettore di reddito alla gestione separata e richiedendo la contribuzione che la di lui cassa autonoma non richiede”. Con tale pronuncia, il Giudice di merito sembra aver privato l'ente previdenziale di qualsivoglia potere di iscrizione d'ufficio alla gestione separata, statuendo che ciascuna Cassa previdenziale, nella sua autonomia, è libera di decidere non soltanto il *quantum* della contribuzione ma anche l'*an* e precisando, inoltre, che non esiste alcun principio giuridico in forza del quale, quando la Cassa di appartenenza decida di non richiedere il contributo soggettivo, si può affermare l'esistenza dell'obbligo di sottoporre a contribuzione qualsivoglia reddito.

Ma se questa sentenza ha fatto da “apripista”, ormai sono numerose le pronunce dei Giudici di merito, tutte di unanime orientamento, che facendo leva sulla detta norma di interpretazione autentica annullano, con effetto retroattivo, l'iscrizione d'ufficio alla gestione separata Inps (*ex aliis*: Tribunale di Roma 12.01.2015; Tribunale di Genova 11.12.2014; Tribunale di Milano del 19.02.2014.; Tribunale di Napoli 07.11.2013; Tribunale Reggio Calabria 01.10.2013; Tribunale di Rieti del 09.05.2013; Tribunale di Nicosia del 16.04.2013; Tribunale Aosta 23.02.2011; Tribunale di Genova Sez. Lavoro Sentenza del 09.02.2015, e molte altre ancora).

Val la pena, però, citare la sentenza del 2013 del Giudice del Lavoro del Tribunale di Rieti, il quale ha puntualizzato che “la norma di interpretazione autentica, non può d'altro canto essere a propria volta interpretata nel senso indicato dall'Istituto resistente. Nulla infatti autorizza a operare una distinzione tra la tipologia dei versamenti contributivi (contributo soggettivo e contributo integrativo)... l'iscrizione alla Gestione separata non è valida per quanti svolgono attività soggette al versamento di contributi di qualsiasi genere presso una Cassa di previdenza dei professionisti”. E così anche il Tribunale di Milano, Sez. Lavoro, con Sentenza del 19.02.2014, richiamando la norma di interpretazione autentica, che ha stabilito che i casi di iscrizione alla gestione separata dell'Inps costituiscono una elencazione tassativa e non estensibile, che riguarda coloro che svolgono attività il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali e coloro che

svolgono attività non soggette al versamento contributivo agli enti di previdenza professionale in base ai rispettivi statuti e regolamenti, senza distinguere tra categorie di contribuiti. Né può dirsi sostenibile il principio certamente fuorviante che la diversa natura soggettiva et integrativa dei contributi applicati dai diversi enti previdenziali possa dirsi presupposto per un recupero in via aggiuntiva di contributi da parte dell'Ente in gestione separata, dacché, come ben chiarito dal Giudice Milanese (Sent. Sez. lav. del 19.02.2014.): “È (sempre e soltanto) la legge a dover prevedere l'obbligo di “una unica iscrizione” senza distinguere tra categorie di contribuiti”.

“...E infatti la legge non pone alcuna distinzione in merito alla tipologia di contribuzione cui il reddito è assoggettato.” (Trib. Napoli sez. Lavoro sent. del 07.05.2015). “Non si comprendono le ragioni che, nonostante la chiara formulazione della norma (cfr. interpretazione autentica) abbiano indotto l'Inps a ritenere, a sua volta, che per ‘versamento contributivo’ il legislatore intendesse riferirsi alla sola contribuzione produttiva di effetti previdenziali... con esclusione della contribuzione di solidarietà e quella integrativa... tale interpretazione è assolutamente arbitraria” (Trib. Locri sez. Lavoro sent. del 16.07.2014)

“Nel caso di specie è pacifico che la ricorrente sia un avvocato iscritto all'Albo ... ed è pacifico che la stessa ... non ha raggiunto i limiti minimi di volume di affari e reddito per il versamento del contributo soggettivo alla Cassa di appartenenza.

Ciò premesso, deve escludersi che ... fosse obbligata all'iscrizione alla Gestione Separata, e ciò in virtù di entrambe le proposizioni della norma di interpretazione autentica sopra riportata: sia perché la stessa non ha svolto e non svolge attività “il cui esercizio non sia subordinato all'iscrizione ad appositi albi professionali” (in quanto, al contrario, per svolgere l'attività di avvocato è obbligatorio essere iscritti all'apposito Albo), sia perché svolge una attività “non soggetta al versamento contributivo agli enti di cui al comma 11, in base ai rispettivi statuti e ordinamenti” (perché, in base all'ordinamento della Cassa Nazionale Forense, la stessa non è tenuto al versamento del contributo soggettivo, commisurato al volume d'affari, per mancato raggiungimento del limite di reddito, ma solo al versamento del contributo integrativo o di solidarietà) e non rientra tra i “soggetti di cui al comma 11” (soggetti già pensionati, iscritti alle Casse previdenziali private).

Tale interpretazione caratterizza tuttora il costante orientamento della giurisprudenza di merito investita della questione in relazione ad altre categorie di professionisti per la cui attività è obbligatoria l'iscrizione all'albo (v. Trib. Reggio Calabria 1 ottobre 2013, Trib. Roma 18 giugno 2013 e 30 maggio 2013, Trib. Rieti 9 maggio 2013, Trib. Nicosia 16 aprile 2013, Trib. Aosta 23 febbraio 2011 e, sullo specifico tema, Corte d'Appello di Torino n. 390/2014 pubbl. il 27/05/2014 e le numerose altre sentenze di merito prodotte dalla ricorrente), secondo la quale l'ampio e generico riferimento al “versamento contributivo”, senza ulteriori specificazioni, induce a ritenere che l'*intentio legislatoris* sia stata quella di escludere dall'obbligo di iscrizione alla Gestione Separata tutti i soggetti comunque tenuti a corrispondere a casse ed enti previdenziali privati dei contributi, quale che ne sia la tipologia e natura.

Tale interpretazione, del resto, si impone tenuto conto della ratio della disposizione e del contesto in cui essa è stata emanata... ” (Tribunale di Chieti, Sentenza n. 323/2016 pubbl. il 10/10/2016, dott.ssa Ciarcia).

Il Tribunale di Bari, nella persona della dott.ssa Assunta Napoliello, con sent. 591 del 28.01.2015 ha così statuito: “la gestione separata... è stata istituita al fine di creare un sistema assicurativo previdenziale a favore dei lavoratori autonomi che, in mancanza di tale previsione, non avrebbero avuto tutela alcuna in quanto non rientranti in nessuna categoria per la quale era già previsto un sistema assicurativo obbligatorio, come si desume

dall'espresso riferimento all'estensione dell'assicurazione generale obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti... I professionisti, avvocati del libero foro...sono iscritti ad una loro Cassa di previdenza cui sono tenuti a versare i relativi contributi... pur godendo della possibilità, da verificare ogni singolo anno, di non procedere al versamento di somme a tale titolo ove non siano percepiti redditi o percepiti in misura inferiore a determinato limite... Ora, l'art. 2 comma 26 ... è stato oggetto di interpretazione autentica ex art. 18... ed è stato chiarito che non sono tenuti alla iscrizione alla gestione separata inps i soggetti il cui esercizio non è subordinato all'iscrizione ad albo... in tal modo espressamente escludendo dall'obbligo di iscrizione di ufficio tutti i soggetti iscritti all'albo degli avvocati in relazione ai redditi percepiti in ragione di tale attività.”

Il Giud. Napoliello ha infatti aderito all'orientamento della Suprema Corte di Cassazione sez. Lavoro sentenza 22.05.2008 n. 13218 (stessa motivazione: Cass. 18 maggio 2007 n. 11634 e 16 febbraio 2007 n. 3622) la quale stabilisce che “con la L. n. 335/95, art. 2, comma 26, la gestione separata è stata prevista per quei lavoratori autonomi che svolgono attività professionale per la quale non è prevista l'iscrizione in albi o in elenchi e che quindi non hanno alcun ente deputato alla relativa tenuta che possa decidere sulla forma di gestione della tutela previdenziale.”

E, come quindi si può ricavare dalla lettura del principio sancito dagli Ermellini, è evidente che il legislatore lasci alla libertà delle parti professionista - ente istituito dall'Ordine di riferimento (parti private si ricorda!) di decidere sulla forma di gestione della tutela previdenziale.

Per completezza si ricorda che valutazioni particolareggiate vanno fatte sulla scorta dell'eventuale intervenuta prescrizione, sull'indebito arricchimento dell'INPS per i contributi c.d. “silenti” ed ancora sull'illegittimità della proporzione delle sanzioni applicate.

Marilù Misto

La risarcibilità del danno differenziale

A cura di Antonia Robles

Il danno differenziale è il “*quantum debeatur*” consistente nella differenza tra quanto riconosciuto dall'Inail e la maggior somma liquidata in sede civile.

Le “sentenze gemelle” n. 26972 – 75 del Novembre 2008 delle Sezioni Unite hanno affermato la caratteristica “bipolare” di questo tipo di danno, in quanto da una parte si tiene conto del danno patrimoniale ex art. 2043 c.c. e dall'altra parte del c.d. danno biologico regolamentato dall'art. 2059 c.c. e legato alla sfera della lesione degli interessi della persona umana.

Alla luce di tali pronunce appare interessante quanto stabilito dalla Corte d'Appello di Venezia, Sez. Lavoro in data 21/07/11, circa il metodo di calcolo del danno differenziale: “Dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 38/00, l'Inail corrisponde per malattia professionale o infortunio, un indennizzo in capitale che copre il danno biologico o una rendita ex art. 13 medesimo decreto che copre il danno biologico e la perdita della capacità lavorativa generica. Partendo dal dato normativo il calcolo del danno biologico differenziale deve essere effettuato per poste omogenee. Solo detto ultimo criterio di computo, infatti si concilia con il principio del netto bipolarismo tra

danno non patrimoniale e danno patrimoniale affermato dalle sentenze gemelle del 2008.”

Si precisa che nonostante dette importanti sentenze, il danno differenziale è un diritto “controverso” poiché la sfera dell’indennizzo Inail è stata ampliata ad ulteriori danni come quello alla vita di relazione, all’immagine, alla professionalità, sconfinando dalla “mera lesione all’integrità psicofisica”.

Le citate sentenze del 2008 di San Martino, punto focale circa il modello unitario del danno differenziale, hanno ristabilito un equilibrio tra tutela risarcitoria e tutela previdenziale, ma ad oggi ci si interroga sul senso di richiedere un ristoro ulteriore rispetto a quello liquidato dall’Inail.

A mio parere, partendo dall’incontrovertibile ed ontologico significato del danno differenziale, ovvero un danno sia “indennizzato” dal punto di vista previdenziale che “risarcito” dal punto di vista civile appare condivisibile il diritto del lavoratore di richiedere ed ottenere il danno differenziale.

Un’altra importante differenza tra i due tipi di tutela, è che il diritto al risarcimento si trasferisce agli eredi, mentre l’indennizzo Inail decade con la morte del lavoratore.

Il fatto che non siano previsti esatti criteri su cui ancorare il danno civilistico non deve far propendere per la negazione di un giusto diritto del lavoratore leso, che comprenda anche quelle voci non previste dalla tutela previdenziale.

Le sentenze della Cassazione n. 3074/16 e n. 27669/17 hanno confermato che le somme indennizzate dall’Inail non sono “integralmente soddisfattive” del diritto al risarcimento del danno biologico. Consentendo al lavoratore il diritto di agire contro il datore di lavoro per ottenere il danno differenziale.

Particolarmente lungimirante la pronuncia n. 3074/16 che stabilisce: “Le prestazioni erogate dall’Inail non esauriscono di per sé e a priori il ristoro del danno patito dal lavoratore infortunato o ammalato.” (cfr. Cass. n. 777/15 e n. 18469/12).

Detta sentenza chiarisce che l’art. 13 del D.Lgs. n. 38 del 2000 definisce il danno biologico solo “in via sperimentale” e “ai soli fini della tutela dell’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.”

Pertanto la lettura più opportuna del citato articolo è quella di definire gli “aspetti indennitari” con riferimento all’assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali. Non va esclusa la tutela risarcitoria del danno biologico che, come noto, trova il suo primario fondamento nell’art. 32 della Costituzione.

La Cassazione precisa ancora “coloro che presentano domanda di risarcimento del danno non patrimoniale devono necessariamente allegare sin dal primo atto introduttivo del giudizio, tutti i fatti rilevanti e chiedere di provare le circostanze poste a fondamento delle pretese. Il Giudice potrà decidere di accedere all’accertamento medico – legale oppure può porre a fondamento della sua decisione tutti gli altri elementi utili acquisiti al processo, nonché avvalersi delle presunzioni.”

Sul metodo di calcolo nella liquidazione del danno differenziale, operato per “poste omogenee” è intervenuta invece, la sentenza n. 27669/17, ribadendo quanto già stabilito dalla Corte d’Appello di Venezia – Sezione Lavoro nel 2011.

Antonia Robles

Sentenza 367/2018 Tribunale di Trani

A cura di Raffaella Romano

La sentenza merita particolare attenzione per la novità della questione trattata, di specifico interesse nell'ambito del diritto scolastico: la questione della obbligatorietà dell'uso del "registro elettronico" nelle scuole, in rapporto alla reale disponibilità di strumentazione informatica (computer/tablet/rete internet) presente sul posto di lavoro.

Va innanzitutto premesso che il c.d. "registro on line" è stato introdotto per dare impulso al processo di dematerializzazione anche nel settore dell'istruzione, dalla legge n. 135/2012 che, all'art. 7, comma 31, dispone: "a decorrere dall'a.s. 2012-2013 le istituzioni scolastiche e i docenti adottano registri on line". Per la verità, sembra trattarsi di una norma programmatica, piuttosto che di una norma precettiva, anche perché, quando la legge entrò in vigore, quasi nessuna scuola era sufficientemente dotata della necessaria strumentazione informatica; ci sono voluti diversi anni per l'effettiva distribuzione in tutte le scuole delle risorse economiche funzionali alla entrata a regime del registro elettronico, ma nel frattempo in ogni singola scuola imperversavano i dubbi sulla data di entrata in vigore dell'obbligo di compilazione del registro elettronico.

La sentenza in esame affronta appunto la questione della compatibilità dell'art. 7, comma 31, L. 135/2012 con il dato reale delle effettive dotazioni informatiche pervenute nella specifica istituzione scolastica, e -dopo aver ricordato che incombe sull'amministrazione datoriale l'onere di provare non soltanto la materiale sussistenza del fatto, ma anche la sua imputabilità al lavoratore- non ha ritenuto assolto detto onere probatorio, restando perciò indimostrato l'assunto della resistente amministrazione scolastica secondo cui, all'epoca di contestazione del fatto, il registro elettronico poteva essere comunque compilato a scuola, essendovi diversi computer nei laboratori ed in sala docenti.

A tal riguardo- aggiunge la sentenza nel suo passaggio più importante, rispetto alla peculiarità della questione trattata- non è sufficiente che un certo numero di computer sia presente a scuola (assunto che comunque, come si è detto, l'amministrazione aveva dedotto ma non aveva provato), essendo invece necessario che le strumentazioni informatiche siano <<regolarmente accessibili a tutti i docenti non solo nel laboratorio, ma anche in classe durante l'attività didattica per la compilazione del registro elettronico>>. Ciò in quanto il registro elettronico, in quanto atto dotato di pubblica fede, deve essere compilato contestualmente alla rilevazione dei dati ivi riportati, e dunque in classe durante l'ora di lezione.

È questo il principio cristallizzato nella sentenza del Tribunale di Trani, secondo cui se al docente non vengono forniti gli strumenti informatici necessari alla compilazione in classe del registro elettronico, nessun inadempimento può ritenersi sussistente, né soggettivamente né oggettivamente, né dunque può essergli imputato a livello disciplinare

Raffaella Romano

Commento alla sentenza della Corte di Cassazione del 16 Gennaio 2018, n. 836 **Quando il licenziamento per rifiuto di svolgere mansioni inferiori è giustificato**

A cura di Teresa Siciliani

Con la recente sentenza n. 836 del 2018, la Corte di Cassazione, consolida il suo orientamento intorno alla problematica della dequalificazione professionale del lavoratore e del suo diritto a rifiutare le nuove mansioni imposte.

Nel caso in esame, un lavoratore era stato adibito a mansioni inferiori rispetto a quelle di appartenenza e, dopo aver svolto per circa due mesi i nuovi inferiori compiti, recriminava per iscritto sull'illegittimo comportamento datoriale e, dal giorno successivo all'invio della lettera, non si presentava più sul posto di lavoro, ragione per cui veniva licenziato per assenza ingiustificata.

Il lavoratore impugnava il recesso datoriale ritenendolo illegittimo e i giudici, sia in primo che in secondo grado, dichiaravano l'illegittimità del licenziamento, ritenendo il comportamento del dipendente come "*una forma di autotutela*" contro l'illegittimo provvedimento datoriale e, come tale, giustificato alla luce dell'art. 1460 c.c..

La Corte di Cassazione, con la sentenza in esame, ribalta il ragionamento dei giudici di merito, ritenendo, per contro, legittimo il licenziamento.

Il Collegio pur rilevando che il lavoratore aveva, in effetti, subito una dequalificazione professionale, ha però ritenuto non applicabile la c.d. eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. dallo stesso invocata, decretando ingiustificata l'omissione totale della prestazione lavorativa, chiarendo, ancora una volta che, in un rapporto sinallagmatico, una parte contrattuale può rendersi totalmente inadempiente alla propria prestazione e invocare l'art. 1460 c.c., soltanto se l'altra parte rimane totalmente inadempiente alla propria obbligazione.

Invece, nei casi come quello esaminato, quando il datore di lavoro, pur modificando illegittimamente e *in peius* le mansioni del dipendente, continua comunque ad assolvere agli altri obblighi contrattuali, quali il pagamento della retribuzione, la copertura previdenziale/assicurativa, non può essere considerato "totalmente inadempiente", conseguentemente il lavoratore non può omettere del tutto la propria prestazione, in quanto, una tale sua reazione, è da considerarsi "non proporzionata" all'inadempimento datoriale. E' in base a questo ragionamento che il licenziamento è stato dichiarato legittimo.

Peraltro la Suprema Corte, nel caso di specie, ha considerato il comportamento del lavoratore anche "*non in buona fede*", poiché aveva contestato per iscritto l'illegittimo comportamento datoriale solo dopo due mesi, assentandosi dal lavoro immediatamente dopo: quindi anche la tempistica è stata ritenuta errata.

La Corte di Cassazione indica la corretta strada da percorrere in questi casi: il lavoratore che si ritiene illegittimamente demansionato, deve obbedire all'ordine datoriale senza sottrarsi "autonomamente" alla propria obbligazione, perché deve correttamente far valere le proprie ragioni attraverso il ricorso al giudice, anche in via cautelare, facendo accertare in primis l'asserita subita dequalificazione e, conseguentemente, il diritto ad essere riassegnato alle mansioni di appartenenza, con richiesta di ogni risarcimento danni. (Conformi: Cass. 29/01/2013 n.2033; Cass. 23/04/2015 n. 8300; Cass. 13/04/ 2016, n. 12102).

Nella medesima sentenza la stessa Corte di Cassazione si è premurata di evidenziare alcuni casi in cui, in applicazione del principio di autotutela di cui all'art. 1460 c.c., il rifiuto del lavoratore di svolgere le diverse mansioni attribuitegli può essere ritenuto corretto e proporzionale rispetto all'illegittimo comportamento datoriale, per esempio: nelle ipotesi in cui lo svolgimento delle nuove mansioni comprometta i beni personali del lavoratore quali la vita o la salute, o metta a rischio la sua incolumità (Cass. 30.11.2016 n. 24459- Cass. 19.01.2016 n. 831 – Cass. 07.05.2013 n. 10.553) o ancora quando possa esporlo a responsabilità penale. (Cass. 19.07.2013 n. 17713) .

Teresa Siciliani

Indici per la individuazione della natura pubblica dell'Azienda datrice di lavoro, riflessi sulla natura del contratto di lavoro subordinato e i poteri di intervento del Giudice nella tutela del lavoratore

A cura di Marco Junior Tamma

L'intervento pubblico in economia ha visto una lunga stagione di modifiche e innovazioni tese a modificare la natura dell'intervento e la sua intensità, più succintamente definita "privatizzazione".

Tanto ha comportato una nuova qualificazione e regolamentazione del rapporto di lavoro di pubblico impiego che passa, nel corso degli anni, da un istituto di diritto pubblico regolato dalla legge ad un istituto sempre pubblico ma "contrattualizzato", a livello macro e micro aziendale, con l'introduzione del D.Lgs. 165/2001, di fatto non modificato nel suo spirito dai successivi, seppur massicci, interventi susseguitisi con le riforme del 2009 (legge Brunetta) e dell'era Monti.

Per varie ragioni di politica economica, nel corso del novecento e fino ai primi anni del duemila, l'intervento pubblico è stato essenzialmente realizzato mediante Enti pubblici economici (di fatto quasi tutti privatizzati), imprese-organo e società partecipate, i cui caratteri distintivi vanno ricercati nella presenza dello Stato, più o meno intensa, dalla compagine societaria ai profili decisionali, di investimento e regolamentari nonché per le norme di diritto loro applicabili, pubblico o privato, nelle relazioni con i terzi e i propri dipendenti.

Come accennato, la prima importante innovazione, ancora attuale, è rappresentata dal D.Lgs. 165/2001 il cui art. 1, comma 2, nel delineare il proprio campo di applicazione, individua quelle che oggi possono definirsi pubbliche amministrazioni: *"Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità montane e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale."*; e poi cristallizza il principio della "contrattualizzazione" del

rapporto di lavoro di pubblico impiego con gli artt. 2, commi 2 e 3 prevedendo il rinvio al codice civile con espressa riserva a favore della contrattazione collettiva per la regolamentazione dei “rapporti individuali di lavoro” salvo le deroghe di cui al successivo art. 3 per le cui categorie ivi indicate permane il regime di diritto pubblico.

Non pochi problemi interpretativi pone il succitato art. 1 del D.Lgs. 165/2001 alla luce della direttiva comunitaria 18/2004 CE che a sua volta, in tema di appalti pubblici, offre una più larga definizione di “organismi di diritto pubblico” come può vedersi dall’art. 1, numero 9, secondo cui *“Si considerano "amministrazioni aggiudicatrici": lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico. Per "organismo di diritto pubblico" s'intende qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.”*

È evidente come la direttiva comunitaria, di tre anni successiva al citato testo normativo nazionale, offra una più ampia interpretazione di ciò che deve essere definito pubblico: infatti, seppur inerente agli appalti pubblici, questo non può escludere a priori che il Legislatore Comunitario abbia voluto allargare il concetto di settore pubblico con tutto ciò che ne consegue proprio in tema di contrattualizzazione del rapporto di lavoro e sua qualificazione giuridica.

Sono quindi da considerarsi pubbliche anche le aziende partecipate e le nuove realtà cosiddette “*in house*” (in casa)?

La differenza tra le due realtà economiche, nel concreto, risiede nella più o meno larga capacità decisionale conferita alla compagine societaria atteso che il patrimonio e capitale societario può essere per entrambe interamente pubblico (o a maggioranza pubblica), vigono principi gestionali tipici della pubblica amministrazione e gli organi direttivi sono di nomina pubblica: solo l’autonomia decisionale è elemento di per sé solo sufficiente ad escludere che vi sia un controllo, propriamente ed impropriamente detto, del pubblico?

Visti i pareri delle sezioni Sicilia e Valle d’Aosta (fonti rinvenute) resi sulla scorta della Giurisprudenza della Corte di Cassazione, ma anche Corte Costituzionale e TAR, parrebbe di no:

1. la sezione siciliana, in materia di mobilità – comando e distacco – dei dipendenti pubblici ha incassato il no della Corte dei Conti all’operazione prospettata di passaggio di dipendenti da una *in house* ad una controllata dalla non includibilità nel campo operativo del D.Lgs. 165/2001: secondo la sezione della Corte dei Conti, infatti, alle *“società controllate dalla pubblica amministrazione solo a determinati fini vengono incluse nel settore pubblico allargato; ciò avviene, ad*

esempio, nell'ambito dei contratti, per i quali è stata elaborata la nozione di organismo di diritto pubblico, oppure per l'applicazione della disciplina sulla trasparenza prevista dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 o, infine, nella definizione del conto consolidato delle amministrazioni pubbliche, che include, accanto agli organismi pubblici dello Stato e degli enti territoriali, le unità istituzionali che producono beni non destinabili alla vendita soggetti a controllo pubblico, a prescindere dalla forma giuridica da esse rivestita"(per maggior chiarezza la sezione siciliana si riferisce certamente all'art. 2 del citato decreto per il quale l'ambito soggettivo di applicazione delle norme ivi contenute in materia di diritto di accesso civico e obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, nella parte in cui comprende: a) agli enti pubblici economici e agli ordini professionali; b) alle società in controllo pubblico come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera m), del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175. Sono escluse le società quotate come definite dall'articolo 2, comma 1, lettera p), dello stesso decreto legislativo, nonché le società da esse partecipate, salvo che queste ultime siano, non per il tramite di società quotate, controllate o partecipate da amministrazioni pubbliche; c) alle associazioni, alle fondazioni e agli enti di diritto privato comunque denominati, anche privi di personalità giuridica).

2. la sezione valdostana, invece, sul tema inverso di "internalizzazione" dei dipendenti da società partecipate a società *in house*, ha escluso l'applicabilità del D.Lgs. 165/2001 e delle norme sul lavoro pubblico fondando il suo parere sul richiamo di due decisioni della Corte Costituzionale (nn. 227 e 167/2013) che hanno, la prima sancito il principio dell'assunzione a mezzo concorso pubblico per le pubbliche amministrazioni respingendo l'ipotesi che "*la partecipazione totalitaria di un ente pubblico al capitale sociale possa attribuire natura pubblicistica alla società o consentire di equipararla a un organo della pubblica amministrazione*"; e la seconda, in tema di estensione della disciplina del trasferimento da società partecipata a ente pubblico, la non applicabilità dell'istituto dell'art. 2112 c.c., relativo solo al settore privato, e dell'art. 31 D.Lgs. 165/2001 che invece prevede tale garanzia per i dipendenti solo in caso di passaggio da un ente pubblico ad un altro.

La sezione valdostana, a maggior conferma, ha citato l'altra sentenza della Corte Costituzionale, n. 7 del 2015, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale per violazione del principio del concorso per l'accesso al lavoro pubblico, della norma della Regione Sardegna che assorbiva i dipendenti della società *in house* in una neo-costituita azienda regionale, dotata però di personalità giuridica, autonomia statutaria, amministrativa, organizzativa, in altre parole una partecipata.

Dal combinato disposto delle citate pronunce, per tirare le fila del discorso, le società partecipate, benché ricomprese dalla normativa comunitaria nel concetto di organismi di diritto pubblico e dal D.Lgs. 33 del 14.03.2013 come aziende pubbliche, non intrattengono e pertanto non possono essere considerate tali, con i propri dipendenti, dei rapporti di lavoro di diritto pubblico, essi non sono impiegati pubblici al contrario dei dipendenti delle società *in house* che invece rivestono tale qualifica.

Quanto sopra trova espressa conferma nel D.Lgs. 175/2016, il cui art. 1, comma 3, dispone l'applicazione delle norme del codice civile e del diritto privato alle società a partecipazione pubblica e prevede l'applicazione delle medesime norme anche per la gestione del personale, all'art. 19 fatto salvo il disposto del comma 2 che prevede il regime delle assunzioni regolato con *“propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.”* dietro la sanzione del comma 4 e l'applicazione dell'art. 2126 c.c..

Le sorti del singolo rapporto di lavoro non sono trascurabili non tanto riguardo alla giurisdizione che ricade sempre sul Giudice del Lavoro (quanto alla gestione del rapporto di lavoro ed alla sua organizzazione, non ai criteri selettivi presupposto per cui la competenza, trattandosi di atti di rilevanza amministrativa, ricadrebbe sul Giudice Amministrativo), quanto piuttosto alle regole del processo ed alla tutela richiedibile al Magistrato.

Una prima e certo non esaustiva differenza risiede nella tutela di particolari pretese economiche: al “lavoratore privato” sarebbe sufficiente dimostrare uno squilibrio nel sinallagma tra prestazione e retribuzione per invocare una maggiore retribuzione quantitativa, mentre il “lavoratore pubblico” avrebbe ben altri scogli da superare ove la contrattazione collettiva non prevedesse ogni singolo aspetto del rapporto di lavoro quali limiti di bilancio, previsione di spesa pubblica, razionalizzazione delle risorse, riserva a favore del contratto collettivo, ordini di servizio in materia di straordinario, riposi compensativi, reperibilità ecc.

Resterebbe sempre inevaso il quesito sulla esistenza di un potere riservato al Giudice del Lavoro, nell'inerzia della pubblica amministrazione interessata e della contrattazione o tutela sindacale, di regolamentare la singola fattispecie o pretesa del dipendente pubblico con applicazione dei criteri equitativi o secondo equità oltre che, tecnicamente, su come impostare la difesa: ricorso per ottenere una sentenza accertativa (e di condanna) o per accertare un arricchimento senza causa? Vale, anche nel rito del lavoro, il medesimo limite del processo civile alla *emendatio libelli* (da atto di citazione per richiesta di emolumenti e compensi alla domanda di arricchimento senza causa) entro la prima udienza di comparizione delle parti anche per il rito del lavoro oppure, superato il primo *step* è possibile procedere con autonomo ricorso, salvo il *bis in idem*?

A chi scrive sembra che in prima istanza debba essere chiaro il regime di diritto applicabile e quindi che deve essere prima individuata la natura di azienda, pubblica o privata laddove nella prima, posto il principio del contratto come fonte primaria di regolamentazione del rapporto di lavoro, i poteri del Giudice potrebbero più limitati che nella seconda fattispecie ove, al contrario, potendo questi riequilibrare il sinallagma tra prestazione e retribuzione, il potere di intervento potrebbe essere più incisivo e meno condizionato da fattori esterni al singolo rapporto di lavoro dedotto in giudizio.

Restano però da chiarire gli aspetti peculiari delle aziende pubbliche e quando esse sono partecipate o *in house* o altre forme equipollenti.

Posto che il citato D.Lgs. 175/2016 all'art. 4, comma 4, dopo aver indicato le attività possibili mediante l'esercizio di aziende partecipate, prevede per le società *in house* parzialmente le medesime attività ovvero quelle di cui alle lettere a), b), c) ed e) del comma 2 e l'oggetto sociale che una partecipata ed una *in house* ambiscono di raggiungere può essere identico, l'unico criterio distintivo sembra essere quello dell'autonomia, più o meno totale, di cui godono le prime rispetto alle seconde al di là, come detto, del rispetto dei principi generali in tema di sfruttamento delle risorse pubbliche, del riferire all'amministrazione interessata sulle attività di (si conceda l'espressione) "non ordinaria amministrazione".

Secondo l'art. 113 del TUEL (D.Lgs. 267/2000) le società *in house* sono quelle "il cui capitale è interamente pubblico, (ii) sulle quali l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale pubblico esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e (iii) che realizzano la parte più importante della loro attività con l'ente o con gli enti pubblici che le controllano".

Considerando le evidenti similitudini nelle espressioni normative e che gli oggetti e scopi sociali sembrano identici, come si potrebbe individuare, dall'esterno ed escludendo i casi in cui statuto ed atto costitutivo esponano chiaramente la natura dell'azienda pubblica, se vi è autonomia e dunque di fronte a che tipo di società pubblica ci si trova?

Non resta che fare ricorso all'art. 2359 c.c. ai sensi del quale: "**1.** Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa. **2.** Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi. **3.** Sono considerate collegate le società sulle quali un'altra società esercita un'influenza notevole. L'influenza si presume quando nell'assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa."

Allorché, dunque, sarà possibile rinvenire nell'azienda in questione, una qualche forma di potere dominante della Pubblica Amministrazione ma non tale da poter essere definito un "controllo dell'attività" parleremo di società partecipata mentre nell'altro caso di società *in house* con ogni conseguenza in merito al rapporto di lavoro, per lo meno nella sua qualificazione giuridica.

Anche la Giurisprudenza della Corte di Cassazione, con una pronuncia a Sezioni Unite (7799/2005) ha affermato il principio per cui non è sufficiente il possesso del capitale sociale a far mutare la natura dell'azienda partecipata da istituto di diritto privato in diritto pubblico: in siffatte circostanza, afferma la Corte, la posizione dell'Ente in questione è quella di mero socio di maggioranza che potrà esercitare i suoi poteri secondo le norme del diritto societario "da esercitare a mezzo dei membri di nomina

comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 c.c.)” mentre la società può esercitare la propria autonomia negoziale senza alcun collegamento con l’ente pubblico. Concludendo, oltre ogni classificazione e salvo espresse disposizioni normative, sarà possibile definire una azienda pubblica come un istituto di diritto pubblico ogni volta che l’Ente pubblico che lo ha istituito o ne detiene il capitale in misura predominante eserciti, di fatto e nel concreto, un attività di controllo e vigilanza tale da essere ingerente nell’attività ordinaria mentre, allorquando l’Ente pubblico, mediante l’azienda, eserciti meramente le funzioni proprie per cui l’azienda è stata costituita ma senza essere ingerente negli atti di vita quotidiana, l’organismo così creato, o venutosi a creare, non potrà essere considerato un ente pubblico ma bensì una formazione di diritto privato con ogni conseguenza sulla natura del rapporto di lavoro e la sua tutela giurisdizionale.

Marco Junior Tamma

Normativa e documentazione nazionale

- Legge 22 maggio 2017, n. 81 "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato"
- Decreto ministeriale del 17 ottobre 2017 “Individuazione dei lavoratori svantaggiati e molto svantaggiati”
- Decreto 5 febbraio 2018
- Circolare Inps 28/2018 Anticipo finanziario a garanzia pensionistica (c.d. APE)
- L. 27 dicembre 2017, n. 205 Legge bilancio 2018

Osservatorio della giurisprudenza

Cass. civ. Sez. lavoro Ordinanza, 16-02-2018, n. 3871

M.A. c. Azienda Usl (Omissis)

LAVORO (RAPPORTO DI) Lavoro subordinato in genere PROVA IN GENERE IN MATERIA CIVILE Onere della prova

In materia di mobbing, ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro rilevano specifici elementi, il cui accertamento costituisce un giudizio di fatto riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se logicamente e congruamente motivato. Detti elementi sono: a) la molteplicità dei comportamenti a carattere persecutori o, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio. Grava sul lavoratore l'onere di provare tali circostanza, in applicazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c. senza che sia necessaria una valutazione rigorosa della sistematicità della condotta e della sussistenza dell'intento emulativo o persecutorio che deve sorreggerla.

Eventi:

Eventi sul Territorio

- **“Quale futuro per lo stato sociale?”**
Centro nazionale studi di diritto del lavoro “D. Napoletano”. il 16.03.2018 ore 17.20.
Università degli studi di bari “aula Aldo Moro”, BARI
- **L. 104/92 Utilizzo, abusi e conseguenze**
Dott. Mauro Minervini – modera il Prof. Avv. Antonio De Feo
Sala Consiliare Ordine Avvocati Bari – 16 aprile ore 12

Eventi nazionali

- **“Dal telelavoro al lavoro agile: le principali novità legislative ed il ruolo del giudice del lavoro al cospetto della modernità”**
Scuola superiore delle magistrature, *Scandicci, Villa di Castelpulci, 16 aprile 2018*
(apertura lavori ore 15.00) – 18 aprile 2018 (chiusura lavori ore 13.00)
- **“La tutela dei lavoratori nella crisi dell’impresa”**
Roma, Sede Corte Suprema di Cassazione, 19 febbraio 2018 (inizio lavori ore 15.00) – 21 febbraio 2018 (fine lavori ore 13.00)

Ciclo di seminari

- Seminario “Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale”
Lunedì 26 febbraio 2018, alle ore 14.30, presso l'aula Santoro-Passarelli (istituto di diritto privato - Facoltà di Giurisprudenza – La Sapienza - Roma), nell'ambito del Dottorato di Ricerca in "Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale", il Prof. Giuseppe Santoro-Passarelli terrà un seminario sul tema "Diritto di sciopero e rappresentatività sindacale".

Nell'ambito del Dottorato di Ricerca in "Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale" e del Master di II livello in "Diritto Privato Europeo" si terrà un ciclo di seminari articolato in 3 giornate:

- 1 marzo 2018, dalle ore 10 alle ore 18, aula V della Facoltà di Giurisprudenza La Sapienza - Roma;
- 15 marzo 2018, dalle ore 10 alle ore 18, aula Santoro-Passarelli, Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza La Sapienza - Roma;
- 22 marzo 2018, dalle ore 10 alle ore 18, aula Santoro-Passarelli, Istituto di Diritto Privato della Facoltà di Giurisprudenza La Sapienza - Roma.

- Il diritto penale del lavoro: “Caporalato, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”

Mercoledì 21 marzo 2018 ore 15.30/18.30 aula avvocati, Palazzo di Giustizia, Piazza Cavour, Roma



Il **Notiziario del Lavoro** è diretto da Pierfrancesco Zecca

Comitato Scientifico

- Pierfrancesco Zecca
- Rosalba Acquaviva
- Francesco Amendolito
- Carmen De Girolamo
- Pippo De Lucia
- Madia Favia
- Michele Imperio
- Carla Marinaci
- Manuela Misceo
- Terry Siciliani

mail To:

commissionelavoro.avvocatibari@gmail.com

PER LA VISUALIZZAZIONE IN PDF DI ALLEGATI E DOCUMENTI CLICCARE SUL SEGUENTE LINK:

<http://www.ordineavvocati.bari.it/default.asp?idlingua=1&idContenuto=2512>