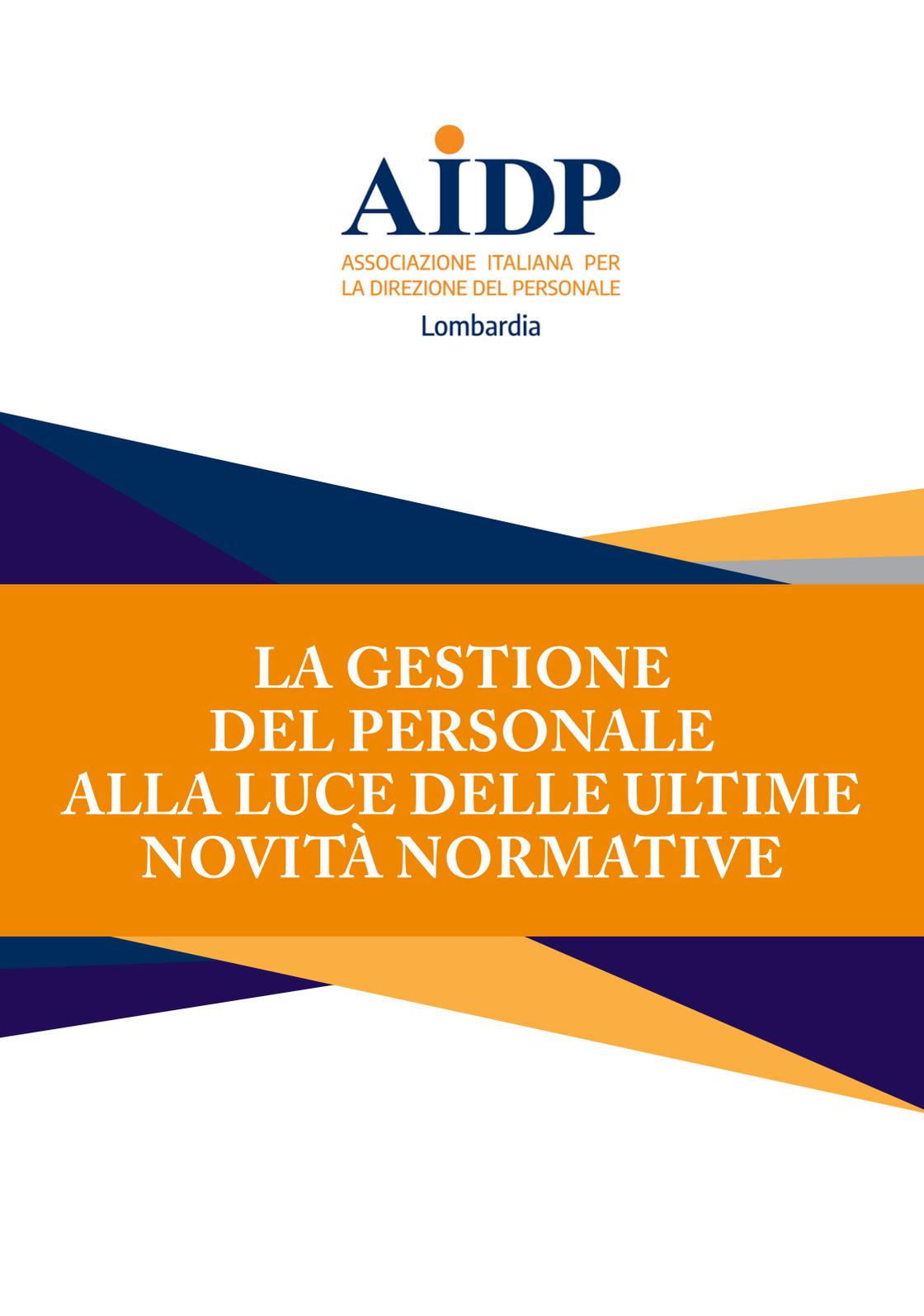




**AIDP**

ASSOCIAZIONE ITALIANA PER  
LA DIREZIONE DEL PERSONALE

Lombardia



**LA GESTIONE  
DEL PERSONALE  
ALLA LUCE DELLE ULTIME  
NOVITÀ NORMATIVE**



ASSOCIAZIONE ITALIANA PER  
LA DIREZIONE DEL PERSONALE

Lombardia

Marco Vigni

Presidente

AIDP Gruppo Regionale Lombardia

Andrea Orlandini

Past President

AIDP Gruppo Regionale Lombardia

Enrico Cazzulani

Segretario Generale

AIDP

Domenico Butera

Tesoriere

AIDP Gruppo Regionale Lombardia

Realizzato da

AIDP Gruppo Regionale Lombardia

A cura di

Paola De Gori

Coordinamento redazionale

Daniela Tronconi

Grafica e impaginazione:

Hicham Haidar Diab - kreita.com

Tutti i diritti riservati.

È vietata la riproduzione anche  
parziale e con qualsiasi mezzo.

**Per informazione sulle attività di**  
**AIDP LOMBARDIA**  
**aidplombardia@aidp.it**  
**02.67178384**

# INTRODUZIONE

*di Marco Vigni  
Presidente  
AIDP Gruppo Regionale Lombardia*



Sono lieto di comunicare un'importante novità di grande utilità operativa che verrà messa a disposizione di tutti i nostri soci Lombardia e cioè la pubblicazione dell'e-book del Seminario di Specializzazione di diritto del lavoro che sono arrivati alle 8° edizione e che rappresentano uno dei percorsi maggiormente apprezzati dai nostri soci.

AIDP Lombardia, con questo ulteriore progetto innovativo, ha l'obiettivo di diffondere la conoscenza delle più recenti norme sul lavoro grazie alla collaborazione e al prezioso contributo tra i maggiori esperti giuslavoristici in Italia che hanno deciso di essere vicini alla nostra Associazione.

La pubblicazione dell'e-book rappresenta uno strumento agile e pragmatico rivolto a diversi interlocutori

- Responsabili direzione del personale, Hr manager,
- Responsabili relazioni sindacali, - Responsabili uffici legali azienda,..

- per conoscere e approfondire i principali elementi e istituti relativi alla "gestione del personale" che è in continua e profonda evoluzione anche normativa.

L'ebook offre una panoramica generale e allo stesso tempo è una lente di ingrandimento specifica in quan-

to è il frutto dei contenuti dei singoli incontri relativi ai 5 seminari di specializzazione che si sono svolti tra fine ottobre e inizio dicembre 2018.

In questi seminari si sono esaminati e approfonditi, in modalità interattive con i partecipanti e grazie a stimolanti case history, alcuni degli istituti fondamentali del Diritto del lavoro e gli aspetti rilevanti del contenzioso del lavoro trasferendo competenze chiave per operare correttamente nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro in tutte le sue fasi.

Colgo anche questa occasione per ringraziare di cuore tutti coloro che hanno creduto e che si sono prodigati con tempo dedizione e impegno per il successo di questa importante iniziativa che consente ad Aidp Lombardia di rafforzare la proposta di valore verso tutti i nostri soci.

Un grazie di cuore anche a tutti i soci per la vicinanza nei confronti della nostra Associazione.

## SOMMARIO

### Capitolo 1

#### **IL RAPPORTO DI LAVORO E LA FLESSIBILITÀ IN AZIENDA** .....

1. La subordinazione. ....	12
2. Il rapporto di lavoro: dall'impegno all'assunzione al contratto definitivo. 14	
3. Il periodo di prova. ....	16
4. Il patto di stabilità. ....	17
5. La flessibilità in azienda: focus sul nuovo contratto a termine (d.L. N. 87/2018). ....	18

### Capitolo 2

#### **MOBILITÀ ENDOAZIENDALE ALLA LUCE DEL NUOVO ART. 2103 C.C. 23** .....

1. Introduzione .....	24
2. Il rapporto di lavoro: obblighi delle parti e responsabilità.....	24
3. La portata dell'art. 2103 C.C. Prima della riforma .....	25
4. Il nuovo art. 2103 C.C.....	27
5. Il modo di attuazione del demansionamento.....	28
6. Il criterio risarcitorio .....	30
7. La mobilità verso l'alto ed il trasferimento .....	31
8. Conclusioni .....	32

### Capitolo 3

#### **LA TUTELA DEL KNOW HOW AZIENDALE. PATTO DI NON CONCORRENZA E STORNO DEI DIPENDENTI. QUALI STRUMENTI ADOTTARE PER PROTEGGERE EFFICACEMENTE L'AZIENDA E IL PROPRIO PATRIMONIO** 33

1. Il know how aziendale.....	34
1.1 La nozione di know how aziendale.....	34
1.2 Interpretazioni giurisprudenziali .....	35
2. La tutela del know how aziendale nel rapporto di lavoro subordinato. ....	37
2.1 La tutela legale. ....	37
2.1.1. Gli obblighi di riservatezza e di non concorrenza ex art. 2105 C.C.....	37

2.1.2. I divieti di cui all'art. 2598 C.C. E lo storno dei dipendenti .....	38
2.1.3. La tutela penale: accenni. ....	40
2.2 La tutela contrattuale. ....	40
2.2.1 Il patto di riservatezza. ....	40
2.2.2 Il patto di non concorrenza.....	41

#### Capitolo 4

### **LA DISCIPLINA DEL DIVIETO DI CONTROLLO NEL NUOVO ART. 4 DELLO STATUTO TRA LEGITTIMAZIONE E TUTELA DELLA PRIVACY .....**

1. La nuova disciplina dei controlli .....	44
1.1. I limiti al potere di controllo: quando è richiesta l'autorizzazione preventiva.....	45
1.2 Gli strumenti di lavoro .....	47
1.3 Le implicazioni organizzative.....	49

#### Capitolo 5

### **LA GESTIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO DOPO LA MODIFICA DEL JOBS ACT: LA PRESTAZIONE DI LAVORO, MANSIONI E QUALIFICHE, TRASFERIMENTI E DISTACCHI .....**

1. Premessa. ....	56
2. La disciplina delle mansioni (e, in particolare, del demansionamento).....	56
2.1 Il demansionamento c.D. "Unilaterale" .....	57
2.2 Il demansionamento c.D. "Concordato" .....	58
2.3 Possibili conseguenze in caso di demansionamento illegittimo..	59
2.4 L'assegnazione di mansioni superiori.....	60
3. La disciplina dei trasferimenti.....	61
3.1 L'opposizione del lavoratore al trasferimento.....	63
4. La disciplina del distacco.....	63

#### Capitolo 6

### **L'ESERCIZIO DEL POTERE DISCIPLINARE E LA RACCOLTA DELLE PROVE .....**

1. Introduzione.....	68
2. La fase di contestazione degli addebiti .....	69

3. La raccolta delle prove.....	70
4. Le giustificazioni del lavoratore.....	73
5. L'irrogazione della sanzione .....	74

## Capitolo 7

### **LICENZIAMENTI INDIVIDUALI, CAUSE DI CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO. LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL JOBS ACT: LA NUOVA DISCIPLINA DEL LICENZIAMENTO. COME OPERARE UN CORRETTO LICENZIAMENTO E COME RIDURRE I RISCHI DI CONTENZIOSO .....**

1. Introduzione .....	78
2. Licenziamenti disciplinari.....	78
2.1. Licenziamento nullo, discriminatorio o orale.....	79
2.2. Licenziamento illegittimo e insussistenza del fatto contestato. ..	80
3. (Segue). La tardività.....	82
4. (Segue). Il sistema sanzionatorio e la decisione della consulta.....	83
5. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.....	85

## Capitolo 8

### **LICENZIAMENTI COLLETTIVI, CASSA INTEGRAZIONE, CONTRATTI DI SOLIDARIETÀ. RECENTI FORME DI INCENTIVAZIONE AL PENSIONAMENTO DEI LAVORATORI.....**

1. I licenziamenti collettivi: fonti e ambito di applicazione.....	88
1.1. La procedura.....	88
1.1.1. La fase sindacale.....	88
1.1.2. La fase amministrativa.....	89
1.2. I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.....	90
1.3. Il licenziamento e la comunicazione ex art. 4 Comma 9.....	91
1.4. Il regime sanzionatorio.....	91
1.5. Il c.D. Ticket licenziamento.....	92
2. Gli ammortizzatori sociali.....	93
2.1. La cassa integrazione guadagni.....	93
2.1.1. La cassa integrazione guadagni ordinaria.....	94
2.1.2. La cassa integrazione guadagni straordinaria.....	94
2.1.3. I contratti di solidarietà difensivi.....	96
3. Il pensionamento dei lavoratori: uno sguardo sui recenti interventi normativi.....	96

## Capitolo 9

### **COME GESTIRE EFFICACEMENTE IL CONTEZIOSO DEL LAVORO. QUALI PRASSI ADOTTARE PER MEGLIO COORDINARE L'AZIONE DEI LEGALI ESTERNI. QUALI LE AREE A RISCHIO DI CONTENZIOSO E COME AFFRONTARLE EFFICACEMENTE..... 99**

1. Come gestire efficacemente il contezioso del lavoro. .... 100
  - 1.1 Il primo grado del processo del lavoro: il rito ordinario. .... 100
    - 1.1.1. Caratteristiche..... 100
    - 1.1.2. Ambito di applicazione. ....101
    - 1.1.3. Competenza per territorio. ....101
    - 1.1.4. L'introduzione del giudizio: il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza. .... 102
    - 1.1.5. La costituzione del convenuto. .... 102
    - 1.1.6. Le eventuali domande in via riconvenzionale. .... 103
    - 1.1.7. L'udienza di discussione. L'interrogatorio delle parti e il tentativo di conciliazione. .... 103
    - 1.1.8. I poteri istruttori del giudice e la prova testimoniale. .... 104
    - 1.1.9. La fase decisoria e la pronuncia della sentenza. .... 104
    - 1.1.10. I termini per l'impugnazione della sentenza di primo grado. . 104
  - 1.2. Il primo grado del processo del lavoro: il c.D. Rito fornero. .... 105
    - 1.2.1. Ambito di applicazione. .... 105
    - 1.2.2. Fase sommaria. .... 105
    - 1.2.3. Opposizione. .... 106
  - 1.3. Il processo del lavoro ed il jobs act. .... 106
  - 1.4. Quali prassi adottare per meglio coordinare l'azione dei legali esterni. ....107
  - 1.5. Quali sono le aree a rischio di contenzioso e come affrontarle efficacemente. .... 108

## Capitolo 10

### **LE RELAZIONI SINDACALI IN AZIENDA.....109**

1. Natura ed efficacia del contratto collettivo. ....110
2. L'estensione dell'efficacia soggettiva .....110
3. Gli accordi interconfederali..... 112
4. La contrattazione di prossimità ex art. 8, L. 148/2011.....113
5. Le rappresentanze sindacali in azienda. .... 115  
(Segue) rappresentanze sindacali unitarie .....117

# AUTORI



**Giuseppe Bulgarini d'Elci**  
*Partner*  
*Carnelutti Studio Legale Associato*



**Avv. Antonella Negri**  
*Socio*  
*Studio Legale Bonelli Erede*



**Avv. Marco De Bellis**  
*Partner*  
*Marco De Bellis & Partners*



**Avv. Emanuela Nespoli**  
*Socio*  
*Toffoletto De Luca Tamajo e Soci*



**Avv. Luca Failla**  
*Founding Partner*  
*LabLaw Studio Legale*



**Avv. Franco Toffoletto**  
*Managing Partner*  
*Toffoletto De Luca Tamajo e Soci*



**Avv. Giacinto Favalli**  
*Partner Fondatore*  
*Trifirò & Partners Avvocati*



**Avv. Giorgio Treglia**  
*Partner*  
*LabLaw Studio Legale*



**Avv. Carlo Fossati**  
*Socio*  
*Studio legale Ichino Brugnattelli e Associati*



**Avv. Angelo Zambelli**  
*Co-Managing Partner*  
*Grimaldi Studio Legale*



*Capitolo 1*

**IL RAPPORTO DI LAVORO  
E LA FLESSIBILITÀ  
IN AZIENDA**

**Marco De Bellis**

*Socio fondatore*

*Studio Marco De Bellis & Partners*

## 1. LA SUBORDINAZIONE.

L'art. 2094 cod. civ. definisce il prestatore di lavoro subordinato come colui che *“si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore”*.

La nozione di “subordinazione” è stata più volte oggetto di studio da parte della giurisprudenza che – tra i criteri che consentono l'individuazione del rapporto di lavoro subordinato – ritiene determinanti l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro.

La disciplina del rapporto di lavoro subordinato si trova nel libro V, titolo I, del codice civile (artt. dal 2094 al 2134), nei contratti collettivi sottoscritti dalle varie associazioni di categoria e nel contratto individuale. Il contratto individuale rappresenta l'aspetto più “periferico” della disciplina; le clausole del contratto individuale vengono automaticamente sostituite dalle norme di carattere imperativo con cui contrastino o dalla disciplina indicata nel contratto collettivo a cui derogano in senso peggiorativo per il dipendente.

Come si è detto, il principale indice da cui deriva la subordinazione è il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore di lavoro. Vi sono, tuttavia, alcuni particolari rapporti di lavoro (ad esempio, il rapporto dirigenziale) che si mal si conciliano con il vincolo di soggezione come sopra descritto.

In questi casi, la giurisprudenza ha individuato una serie di indici sussidiari ed accessori sintomatici della subordinazione. Questi indici sono:

- lo stabile inserimento nell'organizzazione dell'impresa (attraverso, ad esempio, l'assegnazione di una postazione lavorativa fissa);
- l'assunzione del rischio da parte del datore di lavoro (ad esempio, il datore si fa carico del costo del lavoratore assente per malattia);
- l'esecuzione del lavoro con materiali e attrezzature del datore di lavoro;
- il pagamento a scadenze periodiche, generalmente mensile;
- il rispetto di un orario di lavoro (ovvero l'obbligo di giustificare eventuali assenze e/o ritardi);
- la continuità e la sistematicità della prestazione.

Si noti bene che i criteri a cui fare riferimento per distinguere il lavoro

autonomo da quello subordinato sono comunque connessi con le concrete modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Anche la formulazione letterale del contratto può essere utile per individuare la volontà delle parti. Tuttavia, qualora il contratto sia formalmente “in linea” con i canoni del rapporto di lavoro autonomo, ma il lavoro si svolge, in concreto, secondo le modalità tipiche del rapporto di lavoro subordinato, la sostanza (rapporto di lavoro subordinato) prevarrà sulla forma (rapporto autonomo).

I principali contratti di lavoro autonomo sono:

- il contratto d’opera (disciplinato dall’art. 2222 cod. civ.): il prestatore di opera si obbliga a compiere, verso un corrispettivo, un’opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio e senza vincoli di subordinazione nei confronti del committente; in sostanza, si tratta di un rapporto di lavoro autonomo che prevede l’impegno personale del prestatore di lavoro, con un apporto dei mezzi limitato rispetto all’attività personale;
- il contratto per prestazione d’opera intellettuale che è previsto all’art. 2230 cod. civ. e ha le stesse caratteristiche del contratto d’opera, ma il cui oggetto è una prestazione d’opera intellettuale (è regolato da una serie di norme che tengono conto della specificità di quel tipo di rapporto);
- il contratto di appalto disciplinato dall’art. 1655 del codice civile e con il quale l’appaltatore assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro; in sostanza, rispetto alle fattispecie precedenti, l’aspetto che caratterizza il contratto di appalto è proprio “l’organizzazione di mezzi necessari” e non, come nei casi precedenti, il lavoro prevalentemente proprio del prestatore di lavoro;
- l’associazione in partecipazione disciplinata all’art. 2549 cod. civ. e che è il contratto attraverso il quale l’associato in partecipazione ottiene una partecipazione ai diritti dell’impresa dell’associante di uno o più affari quale corrispettivo di un determinato apporto di lavoro.

Nella maggior parte dei casi, l’onere della prova circa la sussistenza degli indici sintomatici della subordinazione grava sul lavoratore che ne richieda l’accertamento in sede giudiziale; l’eccezione, è il datore di lavoro.

ro che agisca al fine di contrastare le pretese di obbligazione contributiva avanzate dagli organi ispettivi del Ministero del Lavoro (in tal caso, infatti, l'onere della prova grava sul datore di lavoro che dovrà dimostrare, attraverso specifici fatti, che il rapporto di lavoro si è svolto secondo i criteri propri dell'autonomia, cfr. tra le tante, Cassazione 13 dicembre 2004 n. 26129).

## **2. IL RAPPORTO DI LAVORO: DALL'IMPEGNO ALL'ASSUNZIONE AL CONTRATTO DEFINITIVO.**

Molto spesso - anche al fine di invogliare un dipendente già occupato presso altra azienda a lasciare il "vecchio" datore di lavoro - il datore di lavoro rilascia al lavoratore una lettera di impegno all'assunzione.

L'impegno all'assunzione, infatti, instilla nel lavoratore la ragionevole certezza di maturare dei diritti nei confronti dell'azienda che ha rilasciato l'impegno.

Affinché la lettera di impegno sia valida, essa deve contenere tutti gli elementi essenziali ad individuare il rapporto di lavoro. Tale circostanza è determinante; in caso di violazione da parte del datore di lavoro dell'impegno di assumere, il lavoratore potrà alternativamente pretendere:

- a) che sia emessa una sentenza che produca gli effetti del contratto (in sostanza, il Giudice dichiarerà costituito il rapporto di lavoro con effetto dal momento in cui è stata presentata la domanda giudiziale, obbligando il datore di lavoro a far fronte a tutte le obbligazioni connesse);
- b) di risolvere il contratto.

In ogni caso, il lavoratore avrà diritto ad ottenere dal datore di lavoro inadempiente il risarcimento dei danni subiti.

Gli elementi essenziali dell'impegno all'assunzione (che verranno, poi, ribaditi nel successivo contratto di assunzione) sono: le parti, la data di inizio del rapporto, l'inquadramento del dipendente, la descrizione delle mansioni (che può avvenire anche *per relationem* e cioè tramite l'indica-

zione di un profilo professionale indicato nel contratto collettivo, purché ovviamente sufficientemente descrittivo), l'indicazione del luogo di lavoro, l'indicazione della retribuzione (componente fissa e, se concordata, anche variabile), indicazione del contratto collettivo applicabile.

Le parti possono, poi, liberamente concordare ulteriori clausole per personalizzare il rapporto di lavoro secondo le rispettive e peculiari esigenze (ad esempio, i *fringe benefits*).

Qualora il dipendente svolga determinate mansioni, inoltre, sarà necessario informarlo sulla disciplina circa la prevenzione degli infortuni.

Sono sempre più diffuse anche le clausole che regolamentano le modalità di utilizzo degli strumenti aziendali (ad esempio, *computer e/o* casella di posta elettronica aziendale).

Tra gli elementi accessori – di cui tratteremo estesamente a breve – ricordiamo il patto di prova (che deve necessariamente essere contenuto anche nell'impegno all'assunzione; l'eventuale patto di prova apposto nella lettera definitiva e non presente nell'impegno all'assunzione sarebbe come non apposto), il patto di stabilità, il patto di non concorrenza (che, tuttavia, può essere concordato in qualunque momento del rapporto di lavoro, finanche dopo la cessazione dello stesso).

Veniamo ora alla forma del contratto.

In Italia vige il principio della libertà di forma contrattuale; qualora il rapporto di lavoro inizi fattivamente anche in assenza di una formale assunzione, la legge ed il contratto collettivo provvedono ad integrare tutte le clausole del rapporto di lavoro.

Vi sono, tuttavia, alcuni contratti che richiedono la forma scritta. Ad esempio, i contratti di apprendistato e a tempo parziale richiedono la forma scritta ai fini della prova; la mancanza di forma scritta del contratto di apprendistato comporta per il datore di lavoro una sanzione amministrativa, mentre, qualora non sussista la prova della stipulazione del contratto di lavoro *part-time*, il dipendente potrà chiedere al Giudice, ed ottenere, la trasformazione del *part-time* in contratto di lavoro a tempo pieno.

Anche alcuni elementi accidentali del contratto che richiedono la forma scritta; ad esempio, il patto di non concorrenza richiede la forma scritta a pena di nullità, così come il patto di prova.

### **3. IL PERIODO DI PROVA.**

Il periodo di prova è disciplinato dall'art. 2096 cod. civ., i contratti collettivi ne definiscono la durata.

L'art. 2096 cod. civ. dispone che il periodo di prova debba risultare da atto scritto e che, una volta sottoscritto, le parti abbiano l'obbligo di consentire/fare l'esperimento che forma oggetto del patto medesimo.

Durante il periodo di prova, le parti possono recedere liberamente senza obbligo di preavviso a meno che non sia stabilito un tempo minimo necessario per l'esperimento della prova. Qualora il periodo di prova venga superato senza che nessuna delle due parti abbia provveduto a risolvere il rapporto, il rapporto si trasforma automaticamente in rapporto a tempo indeterminato.

La durata del patto di prova è stabilita dalla legge nei suoi limiti massimi (6 mesi per i dirigenti e impiegati con funzioni direttive e di 3 mesi per gli impiegati non aventi funzioni direttive) e dal contratto collettivo applicabile, che spesso prevede un periodo inferiore a quello di legge.

Come si è detto, il patto di prova deve risultare da atto scritto e, pena la nullità, deve essere sottoscritto prima dell'inizio dell'attività lavorativa ed indicare espressamente le mansioni che il dipendente andrà a svolgere (anche con possibile richiamo alla figura professionale prevista dal contratto collettivo, ove esaustiva), nonché il termine della prova stessa.

Il patto di prova ha la funzione di consentire ad entrambe le parti di verificare l'utilità e l'opportunità della costituzione del rapporto di lavoro. In particolare, il datore di lavoro verifica non solo la capacità e l'attitudine professionale del lavoratore, ma anche la correttezza, la serietà e persino il carattere del medesimo.

Il lavoratore, per contro, valuta la convenienza all'occupazione del posto di lavoro ed eventualmente se le mansioni e le prospettive di crescita professionale siano compatibili con le sue aspettative.

Come si è detto, sino al termine del periodo di prova le parti possono recedere senza alcun obbligo di motivazione.

Il recesso in prova può essere illegittimo quando al dipendente non siano state attribuite le mansioni indicate nella lettera di assunzione; quando la verifica dell'attitudine del dipendente venga condotta su mansioni diverse da quelle stabilite all'assunzione; quando il periodo di prova sia palesemente inadeguato (ad esempio, pochi giorni); quando la man-

cata assunzione definitiva sia connessa con un motivo illecito o estraneo al rapporto di lavoro (per esempio, per motivi discriminatori attinenti a religione, sesso, età, attività sindacale, politica e quant'altro); quando il dipendente dimostri di aver effettivamente superato la prova in modo positivo (si tratta di una prova molto molto difficile da poter fornire al Giudice).

L'illegittimità del recesso in prova, secondo i principali orientamenti della giurisprudenza, comporta o il diritto del dipendente a proseguire la prova o un risarcimento del danno.

Qualora, viceversa, il licenziamento fosse determinato da motivo illecito e/o discriminatorio, il dipendente maturerà il diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro.

## **4. IL PATTO DI STABILITÀ.**

Il patto di stabilità impegna le parti a non esercitare il diritto di recesso per un determinato periodo di tempo; la clausola può essere prevista a favore di una o di entrambe le parti.

Nella maggioranza dei casi, il datore di lavoro si impegna a garantire una certa stabilità al dipendente che, dovendo lasciare altro impiego, sia preoccupato per il proprio futuro lavorativo.

Normalmente, a fronte dell'impegno del dipendente a non recedere dal contratto per un determinato periodo, viene previsto un corrispettivo.

Il patto di stabilità può essere risolto legittimamente soltanto per giusta causa o per l'impossibilità sopravvenuta della prestazione (quando, per esempio, la società fallisca o venga meno la licenza per svolgere l'attività per cui era stato specificatamente assunto il dipendente).

Nel caso di violazione del datore di lavoro, il prestatore di lavoro può agire per ottenere la corresponsione, a titolo di risarcimento del danno, delle retribuzioni che avrebbe maturato se il rapporto non fosse stato legittimamente ed anticipatamente risolto dal datore di lavoro.

Ovviamente, in questo caso, il datore di lavoro ha la possibilità di chiedere una riduzione del risarcimento qualora fornisca prova che, nelle more, il dipendente abbia trovato un'altra occupazione.

Qualora sia il prestatore di lavoro a violare il patto di stabilità, il datore

di lavoro potrà chiedere il risarcimento dei danni; tale ipotesi generalmente si verifica quando il dipendente abbia beneficiato di una formazione particolarmente costosa (ad esempio, un *master*) che per il datore di lavoro rappresentava un investimento per assicurarsi una prestazione con certi *standard* e per una certa durata.

Altro caso tipico è quello della promozione del dipendente a fronte della quale il datore chiedeva una certa stabilità.

Ovviamente, in questi casi la quantificazione dei danni è molto più incerta e, per tale motivo, molto spesso si tende ad ovviare con la fissazione di una penale.

## **5. LA FLESSIBILITÀ IN AZIENDA: FOCUS SUL NUOVO CONTRATTO A TERMINE (D.L. N. 87/2018).**

Alcune delle più rilevanti novità introdotte dal c.d. “decreto dignità” (Decreto Legge 12 luglio 2018, n. 87 - in vigore dal 14 luglio 2018 e convertito in Legge n. 96 del 2018) interessano i contratti a tempo determinato.

Come noto agli “addetti ai lavori”, si tratta delle ennesime modifiche a tale tipologia contrattuale che, nel corso degli ultimi anni, ha subito numerosissimi interventi normativi.

La nuova disciplina dei contratti a termine si applica ai contratti a tempo determinato stipulati successivamente al 14 luglio 2018, nonché ai rinnovi e alle proroghe contrattuali successivi al 31 ottobre 2018.

La maggiore novità del D.L. n. 87/2018 in materia di contratto a termine è, senz'altro, la reintroduzione delle causali obbligatorie in ipotesi di contratto a termine della durata superiore ai dodici mesi.

In sostanza: via libera ai contratti a tempo determinato privi di causale se di durata inferiore o uguale a dodici mesi, mentre, per i contratti con durata superiore ai dodici mesi, è necessaria la presenza di almeno una delle seguenti condizioni (individuate all'art. 19 D.Lgs. n. 81/2015, come modificato dal citato D.L. n. 87/2018):

- a) *“esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività, ovve-*

*ro esigenze di sostituzione di altri lavoratori”;*

- b) *“esigenze connesse a incrementi temporanei significativi e non programmabili dell’attività ordinaria”.*

La condizione individuata alla lettera b) si presta - certamente - a differenti interpretazioni; ad esempio, il legislatore non specifica se gli “incrementi” indicati nella condizione debbano essere sia “significativi” che “temporanei” e “non programmabili” oppure se ognuno di tali criteri sia sufficiente a costituire una valida causale.

Con ogni probabilità, l’interpretazione delle “condizioni” genererà un nuovo picco di contenzioso.

La seconda novità fondamentale della nuova disciplina del contratto a termine è rappresentata dalla durata complessiva del rapporto di lavoro che, comunque, non può eccedere i n. 24 mesi (in precedenza, n. 36 mesi). Inoltre, non potranno essere stipulate più di n. 4 proroghe nei 24 mesi (mentre, in precedenza, erano concesse n.5 proroghe nei 36 mesi).

Il Decreto Dignità ha inoltre esteso a n. 180 giorni il termine di impugnazione stragiudiziale del contratto a termine (in precedenza il termine era fissato in n. 120 giorni); entro 180 giorni dall’impugnazione stragiudiziale deve poi essere radicato il processo.

Ecco, quindi, i capisaldi della attuale disciplina del contratto a termine (nonché le sanzioni previste in ipotesi di violazione della medesima disciplina):

- necessità di atto scritto per ogni contratto di durata superiore a n. 12 giorni (in assenza di atto scritto il termine sarà considerato privo di effetto); una copia del contratto dovrà essere consegnata al dipendente entro n.5 giorni dall’inizio della prestazione lavorativa;
- il contratto di durata superiore a n. 12 mesi privo delle condizioni (causali) prescritte al citato art. 19 D.Lgs. n. 81 del 2015 si trasformerà in contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento dei 12 mesi;
- in ipotesi di superamento del limite massimo di n. 24 mesi (con unico contratto o per successione di contratti) si avrà la trasformazione del contratto a tempo indeterminato dalla data di superamento dei 24 mesi;
- in ipotesi di rinnovo del contratto a termine, è necessario specificare le causali; in caso di proroga è necessario specificare le causali

solo quando il termine complessivo sia superiore ai 12 mesi; in caso di violazione, è prevista la trasformazione a tempo indeterminato;

- possibilità di prorogare il contratto indicandone la causale, nel rispetto del limite massimo di n. 24 mesi e per un massimo di n. 4 proroghe; dalla 5° proroga, il contratto si trasforma a tempo indeterminato;
- possibilità di stipulare un ulteriore contratto di massimo n. 12 mesi unicamente presso l'Ispettorato del Lavoro (in ipotesi di violazione della procedura oppure di superamento del termine massimo, il contratto si trasformerà a tempo indeterminato dalla data di stipulazione di quel contratto);
- trasformazione del contratto a tempo indeterminato (dal nuovo contratto) in caso di riassunzione del dipendente entro n. 10 giorni dalla data di scadenza del contratto che abbia durata sino a sei mesi (oppure entro n. 20 giorni dalla data di scadenza del contratto che abbia avuto durata superiore a sei mesi);
- trasformazione a tempo indeterminato (dalla scadenza dei relativi termini) in ipotesi di continuazione del rapporto oltre il termine di durata iniziale o prorogato per oltre n. 30 giorni se il contratto ha durata inferiore a 6 mesi (e oltre n. 50 giorni negli altri casi). In tale ipotesi sono previste delle maggiorazioni di retribuzione per ogni giorno successivo al termine;
- trasformazione a tempo indeterminato in ipotesi di violazione dei divieti previsti ex art. 20 D.Lgs. n. 81/2015 e ss. e cioè: stipulazione di contratto a termine per la sostituzione di dipendenti in sciopero, presso unità produttive dove si è preceduto nei sei mesi precedenti a licenziamenti collettivi; presso unità produttive dove vi sono una sospensione del lavoro o una riduzione dell'orario in regime di CIG; da parte di datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi;
- i contratti a termine per attività stagionali possono essere rinnovati o prorogati anche in assenza delle causali.

In ipotesi di trasformazione del contratto a tempo indeterminato, il dipendente avrà diritto ad ottenere una indennità risarcitoria da 2,5 a 12 mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR (art. 28, D.Lgs. n. 81/2015).

Si segnala che ai dirigenti non si applica la disciplina del contratto a tempo determinato di cui al D.lgs. n. 81/2015; i contratti di lavoro a termine con i dirigenti non possono avere durata superiore ai cinque anni, salvo il diritto del dirigente di recedere ex art. 2118 cod. civ. una volta decorso un triennio.



*Capitolo 2*

**MOBILITÀ ENDOAZIENDALE  
ALLA LUCE DEL NUOVO  
ART. 2103 C.C.**

**Giorgio Treglia**  
*Partner*  
*LabLaw Studio Legale*

## 1. INTRODUZIONE

Il tema della mobilità endoaziendale è certamente di viva attualità, soprattutto alla luce del d.lgs. 81/2015. In tale situazione può risultare un poco difficile immaginare di compiere una trattazione esaustiva della tematica; quindi le note che seguono hanno la sola funzione di un breve cenno intorno alle questioni che l'operatore del diritto e l'uomo d'azienda devono spesso risolvere.

Innanzitutto è da dire che l'art. 2103 c.c., precedentemente alla riforma, prevedeva soltanto la promozione a funzioni superiori, con la conseguenza che un "passo indietro" nella carriera del lavoratore era qualcosa di assolutamente impensabile. Vedremo nel prosieguo che questo principio è stato in parte temperato dalla legge di riforma.

## 2. IL RAPPORTO DI LAVORO: OBBLIGHI DELLE PARTI E RESPONSABILITÀ

Per poter correttamente individuare la fattispecie di che trattasi è necessario, seppure in modo sommario, dare atto che il rapporto di lavoro subordinato è regolato dagli artt. 2094 e segg. del cod. civ. e che, comunque, trattasi di contratto a prestazioni corrispettive in cui il primario obbligo delle parti, ai sensi dell'art. 1375 c.c., è quello di comportarsi secondo buona fede. E il principio della buona fede lo ritroviamo ancora nella teoria dell'interpretazione del contratto (art. 1366), nonché durante la fase delle trattative (art. 1337)<sup>1</sup>.

Questo generale principio, soprattutto nel contratto di lavoro, si trasmuta nella specificità delle obbligazioni dell'una e dell'altra parte, in quanto il rapporto di lavoro è rapporto complesso.

Più in particolare, la prestazione di lavoro costituisce l'oggetto dell'obbligazione principale del lavoratore, di talché egli deve svolgere la sua obbligazione con diligenza, obbedienza e fedeltà.

---

1. In dottrina, in linea generale, cfr. DE LUCA TAMAJO, CARINCI, TOSI, TREU, *Diritto del Lavoro* Vol. II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, UTET, 2016; GHERA, GARILLI, GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2017.

Corrispettivamente si riconosce, in capo al datore di lavoro, il potere di modificare le mansioni, oltre gli ambiti convenuti al momento dell'assunzione, nel rispetto del generale canone di buona fede contrattuale. Esso costituisce una delle manifestazioni del potere direttivo: è manifestazione di "autorità privata" e la sua disciplina è contenuta nell'art. 2103 c.c. appena citato.

Possiamo aggiungere, dunque, che il potere giuridico fondamentale del datore di lavoro è quello direttivo, ovvero il potere di organizzare, vigilare sull'esecuzione della prestazione del lavoratore, in vista degli interessi sottesi al rapporto.

Ne discende come al datore sia ovviamente consentito organizzare il lavoro dei propri dipendenti, assegnando ora queste, ora quelle mansioni, ma senza che ciò vada a cozzare con quei principi che vedremo fra poco.

### 3. LA PORTATA DELL'ART. 2103 C.C. PRIMA DELLA RIFORMA

Come è noto fu il legislatore dello Statuto dei Lavoratori ad intervenire modificando l'art. 2103 del c.c., configurando come bene non disponibile quello della posizione occupata dal lavoratore all'interno dell'organizzazione produttiva.

In sostanza il datore aveva un limite al potere di variazione della detta posizione: un limite alle mansioni. Infatti, fu enucleato, fra l'altro, un criterio di stretta equivalenza delle nuove mansioni rispetto alle precedenti.

Va ricordato che per mansioni si intende l'insieme dei compiti e delle specifiche attività che il prestatore di lavoro deve eseguire nell'ambito del rapporto di lavoro<sup>2</sup>.

In ogni caso, va detto che al datore era consentito modificare le mansioni del lavoratore, attraverso uno specifico potere denominato *jus va-*

---

2. V. BROLLO, VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*, in AA.VV. *Contratto di lavoro e organizzazione*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, Cedam, 2012, p. 559,ss.

*riandi*, giustificato da esigenze di organizzazione del lavoro, che talvolta richiedevano modifiche non prevedibili, magari perché connesse ad eventi straordinari e speciali.

Tuttavia, come detto, l'art. 2103 cod. civ., costituiva, per alcuni autori un totale impedimento al principio dello *jus variandi*, anche perché era comunque vietata una *variabilità in pejus* della retribuzione. Infatti, era impedito ogni e qualsiasi mutamento delle mansioni, se non con il consenso specifico del lavoratore<sup>3</sup>. In realtà sembrava che la norma *de qua* fosse intesa a limitare i poteri direttivi del datore e non ad eliminarli. Secondo altra dottrina<sup>4</sup>, si doveva ritenere che la norma intervenisse nei confronti di qualsiasi vicenda modificativa dei compiti contrattualmente dovuti, a prescindere dal titolo della variazione, sia essa conseguente all'esercizio del potere direttivo, dello *jus variandi*, o di accordi modificativi.

Invero, la lettera della legge non consentiva interpretazioni molto favorevoli per il datore, anche a giudicare dalle pronunce della magistratura di merito. Ad esempio, era affermato che il divieto di variazioni *in pejus* operasse anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, fossero assegnate, di fatto, mansioni sostanzialmente inferiori, sicché nell'indagine circa tale equivalenza, non fosse sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma, fosse necessario accertare che le nuove mansioni fossero aderenti alla specifica competenza del dipendente, salvaguardando il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali<sup>5</sup>.

Maggiore forza era stata poi attribuita dal legislatore alla normativa di che trattasi, laddove era detto che ogni patto contrario era nullo. Vedremo che la riforma ha mantenuto inalterata questa locuzione.

---

3. V. fra gli altri, SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori* (relazione AIDLASS), Giuffrè, Milano, 1972, p. 23 ss..

4. CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *op.cit.* nell'edizione del 1999, p. 239 ss..

5. Così Cass. 10 agosto 1999, n. 8577, in *Lav. Giur.* 2000, 2, 175.

## 4. IL NUOVO ART. 2103 C.C.

Con l'arrivo del d. lgs. 81/2015, è stata riorganizzata la disciplina organica dei contratti di lavoro ed è stata compiuta una revisione in tema di mansioni<sup>6</sup>. E ciò sulla base dei contenuti di cui all'art. 1, VII co., della nota Legge delega 10 dicembre 2014, n. 183; norma che conferiva, appunto, la delega al Governo per l'adozione di uno o più decreti legislativi improntati alla revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando, da un lato, l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale e, dall'altro, l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, delle professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento. Pure, era indicata l'ipotesi che la contrattazione collettiva, compresa quella aziendale e di secondo livello, potesse individuare ulteriori ipotesi, rispetto a quelle individuate dal legislatore delegato.

Ecco, quindi, la nascita del nuovo art. 2103 c.c. che, intanto, prevede che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, oppure a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. Come si può notare, è venuto meno il parametro dell'equivalenza delle mansioni, inteso come limite all'esercizio del potere direttivo del datore di lavoro.

Certamente il termine "riconducibili", riferito allo stesso livello di mansioni appare un poco troppo generico<sup>7</sup>; una soluzione interpretativa coerente potrebbe essere quella di una equivalenza dinamica, anche attraverso il percorso formativo che la norma ora prevede.

Qui, si deve segnalare che l'adibizione a mansioni "riconducibili allo

---

6. Per una completa disamina dei contenuti della riforma, cfr. FERRANTE, *La nuova disciplina della mansioni del lavoratore*, in *I Quaderni del C.E.D.R.I.*, 1/2015, p. 1 ss. V. pure, DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E.* "Massimo D'Antona".it, 263/2015; LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel d. lgs. n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, *ivi*, 257/2015.

7. Come non manca di notare FERRANTE, *op. cit.*, p. 5.

stesso livello e categoria legale di inquadramento alle ultime effettivamente svolte”<sup>8</sup> introduce una ipotesi di *jus variandi* orizzontale; in tal caso, il giudizio di equivalenza va condotto assumendo come parametro soltanto le astratte previsioni del sistema di classificazione adottato dalla contrattazione collettiva di riferimento<sup>9</sup>. In sostanza siamo di fronte ad un criterio basato sulla tipicità negoziale legata all’equivalenza professionale valutata dall’autonomia collettiva.

Una novità è quella per cui, in caso di modifica egli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore, lo stesso possa essere adibito a mansioni inferiori, sempreché rientranti nella stessa categoria legali. Il riferimento alla categoria legale è ancorato ad una interpretazione letterale dell’art. 2095 c.c., ma va dato atto come molta della contrattazione collettiva abbia superato almeno la distinzione fra impiegato ed operaio, mentre sia rimasta una traccia più evidente della categoria dei quadri. I dirigenti, come è noto godono di una contrattazione collettiva monocategoriale ed a loro espressamente riservata. Ad ogni buon conto, parrebbe ora possibile un inquadramento inferiore, senza limiti, purché sia fatta salva la categoria di appartenenza ed il trattamento retributivo in godimento.

Va ricordato, infine, che la norma prevede un obbligo di formazione a favore del lavoratore, ove ciò sia necessario in relazione alle nuove mansioni; tuttavia il mancato assolvimento di tale obbligo formativo non determina la nullità dell’atto di assegnazione ai nuovi incarichi di lavoro.

## **5. IL MODO DI ATTUAZIONE DEL DEMANSIONAMENTO**

Il mutamento di mansioni *in pejus* va comunicato per iscritto a pena di nullità; come già osservato, in questo caso il lavoratore ha diritto sia al mantenimento del precedente livello di inquadramento, sia al godimento della stessa retribuzione, fatta eccezione per gli elementi retributivi

---

8. Così si legge alla fine del primo comma dell’art. 2103 c.c.

9. FOSSATI MELCHIONDA, *Assegnazione a mansioni inferiori: unilaterale e concordata*, in *Guida alle Paghe* 7/2016, p. 359.

collegati a particolari “modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa”<sup>10</sup>.

Ovviamente nella comunicazione scritta andranno indicati i motivi del demansionamento che, come si è visto, devono essere “agganciati” alla modifica di assetti organizzativi aziendali che incida direttamente sulla posizione del lavoratore. Si può pensare, ad esempio, alla soppressione di un posto di lavoro a seguito dell’introduzione di procedure di esternalizzazione dell’attività aziendale<sup>11</sup>.

Ulteriore riflessione, è quella per cui l’attuazione di un demansionamento, pur prevista dalla norma ed a patto che sia scritta, motivata e giustificata, presta il fianco ad una probabile ipotesi di contenzioso: quale quel lavoratore felice di essere demansionato, pur mantenendo inquadramento e retribuzione? Forse solo il timore della perdita del posto di lavoro potrà indurre il medesimo ad “astenersi” dall’intentare causa al proprio datore.

Ad ogni buon conto, il comma 6 della norma prevede ora che avanti le commissioni di certificazione, o comunque in tutte le sedi individuate dall’art. 2113 c.c., sia possibile la stipulazione di accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della retribuzione. Insomma in sede protetta<sup>12</sup> è possibile attuare qualunque tipo di demansionamento, ivi compreso quello che sia accompagnato da una diminuzione della retribuzione e ad una modifica della categoria di appartenenza. Si ricorda che, in questo specifico caso, il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante sindacale cui abbia conferito mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

In conclusione, siamo di fronte ad una maggiore possibilità di modifica delle mansioni, anche in deroga a tutti i limiti appena visti e con libertà, per le parti del rapporto di lavoro, di autodeterminarsi.

Una importante novità è costituita dal fatto che il sesto comma vuole che, anche l’accordo in sede protetta, sia stipulato: 1) nell’interesse del lavoratore, 2) che consenta al medesimo la conservazione dell’occupa-

---

10. Si pensi al cassiere di una banca che viene adibito a mansioni differenti ed inferiori: in tal caso perderà, a titolo di esempio, l’indennità maneggio denaro.

11. Cfr. MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, in *Dir. Prat. Lav.* 30/2015, p. 1813.

12. Per sedi protette si intendono quelle di conciliazione cui al IV comma dell’art. 2113 c.c. che richiama il disposto di cui agli artt. 185, 410, 411, 412 *ter*, 412 *quater* c.p.c., oltre alle sedi di certificazione previste dal d. lgs. 276/2003.

zione; 3) che egli acquisisca una diversa professionalità, oppure che migliorino le sue condizioni di vita. Sarà opportuno che nell'accordo tali elementi siano specificati a chiare lettere.

## **6. IL CRITERIO RISARCITORIO**

Il legislatore nulla ha innovato in tema di risarcimento del danno. Pertanto, laddove sia attuato un demansionamento che sia considerato illegittimo da parte del lavoratore, egli potrà agire per sentir dichiarare innanzitutto l'illegittimità dell'adibizione a mansioni inferiori e poi potrà chiedere il correlativo risarcimento del danno. Trattasi di tematica ancora non espressamente codificata che meriterebbe una trattazione a parte. Possiamo solo ricordare, in tal caso, l'ipotesi della sussistenza di un danno biologico, inteso come il pregiudizio che la persona risente in conseguenza della menomazione arrecata alla sua integrità fisiopsichica e che è rappresentato dall'incidenza negativa di tale menomazione sull'esplicazione delle attitudini del soggetto nella sfera privata e nelle relazioni sociali. Conseguentemente, anche la capacità lavorativa generica - e cioè la potenziale attitudine all'attività lavorativa - si presenta come un aspetto della personalità, e perciò il risarcimento del danno biologico ne esaurisce la rilevanza.

Ed è proprio in questo senso che si è parlato, soprattutto sotto il vigore della precedente disciplina normativa, di risarcimento del danno alla salute per il caso di illegittima dequalificazione, o di illegittimo mutamento di mansioni.

Discende da quanto detto che qualunque condotta, ove lesiva di un diritto altrui, può comportare un risarcimento; dovrà, tuttavia, darsi la prova, non solo del danno in sé, ma anche del nesso di causalità fra comportamento del datore ed evento lesivo. E ciò sia in base al generale principio stabilito dall'art. 2697 c.c., sia quando il danno in questione dipenda dalle obbligazioni derivanti da rapporto di lavoro (arg. *ex* art. 1223 c.c.).

Una volta, poi, che sia provato il fatto, il danno ed il nesso di causalità, sarà necessario procedere alla sua quantificazione; diversamente, salvo il caso di una domanda giudiziale tendente ad ottenere la sola condanna

generica, il giudice dovrà rigettare la stessa, appunto perché non provata. Certo potrà farsi riferimento ad un giudizio di equità, così come prevede l'art. 1226 c.c. e l'art. 114 c.p.c., anche se il criterio equitativo non è sempre di facile individuazione.

Allo stato, non esiste un sistema predeterminato per la quantificazione del danno alla salute e, almeno *de jure condendo*, un intervento che tracci le linee di un parametro guida sarebbe del tutto auspicabile.

## **7. LA MOBILITÀ VERSO L'ALTO ED IL TRASFERIMENTO**

Il comma 7 del nuovo art. 2103 c.c. prevede un nuovo periodo di tempo per l'assegnazione definitiva a mansioni superiori: ove il lavoratore svolga continuativamente e per un periodo di sei mesi (in precedenza erano tre) funzioni tipiche di un livello superiore, tale assegnazione diverrà definitiva e, corrispondentemente, il relativo trattamento economico. E' fatta salva la diversa volontà del lavoratore, oppure la diversa previsione della contrattazione collettiva. Dunque il lavoratore potrebbe esprimere una volontà contraria alla promozione, con diritto alla riassegnazione alle originarie mansioni. E' il caso di chi rifiuta la qualifica dirigenziale, perché, a titolo di esempio, perde la garanzia di stabilità reale del posto di lavoro.

Ovviamente è esclusa la promozione "automatica" ove le mansioni superiori siano state svolte per ragioni sostitutive di altro lavoratore.

E' fatta salva anche la diversa durata prevista dalla contrattazione collettiva, ivi compresa quella aziendale che potrà allungare, oppure ridurre, il detto lasso di tempo.

Resta, da ultimo, da fare un cenno al trasferimento del lavoratore. Come nel passato, questa ipotesi è attuabile solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive; restano, quindi, immutate tutte le problematiche connesse. Ricordiamo solo che il trasferimento deve essere scritto e motivato e va, o dovrebbe essere, comunicato al lavoratore con un congruo termine, come del resto prevede molta della contrattazione collettiva. Le questioni relative alla corretta

interpretazione ed attuazione di tali tematiche sono assai complesse e meriterebbero una trattazione a parte.

L'ultimo comma del nuovo art. 2103 c.c. prevede che ogni patto contrario sia nullo, salvo quanto disposto al IV e dal VI comma dell'articolo stesso.

## **8. CONCLUSIONI**

Il nuovo articolo, in breve commento, sembra costituire il massimo sforzo che il legislatore sia riuscito a porre in essere in una materia così delicata. Del resto, l'alternativa era, forse, quella di rendere assolutamente "libere" le parti del rapporto di lavoro di gestire le trattative sull'inquadramento e sulla mobilità all'interno dell'azienda, eliminandosi il concetto di contraente più debole che ancora si riconosce in capo al lavoratore. Non resta che attendere l'interpretazione della giurisprudenza in relazione alla casistica che andrà a presentarsi innanzi al giudice.

*Capitolo 3*

**LA TUTELA DEL KNOW HOW  
AZIENDALE. PATTO DI NON  
CONCORRENZA E STORNO DEI  
DIPENDENTI. QUALI STRUMENTI  
ADOTTARE PER PROTEGGERE  
EFFICACEMENTE L'AZIENDA E IL  
PROPRIO PATRIMONIO**

**Carlo Fossati**

*Partner*

*Studio Ichino Brugnatelli e Associati*

## 1. IL KNOW HOW AZIENDALE.

Negli ultimi decenni, il mercato imprenditoriale è stato interessato da significativi e repentini processi di innovazione tecnologica che hanno portato con loro il fenomeno della “dematerializzazione” delle informazioni e della dissociazione tra la sede dell’impresa e il luogo effettivo di lavoro.

Ciò ha determinato una maggiore attenzione da parte delle aziende alla tutela del *know how*. Nell’attuale scenario economico, infatti, il *know how* aziendale può assumere un valore di gran lunga superiore rispetto ai beni strumentali fino a rappresentare, in alcuni casi, l’unico vero *asset* dell’impresa.

Si comprende, dunque, la sempre più frequente richiesta agli operatori del diritto di individuare strumenti per la salvaguardia dei beni immateriali aziendali, le cui componenti sono talmente eterogenee e sfuggibili da rendere la sfida tutt’altro che semplice.

Il punto di partenza per chi affronta questo tipo di tematiche non può che essere rappresentato dal “cosa” andare a tutelare nel *mare magnum* delle informazioni, dati e processi che formano il patrimonio aziendale nel senso che in questa sede interessa.

### 1.1 La nozione di know how aziendale.

A livello internazionale, un primo riconoscimento della nozione di *know how* si rinviene nel trattato firmato a Marrakech il 15 aprile 1994 – noto come “Accordo TRIPS”<sup>(13)</sup> <sup>(14)</sup> che ha ricondotto nella categoria delle “informazioni segrete” quelle informazioni «a) ... *che non sono, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili a persone che normalmente si occupano del tipo di informazioni in questione; b) abbiano valore commerciale in quanto segrete; c) siano state sottoposte, da parte della persona al cui legittimo controllo sono soggette, a misure adeguate nel caso in questione intese a mantenerle segrete*»<sup>(15)</sup>.

---

13. Acronimo di Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

14. ( ) Il trattato è stato ratificato dall’Italia con l. 29 dicembre 1994, n. 747.

15. Art. 39, Accordo TRIPS.

In ambito comunitario, invece, il Regolamento CE 772/2004 ha identificato il *know how* nel «*patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate, derivanti da esperienze e da prove, patrimonio che è: i) segreto, vale a dire non generalmente noto, né facilmente accessibile; ii) sostanziale, vale a dire significativo e utile per la produzione dei prodotti contrattuali; e iii) individuato, vale a dire descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità*».

Il d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30, attuativo del Regolamento CE appena menzionato e comunemente conosciuto come Codice della Proprietà Intellettuale (CPI), infine, ha trasfuso i principi sopra elencati nell'ambito della normativa italiana, identificando nell'«oggetto» della propria tutela, *«le informazioni aziendali e le esperienze tecnico-industriali, comprese quelle commerciali, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni: a) siano segrete, nel senso che non siano nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; b) abbiano valore economico in quanto segrete; c) siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete»*.

## **1.2 Interpretazioni giurisprudenziali.**

La giurisprudenza, sia di legittimità che di merito, ha contribuito allo sviluppo della nozione di *know how*, precorrendo, talvolta, anche i tempi del legislatore.

È quel che è accaduto, ad esempio, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 1699 del 27 febbraio 1985, nota sia per aver risolto in senso affermativo il dibattito circa l'ammissibilità o meno di un *know how* commerciale accanto a quello industriale, sia per aver tracciato una linea di demarcazione tra il *know how* in senso ampio e il *know how* in senso stretto.

Per quel che concerne il primo profilo, la Suprema Corte ha chiarito che:

*«quanto alla natura giuridica del know how, le conoscenze possono essere tra le più varie, potendo consistere in un procedimento, in formule, in procedure di addestramento e, in generale, di informazioni di interesse industriale o*

*commerciale, frutto di esperienze e di studi, le quali comportino vantaggi di ordine tecnologico e competitivo». Passando al secondo aspetto, la Corte ha specificato che, in senso ampio il know how deve essere inteso come il «complesso delle esperienze strettamente connesse a capacità o abilità personali le quali non si traducano in nozioni razionali e definite, suscettibili di comunicazioni ad altri soggetti»; nella sua accezione restrittiva, invece, il know how ricomprende quell'insieme di conoscenze che presentano il carattere della **segretezza**.*

A tale ultimo requisito, la giurisprudenza di legittimità ha successivamente affiancato anche quello della **novità**, intesa come idoneità delle conoscenze a determinare vantaggi di tipo tecnologico o competitivo<sup>(16) (17)</sup>.

In termini generali, solo un patrimonio di informazioni e conoscenze con tali caratteristiche può essere considerato un “bene economico”<sup>18</sup> meritevole di tutela in sede civile e penale<sup>(19)</sup>.

---

16. Cass. 20 gennaio 1992 n. 659.

17. In senso contrario, nel merito, Trib. 16 luglio 2015 con annotazione di Romano N. La tutela giudiziaria del know-how in una recente ordinanza del Tribunale di Venezia in Rivista di Diritto Industriale, fasc.6, 2015, pag. 449.

18. Circa la suscettibilità di valutazione economica delle informazioni, autorevole dottrina ha ulteriormente allargato le maglie di detto carattere, affermando la non necessarietà che l'informazione abbia un prezzo di mercato o che sia comunque suscettibile di valutazione economica: “È noto come sia controversa la possibilità di conferire simili informazioni in una società di capitali e, più in generale, di effettuare una stima attendibile del loro valore, ma questo non costituisce un ostacolo per affermare che si tratta di informazioni tutelabili. In questo senso è infatti sufficiente che il possesso delle informazioni sottoposte a vincolo di segretezza attribuisca un vantaggio concorrenziale a chi ne è titolare, indipendentemente dal fatto che esse siano suscettibili di autonomia valutazione economica o possano essere concretamente negoziate sul mercato”. Così, L.MANSANI, *La nozione di segreto di cui all'art. 6 bis l.i., in Dir. ind., 2002*, p. 219.

19. Cass. 18 maggio 2001, n. 25008; Cass. 11 luglio 2005, n. 25174; Cass. 9 dicembre 2003 n. 6567.

## 2. LA TUTELA DEL KNOW HOW AZIENDALE NEL RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO.

I dipendenti possono venire a conoscenza di informazioni e dati di natura strettamente riservata di “proprietà” dell'imprenditore. Da qui, l'esigenza per il legislatore di individuare specifici strumenti di tutela legale in favore dell'impresa, a cui si possono affiancare, ricorrendo la volontà delle parti, strumenti di natura contrattuale.

### 2.1 La tutela legale.

#### 2.1.1. Gli obblighi di riservatezza e di non concorrenza ex art. 2105 c.c.

L'art. 2105 c.c. sancisce il cd. obbligo di fedeltà, da cui discende, in capo al prestatore di lavoro, il divieto di: (i) trattare affari per conto proprio o di terzi in concorrenza con l'imprenditore (**cd. obbligo di non concorrenza**); (ii) divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa o farne uso in modo da poter recare a essa un pregiudizio (**cd. obbligo di riservatezza**).

Secondo un orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c. va letto in combinato disposto con gli artt. 1175 e 1375 c.c., così che ogni comportamento del dipendente, anche extra-lavorativo, debba rispondere ai canoni di correttezza e buona fede.

Ne consegue che il prestatore di lavoro subordinato è tenuto ad *«astenersi da qualsiasi condotta che contrasti con i doveri connessi al suo inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa, o che crei situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi della medesima, o sia comunque idonea a ledere irrimediabilmente il presupposto fiduciario del rapporto»*.<sup>(20)</sup>

In virtù dell'**obbligo di non concorrenza**, al dipendente è proibito porre in essere attività concorrenziali con la *business* del proprio datore di lavoro, che siano potenzialmente produttive di un danno<sup>(21)</sup> e

---

20. Cass., 4 aprile 2017, n. 8711.

21. Cass. 9 agosto 2013, n. 19096. Si registra, tuttavia, anche un orientamento di segno opposto che richiede, ai fini della configurabilità della violazione dell'obbligo in questione, che l'attività concorrenziale sia stata concretamente attuata (Cass. 24 dicembre 1999, n. 14527).

indipendentemente dalla finalità di profitto <sup>(22)</sup>. Tale obbligo opera sino alla risoluzione del rapporto di lavoro, salvo che le parti ne abbiano concordato il prolungamento mediante la sottoscrizione di un patto di non concorrenza ai sensi dell'art. 2125 c.c.

In virtù dell'**obbligo di riservatezza**, invece, è fatto divieto al dipendente sia di divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa che di utilizzare tali notizie in maniera tale da poter recare a essa un pregiudizio. Diversamente dall'obbligo di non concorrenza, quello di riservatezza sopravvive allo scioglimento del vincolo contrattuale.

### **2.1.2. I divieti di cui all'art. 2598 c.c. e lo storno dei dipendenti**

Un'ulteriore tutela legale discende dall'art. 2958 c.c. <sup>(23)</sup>, la cui *ratio* è quella di imporre alle imprese operanti nel mercato regole di correttezza e di lealtà, in modo che nessuna si avvantaggi ai danni di altra impresa con metodi contrari all'etica commerciale.

L'art. 2598 c.c., n. 3, (che più rileva in questa sede) non definisce gli atti contrari alla correttezza professionale, lasciando sostanzialmente all'interprete (e, in un'ultima analisi, ai giudici) il compito d'individuarli.

Ad esempio, è considerato pacificamente atto di concorrenza sleale ai sensi della disposizione appena richiamata lo "storno di dipendenti", vale a dire l'iniziativa (illecita) mediante la quale un imprenditore, direttamente o tramite terzi, tende ad assicurarsi le prestazioni lavorative di uno o più dipendenti di un'impresa concorrente.

Detta iniziativa viene considerata espressione del principio della libera circolazione del lavoro e perfettamente lecita *«quando non abbia lo specifico scopo di danneggiare l'altrui azienda, oltre i limiti in cui un danno può quell'azienda subire per il fatto stesso che un suo dipendente ha scelto di*

---

22. Cass. 5 aprile 1986, n. 2372.

23 La disposizione così recita:

*«Fermo le disposizioni che concernono la tutela dei segni distintivi [2563, 2568, 2569] e dei diritti di brevetto [2584, 2592, 2593], compie atti di concorrenza (1) sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione [2564] con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l'attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull'attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente (2); 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l'altrui azienda [1175, 2599, 2600].»*

*dimettersi per andare a lavorare da un'altra parte» (24).*

La mera assunzione di dipendenti di un'azienda concorrente non è sufficiente ad integrare l'illecito concorrenziale.

Occorre, infatti, un *quid pluris*.

In particolare, affinché la condotta in questione possa considerarsi vietata deve ricorrere la precisa intenzione (cd. "animus nocendi") di danneggiare l'impresa concorrente, tenendo debitamente conto delle seguenti circostanze di fatto: (i) la quantità dei soggetti stornati; (ii) la portata dell'organizzazione complessiva dell'impresa concorrente; (iii) la posizione che i dipendenti stornati rivestivano all'interno dell'azienda concorrente; (v) la rapidità dello storno; (vi) il parallelismo con l'iniziativa economica del concorrente stornante.

Chiarificatrice della fattispecie è la sentenza del Tribunale di Milano del 21 maggio 2018, in cui si legge: *«lo storno di agenti, collaboratori o agenti esprime la sua problematicità nell'individuazione del discrimen tra le fattispecie lecite, frutto di una dinamica fisiologica del mercato, e quelle illecite, che esprimono una patologia quali espressioni tra le più tipiche della concorrenza sleale per contrarietà alla correttezza professionale. In tale contesto è stato sanzionato il c.d. "cherry picking", ove lo stornante ha compiuto una precisa scelta, consistente nell'assumere solo e soltanto collaboratori della concorrente dotati di una specifica competenza, in quanto provenienti da uno specifico settore e con un ruolo di fatto apicale nel comparto interessato. A tali condotte sul piano oggettivo, si aggiunge poi l'animus nocendi, categoria che richiama quella penalistica del dolo specifico, da intendere quale volontà di recare danno, annientare o distruggere la concorrente. Ciò premesso, la distinzione tra natura fisiologica e lecita dello storno di dipendenti e concorrenza sleale sul piano oggettivo va riguardata alla luce dell'intensità lesiva della condotta alla luce, tra l'altro, del numero degli stornati, del loro grado di fungibilità e della tempistica dello sviamento; e ciò al fine di verificare se siano state impiegate modalità che abbiano messo a rischio la continuità aziendale dell'imprenditore nella sua capacità competitiva, ovvero provocato alterazioni non ragionevolmente prevedibili, e determinato uno shock sull'ordinaria attività di offerta di beni o servizi non riassorbibile attraverso un'adeguata organizzazione dell'impresa. E di tali circostanze lo stornante non può non essere*

consapevole, giacché ciò corrisponde ad un suo diretto ed immediato vantaggio anticoncorrenziale sul mercato.».

I fenomeni di storno di dipendenti possono essere contenuti mediante la sottoscrizione di patti di non concorrenza (di cui parleremo successivamente).

### **2.1.3. La tutela penale: accenni.**

Alla tutela civile sopra brevemente descritta si affianca, come accennato, quella penale. Gli artt. 622 <sup>(25)</sup> e 623 c.p. <sup>(26)</sup> puniscono rispettivamente, chiunque riveli segreti professionali o scientifico industriali o utilizzi tali segreti a proprio o altrui profitto.

Le suddette condotte, perseguibili entrambe a querela della persona offesa, affinché integrino una fattispecie di reato, devono essere connotate, sotto il profilo soggettivo, dal **dolo specifico**: deve sussistere in concreto la volontà dell'agente di realizzare, mediante la divulgazione del segreto professionale o industriale, un profitto per sé o per altri, seppur non necessariamente di natura economica.

## **2.2 La tutela contrattuale.**

### **2.2.1 Il patto di riservatezza.**

A integrazione della disciplina legale di tutela delle informazioni, è possibile stipulare il cd. "patto di riservatezza". L'opportunità di concludere un accordo di questo genere risiede nella possibilità di: (i) identificare l'ambito delle informazioni ritenute confidenziali, tenuto conto, in particolare, del ruolo del dipendente e del *business* dell'impresa;

---

25. La disposizione così recita:

*«Chiunque, avendo notizia, per ragione del proprio stato o ufficio, o della propria professione o arte, di un segreto, lo rivela, senza giusta causa, ovvero lo impiega a proprio o altrui profitto, è punito, se dal fatto può derivare nocumento, con la reclusione fino a un anno o con la multa da euro 30 a euro 516.*

*La pena è aggravata se il fatto è commesso da amministratori, direttori generali, dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, sindaci o liquidatori o se è commesso da chi svolge la revisione contabile della società.*

*Il delitto è punibile a querela della persona offesa».*

26. Tale norma sancisce quanto segue:

*«Chiunque, venuto a cognizione per ragione del suo stato o ufficio, o della sua professione o arte, di notizie destinate a rimanere segrete, sopra scoperte o invenzioni scientifiche, o applicazioni industriali, le rivela o le impiega a proprio o altrui profitto, è punito con la reclusione fino a due anni. Il delitto è punibile a querela della persona offesa».*

(ii) disciplinare le conseguenze, oltre a quelle già previste dalla legge, derivanti da eventuali violazioni degli obblighi di riservatezza da parte del dipendente.

In tale ottica, è possibile inserire nel patto una **clausola penale** e, così, determinare in via pattizia l'importo dovuto dal dipendente in ipotesi di infrazione delle obbligazioni assunte, nonché (o in alternativa) un **obbligo di manleva** a carico del dipendente rispetto a potenziali danni o altre passività che possano derivare dalla violazione del patto anche a discapito di terzi (es. clienti dell'imprenditore).

### **2.2.2 Il patto di non concorrenza.**

Sotto altro profilo, si colloca, invece, il cd. patto di non concorrenza *ex art. 2125 c.c.*, mediante il quale è possibile estendere l'obbligo di non concorrenza di cui all'art. 2105 c.c. a un periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

L'art. 2125 c.c. sancisce, quanto alla **forma**, che il patto debba essere stipulato per iscritto a pena di nullità e, con riferimento alla portata del vincolo, che quest'ultimo debba essere circoscritto entro determinati limiti di oggetto, tempo e luogo.

Le parti, quindi, devono espressamente concordare: (i) l'**oggetto**, cioè l'attività di cui si inibisce l'esercizio al dipendente, che può essere anche diversa da quella prestata in vigenza del rapporto di lavoro; (ii) la **durata**, che non può essere superiore ai cinque anni per i dirigenti e ai tre anni per quadri, impiegati e operai; (iii) il **luogo**, cioè l'ambito di estensione territoriale del vincolo.

La norma prevede, sempre a pena di nullità del patto, il pagamento di un **corrispettivo** in favore del dipendente: tale emolumento, nel silenzio del legislatore, secondo quanto chiarito in giurisprudenza, deve essere congruo e proporzionato alla limitazione della libertà professionale e al mancato guadagno che l'ex dipendente deve affrontare quale conseguenza del patto <sup>(27)</sup>.

Così come nel patto di riservatezza, anche nel patto di non concorrenza possono essere introdotte - su accordo delle parti - delle clausole accessorie (tra cui, ad esempio, la clausola penale, il recesso, l'opzione), le cui peculiarità necessitano, tuttavia, di una separata trattazione.

---

27. Cass. 4 aprile 2006, n. 7835.

## **Bibliografia**

ROMANO N. *La tutela giudiziaria del know-how in una recente ordinanza del Tribunale di Venezia* in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc.6, 2015, pag. 449.

L.MANSANI, *La nozione di segreto di cui all'art. 6 bis l.i.*, in *Dir. ind.*, 2002, p. 219.

*Capitolo 4*

**LA DISCIPLINA DEL DIVIETO  
DI CONTROLLO NEL NUOVO  
ART. 4 DELLO STATUTO TRA  
LEGITTIMAZIONE E TUTELA  
DELLA PRIVACY**

**Luca Failla**  
*Founding Partner*  
*LabLaw Studio Legale*

## 1. LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTROLLI

Il potere di controllo costituisce tradizionale espressione del potere gerarchico nonché di direzione e organizzazione dell'impresa. Esso è attribuito al datore di lavoro dal codice civile ed è contenuto, nella sua portata generale, nell'art. 2086 e nell'art. 2104 c.c. Tali norme consentono al datore di lavoro di organizzare l'attività dei propri collaboratori in posizione di supremazia gerarchica e verificare, pertanto, il corretto adempimento della prestazione lavorativa.

Tale potere la cui originaria previsione risale all'ordinamento corporativo, incontra un importante limite nella previsione dell'art. 4 Stat. lav. (legge n. 300/1970) sia nel testo in vigore fino al 23 settembre 2015 sia nel testo novellato dal legislatore per effetto delle modifiche apportate dall'art. 23 del d.lgs. n. 151/2015 e dal successivo decreto correttivo approvato con d.lgs. n. 185/2015. Tale norma vietava in passato e continua a vietare oggi, l'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori.

Tuttavia, con l'entrata in vigore nel 2015 del testo rinnovato dell'art. 4 dello Statuto dei Lavoratori, il legislatore ha voluto operare un importante adeguamento della norma, ferma nel suo impianto generale agli anni '70, al fine di renderla più aderente alle necessità e agli obiettivi di una moderna organizzazione d'impresa. La nuova formulazione della norma ha, peraltro, posto da subito all'attenzione degli interpreti e degli operatori l'interrogativo in ordine alle possibili implicazioni - in termini di privacy del lavoratore - scaturenti dall'applicazione della nuova disciplina. Implicazioni che sono aumentate dopo l'entrata in vigore del Regolamento UE n. 679/2016 (GDPR).

Da questo punto di vista la norma ha adottato un meccanismo di bilanciamento tra la necessità (e opportunità) di far cadere alcune rigidità normative connesse con l'uso e la pervasività della tecnologia nel normale svolgimento della prestazione lavorativa e la potenziale raccolta di dati - utilizzabili eventualmente anche a fini disciplinari - che determina la necessità del rispetto di alcuni principi fondamentali di tutela non solo della privacy, ma soprattutto della riservatezza e della dignità morale del lavoratore. Principi che restano sanciti dall'art. 1 e dall'art. 8 dello Statuto dei lavoratori.

In questo ambito la norma, nel testo novellato, ha voluto operare una distinzione fondamentale tra **strumenti e apparecchi di controllo** in senso stretto (di solito le apparecchiature fisse, quale le telecamere di sorveglianza) e gli **strumenti di lavoro**.

### 1.1. I limiti al potere di controllo: quando è richiesta l'autorizzazione preventiva

Costituiscono **limiti di carattere generale al potere di controllo del datore di lavoro** l'art. 1 Stat. lav. che riconosce ai lavoratori il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero nei luoghi lavorativi nel rispetto dei principi della Costituzione (art. 21 cost.) e dello stesso Statuto e, significativamente, l'art. 8 Stat. lav. che vieta al datore di lavoro, sia all'atto dell'assunzione che nel corso del rapporto, anche a mezzo di terzi, di effettuare indagini sulle opinioni politiche, religiose o sindacali del lavoratore, nonché su fatti non rilevanti ai fini della valutazione dell'attitudine professionale del lavoratore. La *ratio* della norma è sempre stata quella di impedire che valutazioni non aventi alcuna attinenza con la capacità professionale del lavoratore potessero determinare l'adozione di comportamenti discriminatori nei confronti dello stesso. È per tale ragione che l'interpretazione e l'applicazione della norma, sia nel vecchio testo, sia a maggior ragione nel nuovo testo, vengono valutate unitamente alla disciplina speciale relativa **alla tutela della Privacy** oggi prevista in primo luogo dal Regolamento UE n. 679/2016 – GDPR e anche d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 come integrato dalle disposizioni del d.lgs. n. 101/2018 emanato in applicazione dell'art. 88 del Regolamento comunitario.

In tale contesto, nulla è cambiato per le installazioni “fisse”: la norma identifica sempre nelle RSA (o RSU) i soggetti con i quali stipulare gli accordi sindacali (con la particolarità relativa alle aziende con unità produttive in diverse province che possono stipulare gli accordi con le OOSS più rappresentative a livello nazionale). In mancanza di accordo, si procede con **autorizzazione amministrativa**. Qui il **decreto correttivo del 2016** – art. 5 del d.lgs. n. 185/2016 - è intervenuto prevedendo che la competenza al rilascio dell'autorizzazione – in mancanza di accor-

do sindacale - non sia più affidata alla Direzione Territoriale del Lavoro (che, tra l'altro è Ufficio periferico del Ministero del lavoro) ma alla sede centrale o territoriale del nuovo organismo sorto anch'esso dalla riforma *Jobs Act* ossia l'Ispettorato Nazionale del lavoro (che con il Ministero del lavoro ha un rapporto di vigilanza e non gerarchico). La competenza ai fini dell'autorizzazione è affidata, rispettivamente, alle strutture territoriali o centrali dell'Ente a seconda che l'azienda interessata abbia un'unica unità produttiva ovvero più unità produttive ubicate in ambiti di competenza di diverse sedi territoriali dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, prevedendo altresì che il relativo **provvedimento amministrativo** sia **definitivo** e, quindi, inappellabile. Scelta quest'ultima che è scaturita dalla necessità di voler precisare che avverso il relativo provvedimento amministrativo non è possibile presentare ricorso gerarchico ai sensi del d.p.r. n. 1199/1971.

Il Ministero del lavoro ha ritenuto di precisare sul punto - con Nota n. 11241 del 1 giugno 2016 - che anche nella sua nuova formulazione, l'art. 4, L. n. 300/1970 prevede che l'installazione di un impianto di videosorveglianza non possa avvenire antecedentemente a (e quindi in assenza di) uno specifico accordo con le organizzazioni sindacali o, in mancanza di esso, in assenza di autorizzazione (cfr. sul punto anche il provvedimento del Garante n. 303 del 13.07.2016).

Il provvedimento autorizzativo viene rilasciato sulla base delle dichiarazioni delle specifiche ragioni dichiarate dall'istante. L'INL svolge un'attività di verifica strettamente funzionale alla tutela dell'interesse dichiarato che non può mutare nel corso del tempo nemmeno qualora vengano segnalate ragioni non preventivamente dichiarate nell'istanza di autorizzazione (Circolare INL n. 5/2018). Per tale ragione viene svolto un esame analitico delle motivazioni (INL, Lettera circolare 18 giugno 2018, n. 302).

La procedura di autorizzazione presso l'INL è obbligatoria in mancanza di accordo in sede sindacale ma una volta concessa può sempre essere sostituita dall'accordo (INL, nota n. 4619/2017).

Secondo la giurisprudenza formatasi nella vigenza della vecchia disposizione, la violazione della previsione dell'art. 4 non è esclusa dalla circostanza che tali apparecchiature siano solo installate ma non ancora funzionanti, né dall'eventuale preavviso dato ai lavoratori, né infine dal fatto che il controllo sia discontinuo perché esercitato in locali dove i

lavoratori possono trovarsi solo saltuariamente. Alla luce della nuova disposizione, l'INL con nota n. 299 del 28 novembre 2017 ha precisato che con riferimento specifico agli impianti di allarme o antifurto dotati di videocamere o fotocamere che si attivano automaticamente in caso di intrusione da parte di terzi nei luoghi di lavoro l'installazione richiede l'accordo sindacale o la preventiva autorizzazione amministrativa (sul punto si veda anche la Circolare INL n. 5/2018).

## **1.2 Gli strumenti di lavoro**

Sul fronte, invece, degli **strumenti di lavoro**, la norma elimina ogni dubbio in merito alla necessità o meno di una preventiva autorizzazione, senza tuttavia far venire meno quegli obiettivi di tutela della privacy e della dignità morale del lavoratore che costituiscono ancora oggi un presupposto fondamentale di applicazione della norma<sup>28</sup>.

È ciò in ossequio anche al più ampio divieto di indagine sulle opinioni, intatto nel suo impianto generale perché di matrice costituzionale (art. 21 cost.) così come intatto è rimasto anche l'art. 113 del Codice della Privacy (d.lgs. n. 196/2003 come modificato dal d.lgs. n. 101/2018) il quale fa espresso rinvio all'art. 8 della L. n. 300/1970. In definitiva si è determinata una maggiore apertura da parte dell'ordinamento giuridico sulle implicazioni (possibili) del controllo derivanti dall'uso degli "strumenti mobili" (notebook/tablet/Smartphone, etc.) che sono stati negli anni di fatto utilizzati dai lavoratori (e dalle aziende) anche senza accordo con le OOSS ovvero autorizzazione amministrativa.

È da tale esigenza di tutela della privacy che scaturisce il nuovo comma 3 della norma. Si fa riferimento al richiamo espresso, oggi è contenuto nella norma, agli obblighi di corretta informazione al lavoratore in ordine ai rischi del controllo derivanti dall'uso degli strumenti di lavoro, che acquista particolare rilevanza sul piano organizzativo e quale presupposto anche per la revisione dei regolamenti interni, anche ai fini dell'esercizio del potere disciplinare. La norma afferma infatti che "*Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informa-*

---

<sup>28</sup> Si fa riferimento ad esempio agli strumenti che possano determinare forme di controllo occulto, quali ad esempio i GPS sui quali si è espresso l'INL con la Circolare n. 2/2016 prevedendo che per essi resti necessario il provvedimento di autorizzazione

*zione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196”.*

I dati lecitamente raccolti possono ormai essere utilizzati dal datore di lavoro “a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro”, ivi compreso quello diretto al controllo sull'esatto adempimento della prestazione lavorativa, così come all'esercizio del potere disciplinare, purché la tracciabilità delle informazioni eventualmente raccolte sia opportunamente regolamentata in quanto bisognosa, sul piano organizzativo, di una gestione attenta ed “informata” a tutela della persona del lavoratore, secondo gli ordinari principi enunciati nell'art. 8 legge n. 300/1970, fatti propri negli anni anche dal Garante della privacy.

Negli orientamenti giurisprudenziali<sup>29</sup> continua tuttavia ad emergere con particolare vigore che le modalità di controllo attuate con strumenti informatici che provvedano in modo occulto alla raccolta di dati, non possono quasi mai rientrare tra i controlli preterintenzionali “difensivi”, ammessi nel vecchio come nel nuovo regime per le finalità connesse con esigenze organizzative ovvero di tutela del patrimonio aziendale o per ragioni di sicurezza<sup>30</sup>. Si afferma in buona sostanza che, se per l'esigenza di evitare attività illecite o per motivi organizzativi o produttivi, possono essere installati impianti ed apparecchiature di controllo dai quali possano essere ricavati anche dati relativi all'attività lavorativa dei lavoratori, è tuttavia possibile utilizzare tali dati solo in presenza delle garanzie derivanti dall'accordo sindacale o dalla procedura di autorizzazione amministrativa. In mancanza, si realizza in ogni caso una forma di controllo a distanza, vietato, perché lesivo della dignità del lavoratore, in violazione delle disposizioni dell'art. 8, L. n. 300/1970. Ciò coerentemente - peraltro - con gli orientamenti espressi in questi anni dal Garante della Privacy, sempre molto restrittivi, soprattutto alla luce delle potenzialità di controllo occulto derivanti dai nuovi strumenti tecnologici<sup>31</sup>.

29 Si veda anche la Tabella riepilogativa sull'ultima giurisprudenza riportata in calce.

30 Cass. 9 settembre 2016, n. 18302.

31 Sul punto si veda il Provvedimento del Garante 13 luglio 2016, n. 303. Quanto, invece al GPS, il Garante ha specificato che il diritto alla privacy, conformemente peraltro al regolamento UE n. 679/2016, va inserito dal produttore di strumenti GPS nella funzionalità del prodotto (Provvedimento del Garante 28 giugno 2018, n. 396).

Il Garante ammette invece l'utilizzo di telecamere (c.d. body cam) da parte del personale di bordo del trasporto pubblico ferroviario, a condizione che siano adottate ben precise misure di sicurezza e riservatezza e che sia siglato un apposito accordo sindacale (Provvedimenti del Garante 22 maggio 2018, n. 362).

In pratica, continua a trovare affermazione il principio per cui l'art. 4 L. n. 300/1970 fa parte di quella complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro che, per le modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore, sul presupposto che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria all'organizzazione produttiva vada mantenuta in una dimensione umana e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua ed anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro<sup>32</sup>.

Dello stesso avviso anche Cass. Pen. 6 dicembre 2016, n. 51897 la quale afferma che *“con la rimodulazione dell'art. 4 dello Statuto dei lavoratori, è solo apparentemente venuto meno il divieto esplicito di controlli a distanza, nel senso che il superamento del divieto generale di detto controllo non può essere predicato sulla base della mancanza nel nuovo art. 4, di una indicazione espressa (com'era al comma 1 del previgente art. 4) di un divieto generale di controllo a distanza sull'attività del lavoratore, avendo la nuova formulazione solamente adeguato l'impianto normativo alle sopravvenute innovazioni tecnologiche e, quindi, mantenuto fermo il divieto di controllare la sola prestazione lavorativa dei dipendenti, posto che l'uso di impianti audiovisivi e di altri strumenti di controllo può essere giustificato 'esclusivamente' a determinati fini, che sono 'numerus clausus' (cioè per esigenze organizzative e produttive; per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale) e alle condizioni normativamente indicate, sicché residua un regime protezionistico diretto a salvaguardare la dignità e la riservatezza dei lavoratori, la cui tutela rimane primaria nell'assetto ordinamentale e costituzionale seppur bilanciabile sotto il profilo degli interessi giuridicamente rilevanti con le esigenze produttive ed organizzative o della sicurezza sul lavoro”*.

### 1.3 Le implicazioni organizzative

Nel quadro del nuovo art. 4 dello Statuto dei lavoratori il discrimine tra liceità e non liceità nell'uso a fini disciplinari dei dati raccolti attraverso gli strumenti di lavoro viene dettato da un lato dalla presenza di nuove e più rigorose policy interne e, dall'altro dalla valutazione in ordine alla indispensabilità del *device* per rendere la prestazione lavorativa, oltre che

dalla valutazione della maggiore o minore idoneità del comportamento contestato a ledere il vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro, anche in assenza di un danno significativo.

Come affermato dai primi commentatori della riforma<sup>33</sup> molte sono le implicazioni di natura organizzativa che derivano dal nuovo contesto normativo e che governano oggi la revisione delle policy e delle procedure interne:

- trasparenza
- informazione;
- prevenzione;
- proporzionalità<sup>34</sup>.

Vi è un altro elemento che emerge significativamente dalla riforma ed è che se l'ordinamento giuridico ammette oggi l'utilizzo dei dati raccolti anche a fini disciplinari, questo elemento – normativo - indica alle OOSS una strada di rinnovamento e di innovazione ben precisa. Ancora una volta in chiave organizzativa per una moderna ed efficace rappresentanza di tutti gli interessi in gioco.

Da questo punto di vista, nel nuovo contesto normativo e come osservato anche dalla dottrina<sup>35</sup>, il rispetto della procedura co-determinativa resta ancora oggi - peraltro - una fortissima garanzia per il datore di lavoro e deve poi essere accompagnato dalle policy e dai regolamenti interni, implementati *ad hoc* ovvero opportunamente aggiornati proprio in relazione alle modalità di uso degli strumenti di lavoro. Infatti tramite l'accordo sindacale o, in alternativa, grazie al provvedimento dell'autorità amministrativa è possibile regolare tra le parti tutta una serie di controlli particolarmente invasivi per la sfera privata dei lavoratori, ma anche le possibili conseguenze disciplinari.

---

33 Cfr. G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Milano 2016

34 Cfr. INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, LLI, 2, n. 1, 2016.

35 Cfr. G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) cit.

## Tabella di confronto

<b>Vecchio Art. 4 Statuto Lavoratori</b>	<b>Nuovo Art. 4 Statuto Lavoratori</b>
Divieto assoluto nell'uso di impianti audiovisivi e di altre apparecchiature per finalità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori	Viene meno il principio del divieto assoluto
Gli impianti e le apparecchiature di controllo che siano richiesti da esigenze organizzative e produttive ovvero dalla sicurezza del lavoro sono ammessi	Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale
Previo accordo con OOSS / Autorizzazione dell'INL	Previo accordo con le OOSS / autorizzazione Ispettorato Nazionale del lavoro (territoriale ovvero centrale per le aziende multi-localizzate). Il provvedimento è definitivo.
	La procedura amministrativa non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze
	Le informazioni raccolte sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal d.lgs. 30.6.2003, n. 196 (a cui si aggiunge a decorrere dal 25 maggio 2018 il Regolamento UE n. 679/2016)
Salvo che la condotta posta in essere dal datore di lavoro non configuri un reato più grave, la violazione dell'art. 4 Stat. Lav. comporta la condanna a un'ammenda compresa tra i 154,00 e 1.549,00 euro o l'arresto da 15 giorni a un anno. Nei casi più gravi la pena pecuniaria e quella detentiva possono essere applicate congiuntamente (art. 38 Stat. lav. richiamato dall'art. 171 d.lgs. n. 196/2003)	Salvo che la condotta posta in essere dal datore di lavoro non configuri un reato più grave, la violazione dell'art. 4 Stat. Lav. comporta la condanna al un'ammenda compresa tra i 154,00 e 1.549,00 euro o l'arresto da 15 giorni a un anno. Nei casi più gravi la pena pecuniaria e quella detentiva possono essere applicate congiuntamente (art. 38 Stat. lav. richiamato dall'art. 171 d.lgs. n. 196/2003 come modificato dal d.lgs. n. 101/2018)

## Gli ultimi orientamenti giurisprudenziali

Massima/Principio	Estremi
Anche per i <b>controlli difensivi</b> trovano applicazione le garanzie dell'art. 4, infatti qualora sia necessaria l'installazione di apparecchi di controllo per l'esigenza di evitare <b>attività illecite</b> o per motivi organizzativi o produttivi, qualora questi apparecchi <b>rilevino dati relativi anche all'attività lavorativa</b> dei lavoratori, anche se <b>adottati in accordo</b> con le rappresentanze sindacali, <b>non è consentito</b> che attraverso questi apparecchi si ponga in essere, un <b>controllo a distanza dei lavoratori</b> .	Cass. 19 settembre 2016, n. 18302 Cass. 10 novembre 2017, n. 26682
La mancanza nell'art. 4 del divieto esplicito di controlli a distanza, non implica il venir meno del principio del <b>divieto di controllo a distanza</b> che si manifesta nel <b>diritto dei lavoratori alla salvaguardia della dignità e della riservatezza</b> .	Cass. pen. 6 dicembre 2016, n. 51897 Cass. pen. 31 gennaio 2017, n. 22148
L'uso di strumenti di controllo può essere giustificato "esclusivamente" per esigenze organizzative e produttive, sicurezza del lavoro e tutela del patrimonio aziendale	
I <b>controlli diretti ad accertare comportamenti illeciti</b> dei lavoratori nel caso in cui la sorveglianza riguardi l'espletamento dell'attività lavorativa e venga attuata mediante strumenti potenzialmente lesivi della sfera personale è subordinata al previo accordo con il sindacato o all'intervento dell'Ispektorato del lavoro,.	Cass. 8 novembre 2016, n. 22662
La <b>mera predisposizione di apparecchiature idonee</b> a controllare a distanza l'attività dei lavoratori, anche se non operanti, configura un <b>reato di lesioni della riservatezza</b> dei lavoratori.	Cass. pen. 7 aprile 2016, n. 45198
E' lecita e non soggiace alle limitazioni previste dall'art. 4 della L. 20 maggio 1970, n. 300, l'installazione di impianti e apparecchiature di controllo che sia attuata al solo fine della <b>tutela del patrimonio aziendale</b> e dalla quale, inoltre, non derivi la possibilità di controllo a distanza dell'attività del personale	Cass. 2 maggio 2017, n. 10637

<p>Le disposizioni dell'art. 4 L. n. 300/1970 non sono applicabili all'<b>attività investigativa</b> svolta da un'agenzia privata e connessa ad una specifica indagine su pretese violazioni di un dipendente in relazione a compiti esterni fuori sede, indagine che ricade nella figura del "controllo difensivo" da parte del datore di lavoro in una sfera eccedente i luoghi di lavoro</p>	<p>Cass. 18 luglio 2017, n. 17723</p>
<p>La rilevazione dei <b>dati di entrata ed uscita dall'azienda</b> mediante un'apparecchiatura di controllo utilizzabile anche in funzione di controllo dell'osservanza dei doveri di diligenza nel rispetto dell'orario di lavoro e della correttezza dell'esecuzione della prestazione lavorativa, non concordata con le rappresentanze sindacali, né autorizzata dall'ispettorato del lavoro, si risolve in un controllo sull'orario di lavoro e in un accertamento sul "quantum" della prestazione, rientrante nella fattispecie prevista dall'art. 4 della L. 20 maggio 1970, n. 300</p>	<p>Cass. 14 luglio 2017, n. 17531</p>
<p><b>I controlli difensivi leciti</b> sono quelli posti in essere dal datore e diretti ad accertare, attraverso verifiche a distanza, i comportamenti dei lavoratori, con l'obiettivo di tutelare le esigenze organizzative e produttive ovvero la sicurezza del lavoro. <b>Non sono leciti</b> invece i controlli e le verifiche attivate dal datore e dirette ad accertare comportamenti del prestatore illeciti se relativi alla tutela di beni estranei al rapporto di lavoro stesso.</p>	<p>Corte d'Appello di Roma, 23 maggio 2015, Corte d'Appello di Genova 17 giugno 2016 Tribunale di Milano, 28 giugno 2017</p>
<p>Ai fini della violazione del disposto di cui all'art. 4 della legge n. 300 del 1970 (Statuto dei Lavoratori), è sufficiente la potenziale idoneità dei dispositivi al controllo a distanza dei lavoratori, senza la preventiva attivazione della procedura prevista dalla medesima norma. Non assume alcun rilievo, in senso contrario, la circostanza che al momento del controllo i dispositivi risultino inattivi.</p>	<p>Tribunale di Milano 10 febbraio 2017</p>
<p>I files contenuti nel PC in dotazione al dipendente identificati come "personali" possono essere esaminati in presenza del lavoratore. Il diritto del titolare dell'azienda di controllare il corretto uso degli strumenti di lavoro, nel rispetto della disciplina in materia di privacy, viene riconosciuto legittimo dalla Corte dei diritti dell'uomo</p>	<p>Corte di Strasburgo 22 febbraio 2018</p>

## **Bibliografia**

- G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) *Commentario breve alla riforma Jobs Act*, Milano 2016
- INGRAO A., *Il controllo a distanza realizzato mediante Social network*, LLI, 2, n. 1, 2016
- SALAZAR P.; FAILLA L. *Controlli difensivi: quali i limiti nel nuovo contesto dell'art. 4 l. n. 300/1970* – Commento a Cass. n. 18302/2016, *Lav. Giur.* 2/2017.

*Capitolo 5*

**LA GESTIONE DEL RAPPORTO  
DI LAVORO DOPO LA MODIFICA  
DEL JOBS ACT:  
LA PRESTAZIONE DI LAVORO,  
MANSIONI E QUALIFICHE,  
TRASFERIMENTI E DISTACCHI**

**Antonella Negri**  
*Socio*  
*Studio Legale Bonelli Errede*

## 1. PREMESSA.

Il contratto di lavoro, al pari di ogni altro contratto, può essere, in linea di principio, liberamente modificato con il consenso delle parti.

Fermo tale principio generale, esistono alcune eccezioni tipiche del rapporto di lavoro: taluni contenuti del contratto, infatti, non possono essere modificati, nemmeno con il consenso del dipendente, mentre altri rientrano in uno speciale spazio di modifica unilaterale riservato al datore di lavoro, entro limiti previsti dalla legge.

È, quest'ultimo, il caso del c.d. *jus variandi* previsto dall'art. 2103 c.c. - recentemente riformato<sup>(36)</sup> - ovvero sia del diritto del datore di lavoro di modificare le mansioni e il luogo di svolgimento della prestazione lavorativa del lavoratore ed è il caso del distacco del lavoratore presso un'altra società (c.d. distaccataria).

## 2. LA DISCIPLINA DELLE MANSIONI (E, IN PARTICOLARE, DEL DEMANSIONAMENTO).

L'art. 2103 c.c. stabilisce che «il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o (...) *a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*».

Tale disposizione attribuisce oggi al datore di lavoro il potere di assegnare al lavoratore tutte quelle mansioni che la contrattazione collettiva riconduce al medesimo livello di inquadramento e alla medesima categoria legale di appartenenza del dipendente<sup>(37)</sup> (c.d. *ius variandi* orizzontale), senza l'ulteriore onere, previsto dalla precedente formulazione della norma, di compiere quell'ulteriore vaglio di "equivalenza" tra le mansioni

---

36. Cfr. D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Cfr. A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, fasc. 3, 2016, pag. 369 e ai contributi dottrinali ivi citati, tra cui, in particolare, F. CARINCI, *Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs Act)*, in Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo, Cacucci, 2015.

37. Le categorie sono quelle dei dirigenti, quadri, impiegati ed operai.

di partenza e quelle di destinazione<sup>(38)</sup>.

L'art. 2103 c.c. stabilisce, poi, due ipotesi in cui il lavoratore può essere assegnato anche a mansioni inferiori. Si tratta del demansionamento c.d. "unilaterale" (commi 2, 4 e 5 dell'art. 2103 c.c.) e del demansionamento c.d. "consensuale" o "concordato" (comma 6 dell'art. 2103 c.c.).

## 2.1 Il demansionamento c.d. "unilaterale"

Il datore di lavoro, ai sensi dell'art. 2103 commi 2, 4 e 5 c.c., può assegnare al dipendente mansioni «*appartenenti al livello di inquadramento inferiori purché rientranti nella medesima categoria legale (...) in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*» (comma 2), ovvero nelle ulteriori ipotesi «*previste dai contratti collettivi*» (comma 4).

In entrambi i casi, il mutamento di mansioni deve essere comunicato al lavoratore per iscritto, a pena di nullità, e deve essere «accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni». Il demansionamento, in ogni caso, non può né comportare una riduzione della retribuzione, che potrà essere diminuita solamente con riguardo a quegli «*elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa*», come previsto dal comma 5° dell'art. 2103 c.c.<sup>(39)</sup>, né incidere sulla categoria di

---

38. Sino alle modifiche introdotte nel 2015 dal d.lgs. 81/2015, l'art. 2103 c.c. consentiva, invece, il mutamento di mansioni soltanto a condizione che le nuove mansioni fossero "equivalenti" alle precedenti. La giurisprudenza aveva, poi, elaborato un concetto di "equivalenza" che teneva conto sia dei contenuti oggettivi della mansione, sia dei contenuti soggettivi della stessa. Cfr. in tal senso Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, in *Giust. civ. Mass.* 2005, p. 4, secondo cui «*La equivalenza delle mansioni, che condiziona la legittimità dell'esercizio dello "ius variandi", a norma dell'art. 2103 c.c. - e che costituisce oggetto di un giudizio di fatto incensurabile in cassazione, ove sorretto da una motivazione logica, coerente e completa - va verificata sia sul piano oggettivo, e cioè sotto il profilo della inclusione nella stessa area professionale e salariale delle mansioni iniziali e di quelle di destinazione, sia sul piano soggettivo, in relazione al quale è necessario che le due mansioni siano professionalmente affini, nel senso che le nuove si armonizzano con le capacità professionali già acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi*».

39. È il caso, ad esempio, di particolari indennità connesse alle modalità di esecuzione della precedente mansione.

appartenenza del lavoratore<sup>(40)</sup>.

## 2.2 Il demansionamento c.d. “concordato”

I limiti posti dalla legge al demansionamento unilaterale possono essere superati con il consenso delle parti e in ipotesi tassative.

Ai sensi del nuovo comma 6° dell'art. 2103 c.c., infatti, le parti possono stipulare accordi che prevedano l'assegnazione al dipendente a mansioni inferiori, anche riconducibili più livelli di inquadramento inferiori e a una categoria legale diversa da quella di partenza, anche con una corrispondente riduzione della retribuzione.

Il demansionamento “concordato” è legittimo in tre ipotesi tassative: qualora vi sia un'esigenza di «conservazione dell'occupazione»<sup>(41)</sup>, qualora l'assegnazione a mansioni inferiori risponda all'interesse del lavoratore alla «acquisizione di una diversa professionalità», qualora sussista l'interesse del lavoratore ad un «miglioramento delle condizioni di vita»<sup>(42)</sup>.

Tali accordi dovranno essere stipulati in una c.d. “sede protetta” *ex* art. 2113 c.c., cioè avanti la commissione provinciale di conciliazione istituita presso l'Ispektorato Territoriale del lavoro (art. 410 c.p.c.), in sede sindacale (art. 411 c.p.c.) o presso le sedi di certificazione previste dall'art. 76 del d.lgs. n. 76/2003 (Università e fondazioni autorizzate, commissioni presso gli ordini dei consulenti del lavoro, Enti bilaterali, etc.).

---

40. Ciò significa, ad esempio, che non potranno essere assegnate mansioni impiegate ad un quadro e mansioni operaie ad un impiegato. Ne deriva che, qualora le mansioni “di partenza” del dipendente siano già riconducibili al livello di inquadramento più basso previsto dal contratto collettivo per una determinata categoria (es. impiegatizia), il demansionamento unilaterale non sarà ammesso, perché il livello di inquadramento inferiore, cui la legge consente di adibire il dipendente senza il suo consenso, comporterebbe inevitabilmente anche il superamento del limite invalicabile della categoria legale.

41. Tale ipotesi rimanda, dunque, ai casi in cui il demansionamento rappresenti l'unica alternativa ad un licenziamento, ipotesi già ammessa dalla giurisprudenza del c.d. “male minore”, formatasi nella vigenza del “vecchio” art. 2103 c.c., (cfr. per tutte [Cass., 28 ottobre 2015, n. 22029](#) e [Cass. 5 aprile 2007, n. 8596 in \*dejure\*](#)).

42. Si pensi al caso in cui, a fronte di nuovi e sopravvenuti interessi o esigenze familiari, il lavoratore preferisca svolgere mansioni di minore responsabilità ovvero a casi in cui il lavoratore pendolare abbia interesse ad accettare mansioni inferiori a condizione di poter essere trasferito presso una sede di lavoro più vicina al luogo ove risiede.

## 2.3 Possibili conseguenze in caso di demansionamento illegittimo

Il mancato rispetto dei limiti sopra delineati comporta l'illegittimità delle modifiche e configura quindi un demansionamento (illegittimo) le cui conseguenze possono essere molteplici.

Il datore di lavoro potrà, innanzitutto, vedersi rifiutata la prestazione lavorativa dal dipendente, in applicazione della c.d. "eccezione di inadempimento", istituito disciplinato dall'articolo 1460 c.c.<sup>(43)</sup>, con l'unico limite del rispetto dei principi di buona fede e correttezza e del criterio di proporzionalità tra l'inadempimento datoriale (l'ordine di svolgere mansioni dequalificanti) e il rifiuto (da parte del lavoratore), alla luce dei quali non ogni rifiuto è considerato legittimo<sup>(44)</sup>.

Inoltre, nel caso in cui il mutamento di mansioni venisse dichiarato illegittimo, il giudice ordinerà l'adibizione del lavoratore alle precedenti mansioni o ad altre rispettose dell'art.2103 c. c. ripristinando per il futuro la legittimità della situazione. Per il passato, invece, il datore di lavoro potrebbe essere condannato a risarcire i danni, sia patrimoniali che non patrimoniali<sup>(45)</sup> che il comportamento illegittimo abbia causato al lavoratore. L'onere di allegare e provare i danni, che non sono in *re ipsa*, incombe sul lavoratore, ancorché il giudice, una volta accertato il danno, potrà quantificarlo in via equitativa<sup>(46)</sup>.

Da ultimo, il lavoratore demansionato potrebbe reagire all'inadempimento

---

43. L'articolo sancisce che «nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria (...). Tuttavia non può rifiutarsi l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede».

44. Il principio è stato, tra l'altro, recentemente ribadito dai giudici di legittimità nell'ambito di una controversia fra un'azienda di ristorazione e una cuoca, la quale, nell'ambito di un servizio appaltato in una scuola d'infanzia comunale, si era rifiutata di portare in classe le colazioni da distribuire, dopo averle preparate. Il lavoratore - hanno precisato i giudici - «può legittimamente rendersi inadempiente invocando l'articolo 1460 del codice civile solo nel caso di totale inadempimento dell'altra parte o se l'inadempimento datoriale sia tanto grave da incidere irrimediabilmente sulle esigenze vitali del lavoratore medesimo o da esporlo a responsabilità penale connessa allo svolgimento delle nuove mansioni».

45. Il danno non patrimoniale sarà risarcibile ogni qual volta la condotta illecita del datore di lavoro abbia leso i diritti del lavoratore oggetto di tutela costituzionale, in rapporto alla persistenza del comportamento lesivo, alla durata e reiterazione dello stesso, nonché all'inerzia del datore di lavoro davanti alla situazione subita dal lavoratore, anche a prescindere dall'intento specifico di demansionarlo (da ultimo, Cass. civ. Sez. Lav., 20 aprile 2018, n. 9901).

46. Nella determinazione dell'ammontare il giudice normalmente tiene conto sia della gravità del demansionamento, sia della sua durata.

mento, rassegnando le dimissioni per giusta causa<sup>(47)</sup>, ai sensi dell'art. 2119 c.c., ed ottenendo così l'indennità sostitutiva del preavviso, oltre ad eventuali ulteriori indennità previste dal contratto collettivo, fermo sempre, l'eventuale risarcimento del danno<sup>(48)</sup>.

## 2.4 L'assegnazione di mansioni superiori

L'attuale comma 7° prevede che *«nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi»*.

La norma, innanzitutto, codifica la possibilità del lavoratore di opporsi alla "promozione"<sup>(49)</sup> ed innalza (da tre) a sei i mesi il periodo necessario per l'acquisizione a titolo definitivo delle mansioni superiori -ferma una diversa durata fissata dai contratti collettivi<sup>(50)</sup> - chiarendo, peraltro, che deve trattarsi di periodo continuativo.

Resta, invece, invariata la durata dell'assegnazione nel caso in cui la medesima sia stata disposta per *«ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio»*, nozione più ampia rispetto alla precedente, che faceva, invece, riferimento alla *«sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto»*. Il venire meno del riferimento all'assenza dovrebbe escludere ogni dubbio circa, ad esempio, la legittimità di una adibizione a mansioni

47. Con la sentenza n. 330 del 10 gennaio 2018, la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto la legittimità delle dimissioni per giusta causa rassegnate da un dirigente di un istituto di credito, che aveva subito una condotta datoriale atta a dequalificarlo per circa tre mesi, attraverso l'isolamento dello stesso dirigente in una "stanzetta" singola, sprovvista del computer così che non potesse svolgere alcuna mansione. I giudici hanno, inoltre, condannato il datore di lavoro a risarcire il danno patrimoniale da perdita di professionalità, consistente sia nell'impoverimento della capacità professionale del dirigente, sia nel pregiudizio subito per la c.d. perdita di *chance*.

48. Ad esempio il CCNL Dirigenti del settore Terziario prevede che, in caso di dimissioni per giusta causa, nel caso in cui si accerti che la giusta causa sia fondata, venga corrisposto al dirigente l'indennità sostitutiva del preavviso nella misura dovuta per il caso di licenziamento, maggiorata di un terzo a titolo di indennità supplementare.

49. Conclusione già anticipata da una parte, seppur minoritaria, della giurisprudenza nella vigenza del vecchio testo (sul punto, Trib. Milano 5 agosto 2003).

50. Per «contratti collettivi» si intendono tutti quelli indicati dall'art. 51 dello stesso decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81 (contratti collettivi nazionali, territoriali e aziendali stipulati dalle associazioni comparativamente più rappresentative e dai contratti aziendali stipulati dalle r.s.a. o r.s.u. eventualmente presenti in azienda).

superiori anche per una durata superiore ai sei mesi qualora essa avvenga in un contesto di “sostituzione per scorrimento” (in maniera, del tutto, analoga a quanto accertato in tema di contratto a termine).

Trattandosi di promozione automatica (salva diversa volontà del lavoratore), non è richiesta la forma scritta<sup>(51)</sup> per l’assegnazione delle mansioni superiori né per l’accettazione delle stesse, potendo il tutto essere desunto anche da comportamenti concludenti<sup>(52)</sup>.

### 3. LA DISCIPLINA DEI TRASFERIMENTI.

Il trasferimento è un mutamento definitivo del luogo di lavoro ed è proprio nella definitività che si distingue dalla trasferta<sup>(53)</sup>.

Sempre ai sensi dell’art. 2103 c.c., salvo alcune eccezioni<sup>(54)</sup>, *«il lavoratore non può essere trasferito da un’unità produttiva<sup>(55)</sup> ad un’altra se non per*

51. Per quanto non necessaria, la forma scritta è comunque opportuna- per agevolare la prova in ipotesi di assegnazione a mansioni superiori per sostituire un lavoratore.

52. Sul punto la giurisprudenza ha affermato che *«l’attribuzione al lavoratore di una qualifica superiore in relazione all’esercizio di fatto, per un determinato periodo, delle mansioni corrispondenti, ai sensi dell’art. 2103 c.c., non esige che l’assegnazione delle mansioni avvenga mediante un provvedimento formale, essendo sufficiente a tal fine che il datore di lavoro, anche mediante un comportamento concludente, manifesti il consenso all’espletamento delle mansioni superiori»* (Cfr. Cass. civ. Sez. Lav., 27 maggio 2000, n. 7018).

53. La trasferta non trova una specifica disciplina nella legge, se non per il trattamento fiscale e contributivo delle somme erogate in occasione della stessa. Sopperisce a tale lacuna normalmente la contrattazione collettiva con la previsione di preavvisi e provvidenze economiche.

54. Vi sono casi in cui la libertà imprenditoriale cede il passo di fronte a situazioni personali del lavoratore ritenute meritevoli di maggior tutela. È questo il caso della *«persona handicappata maggiore in situazione di gravità»*, ovvero del lavoratore che la assiste: sia l’una sia l’altro, secondo l’art. 33, ai commi 5 e 6 della L. 5 febbraio 1992, n. 104, *«ha[anno] diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio»* o nel caso del lavoratore che assiste la persona handicappata *«al domicilio della persona da assistere»* e *«non [possono] essere trasferit[i] in altra sede senza il [loro] consenso»*. Ancora, l’art. 22 dello Statuto dei Lavoratori prevede che il trasferimento dall’unità produttiva dei dirigenti delle rappresentanze sindacali aziendali può essere disposto solo previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza. Non di rado, poi, alcuni limiti al trasferimento vengono introdotti dalla contrattazione collettiva, al ricorrere, ad esempio, di una certa anzianità anagrafica e aziendale (cfr. CCNL Dirigenti Industria che, salvo diverso accordo tra le parti, prevede che il trasferimento non può essere disposto nei confronti del dirigente che abbia compiuto rispettivamente il 55° anno di età se uomo e il 50° se donna).

55. Secondo la giurisprudenza, per unità produttiva si intende l’entità aziendale che si caratterizza per condizioni imprenditoriali di indipendenza tecnica e amministrativa tali che in essa si esaurisca per intero il ciclo relativo ad una frazione o ad un momento essenziale dell’attività produttiva aziendale (cfr. Cass. Sez. Lav., 22 aprile 2010, n. 9558)

*comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive»,* che, in caso di contenzioso, il datore di lavoro deve essere in grado di dimostrare (attraverso documenti o prove testimoniali).

La giurisprudenza ha sancito il principio secondo cui *«il controllo giurisdizionale delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive (...) non può essere dilatato fino a comprendere il merito della scelta operata dall'imprenditore»,* la quale, a propria volta, *«non deve presentare necessariamente i caratteri dell'inevitabilità»*<sup>(56)</sup>.

Malgrado ciò, esaminando le singole fattispecie oggetto di giudizio, non mancano casi - specie nei giudizi di merito - in cui le motivazioni addotte dal datore di lavoro sono state verificate non solo sotto il profilo della loro concreta sussistenza, ma anche, ed in una certa misura, sotto il profilo della "ragionevolezza" imprenditoriale, ovverosia del merito della scelta stessa<sup>(57)</sup>.

E ciò, peraltro, avviene anche in quelle pronunce che finiscono per accertare la legittimità del trasferimento, che paiono passare di frequente attraverso un qualche sindacato di merito circa la bontà del motivo addotto, verificando che la scelta datoriale presenti una ragionevolezza oggettiva-

---

56. Per tutte si veda Cass. 2 marzo 2011, n. 5099 in *dejure*.

57. E così, ad esempio, è stato ritenuto illegittimo il trasferimento di una lavoratrice da Milano a Catania, a fronte di una acclarata situazione di esubero presso l'unità produttiva catanese e della, invece, contestuale apertura di nuove opportunità lavorative presso l'unità milanese (cfr. Trib. Milano, 18 giugno 2013, in *dejure*); il trasferimento di un lavoratore dirigente in Sardegna a fronte dell'assegnazione di un ruolo asseritamente strategico (ma poi rivelatosi del tutto marginale e superfluo) e della contestuale promozione dei sottoposti del dirigente e della assegnazione a loro delle mansioni precedentemente svolte dal dirigente (cfr. Trib. Roma, 16 luglio 2009 in *dejure*); il trasferimento di un lavoratore, da Bari a Milano, a seguito alla concentrazione del settore vendite cui era addetto presso la sede centrale della società (ove era dislocato anche il suo superiore diretto), con la finalità di facilitare la stretta collaborazione tra i responsabili di vendita e di favorire il miglior inserimento del lavoratore nell'organizzazione di vendita, in quanto, secondo il giudice era *«perlomeno "singolare" che in una società sempre più informatizzata, i mezzi informatici siano a giudizio della»* datrice di lavoro *«del tutto inadeguati rispetto alla moderna organizzazione aziendale, al punto che una rete vendita necessita, per funzionare al meglio, che il responsabile dell'Area Sud ed il suo superiore gerarchico con sede a Milano, si vedano tutti i giorni, stiano nella stessa sede»* (cfr. Trib. Bari, 23 ottobre 2008 in *dejure*).

mente percepibile<sup>(58)</sup>.

### 3.1 L'opposizione del lavoratore al trasferimento

In maniera non dissimile al demansionamento anche nei confronti di un trasferimento illegittimo le reazioni del lavoratore possono essere molteplici: il rifiuto al trasferimento, nei limiti di quanto già detto al punto 2.3, la impugnazione dello stesso, spesso anche in via d'urgenza e le dimissioni per giusta causa.

## 4. LA DISCIPLINA DEL DISTACCO.

Il distacco, disciplinato dall'art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003 (c.d. "Legge Biagi")<sup>(59)</sup>, è, insieme alla somministrazione di lavoro, una delle due eccezioni al generale divieto di «dissociazione tra l'autore dell'assunzione e l'effettivo beneficiario delle prestazioni di lavoro»<sup>(60)</sup>. Nel distacco, infatti, la titolarità *formale* del rapporto di lavoro rimane in capo al datore di lavoro, c.d. "distaccante", mentre la titolarità *sostanziale* del rapporto viene trasferita in tutto o in parte<sup>(61)</sup>, in capo al c.d. "distaccatario", che beneficia

---

58. E così, ad esempio, è stato ritenuto legittimo: il trasferimento del lavoratore una volta verificato che ciò corrispondeva ad effettive necessità di supporto alla direzione, anch'essa trasferita (cfr. App. Firenze, 2 aprile 2013, in *dejure*); il trasferimento che conseguiva alla fusione tra due società e alla nascita di una *newco*, con necessità di concentrare le attività di supporto e direzionali presso la sede legale (cfr. Trib. Milano, 2 luglio 2012, in *dejure*); il trasferimento a fronte della sussistenza di evidenti scopi di ottimizzazione delle risorse, anche alla luce della mutata realtà dell'informazione, dovuta, in particolare, all'introduzione di nuove tecnologie e all'esistenza di nuove e più agevoli fonti di acquisizione delle notizie (cfr. Cass. 28 aprile 2009, n. 9921, in *dejure*); il trasferimento che dipendeva dall'accentramento presso le sedi di Bologna e Modena dei responsabili delle diverse funzioni della società, essendo emersa «dalle risultanze istruttorie... l'effettiva verifica di tale riorganizzazione dell'Ente» (cfr. Trib. Milano 22 novembre 2012, in *dejure*).

59. Tale norma dispone, al comma 1, così dispone: «*l'ipotesi del distacco si configura quando un datore di lavoro, per soddisfare un proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori a disposizione di altro soggetto per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa*». Per il distacco, la legge non prevede alcun requisito di forma, né *ad substantiam*, né *ad probationem*.

60. Cass. 10 giugno 1999, n. 5721, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, pag. 1319, G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Torino, 2015, 237 e ss., M.T. CARINCI, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, 2010.

61. Cfr. Cass. 21 maggio 1998, n. 5102, in *Or. Giur. Lav.*, 1998, I, 584.

della prestazione lavorativa del dipendente distaccato<sup>(62)</sup>.

Il presupposto del distacco è, dunque, l'esistenza di due soggetti diversi, essendo, invece, irrilevante il mutamento del luogo di esecuzione della prestazione o l'attività prestata<sup>(63)</sup>.

Il datore di lavoro formale (*rectius*, il distaccante) resta responsabile del trattamento economico e normativo, del versamento della contribuzione e dei premi assicurativi contro gli infortuni e le malattie professionali e di tutti gli atti di gestione del rapporto di lavoro (dall'irrogazione di sanzioni disciplinari, al licenziamento). Il datore di lavoro sostanziale (*rectius*, il distaccatario) diviene, invece, titolare del potere direttivo e organizzativo sul dipendente distaccato il quale è, ad ogni effetto, inserito nell'organizzazione dell'impresa distaccataria.

La legittimità di un distacco è subordinata, innanzitutto, alla sussistenza di due requisiti: l'interesse del distaccante a che un proprio dipendente svolga la propria attività lavorativa a favore del distaccatario e la temporaneità del distacco. Non occorre, invece, il consenso del lavoratore, salvo il caso in cui esso comporti un mutamento di mansioni, né la sussistenza di altre specifiche ragioni, salvo il caso in cui il distacco comporti un trasferimento geografico a più di 50 Km<sup>(64)</sup>.

È il primo requisito (l'interesse datoriale), in particolare, a rivestire importanza fondamentale al fine di valutare la sussistenza di un legittimo distacco e su di esso si concentrano sia le decisioni della magistratura<sup>(65)</sup>

---

62. Nell'ambito di un distacco, dunque, il rapporto di lavoro originario non si estingue, né sorge un nuovo rapporto con il soggetto che beneficia della prestazione lavorativa: a mutare è il destinatario della prestazione lavorativa, resa non già (o non solo, in caso di distacco parziale) nei confronti del datore di lavoro distaccante, bensì del terzo.

63. Non osta al distacco la circostanza che i lavoratori non muti il proprio luogo di lavoro, ipotesi nella pratica abbastanza frequente in ipotesi di distacchi parziali per attività rese all'interno del medesimo gruppo. E così nell'ipotesi di accentramento in capo ad un unico soggetto della funzione di responsabile delle risorse umane, costui potrà rendere la propria prestazione a favore di un più società del gruppo in distacco parziale, pur non mutando sede di lavoro né ufficio.

64. In questo caso il distacco è legittimo a condizione che sussistano, come nel caso del trasferimento, «*comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive*» (cfr. comma 3° dell'art. 30 della c.d. "Legge Biagi").

65. A titolo esemplificativo, la giurisprudenza ha chiarito che l'interesse della società distaccante, che deve permanere per tutta la durata del distacco (cfr. Cass. 6 ottobre 2016, n. 20049 in *dejure*), può fondarsi su esigenze di formazione del personale in vista dello svolgimento delle future attività all'interno dell'originaria struttura (cfr. Cass. 25 novembre 2010, n. 23933, Cass. 26 aprile 2006, n. 9557 e Cass. 7 novembre 2000, n. 14458 in *dejure*) e non può, invece, consistere nel mero risparmio di costi o nella mera difficoltà economica della società distaccante (cfr. Cass. 23 aprile 2009, n. 9694 in *dejure*).

sia le interpretazioni ministeriali<sup>(66)</sup>.

Meno rilevante parrebbe essere, invece, il requisito della temporaneità, che non si identifica necessariamente con la brevità della durata del distacco quanto, piuttosto, come un indice della sussistenza o meno di un legittimo interesse al distacco: se un distacco si protrae *sine die*, infatti, è lecito dubitare della sussistenza di un genuino interesse di un datore di lavoro a privarsi della prestazione di un proprio dipendente a favore della società distaccataria<sup>(67)</sup>.

In assenza di tali condizioni, una prestazione resa a favore di un soggetto diverso dal proprio datore di lavoro configura un'ipotesi illecita di irregolare somministrazione di lavoro<sup>(68)</sup>.

---

66. Cfr. per i distacchi infragruppo, la Circolare del Ministero del Lavoro n. 3/2004 e l'Interpello del Ministero del Lavoro n. 1 del 20 gennaio 2016, per cui l'interesse del distaccante può coincidere nel comune interesse perseguito dal gruppo analogamente a quanto previsto dal legislatore per il contratto di rete. La giurisprudenza ha precisato che l'interesse del distaccante può coincidere con l'interesse del gruppo, nel senso che il distacco del lavoratore presso altra impresa va considerato legittimo se la prestazione così resa dal lavoratore presso il terzo può contribuire alla realizzazione dei fini del gruppo, al cui successo è, in ultima analisi, interessato lo stesso distaccante (Cass., 21 aprile 2016, n. 8086). Inoltre, secondo la prassi amministrativa, l'interesse «non deve coincidere con quello alla mera somministrazione altrui» e deve essere «specifico, rilevante, concreto e persistente per tutto il periodo di distacco» (Circ. 15 gennaio 2004, n. 3 e circ. 24 giugno 2005, n. 24).

67. Ancora la Circolare del Ministero n. 3/2004 precisa che «il concetto di temporaneità coincide con quello di non definitività indipendentemente dalla entità della durata del periodo di distacco, fermo restando che tale durata sia funzionale alla persistenza dell'interesse del distaccante».

68. Con la conseguenza che il lavoratore interessato potrà chiedere la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze del soggetto che abbia effettivamente beneficiato delle sue prestazioni lavorative (sia esso il distaccatario o il committente in un appalto illecito) e il soggetto che abbia effettivamente beneficiato delle prestazioni lavorative sarà tenuto al pagamento delle retribuzioni e dei contributi previdenziali dovuti per il lavoratore distaccato, che non fossero stati versati dal formale datore di lavoro. Entrambe le società saranno, poi, punite con una sanzione amministrativa pecuniaria pari a 50 euro per ogni lavoratore occupato e per ciascuna giornata di occupazione (art. 18, comma 5 bis Legge Biagi come novellato dal D. Lgs. n. 8/2016). La sanzione amministrativa non può, in ogni caso, essere inferiore a 5.000 euro né superiore a 50.000 euro (art. 1, comma 6 D. Lgs. n. 8/2016). Inoltre, dal punto di vista della disciplina sulla sicurezza del lavoro, in caso di distacco fittizio non trova applicazione l'art. 3 comma sesto del D. Lgs. 81/2008 (TU Sicurezza) e gli obblighi di prevenzione e protezione vengono a gravare sia sul distaccante fittizio, il quale mantiene la qualifica di datore di lavoro in senso formale a norma dell'art. 2 del Testo Unico, sia sul distaccatario fittizio, il quale assume la qualifica di datore di lavoro di fatto dal momento che si serve concretamente del lavoratore (Cfr. Cass. IV sez. pen., 30 ottobre 2018, n. 49593 del 2018).



*Capitolo 6*

**L'ESERCIZIO DEL POTERE  
DISCIPLINARE E LA  
RACCOLTA DELLE PROVE**

**Giuseppe Bulgarini d'Elci**  
*Partner*  
*Carnelutti Studio Legale Associato*

## 1. INTRODUZIONE

Il potere di direzione e controllo, che costituisce tratto essenziale del rapporto di lavoro subordinato, non può esercitarsi compiutamente senza lo strumento disciplinare, tanto più in un sistema che evolve verso forme di lavoro agile, dove all'allentamento dei vincoli di tempo e di luogo si associa inevitabilmente una supervisione meno diretta sulla prestazione dei dipendenti.

Così come nella fabbrica di stampo fordista, dove a dominare è la catena di montaggio e il controllo sul dipendente avviene quasi in presa diretta, anche nelle più moderne organizzazioni aziendali, dove il digitale e la robotica spingono il lavoro dell'uomo dietro un computer o sui comandi di macchine industriali tecnologicamente avanzate, l'esercizio del potere disciplinare rimane un insostituibile mezzo di gestione del rapporto di lavoro.

Ora come allora, la sanzione delle condotte inadempienti del lavoratore passa attraverso le regole scolpite nell'art. 7 della Legge 300/1970, sulle quali le elaborazioni della giurisprudenza hanno costruito un insieme di principi e di garanzie che il responsabile delle risorse umane non può non avere ben presenti nella sua duplice veste di supremo coordinatore del personale e di punto di riferimento di una moderna organizzazione del lavoro aziendale. Punto di partenza è il principio enunciato nel comma 2, per il quale *“Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa”*.

La norma ci mette chiaramente davanti ad un procedimento che si articola su tre fasi: la contestazione dell'addebito, le giustificazioni del lavoratore e l'irrogazione del provvedimento disciplinare. Ognuna di queste fasi richiede di essere prudentemente gestita sulla base di quelle regole che decenni di giurisprudenza del lavoro hanno costruito, quasi come l'impalcatura di un edificio che subisce ricorrenti interventi di manutenzione, in una funzione di tutela della parte “debole” del rapporto, a presidio di un corretto esercizio del potere disciplinare.

## 2. LA FASE DI CONTESTAZIONE DEGLI ADDEBITI

In questa prospettiva, la formulazione della lettera con gli addebiti disciplinari deve essere specifica e dettagliata, in modo che al lavoratore sia consentito di comprendere nel suo significato più pieno il contenuto della contestazione e, quindi, di poter presentare le giustificazioni avendo ben chiaro *“nella sua materialità, il fatto o i fatti nei quali il datore di lavoro abbia ravvisato infrazioni disciplinari”* (Cass. 11.4.2018 n. 9590).

Facciamo un esempio: se l'intento è quello di contestare un ammanco di cassa in tre diverse occasioni, la lettera con gli addebiti dovrà indicare al cassiere i giorni ed il turno di lavoro nel quale sono state registrate le dissonanze contabili, così come l'importo degli ammanchi. In mancanza di questi elementi, il rischio che si abbatta sul procedimento la scure del giudice non è indifferente, considerando il rigore con il quale i giudici di merito applicano sovente questi principi e la sanzione reintegratoria (con indennizzo fino a 12 mensilità ex art. 18, comma 4, Legge 300/1970) cui un indirizzo associa tale violazione.

È interesse dello stesso datore, del resto, che, rispetto alle condotte inadempienti del dipendente, la lettera di contestazione sia articolata e abbracci tutte le possibili diverse angolature sotto le quali può essere promossa l'azione disciplinare. La comunicazione scritta con la quale viene dato impulso al procedimento disciplinare ne circoscrive, infatti, il contenuto, non consentendo al datore di lavoro di ritornare su quella medesima vicenda in una seconda fase per utilizzare fatti e circostanze che non erano alla base della lettera iniziale di addebiti.

Questo schema si applica tanto nel caso in cui a presidio della sanzione vengano dedotte circostanze che non avevano formato oggetto di contestazione, quanto nel caso di un nuovo procedimento disciplinare sui medesimi eventi.

Nel primo caso, ad essere violato è il principio di immutabilità della contestazione, in forza del quale la sanzione non può che essere applicata con riferimento ai fatti sui quali il dipendente è stato previamente chiamato a giustificarsi.

Recenti approdi della giurisprudenza hanno, peraltro, confermato che non viene leso il principio di immutabilità nel caso in cui lo scostamento tra fatti contestati e nuove circostanze dedotte (per la prima volta) in sede sanzionatoria sia diretto a precisare il contenuto degli addebiti, senza

alterare il diritto di difesa del dipendente (Cass. 9.5.2018 n. 11159). Allo stesso modo, una recentissima sentenza della Cassazione ha precisato che non si ricade nel divieto se, con la lettera di irrogazione della sanzione disciplinare, il datore ha offerto una nuova prospettiva giuridica dei fatti già contestati, come nel caso in cui il ripetuto anticipato abbandono del turno assurga in sede sanzionatoria ad indice di insubordinazione (Cass. 13.9.2018 n. 22382).

Nel secondo caso, si realizza una violazione del principio (*ne bis in idem*) per cui i fatti utilizzati per attivare un procedimento disciplinare non possono essere riutilizzati, neppure sotto una diversa angolatura giuridica, per dare impulso ad una seconda azione disciplinare.

È di ottobre una pronuncia della Cassazione che ha censurato il licenziamento disciplinare intimato ad un direttore di banca per avere reiteratamente richiesto ai subordinati di “fare la spesa” per lui e di “timbrare”, sempre per lui, la presenza in servizio, posto che, sul presupposto di questi stessi episodi, il direttore era già stato licenziato (e reintegrato dal giudice) per abituale abuso dei poteri gerarchici (Cass. 23.10.2018 n. 26815).

Sotto altro profilo, massima attenzione occorre riporre nella tempestività dell'azione disciplinare, posto che un consolidato orientamento ritiene che, allo scopo di salvaguardare l'affidamento del dipendente ed il suo diritto di difesa, la formulazione dell'addebito debba intervenire senza ritardo.

Un nutrito drappello di pronunce ha, comunque, osservato che il principio di immediatezza non va inteso in termini rigidi, essendo compatibile con un periodo di attesa, più o meno lungo, quando la valutazione dei fatti, per le dimensioni dell'impresa o per la complessità degli accertamenti, richieda uno spazio temporale maggiore (Cass. 26.3.2018 n. 7424).

### **3. LA RACCOLTA DELLE PROVE**

La necessità di accertare nella sua dimensione (prima di tutto) storica e materiale le condotte inadempienti dei lavoratori introduce il tema della raccolta delle prove, che un ufficio del personale accorto avrà cura di collazionare prima di dare impulso all'azione disciplinare.

Il tema si pone in termini complessi con riferimento all'utilizzo di agenzie

investigative, che in non poche occasioni può costituire un insostituibile mezzo di accertamento delle condotte illecite e fraudolente. Pensiamo non solo alle ipotesi più classiche del dipendente assente per malattia di cui sia sospetta la genuinità dello stato morboso o dell'informatore scientifico che sia sospettato di svolgere attività in concorrenza, ma anche alle nuove forme di *smart working*, che consentono l'esercizio della prestazione senza particolari vincoli di tempo e di luogo. In tutti questi casi, il controllo tramite agenzia può essere l'unico mezzo idoneo ad accertare condotte illecite perpetrate dai dipendenti.

Anche qui, il parametro di riferimento è costituito dagli indirizzi elaborati dalla giurisprudenza, la quale ha fissato alcuni "paletti" di riferimento, che costituiscono altrettante condizioni cui è subordinato il legittimo ricorso ad indagini investigative.

Anzitutto, il controllo tramite agenzia non deve avere ad oggetto il disimpegno dell'attività lavorativa, ma essere diretto ad accertare condotte illecite del dipendente, a fronte del compimento (o anche solo del sospetto) di azioni che danneggiano il patrimonio aziendale o sono idonee ad integrare un reato. Il mandato all'agenzia di investigazioni, inoltre, deve avere carattere occasionale, non essendo ammissibile un monitoraggio sistematico, ed essere circoscritto alla verifica su episodi specifici.

Facendo applicazione di queste condizioni, non sono poche le sentenze che hanno ammesso la prova della simulazione dello stato di malattia raccolta tramite agenzia investigativa, come nel caso del dipendente sorpreso ad una gara cinofila mentre trascinava in corsa il proprio pitbull (Trib. Busto Arsizio 19.12.2017 n. 4831), o del dipendente che lavorava nella farmacia della moglie (Cass. 1.8.2017 n. 19089) o, ancora, di quell'altro che, pur affetto da lombalgia, era stato fotografato sul tetto di casa intento a fare riparazioni (Cass. 21.9.2016 n. 18507).

Allo stesso modo, la giurisprudenza ha ammesso gli esiti dell'indagine per accertare la sottrazione di denaro da parte dei casellanti al pedaggio autostradale (Cass. 31.10.2013 n. 24580) o per avere conferma dello svolgimento di attività extra lavorativa da parte del dipendente in violazione del divieto di concorrenza (Cass. 11.6.2018 n. 15094). Non va, peraltro, dimenticato che, secondo un più rigido indirizzo della giurisprudenza di merito, l'uso delle investigazioni per accertare condotte illecite dei dipendenti presuppone l'ulteriore condizione di una assoluta inevitabilità del controllo tramite agenzia (Trib. Milano 23.4.2015 n. 1221).

Altro tema che ha avuto un crescente impatto in questi ultimi anni, di pari passo con il sempre più diffuso utilizzo di internet quale strumento di comunicazione, è la possibile rilevanza disciplinare delle affermazioni e dei messaggi veicolati dai lavoratori sui social network. Si confrontano qui due visioni contrapposte, la prima delle quali nega risolutamente l'uso a fini disciplinari dei contenuti scambiati nelle "chat" dei social (Twitter, Facebook, etc.), osservando che, poiché si tratta di gruppi chiusi di utenti, ad essere privilegiato deve essere il diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza (Cass. 10.9.2018 n. 21965).

Un indirizzo di segno contrario privilegia, invece, la capacità dei messaggi "postati" sui social network di raggiungere una platea ampia di persone e ravvisa, quindi, in presenza di affermazioni di contenuto offensivo o denigratorio, gli estremi di una condotta diffamatoria sanzionabile disciplinarmente (Cass. 27.4.2018 n. 10280).

Ma anche il datore può farsi parte attiva nella utilizzazione dei social network per accertare condotte illecite dei propri dipendenti. Una interessante pronuncia della Cassazione ha ritenuto, in questo senso, legittimo, al fine di raccogliere elementi utili ad avviare un'azione disciplinare, la creazione di un falso profilo "Facebook" da parte di un imprenditore, che in questo modo era riuscito a "chattare" con il proprio dipendente durante i turni di lavoro di quest'ultimo (Cass. 27.5.2015 n. 10955).

Controverso è anche l'uso a fini disciplinari dei dati raccolti attraverso il tracciamento del computer dei dipendenti, così come mediante la disamina degli account di posta aziendali. Una recentissima pronuncia della Cassazione ha ammesso come fonte di prova di un licenziamento disciplinare la verifica retrospettiva sul computer in dotazione al dipendente, dalla quale era emerso un frequente utilizzo a fini ludici (il dipendente era stato sorpreso mentre giocava a "Free-Cell" e il tracciamento a ritroso aveva consentito di averne conferma). Il dato dirimente risiedeva per la Suprema Corte (sent. 28.5.2018 n. 13266) nel fatto che la verifica sul computer in dotazione al lavoratore era intervenuta per una finalità difensiva, allo scopo di tutelare il patrimonio aziendale in presenza di un ragionevole sospetto sulla condotta illecita del dipendente.

Sulla scorta di questo medesimo principio, la Cassazione ha ammesso la validità degli accertamenti datoriali sulla mail in dotazione al dipendente, che aveva inviato dal proprio account aziendale accuse di inettitudine e commenti scurrili sul datore di lavoro e i suoi collaboratori. Anche in

questo caso (sent. 10.11.2017 n. 26682), la conclusione era nel senso che non si aveva un controllo illecito sull'attività lavorativa, ma una misura funzionale alla rimozione di una condotta illecita del dipendente foriera di ledere l'immagine dell'impresa.

L'indirizzo non è granitico e poggia sulla ricerca, da effettuare caso per caso, di un equilibrato bilanciamento tra le esigenze di protezione dei beni aziendali e la tutela della sfera personale dei lavoratori.

## **4. LE GIUSTIFICAZIONI DEL LAVORATORE**

Accertato il fatto inadempiente e spedita la lettera di contestazione, al datore di lavoro è richiesto di osservare lo spazio temporale che la legge, talora integrata dalla contrattazione collettiva, assegna al dipendente per le giustificazioni. A fronte di un termine minimo di 5 giorni che si desume dall'art. 7 della Legge 300/1970, alcuni contratti collettivi nazionali prevedono un maggiore spazio temporale.

Non va mai dimenticato che le giustificazioni possono essere rese oralmente o per iscritto. Né va dimenticato che, se il dipendente ha reso giustificazioni scritte e chiede di essere sentito verbalmente, il datore è tenuto a fissare apposito incontro, anche se dal contenuto della lettera le giustificazioni dovessero apparire esaurienti. Un indirizzo oggi consolidato della giurisprudenza, ribaltando orientamenti precedenti, ha affermato che le giustificazioni scritte non consumano il diritto del dipendente, che ne abbia esplicitamente fatto richiesta, a rendere dichiarazioni orali (Cass. 16.1.2018 n. 854).

La giurisprudenza si è, peraltro, preoccupata di contrastare un utilizzo strumentale della richiesta di audizione orale al mero fine di paralizzare l'azione disciplinare, affermando che solo in presenza di un valido impedimento il differimento dell'incontro deve essere accordato (Cass. 27.11.2012 n. 21026). Il rinvio dell'incontro, inoltre, in un'ottica di salvaguardia del diritto all'esercizio del potere disciplinare, comporta la sospensione del termine finale entro cui debba essere eventualmente concluso, alla luce di apposite regolamentazioni della contrattazione collettiva, il procedimento disciplinare (Cass. 19.5.2017 n. 12714).

Un tema delicato, da trattare sempre con la dovuta circospezione, si apre quando il dipendente richiede di visionare la documentazione aziendale al

fine di poter predisporre le giustificazioni. La risposta non è, in assoluto, un sì o un no, ma dipende dalla rappresentazione dei fatti che sorreggono la contestazione degli addebiti.

Se la lettera di avvio del procedimento disciplinare è idonea, senza necessità di ulteriore ausilio di dati e informazioni, a circoscrivere il perimetro della contestazione e, quindi, a mettere il dipendente nelle condizioni migliori per offrire la propria versione, la richiesta di documentazione aziendale può essere legittimamente rifiutata. La giurisprudenza ha precisato, al riguardo, che il datore è tenuto ad offrire i documenti in consultazione al dipendente solo se il loro esame *“sia necessario per predisporre una adeguata difesa”* (Cass. 6.10.2017 n. 23408).

Non è infrequente che il lavoratore richieda di poter dare le giustificazioni orali con l'assistenza di un avvocato. L'art. 7 della Legge 300/1970 si limita a prevedere che il dipendente possa farsi assistere da un rappresentante sindacale, senza null'altro aggiungere. La giurisprudenza ha interpretato la disposizione nel senso che il lavoratore, in sede di giustificazioni verbali, non abbia diritto ad avvalersi della difesa *“tecnica”* di un avvocato (Cass. 21.3.2018 n. 6994). Ne deriva che il datore resta libero di decidere se consentire, o meno, la partecipazione del legale di fiducia del lavoratore. Va da sé, ad ogni buon conto, che maggiori spazi di tutela si lasciano aperti al lavoratore in sede di giustificazioni, minori saranno le possibili contestazioni di un uso non corretto o strumentale dell'azione disciplinare.

## 5. L'IRROGAZIONE DELLA SANZIONE

Anche in quest'ultima fase, che conclude il procedimento disciplinare, il datore deve essere attento a non incorrere in violazioni procedurali, che sono sempre dietro l'angolo.

Non pochi contratti collettivi prevedono, accanto ad un termine per le giustificazioni del lavoratore, un successivo termine finale entro cui debba essere comminato il provvedimento. Di questi, alcuni hanno stabilito che, ove la sanzione non sia emanata entro il termine assegnato al datore, le giustificazioni *“si riterranno accolte”* (CCNL Metalmeccanici, CCNL Chimici).

Occorre fare attenzione, perché il mancato rispetto di questi termini, in caso di licenziamento disciplinare, può essere foriero di conseguenze

ripristinatorie del rapporto. Un indirizzo della giurisprudenza, ribadito negli ultimi mesi dalla Cassazione, ritiene che la irrogazione della misura espulsiva oltre l'intervallo temporale massimo assegnato dal contratto collettivo comporti la illegittimità del licenziamento per "*insussistenza del fatto contestato*", con conseguente applicazione della tutela reale attenuata ex art. 18, comma 4, Legge 300/1970 (Cass. 3.9.2018 n. 21569).

Cosa succede, invece, se il datore irroga il provvedimento disciplinare prima del decorso integrale del termine di difesa assegnato al lavoratore? In un'ottica prudenziale, soprattutto se la previsione di un termine maggiore è fissato dal contratto collettivo, è da evitare l'applicazione della sanzione prima che l'intervallo temporale sia interamente decorso. Merita, tuttavia, segnalare che, ad avviso della giurisprudenza, se il lavoratore ha dato chiara manifestazione di avere completato le proprie giustificazioni senza ulteriori richieste, il datore potrà concludere il procedimento disciplinare senza dover attendere che sia spirato il termine finale (Cass. 10.7.2015 n. 14481).

È risaputo che la misura sanzionatoria deve rispondere al canone della proporzionalità, nel senso che l'entità del provvedimento non può eccedere la portata inadempiente dell'addebito. Su questo piano, diversi sono gli elementi che, alla luce di un consolidato insegnamento, il Direttore HR deve tenere in considerazione sotto il profilo oggettivo e soggettivo.

Partendo dal caso concreto, occorre svolgere una ampia ricognizione di tutti gli elementi che connotano il rapporto di lavoro: dalla posizione gerarchica del dipendente nella compagine aziendale al contenuto delle sue mansioni, dai precedenti disciplinari alla intenzionalità della condotta inadempiente, dalle condizioni di tempo e di luogo alle possibili ricadute negative sull'impresa. Senza dimenticare le previsioni sanzionatorie del CCNL, che costituiscono un punto di riferimento da cui l'impresa non può prescindere.

Tra le più recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità, merita di essere segnalato il rilievo per cui, al fine di compiere il giudizio di proporzionalità, un ruolo non secondario è affidato al condizionamento ambientale che il dipendente può subire sul posto di lavoro. In applicazione di questo principio, la Cassazione ha ritenuto sproporzionata la misura espulsiva inflitta al venditore che aveva assunto iniziative commerciali irregolari ed aggressive, in quanto tali azioni erano il frutto di reiterate pressioni dei responsabili di area per spingere sul fatturato (Cass. 2.10.2018 n. 23878).

Se è pacifico, alla luce di un consolidato approccio della giurisprudenza, che il ruolo di dirigente porti a valutare con maggiore severità e rigore le condotte passibili di censura disciplinare, non è del tutto scontato che alle medesime conclusioni si possa pervenire nel caso dell'azione disciplinare promossa nei confronti del lavoratore che ricopre una carica sindacale. La Cassazione (13.9.2018 n. 22382) ha espresso parere favorevole, osservando che la reiterata cessazione anticipata dei turni di lavoro da parte di un dipendente con funzioni sindacali costituisce elemento aggravante, perché la carica sindacale assurge a modello diseducativo per gli altri dipendenti.

Un cenno finale va speso per segnalare che numerosi contratti collettivi richiedono che la comunicazione della sanzione disciplinare sia motivata. In tal caso, si suggerisce che nella lettera con il provvedimento siano spiegate le ragioni per le quali non sono accolte, ovvero sono accolte parzialmente, le giustificazioni rese dal lavoratore. Occorre, peraltro, evidenziare che la comunicazione della sanzione, alla luce di un indirizzo della giurisprudenza, non deve necessariamente riprodurre una analitica esposizione dei motivi a presidio del provvedimento disciplinare, né fare menzione delle giustificazioni rese dal lavoratore (Cass. 20.3.2017 n. 7127).

*Capitolo 7*

**LICENZIAMENTI INDIVIDUALI, CAUSE  
DI CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI  
LAVORO. LE NOVITÀ INTRODOTTE DAL  
JOBS ACT: LA NUOVA DISCIPLINA DEL  
LICENZIAMENTO. COME OPERARE UN  
CORRETTO LICENZIAMENTO E COME  
RIDURRE I RISCHI DI CONTENZIOSO**

**Giacinto Favalli**

*Partner Fondatore*

*Trifirò & Partners Avvocati*

## 1. INTRODUZIONE

A quasi cinquant'anni dallo Statuto dei lavoratori, l'entrata in vigore dapprima della l. 92/2012 e successivamente del d.lgs. n. 23/2015 (oggetto dapprima di un'operazione di *maquillage* ad opera del d.l. 87/2018, conv. in l. 96/2018 e, successivamente, dall'intervento correttivo della sentenza della Corte Costituzionale n. 194/2018) ha prodotto una sorta di piccolo "sisma" sulla materia dei licenziamenti individuali, le cui onde d'urto hanno interessato l'intera evoluzione giurisprudenziale precedente, ridisegnando le criticità legate al contenzioso che dall'applicazione delle suddette normative trae origine. In questa sede, si cercherà dunque, più che procedere ad una ricostruzione didascalica dell'intera normativa, di concentrare il discorso su due diversi piani, pur strettamente connessi: sia spiegare quali sono le innovazioni strettamente tecnico-giuridiche relative alla morfologia dei licenziamenti individuali derivanti dal nuovo intervento legislativo del 2015 e dai successivi interventi; sia, sul piano pratico, di proporre alcune soluzioni congruenti, efficaci e teleologicamente orientate alla riduzione dei maggiori rischi di causa connessi ai licenziamenti individuali. A tal fine, sarà opportuno distinguere tra i licenziamenti per ragioni disciplinari (giusta causa o giustificato motivo soggettivo) e i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

Ci si limiterà dunque ad affrontare il discorso per i soli licenziamenti rientranti nel campo di applicazione del *Jobs Act* <sup>(69)</sup>.

## 2. LICENZIAMENTI DISCIPLINARI.

Il *Jobs Act*, come prima la l. 92/2012, non è intervenuto a modificare le categorie generali della giusta causa (art. 2119 c.c.) e del giustificato motivo di licenziamento per giustificato motivo. Ha però operato una ripartizione di tutela a seconda del vizio del licenziamento.

---

<sup>69</sup> Si tratta dei licenziamenti intimati ai lavoratori assunti a partire dal 7 marzo 2015, eventualmente anche a seguito di conversione di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato a partire dal 7 marzo 2015; e ai lavoratori assunti fino al 6 marzo 2015 da un datore di lavoro (anche organizzazione di tendenza) che raggiunga più di 15 dipendenti nell'unità produttiva o i 60 ovunque considerati a causa delle assunzioni a tempo indeterminato effettuate a partire dal 7 marzo 2015.

## **2.1. Licenziamento nullo, discriminatorio o orale.**

L'art. 2 del *Jobs Act* stabilisce le tutele in caso di nullità del licenziamento. Si tratta, più o meno, della stessa area già delineata dal primo comma dell'art. 18 Stat. lav. e concerne casi inerenti la tutela dei c.d. diritti fondamentali del lavoratore: se il licenziamento li pregiudica, il licenziamento è nullo e il datore di lavoro deve reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto e dalle dimensioni della impresa. È altresì previsto il pagamento delle retribuzioni fino alla reintegrazione (con un minimo di 5 mensilità), nonché della reintegrazione, con la particolarità per cui, a differenza di quanto previsto sinora, per mensilità ci si riferisce sempre all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto.

Un'importante differenza rispetto al passato concerne l'allargamento della platea dei casi di discriminazione: il rinvio operato dall'art. 2 d.lgs. 23/15 non solo alle successive modifiche dell'art. 15 Stat. lav., ma anche agli «*altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge*» è idoneo infatti a estendere la nozione di discriminazione, oltre ai fattori legati a età, orientamento sessuale e convinzioni personali, anche a casi finora rimasti fuori, come le discriminazioni per infezione da HIV (art. 5, l. 135/1990) e quelle originate dall'origine etnica (d.lgs. 215/2003), con una sostanziale equiparazione tra fattori discriminatori e cause di nullità c.d. virtuali del licenziamento.

In tal senso, non va letta in senso abrogativo neanche l'eliminazione, nell'art. 2, del richiamo al licenziamento per motivo illecito *ex art. 1345 c.c.*, il quale, laddove unico e determinante, resta pienamente operante come causa di nullità del licenziamento. In senso sostanzialmente analogo all'art. 18 Stat. lav., come modificato dalla l. 92/2012 è anche l'ultimo periodo del primo comma dell'art. 2 relativo al licenziamento intimato in forma orale. Un licenziamento, questo, ancora definito come «*inefficace*» sulla scorta dell'originaria qualificazione attribuitagli dall'art. 2, comma 3 della l. n. 604 del 1966 e che dunque consente l'applicazione della tutela reintegratoria piena.

Il quarto comma dell'art. 2 estende poi la tutela reintegratoria anche all'ipotesi di licenziamento illegittimo per «*difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68*». Si

tratta dell'unica autonoma ipotesi di ingiustificatezza, che ora è sanzionata con la tutela reale piena.

## **2.2. Licenziamento illegittimo e insussistenza del fatto contestato.**

L'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 stabilisce le tutele in caso di illegittimità del c.d. licenziamento disciplinare (*rectius* del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa). Il secondo comma di tale articolo affronta la parte più delicata dell'intero decreto poiché riconosce la c.d. nuova tutela reintegratoria attenuata «*esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento*».

Uno dei punti che, nella riforma Fornero, aveva creato problemi interpretativi era la nozione di "fatto contestato", dalla cui insussistenza l'art. 18 Stat. lav. modificato dalla l. 92/2012 faceva discendere la reintegrazione.

In effetti, di fronte ad una giurisprudenza di merito tendenzialmente favorevole alla tesi del fatto giuridico (ovvero illecito ed imputabile), si era registrato un contrasto giurisprudenziale in Cassazione.

Secondo la prima sentenza di legittimità in materia <sup>(70)</sup>, il fatto andava inteso nel suo significato storico, la cui «*verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali*» a prescindere anche da ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità.

Le successive sentenze <sup>(71)</sup> hanno modificato la portata della pronuncia del 2014 e ritenuto che il fatto contestato, per essere sussistente, deve essere connotato da illiceità. L'uso della locuzione "fatto contestato" «*lega la materialità del fatto alla sua rilevanza disciplinare*» e l'illiceità si caratterizza anche per l'imputabilità del fatto.

Con il *Jobs Act* l'introduzione del termine «*materiale contestato*» non ha risolto il dibattito. L'irrigidimento compiuto dal legislatore del *Jobs Act* con l'inserimento dell'aggettivo «*materiale*» con l'intenzione di voler risolvere la dibattuta questione sorta a proposito della l. 92/2012 sulla mate-

70 Cass., 6 novembre 2014, n. 23669, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1, 229

71 Cass., 13 dicembre 2015, n. 20540, *ivi*, 4, 1128; Cass., 20 settembre 2016, n. 18418, in *Ilgiuslavorista.it*

rialità o antigiusuridicità del fatto non è però valso ad assicurare tali effetti, posto che ancor oggi si registra la tensione a interpretare la locuzione «fatto materiale contestato» qualificando il fatto come “antigiuridico” anche se è venuto meno ogni possibile rilievo al giudizio di proporzionalità.

V'è invero la tendenza, anche se con accenti diversi, a ricondurre tutto alle categorie precedenti, pur in presenza di una innegabile volontà innovativa del legislatore, ancorché non sempre chiara nelle sue espressioni. Secondo una tesi, invero, il fatto resterebbe pur sempre giuridico, sì che l'operazione normativa di aggiunta dell'aggettivo «materiale» dovrebbe essere intesa come adozione di una nozione del tutto «atecnica» del fatto stesso <sup>(72)</sup>: dal riferimento al fatto materiale non potrebbe dunque derivare l'irrelevanza dell'elemento intenzionale <sup>(73)</sup>.

Contro tali argomentazioni si è eccepita la semplificazione posta in essere dal nuovo decreto con l'accentuazione del carattere eccezionale di una tutela reintegratoria giustificata solo dall'insussistenza del presupposto minimo – la concreta condotta materiale – per la legittimità del licenziamento. E perciò, ai fini dell'eventuale reintegrazione, riferibile solo al “torto marcio” del datore di lavoro <sup>(74)</sup>.

V'è, peraltro, anche chi attribuisce alla espressione normativa significati e valenze ulteriori rispetto alla nuda materialità, e tuttavia ritenuti compatibili con la nozione di fatto materiale, che sia «contestato». Secondo tale tesi, da un lato, la nozione di fatto impone di accertare che esso sia riferibile al lavoratore, secondo un elementare rapporto di causalità, perché se il fatto materiale non è stato commesso dal lavoratore medesimo, esso, relativamente a quel lavoratore, è insussistente. Dall'altro lato, la circostanza che il fatto materiale debba essere «contestato» rimanderebbe ad un presupposto di esercizio del potere disciplinare, con la conseguenza che fatti e condotte irrilevanti quand'anche sussistenti, non determinerebbero di per

---

72 V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi, ADAPT, Labour studies, e-book series*, n. 40, p. 35; L. NOGLER, *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *I licenziamenti nel contratto a tutela crescenti*, p. 40

73 M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, p. 741 ss.; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 310 ss.

74 M. DE LUCA, *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *WP CSDL* Massimo D'Antona, 251/2015, p. 1 s.; F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d. lgs. n. 23/2015*, *ivi*, 252/2015, *passim*.

sé l'esclusione della reintegrazione. «*Fatto materiale contestato*» è dunque quello connotato da una soglia minima di antiggiuridicità<sup>(75)</sup>.

A *latere* del discorso teorico, sulla insussistenza del fatto si registrano anche alcune singolarità che hanno un immediato impatto pratico. In particolare, viene ritenuto insussistente un fatto anche quando i fatti contestati sono molteplici, ma il giudice ne accerta alcuni materialmente insussistenti, altri, ancorché sussistenti, oggetto di addebito tardivo (quindi invalido perché in contrasto con il principio d'immediatezza della contestazione), altri ancora sussistenti (ancorché poi privi di rilevanza disciplinare). Ciò rende necessario prestare attenzione alle modalità di redazione delle lettere di contestazione disciplinare e le conseguenti lettere di licenziamento. Occorrerà redigere le suddette lettere in modo analitico, ma specificando solo quanto sia effettivamente possibile provare nel successivo eventuale giudizio. Tale attenzione risulta necessaria, specie a fronte di plurime imputazioni, per porre il licenziamento al riparo dal rischio di illegittimità cui andrebbe incontro se, secondo la tesi sopra esposta, venisse ritenuto insussistente anche un solo fatto contestato.

### 3. (SEGUE). LA TARDIVITÀ.

Altro tema cui occorre apprestare la massima attenzione è quello della tempestività sia del licenziamento, che soprattutto della contestazione disciplinare da cui questo trae origine. Il *Jobs Act* non hanno invero fatto venir meno l'obbligo del datore di portare «*a conoscenza del lavoratore i fatti contestati non appena essi appaiano ragionevolmente sussistenti*»<sup>(76)</sup>.

La valutazione va compiuta secondo un criterio di relatività<sup>(77)</sup>. Ma occorre prestare molta attenzione alla tempestività perché allo stato si discute su quali siano le conseguenze nel caso in cui la contestazione venga valutata come tardiva.

Se infatti nel vigore della previgente disciplina la tardività della contestazione si tramutava in un vizio di illegittimità del licenziamento che, a

---

75 C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2017, p. 1068

76 *Ex multis* Cass., 13 febbraio 2013, n. 3532, in *Giust. civ. Mass.*, 2013

77 Cass., 23 gennaio 2015, n. 1247, in *Diritto & Giustizia*, 2015

seconda della dimensione dell'impresa, conduceva all'applicazione della tutela obbligatoria *ex* l. 604/1966 o di quella reale *ex* art. 18 Stat. lav. prev.; dopo l'entrata in vigore della riforma Fornero e del *Jobs Act* la questione della tardività è stata oggetto di una specifica valutazione ad opera della giurisprudenza, in cui si è registrato un deciso contrasto in ordine alla possibilità di qualificare il vizio come avente natura formale o sostanziale.

In tal senso, secondo un primo orientamento, in caso di licenziamento intempestivo, troverebbe applicazione la mera tutela indennitaria; qualificando invece la tempestività come requisito di legittimità sostanziale attinente al profilo causale dell'atto di recesso, in base ad un secondo orientamento, in caso di suo difetto verrebbe a trovare applicazione la tutela reintegratoria per insussistenza del fatto.

Secondo le Sezioni Unite della Cassazione <sup>(78)</sup> la tardività della contestazione fa sì che il fatto contestato debba ritenersi insussistente non possa essere oggetto di valutazione da parte del giudice. Per quanto concerne il regime sanzionatorio, le Sezioni Unite ritengono peraltro applicabile la tutela prevista dall'art. 18, comma 5 Stat. lav., specificando però che qualora le norme di contratto collettivo o la stessa legge prevedono dei termini per la contestazione dell'addebito disciplinare, la relativa violazione verrebbe attratta, in quanto caratterizzata da contrarietà a norma di natura procedimentale, nell'alveo di applicazione del citato art. 18, comma 6.

#### **4. (SEGUE). IL SISTEMA SANZIONATORIO E LA DECISIONE DELLA CONSULTA.**

Altro tema dibattuto è stato relativo alla compatibilità costituzionale della previsione, contenuta nell'art. 3 del *Jobs Act*, per cui, in caso di licenziamento illegittimo, il giudice avrebbe potuto condannare il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mensilità. Sulla quantificazione della misura era intervenuto il legislatore nella scorsa estate, il quale, senza modificare l'automatismo sotteso al criterio

---

78 Cass. S.U., 27 dicembre 2017, n. 30985

di quantificazione, aveva solo innalzato i limiti previsti dalla legge sino, rispettivamente nel minimo e massimo, a 6 e 36 mensilità.

Tra i due interventi legislativi si colloca l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma del 26 luglio 2017, che, sulla scorta di un orientamento dottrinale, aveva rimesso alla Corte Costituzionale, tra le altre, la questione relativa alla compatibilità con gli artt. 3, 4, 35, 76 2 117 Cost. di un sistema di determinazione dell'indennità così attenuato. L'ordinanza di rimessione, in particolare - oltre a sollevare dubbi in merito alla discriminazione tra neo assunti e vecchi assunti solo in base al "dato accidentale" relativo alla data di assunzione a fronte di licenziamenti intimati per un medesimo fatto e alla compatibilità con l'ordinamento costituzionale di una norma che avrebbe finito con l'incentivare i datori di lavoro a porre condotte speculative, anziché virtuose, fondate su un *firing cost* scarsamente dissuasivo - censurava la novella del 2015 proprio nella parte in cui elide totalmente la discrezionalità valutativa del giudice, con la conseguenza che si finirebbe per disciplinare in modo uniforme casi molto dissimili tra loro: mentre infatti una tutela efficace contro i licenziamenti deve mirare a proteggere "le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità, quando questa sia minacciata da superiori e da colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc.", il "sistema del Jobs act e in particolare la quantificazione dell'indennità in discorso è, al contrario, costruito su una consapevole rottura del principio di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro che non può non spiegare i propri effetti sugli altri diritti dei lavoratori costituzionalmente tutelati (libertà sindacale, libertà di espressione eccetera)".

È proprio su quest'ultimo punto che è intervenuta la Consulta con la sentenza n. 194/2018, statuendo che "la previsione di un'indennità crescente in ragione della sola anzianità di servizio del lavoratore è, secondo la Corte, contraria ai principi di ragionevolezza e di uguaglianza e contrasta con il diritto e la tutela del lavoro sanciti dagli articoli 4 e 35 della Costituzione". Così interpretando, la Corte Costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità del Jobs Act (art. 3) nella parte in cui prevedeva che l'indennizzo - in caso di licenziamento illegittimo - dovesse essere ancorato alla sola anzianità di servizio. A fronte di ciò, il Giudice, in caso di licenziamento illegittimo, potrà quantificare l'importo dovuto al lavoratore tra il minimo di 6 ed il massimo di 36 mensilità, facendo ricorso ai criteri già previsti dall'art. 8, l. 604/1966.

## 5. IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO.

Sono molto rilevanti le modifiche introdotte dal *Jobs Act* in merito al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ed invero, in tutti i casi di illegittimità del licenziamento per g.m.o., non è più prevista la reintegrazione. Il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento; e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24 mesi (ora da 6 a 36).

Naturalmente, è sempre possibile che il Giudice accerti che il licenziamento nasconda un motivo discriminatorio o illecito (art. 2) o un intento sostanzialmente disciplinare (art. 3, comma 2) rispetto ai quali la carenza di giustificato motivo oggettivo può costituire elemento presuntivo. Ma in sostanza il legislatore ha voluto introdurre un c.d. *firing cost*.

Oggi peraltro si registra anche una estensione giurisprudenziale delle ipotesi in cui il datore di lavoro può legittimamente procedere al licenziamento per g.m.o. Si ritiene invero che nel nostro ordinamento il datore di lavoro ha il potere di risolvere unilateralmente il rapporto di lavoro in tutte quelle situazioni che comportino riorganizzazioni o ristrutturazioni aziendali. In virtù della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. vengono considerate valide ragioni sottese al g.m.o. di qualunque tipo purché effettive <sup>(79)</sup>, attuali <sup>(80)</sup> e sufficientemente stabili <sup>(81)</sup>.

Si è anche formato un orientamento giurisprudenziale che, superando gli argomenti sostenuti in passato da alcune sentenze <sup>(82)</sup>, valorizza, ai fini del g.m.o., l'incremento del profitto o il mero risparmio <sup>(83)</sup>, purché il licenziamento sia la conseguenza e non la causale del riassetto organizzativo. Sul piano pratico, è quindi consigliabile che il datore di lavoro – per

---

79 Cass., 15 febbraio 2017, n. 4015, in *Ilgiuslavorista.it*

80 Cass., 24 giugno 2015, n. 13116, in *Diritto&Giustizia*, 2015

81 Cass., 1 luglio 2016, n. 13516, in *Giust. civ. mass.*, 2016

82 Cass., 24 giugno 2015, n. 13116, cit.; Cass., 16 marzo 2015, n. 5173, in *Diritto&Giustizia*, 2015.

83 Cass., 5 febbraio 2017, n. 4015, cit.; Cass., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Resp. civ. Prev.*, 2017, 1228; Cass., 1 luglio 2016, n. 13516, cit.

licenziare per giustificato motivo oggettivo legato al risparmio dei costi – non si dilunghi sulle scelte e strategie aziendali che hanno determinato la necessità di risparmio dei costi o di incremento dei profitti, ma si limiti a specificare la soppressione del posto.

Inoltre, nella stesura della lettera di licenziamento, occorre prestare attenzione ad indicare, con parole misurate, quanto possa essere effettivamente dimostrato e provato in giudizio. L'onere della prova dell'esistenza delle esigenze di carattere oggettivo poste a base del licenziamento è ancora a carico del datore di lavoro (84).

## **Bibliografia**

- CESTER C., *I licenziamenti nel Jobs Act*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2017, p. 1016 ss.
- DE LUCA M., *Contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, 251/2015, p. 1 s.
- MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 310 ss.
- MISCIONE M., *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, in *DPL*, 2015, p. 741 ss.
- NOGLER L., *Il licenziamento per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *I licenziamenti nel contratto a tutela crescenti*, p. 40 ss.
- SCARPELLI F., *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, 252/2015, p. 1 ss.
- SPEZIALE V., *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi, ADAPT, Labour studies, e-book series*, n. 40, p. 35 ss.

---

84 Cfr. Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 296

*Capitolo 8*

**LICENZIAMENTI COLLETTIVI,  
CASSA INTEGRAZIONE,  
CONTRATTI DI SOLIDARIETÀ.  
RECENTI FORME DI  
INCENTIVAZIONE AL  
PENSIONAMENTO DEI  
LAVORATORI**

**Emanuela Nespoli**  
*Socio*  
*Toffoletto De Luca Tamajo e Soci*

## **1. I LICENZIAMENTI COLLETTIVI: FONTI E AMBITO DI APPLICAZIONE.**

Le norme sul licenziamento collettivo, contenute nella l. 23 luglio 1991, n. 223, si applicano quando un datore di lavoro che occupa più di 15 dipendenti (inclusi i dirigenti), intenda effettuare, nell'arco di 120 giorni, almeno 5 licenziamenti (inclusi i dirigenti), in ciascuna unità produttiva, oppure in più unità produttive nell'ambito di una stessa provincia.

La disciplina dei licenziamenti collettivi si applica anche a tutti quei licenziamenti che, nel medesimo arco temporale di 120 giorni e nel medesimo ambito produttivo e territoriale, sono da ricondurre alla stessa riduzione o trasformazione. Devono, pertanto, ricondursi alla procedura tutti i licenziamenti, anche se relativi a unità produttive ubicate fuori dalla provincia, sempreché, almeno in una provincia, sussistano i requisiti idonei ad integrare la fattispecie legale e risulti provata la connessione causale dell'unitarietà del processo riorganizzativo.

La disciplina dei licenziamenti collettivi si applica anche nel caso di cessazione dell'attività d'impresa.

### **1.1. La procedura.**

La procedura per effettuare un licenziamento collettivo si articola in due fasi: una sindacale e una amministrativa, entrambe preventive rispetto ai licenziamenti.

#### **1.1.1. La fase sindacale.**

La procedura ha inizio con una comunicazione scritta alle RSA o RSU, se presenti, nonché alle rispettive associazioni di categoria. In mancanza delle predette rappresentanze, la comunicazione deve essere effettuata alle associazioni di categoria aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. La comunicazione di avvio della procedura può essere effettuata anche per il tramite dell'associazione dei datori di lavoro alla quale l'impresa aderisce o conferisce mandato.

Tale comunicazione deve essere trasmessa, altresì, ai competenti uffici

pubblici (provinciali o regionali, se la procedura riguarda più unità produttive ubicate in diverse province) o al Ministero del lavoro, qualora l'intervento riguardi unità produttive ubicate in regioni diverse.

La comunicazione deve indicare: i motivi che determinano la situazione di eccedenza del personale; i motivi tecnici, organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non potere adottare misure idonee ad evitare in tutto o in parte i licenziamenti; il numero, la collocazione aziendale e i profili professionali del personale eccedente e del personale abitualmente occupato; i tempi di attuazione del programma di riduzione del personale; le eventuali misure programmate per fare fronte alle conseguenze sul piano sociale dei licenziamenti; il metodo di calcolo di tutte le attribuzioni patrimoniali diverse da quelle previste dalla legislazione vigente e dalla contrattazione collettiva.

Entro 7 giorni dal ricevimento della comunicazione, su richiesta delle rappresentanze sindacali aziendali e delle rispettive associazioni, si procede ad un esame congiunto tra le parti per esaminare: le cause degli esuberi e le eventuali possibilità di evitare o ridurre i licenziamenti (anche mediante contratti di solidarietà e forme flessibili di gestione del tempo di lavoro), le eventuali misure sociali di accompagnamento volte alla riqualificazione e riconversione dei lavoratori licenziati.

La fase sindacale deve essere esaurita entro 45 giorni dalla data di ricevimento della comunicazione della società datrice di lavoro. Quest'ultima è tenuta a informare in forma scritta l'ITL in merito al risultato della consultazione e sui motivi del suo eventuale esito negativo. Analoga comunicazione scritta può essere inviata dalle associazioni sindacali dei lavoratori (art. 4, c. 6, l. n. 223/1991).

In caso di mancato accordo, viene avviata la fase amministrativa. Qualora, invece, venga raggiunto in tale prima fase un accordo sindacale, la procedura si intende conclusa e l'azienda ha facoltà di licenziare i lavoratori eccedenti, comunicando per iscritto a ciascuno di essi il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso.

### **1.1.2. La fase amministrativa.**

Se l'esame congiunto dà esito negativo, il Direttore dell'ITL convoca le parti per un ulteriore esame, formulando eventuali proposte per addivenire ad un accordo.

Questa seconda fase deve essere esaurita entro 30 giorni (art. 4, c. 7, l.

n. 223/1991). Se i licenziamenti da effettuare sono meno di 10 i termini di cui sopra (45 e 30 giorni) sono dimezzati. Nei casi in cui l'eccedenza riguardi unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione o in regioni diverse, la competenza a promuovere l'accordo spetta rispettivamente agli enti provinciali e/o regionali competenti ovvero al Ministero del Lavoro (art. 4, c. 15, l. n. 223/1991).

La fase amministrativa può concludersi con o senza accordo. Una volta conclusa la procedura, il datore di lavoro può dar corso ai successivi adempimenti.

Salvo il diverso termine che può essere concordato nell'accordo sindacale raggiunto nell'ambito della procedura, tutti i recessi devono essere intimati entro il centoventesimo giorno dalla fine della procedura (art. 8, comma 4, l. 19 luglio 1993, n. 236).

L'art. 4, c. 12, l. n. 223/1991 (come modificato dall'art. 1, c. 45, l. n. 92/2012) ha espressamente previsto che eventuali vizi della comunicazione preventiva ai sindacati possono essere sanati da un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo.

## **1.2. I criteri di scelta dei lavoratori da licenziare.**

L'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire, in relazione alle esigenze tecnico-produttive e organizzative dell'azienda, nel rispetto e in applicazione dei criteri di scelta previsti dall'accordo sindacale eventualmente raggiunto.

In mancanza di accordo, devono essere rispettati i criteri indicati dalla legge.

I criteri legali fissati dall'art. 5, l. n. 223/91, sono:

- a)* esigenze tecnico – produttive ed organizzative;
- b)* carichi di famiglia;
- c)* anzianità.

Nella scelta dei lavoratori da licenziare, occorre tener presente che: *i)* la percentuale delle lavoratrici coinvolte non può superare quella della manodopera femminile occupata con riguardo alle mansioni prese in considerazione (art. 5, c. 2, l. n. 223/1991); *ii)* il licenziamento per riduzione di personale esercitato nei confronti del lavoratore disabile è annullabile qualora, al momento della cessazione del rapporto, risulti

scoperta la quota di riserva obbligatoria. In particolare, ai sensi dell'art. 10, c. 4, l. n. 68/1999, il recesso di cui all'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991 intimato ad un lavoratore occupato obbligatoriamente è annullabile qualora, al momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva di cui all'art. 3, l. n. 68/1999.

### **1.3. Il licenziamento e la comunicazione ex art. 4 comma 9.**

Una volta esaurita la procedura, il datore di lavoro può comunicare per iscritto ai lavoratori il recesso, nel rispetto dei termini di preavviso.

Il datore di lavoro deve altresì comunicare per iscritto agli Uffici pubblici competenti, nonché alle RSA o RSU ed alle associazioni di categoria destinatarie della comunicazione di avvio della procedura, entro 7 giorni dalla comunicazione dei recessi, l'elenco dei lavoratori licenziati, con l'indicazione per ciascun soggetto, del nominativo, del luogo di residenza, della qualifica, del livello di inquadramento, dell'età, dei carichi di famiglia, con puntuale indicazione delle modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta.

Si segnala che, prima dell'intervento della l. n. 92 del 2012, era previsto il requisito della "contestualità" della comunicazione finale rispetto alla comunicazione dei recessi ai lavoratori. Successivamente, l'avverbio "contestualmente" è stato sostituito con la locuzione "entro sette giorni dalla comunicazione dei recessi".

### **1.4. Il regime sanzionatorio.**

Il licenziamento intimato all'esito della procedura di licenziamento collettivo può essere impugnato – oltre che nel caso di violazione dei criteri di scelta (v. supra) – in caso di mancata osservanza della forma scritta o in caso di violazione delle procedure di consultazione sindacale.

La disciplina sanzionatoria, contenuta nell'art. 5, l. n. 223/91, è stata modificata dall'art. 1, c. 46, l. n. 92/2012, che ha introdotto una differenziazione delle conseguenze sanzionatorie in base alla tipologia del vizio:

a) in mancanza di forma scritta, si applica la reintegrazione e la tutela risarcitoria piena di cui all'art. 18, c. 1, l. n. 300/1970. Tale tutela si

applica anche ai dirigenti;

b) in presenza di vizi procedurali, si applica la tutela risarcitoria, in misura variabile da un minimo di 12 ad un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 18, c. 7, terzo periodo, l. n. 300/1970);

c) per la violazione dei criteri di scelta, si applica la reintegrazione e la tutela risarcitoria, non superiore a 12 mensilità, dedotto l'*aliunde perceptum* e *percipiendum* (art. 18, c. 4, l. n. 300/1970).

Nelle ipotesi b) e c) di cui sopra, spetta ai dirigenti un'indennità in misura compresa tra 12 e 24 mensilità, «fatte salve le diverse previsioni sulla misura dell'indennità contenute nei contratti e negli accordi collettivi applicati al rapporto di lavoro» (art. 24, c. 1-*quinquies*, l. n. 223/1991).

Per gli assunti dal 7 marzo 2015, l'art. 10 del d. lgs. n. 23/2015 riconosce, sia per l'ipotesi di violazioni procedurali, sia per quella di violazione dei criteri di scelta, esclusivamente la tutela indennitaria ai sensi dell'art. 3, c. 1, (importo variabile in misura non inferiore a 6 mensilità e non superiore a 36 mensilità). Solo nell'ipotesi di licenziamento intimato senza l'osservanza della forma scritta, la sanzione resta quella della reintegrazione, oltre al pagamento di un'indennità, non inferiore a 5 mensilità, pari alle retribuzioni dal giorno del licenziamento alla reintegrazione, dedotto il percepito.

## 1.5. Il c.d. ticket licenziamento.

Con decorrenza dal 1° gennaio 2017, il ticket licenziamento ha sostituito il contributo di mobilità previsto dall'art. 5, c. 4, l. n. 223/1991.

Il datore di lavoro, pertanto, dovrà versare<sup>(85)</sup>, a titolo di contributo di licenziamento, una somma per ogni lavoratore licenziato pari al 41% del massimale mensile NASpI per ogni dodici mesi di anzianità aziendale negli ultimi 3 anni (art. 2, co. 31, l. n. 92/2012)<sup>(86)</sup>. Con la l. n. 205 del 2017 (legge di Bilancio per il 2018), per i datori di lavoro tenuti alla contribuzione di finanziamento CIGS, il contributo di licenziamento è stato aumentato all'82% del massimale mensile NASpI per ogni dodici

85. Il versamento deve avvenire in un'unica soluzione entro il giorno 16 del secondo mese successivo al licenziamento, come previsto dalla Circ. INPS n. 44/2013.

86. Per il calcolo del contributo cfr. Circ. INPS 21 febbraio 2017, n. 36 e Messaggio Inps n. 4441 del 30 giugno 2015 e Messaggio Inps n. 594 del 8 febbraio 2018..

mesi di anzianità aziendale negli ultimi 3 anni.

In ogni caso, il contributo è moltiplicato per tre volte se la dichiarazione di eccedenza di personale che ha portato al licenziamento non ha formato oggetto di accordo sindacale (art. 2, co. 35, l. n. 92/2012).

## **2. GLI AMMORTIZZATORI SOCIALI.**

Con il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148 è stata completamente riorganizzata la disciplina in materia di ammortizzatori sociali, con l'abrogazione di tutte le leggi preesistenti in materia. Esiste, dunque, ora un testo unico, che ha recepito i principi direttivi contenuti nella legge delega n. 183 del 2014, tra cui, la revisione dei limiti di durata, la ridefinizione degli oneri per i datori di lavoro, l'impossibilità di autorizzare le integrazioni salariali in caso di cessazione dell'attività lavorativa e la semplificazione delle procedure burocratiche.

### **2.1. La cassa integrazione guadagni.**

I destinatari dei trattamenti di integrazione salariale sono i lavoratori assunti con contratto di lavoro subordinato, ivi compresi gli apprendisti, con esclusione dei dirigenti e dei lavoratori a domicilio.

Tutti i lavoratori destinatari devono possedere un'anzianità di effettivo lavoro di almeno 90 giorni presso l'unità produttiva per la quale è richiesto l'intervento<sup>(87)</sup> (e non quindi presso l'azienda). Tale condizione non opera in relazione all'intervento ordinario di integrazione salariale per eventi oggettivamente non evitabili.

L'importo del trattamento ammonta all'80% della retribuzione globale spettante per le ore di lavoro non prestate fra le 0 ore e il limite dell'orario contrattuale (che può anche essere superiore alle 40 ore settimanali) e viene calcolato su tutti gli elementi retributivi corrisposti con carattere continuativo e non collegati all'effettiva presenza al lavoro. Il trattamento mensile nel 2018 non può essere inferiore a euro 982,40 per una retribuzione mensile di riferimento pari o inferiore a euro 2.125,36;

---

87. V. circ. Ministero del lavoro e delle politiche sociali 5 ottobre 2015, n. 24.

euro 1.180,76 per una retribuzione mensile di riferimento superiore a euro 2.125,36.

La durata massima del trattamento ordinario e straordinario non può superare complessivamente 24 mesi (30 mesi per le imprese industriali e artigiane dell'edilizia e affini), da calcolarsi in un quinquennio mobile <sup>(88)</sup><sup>(89)</sup>, fatte salve le deroghe previste (v. infra).

### **2.1.1. La cassa integrazione guadagni ordinaria.**

Le imprese aventi diritto sono le aziende industriali, le aziende industriali degli Enti Pubblici (salvo il caso in cui il capitale sia interamente di proprietà pubblica), le aziende edili e affini <sup>(90)</sup>.

Le causali di intervento consistono in: i) situazioni aziendali dovute a eventi transitori e non imputabili all'impresa o ai dipendenti, incluse le intemperie stagionali; ii) situazioni temporanee di mercato (che non devono essere riconducibile all'imprenditore negligente e/o inadempiente).

Le integrazioni salariali ordinarie sono corrisposte fino a un periodo massimo di 13 settimane continuative, prorogabile trimestralmente fino a un massimo complessivo di 52 settimane.

Il datore di lavoro deve esperire una procedura di consultazione sindacale preventiva. La domanda di concessione del trattamento va, poi, inoltrata alla sezione provinciale dell'INPS in via telematica, entro 15 giorni successivi alla sospensione, fatte salve le domande per eventi oggettivamente non evitabili, per le quali si applica il termine della fine del mese successivo a quello in cui si è verificato l'evento.

### **2.1.2. La cassa integrazione guadagni straordinaria.**

Le imprese aventi diritto sono le stesse di cui alla precedente normativa con alcune precisazioni e con l'aggiunta dei «*partiti e movimenti politici e loro rispettive articolazioni e sezioni territoriali*» <sup>(91)</sup>.

Le causali di intervento previste dal d.lgs. n. 148 del 2015 sono tre:

- riorganizzazione aziendale;

88. Circ. INPS n. 197 del 2015.

89. L'art. 21, c. 4, d.lgs. n. 148/2015 prevede una deroga alla durata massima della CIGS per crisi aziendale. In attuazione di quanto disposto da tale norma, si veda il d.m. del 25 marzo 2016, n. 95075.

90. Cfr. art. 10, d.lgs. n. 148/2015.

91. Per l'elenco delle imprese aventi diritto al trattamento di CIGS si veda l'art. 20, d.lgs. 148/2015.

- crisi aziendale, ad esclusione, a decorrere dal 1° gennaio 2016, dei casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa;
- contratto di solidarietà.

Con il Decreto del Ministero del Lavoro del 13 gennaio 2016, n. 94033 sono stati individuati i requisiti per l'approvazione dei programmi di CIGS.

Con il d.l. n. 109 del 2018, convertito con l. n. 130 del 2018 è stata reintrodotta anche la CIGS per cessazione dell'attività. Il decreto medesimo, e la Circolare del 04 ottobre 2018, n. 15 individuano requisiti e modalità di accesso.

Il trattamento straordinario di integrazione salariale può avere una durata massima di 24 mesi, per la causale di riorganizzazione aziendale; 12 mesi, per la causale di crisi aziendale; 36 mesi per la causale di contratto di solidarietà.

La l. n. 205 del 2017 ha introdotto, nei casi particolarmente complessi, la possibilità di prorogare suddetti termini per ulteriori 12 mesi in ipotesi di riorganizzazione, per ulteriori 6 mesi in ipotesi di crisi aziendale.<sup>(92)</sup> Esclusivamente per le causali di riorganizzazione aziendale e di crisi aziendale, deve essere esperita una procedura di consultazione sindacale della durata massima di 25 giorni (ridotta a 10 per le imprese che occupano fino a 50 dipendenti), durante la quale si svolge un esame congiunto tra impresa e sindacati, avente ad oggetto il programma che l'impresa intende attuare, i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere e le modalità della rotazione tra i lavoratori o le ragioni tecnico-organizzative della mancata adozione di meccanismi di rotazione<sup>(93)</sup>. Le parti devono inoltre espressamente dichiarare la non percorribilità della causale di contratto di solidarietà.

Entro 7 giorni dalla conclusione della procedura sindacale o dalla data di stipula del contratto di solidarietà, l'impresa deve presentare la domanda di concessione del trattamento al Ministero del lavoro e delle politiche sociali e agli Ispettorati territoriali del lavoro competenti per territorio. La concessione del trattamento avviene con decreto del

92. Il d.l. n. 119 del 2018, non ancora convertito, ha esteso la possibilità di proroga di ulteriori 12 mesi anche per la causale di contratto di solidarietà.

93. Rispetto al passato, i criteri di scelta alternativi alla rotazione non devono più essere indicati nella comunicazione iniziale da inviare ai sindacati.

Ministero del lavoro e delle politiche sociali, adottato entro 90 giorni dalla presentazione della domanda.

### **2.1.3. I contratti di solidarietà difensivi.**

Una menzione a parte va riservata ai contratti di solidarietà che con il *Jobs Act* diventano una causale della CIGS. Naturalmente i contratti di solidarietà, causale dell'intervento di CIGS, sono quelli difensivi, che prevedono una riduzione dell'orario di lavoro al fine di evitare, in tutto o in parte, la riduzione o la dichiarazione di esubero del personale, anche attraverso un suo più razionale impiego. La riduzione media dell'orario non può essere superiore al 60% dell'orario giornaliero settimanale o mensile e per ciascun lavoratore non può superare il 70% dell'orario del periodo per il quale il contratto di solidarietà è stipulato.

I contratti di solidarietà difensivi devono essere stipulati con contratti collettivi aziendali ai sensi dell'art. 51, d.lgs. n. 81/2015, ovvero sia i contratti collettivi aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro RSA ovvero dalla RSU.

## **3. IL PENSIONAMENTO DEI LAVORATORI: UNO SGUARDO SUI RECENTI INTERVENTI NORMATIVI.**

Negli anni successivi alla riforma pensionistica del 2011, che ha notevolmente inasprito i requisiti per accedere alle pensioni di vecchiaia e anticipata, vi sono stati alcuni interventi legislativi volti a mitigare tale effetto di inasprimento e a infondere flessibilità ad un sistema che altrimenti rischiava di penalizzare determinate categorie di lavoratori.

Tra i principali interventi, ricordiamo l'art. 4, l. n. 92/2012, che prevede la possibilità di stipulare accordi sindacali, nei casi di eccedenza di personale, anche nell'ambito di procedure di licenziamento collettivo o nell'ambito di processi di riduzione di personale dirigente, in base ai quali il datore di lavoro si impegna a corrispondere ai lavoratori interessati, cui mancano meno di quattro anni per accedere alla pensione

(sia di vecchiaia, che anticipata), una prestazione di importo pari al trattamento pensionistico ed a corrispondere all'INPS la contribuzione fino al raggiungimento dei requisiti minimi per il pensionamento.

Infine, segnaliamo che la legge di Bilancio per il 2017 (l. n. 232 del 2016,) ha introdotto (in via sperimentale dal 1° maggio 2017 sino al 31 dicembre 2018, poi prorogato al 31 dicembre 2019) l'anticipo finanziario a garanzia pensionistica (denominato "APE"), con la finalità di consentire ai lavoratori prossimi alla pensione di vecchiaia di accedere ad un trattamento economico di sostegno che li accompagni fino alla data di maturazione dei requisiti pensionistici. La legge prevede varie tipologie di APE, definite APE volontario, APE aziendale e APE sociale, quest'ultima destinata a lavoratori che si trovino in particolari condizioni disagiate.



*Capitolo 9*

**COME GESTIRE EFFICACEMENTE  
IL CONTEZIOSO DEL LAVORO.  
QUALI PRASSI ADOTTARE PER  
MEGLIO COORDINARE L'AZIONE DEI  
LEGALI ESTERNI. QUALI LE AREE A  
RISCHIO DI CONTENZIOSO E COME  
AFFRONTARLE EFFICACEMENTE**

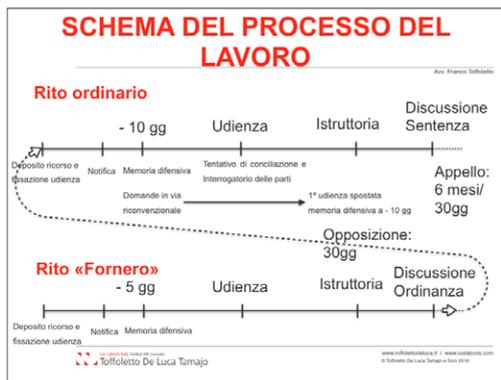
**Franco Toffoletto**  
*Managing Partner*  
*Toffoletto De Luca Tamajo e Soci*

## 1. COME GESTIRE EFFICACEMENTE IL CONTEZIOSO DEL LAVORO.

Per gestire il contenzioso in materia di lavoro e cooperare efficacemente con i legali esterni, è utile conoscere le regole principali del processo previsto per questa materia che, a seconda dei casi, può assumere le forme del rito “ordinario”, quando regolato dalle norme del Codice di procedura civile, o del *c.d.* “rito fornero”, quando regolato dalle norme previste dalla l. 28 giugno 2012, n. 92.

### 1.1 Il primo grado del processo del lavoro: il rito ordinario.

Il rito ordinario del processo del lavoro è quello disciplinato dal Codice di procedura civile al Libro II, Titolo IV. In particolare, il Titolo IV è suddiviso nel Capo I e Capo II: il primo contiene, agli artt. 409 - 441 c.p.c., le norme procedurali per le controversie in materia di lavoro, mentre il secondo disciplina, con gli artt. 442 - 447 *bis* c.p.c., le controversie in materia di previdenza ed assistenza.



#### 1.1.1. Caratteristiche.

Il rito ordinario del processo del lavoro ha come obiettivo principale l'accelerazione dell'iter cognitivo del giudice e, a tal fine, si caratterizza per alcune peculiarità che lo differenziano dal generale procedimento previsto per le controversie in materia civile.

Innanzitutto, il processo del lavoro si caratterizza per l'oralità: la forma scritta è prevista per gli atti introduttivi del giudizio mentre la trattazione della causa avviene generalmente in forma orale, fatta salva la possibilità per il giudice di autorizzare le parti al deposito di note.

Il processo del lavoro si contraddistingue anche per l'immediatezza, che deriva da un sistema rigido di preclusioni e decadenze appositamente previsto dal legislatore per velocizzare lo svolgimento del processo e rendere il giudice e le parti consapevoli, quanto più celermente possibile, dell'oggetto della controversia e delle rispettive difese.

Ulteriore caratteristica del rito del lavoro è la concentrazione: secondo quanto previsto dal codice di rito, l'intero processo dovrebbe svolgersi in un'unica udienza, in cui dovrebbe concludersi sia la fase introduttiva che quella istruttoria e decisoria, fino ad arrivare alla lettura in udienza, da parte del giudice, del dispositivo delle sentenze. Tuttavia, nonostante quanto previsto dal legislatore, è decisamente poco frequente che le cause di lavoro si concludano effettivamente con una sola udienza.

Oltre a quanto fin qui illustrato, nel processo del lavoro è altresì riscontrabile l'attribuzione di ampi poteri istruttori al giudice nonché la valorizzazione del tentativo di conciliazione delle parti.

### **1.1.2. Ambito di applicazione.**

L'art. 409 c.p.c. definisce l'ambito di applicazione del rito ordinario del processo del lavoro elencando quelli che sono i rapporti che possono costituire il presupposto delle domande fatte valere in giudizio.

Per quanto qui interessa, l'art. 409 c.p.c. include nell'ambito di applicazione del rito del lavoro, innanzitutto, le controversie relative ai rapporti di lavoro subordinato privato. In secondo luogo, la norma prevede l'applicazione del rito in questione alle controversie relative a rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato.

### **1.1.3. Competenza per territorio.**

L'art. 413, 2° comma, c.p.c. individua il giudice territorialmente competente per le controversie in materie di lavoro prevedendo fori alternativi. In particolare, la norma prevede che possa essere competente per territorio il giudice nella cui circoscrizione: (i) è sorto il rapporto ovvero (ii) si trova l'azienda o

una sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto.

Per quanto riguarda, invece, le cause relative ai rapporti di agenzia, di rappresentanza commerciale ed altri rapporti di collaborazione sopra menzionati, l'art. 413, comma 4º, c.p.c. individua quale giudice territorialmente competente quello nella cui circoscrizione si trova il domicilio dell'agente, del rappresentante di commercio ovvero del titolare degli altri rapporti di collaborazione.

Vale la pena segnalare che l'ultimo comma della norma in commento prevede espressamente la nullità delle clausole derogative della competenza per territorio.

#### **1.1.4. L'introduzione del giudizio: il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza.**

Il processo del lavoro si introduce con un ricorso che, ai sensi dell'art. 414 c.p.c., deve contenere, tra le altre cose, la determinazione dell'oggetto della domanda e l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali quest'ultima si fonda, nonché l'indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi.

Secondo quanto disposto dal successivo art. 415 c.p.c., il ricorso deve essere depositato nella cancelleria del giudice competente insieme con i documenti in esso indicati e il giudice, entro cinque giorni, fissa con decreto l'udienza di discussione. Successivamente, l'attore deve notificare al convenuto il ricorso unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, tenendo in considerazione il fatto che tra la data di notificazione al convenuto e quella dell'udienza di discussione deve intercorrere un termine, generalmente, non minore di trenta giorni.

#### **1.1.5. La costituzione del convenuto.**

Ai sensi dell'art. 416 c.p.c., il convenuto può costituirsi in giudizio tramite una memoria difensiva da depositarsi in cancelleria almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata dal giudice. È importante tenere in considerazione il fatto che il convenuto deve proporre nella memoria difensiva, a pena di decadenza, le eventuali domande in via riconvenzionale e le eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

Nella stessa memoria il convenuto deve altresì prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affer-

mati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare.

L'art. 416 c.p.c. rappresenta, quindi, una norma centrale nel procedimento del lavoro in quanto configura quel sistema di decadenze e preclusioni, a cui si è già fatto cenno, volto a consentire al giudice di conoscere il prima possibile l'oggetto della controversia e gli argomenti che le parti intendono porre a fondamento delle proprie ragioni.

Ad ulteriore riprova dell'importanza di prendere posizione in maniera precisa riguardo ai fatti affermati dall'attore, è utile segnalare che l'art. 115 c.p.c. prevede espressamente che il giudice debba porre a fondamento della propria decisione, oltre che le prove proposte dalle parti, anche i fatti non specificamente contestati.

#### **1.1.6. Le eventuali domande in via riconvenzionale.**

Come accennato, il convenuto può proporre eventuali domande in via riconvenzionale a pena di decadenza con la propria memoria difensiva: qualora ciò avvenga, il convenuto deve chiedere al giudice, ai sensi dell'art. 418 c.p.c., di fissare una nuova udienza tramite un nuovo decreto che dovrà poi essere notificato all'attore, a cura dell'ufficio, unitamente alla memoria difensiva. Si consideri che tra la data di notificazione all'attore e la nuova udienza di discussione deve intercorrere un termine non minore di venticinque giorni.

#### **1.1.7. L'udienza di discussione. L'interrogatorio delle parti e il tentativo di conciliazione.**

Come accennato, il codice di rito prevede un'udienza di discussione in occasione dalla quale dovrebbero teoricamente svolgersi tutte le fasi del processo, fino ad arrivare alla lettura del dispositivo della sentenza. In particolare, l'art. 420 c.p.c. prevede, innanzitutto, che nell'udienza fissata per la discussione della causa il giudice debba tentare la conciliazione della lite e formulare alle parti una proposta conciliativa, prevedendo che la mancata comparizione personale delle parti e/o il rifiuto della proposta transattiva o conciliativa senza giustificato motivo costituiscono comportamenti valutabili dal giudice ai fini del giudizio. Si consideri che le parti hanno facoltà di farsi rappresentare da un procuratore generale o speciale.

Tuttavia, anche la mancata conoscenza dei fatti della causa da parte del procuratore è valutata dal giudice ai fini della decisione.

Se il tentativo di conciliazione non riesce, il giudice può procedere con l'interrogatorio delle parti e con la trattazione della causa. Come accennato, da un punto di vista pratico, è decisamente poco frequente che le cause di lavoro si concludano effettivamente dopo una sola udienza e, infatti, il giudice tipicamente ammette i mezzi di prova proposti dalla parti fissando una nuova udienza, ad esempio per l'interrogatorio dei testimoni.

In ogni caso, l'ultimo comma dell'art. 420 c.p.c. specifica che le udienze di mero rinvio sono vietate.

### **1.1.8. I poteri istruttori del giudice e la prova testimoniale.**

Come accennato, il rito del lavoro si caratterizza anche per l'attribuzione al giudice di ampi poteri istruttori. Ciò deriva da quanto disposto dall'art. 421 c.p.c., ai sensi del quale, in particolare, il giudice può disporre d'ufficio l'ammissione di ogni mezzo di prova anche fuori dei limiti stabiliti dal codice civile.

Riguardo alla prova testimoniale, è importante ricordare che, ai sensi dell'art. 251 c.p.c., il giudice esamina i testimoni separatamente, avvertendoli anche delle conseguenze penali derivanti da dichiarazioni false o reticenti. Inoltre, l'art. 253 c.p.c. prevede che il testimone sia interrogato direttamente dal giudice: le parti non possono interrogare direttamente i testimoni ed eventuali domande possono essere poste solo per il tramite del giudice. Inoltre, si noti che i testimoni, ai sensi dell'art. 231 c.p.c., non possono servirsi di scritti ma il giudice può consentirgli di utilizzare note o appunti quando si debba fare riferimento, ad esempio, a nomi o a cifre.

### **1.1.9. La fase decisoria e la pronuncia della sentenza.**

Ai sensi dell'art. 420, 4° comma, c.p.c., se la conciliazione non riesce e il giudice ritiene la causa matura per la decisione, quest'ultimo invita le parti alla discussione e pronuncia sentenza dando lettura del dispositivo. In particolare, l'art. 429 c.p.c. prevede che la lettura del dispositivo della sentenza da parte del giudice avvenga una volta esaurita la discussione orale e udite le conclusioni delle parti.

Si noti, tuttavia, che ai sensi dell'art. 429, 2° comma, c.p.c., le parti possono richiedere al giudice di concedere un termine non superiore a dieci giorni per il deposito di note difensive, rinviando la causa all'udienza immediatamente

successiva alla scadenza del termine suddetto per la discussione e la pronuncia della sentenza. Infine, ai sensi dell'art. 430 c.p.c. la sentenza deve essere depositata in cancelleria entro quindici giorni dalla pronuncia.

### **1.1.10. I termini per l'impugnazione della sentenza di primo grado.**

L'appello contro la sentenza di primo grado può essere proposto con ricorso da depositarsi nella cancelleria della corte di appello, ai sensi dell'art. 434 c.p.c., entro trenta giorni dalla notificazione della sentenza o, nel caso in cui la sentenza di primo grado non venga notificata, entro sei mesi dalla pubblicazione della stessa, ai sensi dell'art. 327 c.p.c.

## **1.2. Il primo grado del processo del lavoro: il c.d. rito fornero.**

Il rito fornero è stato introdotto dall'art. 1, 47° comma e ss., l. n. 92/2012 per specifiche categorie di controversie in materia di lavoro, instaurate dopo l'entrata in vigore della legge citata. Una caratteristica peculiare del rito fornero è rappresentata dalla natura bifasica del primo grado di giudizio, che si divide in una fase sommaria ed una fase di opposizione.

### **1.2.1. Ambito di applicazione.**

Il rito fornero è applicabile alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro, nonché alle controversie aventi ad oggetto altre domande ma fondate sugli identici fatti costitutivi.

### **1.2.2. Fase sommaria.**

La fase sommaria del giudizio di primo grado delle controversie soggette al rito fornero viene instaurata tramite ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro.

A seguito della presentazione del ricorso, il giudice fissa con decreto l'udienza di comparizione delle parti. Il ricorrente deve quindi provvedere a notificare a controparte il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza entro un termine fissato dal giudice che non può essere inferiore a venticinque giorni prima dell'udienza (rispetto ai trenta giorni previsti nel rito

ordinario). Il giudice fissa altresì un termine, non inferiore a cinque giorni prima della udienza (rispetto ai dieci giorni previsti nel rito ordinario), per la costituzione del resistente.

Il giudice, sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede, quindi, nel modo che ritiene più opportuno, agli atti di istruzione indispensabili richiesti dalle parti o disposti d'ufficio e provvede, con ordinanza immediatamente esecutiva, all'accoglimento o al rigetto della domanda.

### **1.2.3. Opposizione.**

Contro l'ordinanza di accoglimento o di rigetto emessa nella fase sommaria può essere proposta opposizione con ricorso da depositare innanzi al tribunale che ha emesso il provvedimento opposto, a pena di decadenza, entro trenta giorni dalla notificazione dello stesso, o dalla comunicazione se anteriore.

A seguito della presentazione del ricorso, il giudice fissa con decreto l'udienza di discussione, assegnando all'opposto termine per costituirsi fino a dieci giorni prima dell'udienza, mediante deposito in cancelleria di memoria difensiva.

L'opponente deve quindi notificare il ricorso, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza, all'opposto, almeno trenta giorni prima della data fissata per la costituzione di quest'ultimo.

È importante segnalare che le norme relative alla fase di opposizione nel rito fornero richiamano gli artt. 414 c.p.c. e 416 c.p.c. e quindi quel sistema di decadenze che nei paragrafi precedenti abbiamo visto caratterizzare il rito ordinario del processo del lavoro.

Infine, il giudice provvede all'accoglimento o al rigetto della domanda con sentenza che viene depositata in cancelleria entro dieci giorni dall'udienza di discussione.

### **1.3. Il processo del lavoro ed il *Jobs Act*.**

L'art. 11, d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 prevede che ai licenziamenti regolati dalle nuove norme del *Jobs Act* non si applicano le disposizioni del rito fornero.

Il d.lgs. 23/2015 ha inoltre introdotto una forma di conciliazione stragiudiziale applicabile in caso di licenziamenti regolati dalle norme del *Jobs Act* e volta ad evitare l'istaurazione del giudizio. In particolare, l'art. 6, d.lgs. 23/2015 prevede che il datore di lavoro possa offrire al lavoratore, entro i

termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento ed in una delle sedi di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c. e di cui all'art. 76, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a tre e non superiore a ventisette mensilità, mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare.

#### **1.4. Quali prassi adottare per meglio coordinare l'azione dei legali esterni.**

Per cercare di coordinare al meglio l'azione dei legali esterni è opportuno tenere in considerazione quando segue.

Anzitutto, ove sia sorta controversia, è generalmente sconsigliabile che i dipendenti della società parlino al telefono o incontrino gli avvocati di controparte o, peggio ancora, che gli scrivano: agli avvocati di controparte è opportuno che rispondano gli avvocati della società, considerando che la corrispondenza tra legali è riservata, mentre ciò che scrive la società al difensore di controparte può essere usato in giudizio.

Inoltre, nel contenzioso in materia di lavoro, è indubbio che l'aspetto più critico sia il tempo: in un procedimento ordinario di lavoro il datore rischia di avere a disposizione solo diciannove giorni per predisporre la memoria difensiva che, magari, riguarda un rapporto di trenta anni. A fronte di tempistiche così ristrette, è quindi importante che il flusso informativo tra società e avvocato esterno sia strutturato.

Per prima cosa, è essenziale che appena si riceve il ricorso questo venga inviato al legale esterno. A tale riguardo, è raccomandabile che la società monitori molto attentamente la casella PEC durante i periodi di vacanza come Natale, Pasqua, agosto, *etc.*, anche in ragione del fatto che, nel processo del lavoro, non è prevista la sospensione feriale dei termini processuali.

Inoltre, il prima possibile va conferita la procura alle liti, che deve essere firmata da chi ha il potere di rappresentare la società in giudizio e di nominare avvocati: infatti, oltre che per la costituzione in giudizio, la procura alle liti è necessaria per prendere visione della documentazione prodotta da controparte.

Per consentire al legale esterno di predisporre la memoria difensiva è poi necessario che gli vengano trasmessi, quanto prima, i documenti rilevanti e utili per predisporre la difesa, nonché un memo riepilogativo dei fatti di causa, essendo necessario prendere posizione su tutte le circostanze addotte da controparte, secondo quanto imposto dal codice di rito, come illustrato nei paragrafi precedenti.

In preparazione della fase istruttoria del giudizio, è poi necessario decidere la lista dei testimoni che potranno essere ascoltati nel corso del giudizio, tenendo in considerazione che gli avvocati non possono parlare con i testimoni.

Oltre a quanto sopra, è utile ricordare che alla prima udienza il giudice tenta obbligatoriamente la conciliazione tra le parti e che è quindi opportuno che la società si confronti preliminarmente con il legale esterno per valutare eventuali ipotesi conciliative: secondo il codice di rito, infatti, come illustrato nei paragrafi precedenti, il rifiuto della proposta del giudice costituisce comportamento da quest'ultimo valutabile ai fini del giudizio e può incidere sulla determinazione delle spese del giudizio.

Tutte le udienze devono essere preparate con cura ma l'interrogatorio libero è molto pericoloso: tutto quello che si dice a favore della società non serve a nulla mentre invece serve, ma all'avversario, quello che si dovesse dire di sballato (confessione). Si consideri, infine, che in caso di interrogatorio formale, se la parte non si presenta o si rifiuta di rispondere senza giustificato motivo, il Giudice può ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio.

### **1.5. Quali sono le aree a rischio di contenzioso e come affrontarle efficacemente.**

Tra le aree a rischio di contenzioso è possibile annoverare, tipicamente, i licenziamenti collettivi, i licenziamenti individuali e le questioni collegate ai patti di non concorrenza.

Inoltre, alcune controversie sempre molto delicate sono quelle in materia di discriminazione, anche in ragione del particolare riparto dell'onere probatorio tra attore e convenuto previsto per tale materia.

Inoltre, è importante avere procedure e *policy* ben fatte e meditate in relazione, ad esempio, all'art. 4, l. n. 300/1970 e al controllo a distanza sull'attività dei lavoratori, come anche in tema di *privacy*, di utilizzo degli strumenti informatici e di remunerazione del personale nel settore bancario, assicurativo e per le società quotate.

*Capitolo 10*

# LE RELAZIONI SINDACALI IN AZIENDA

**Angelo Zambelli**  
*Co-Managing Partner*  
*Grimaldi Studio Legale*

## 1. NATURA ED EFFICACIA DEL CONTRATTO COLLETTIVO.

Inattuato il modello contrattuale previsto dall'art. 39 Cost., il contratto collettivo c.d. "di diritto comune" esplica i suoi effetti solo nei confronti dei soggetti iscritti alle associazioni sindacali stipulanti.

Tale estensione è stata giustificata in base al fatto che i singoli lavoratori, al momento dell'iscrizione all'associazione sindacale, conferiscono una sorta di mandato alla propria organizzazione per la stipulazione del contratto collettivo il quale, conseguentemente, ha efficacia diretta nella sfera giuridica dei singoli aderenti.

## 2. L'ESTENSIONE DELL'EFFICACIA SOGGETTIVA

Preso atto del limitato ambito di efficacia dei contratti collettivi post-corporativi, il legislatore e la giurisprudenza sono intervenuti a più riprese nel tentativo di estendere la portata della contrattazione oltre la cerchia degli iscritti alle organizzazioni stipulanti.

Tra i passaggi salienti di questa opera di estensione si ricordano:

- **la legge Vigorelli (l. n. 741/1959):** delega al Governo *“ad emanare norme giuridiche, aventi forza di legge, al fine di assicurare minimi inderogabili di trattamento economico e normativo nei confronti di tutti gli appartenenti ad una medesima categoria», uniformandosi «a tutte le clausole dei singoli accordi economici e contratti collettivi, anche intercategoriale, stipulati dalle associazioni sindacali anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge”* (proroga ad opera della legge n. 1027/1962 dichiarata incostituzionale da Corte Costituzionale n. 106/1962);
- **l'applicazione dei soli minimi retributivi:** *“nel determinare la retribuzione dovuta ex art. 2099 c.c. e nell'accertare che essa sia conforme ai criteri stabiliti dall'art. 36 Cost., il quale impone i due requisiti della proporzionalità della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro e dell'idoneità della stessa ad assicurare un'esistenza libera e*

*dignitosa, il giudice, oltre a tener conto degli elementi di prova e delle allegazioni della parte, può prendere in considerazione i parametri reperibili nella contrattazione collettiva regolanti rapporti di eguale natura e può eventualmente fare ricorso alla natura e alle caratteristiche dell'attività svolta e alle nozioni di comune esperienza e, nella mancanza di ogni altro elemento utile, anche a criteri equitativi"* (Cass. 8 febbraio 1985, n. 1034);

- **i contratti collettivi di fonte legale:**
  - **difensivi (art. 21, comma 5, d.lgs. 148/2015, che ha sostituito l'art. 1, l. 863/1984):** autorizzano il datore di lavoro a ridurre l'orario e la retribuzione: *"la clausola del contratto di solidarietà che disponga la riduzione di orario in funzione di evitare i licenziamenti è legittima, a nulla rilevando che i lavoratori interessati non sono iscritti ad organizzazioni firmatarie dell'accordo di gestione"* (Trib. Milano, 9 settembre 1995);
  - **autorizzativi (art. 4 Stat. Lav.):** *"il rinvio effettuato dalla legge determina l'efficacia erga omnes dei contratti autorizzativi, atteso che viene stabilita una sorta di fungibilità tra la disposizione legislativa e la clausola collettiva"* (Tribunale Modena, 4 giugno 1994);
  - **gestionali (artt. 4, comma 11, e 5, comma 1, legge n. 223/1991):** consentono l'assegnazione dei lavoratori a mansioni diverse, anche in deroga all'art. 2103 c.c., ed individuano i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare nell'ambito di una procedura di mobilità o di licenziamento per riduzione di personale (per l'esplicita qualificazione di tali contratti come **accordi procedimentali**, Corte Cost. 30 giugno 1994, n. 268);
- **la teoria dell'adesione tacita o per fatti concludenti** ad un contratto collettivo da parte del datore di lavoro non iscritto, che di fatto applichi l'intero contratto o una sua parte essenziale (Cass. 18 settembre 2015, n. 18408);
- **il rinvio al contratto collettivo:** (i) formale (rinvio generico al contratto collettivo di categoria applicabile) (ii) materiale (rinvio ad uno specifico contratto collettivo) (Cass. 23 maggio 2014, n. 11582).

### 3. GLI ACCORDI INTERCONFEDERALI

L'estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di lavoro è stata poi oggetto di due importanti interventi, il primo nell'ambito della contrattazione collettiva, il secondo ad opera del Legislatore.

Quanto al primo, l'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 (AI) ha sancito l'efficacia *erga omnes* degli accordi collettivi di livello aziendale se approvati da soggetti sindacali con determinati requisiti. L'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva aziendale è stata ripresa, e compiutamente disciplinata, nell'AI del 10 gennaio 2014 in cui sono, di fatto, confluiti sia l'AI del 2011 sia il Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013.

Nella parte terza, l'AI del 10 gennaio 2014 specifica come il contratto collettivo aziendale, per le parti economiche e normative, sia efficace ed esigibile per tutto il personale in forza, vincolando tutte le associazioni sindacali operanti in azienda che siano espressione delle Confederazioni firmatarie dell'AI del 2011, del Protocollo d'intesa del 31 maggio 2013 e dell'AI del 2014, o che comunque tali accordi abbiano formalmente accettato. Gli stessi contratti collettivi aziendali devono essere approvati dalla maggioranza dei componenti delle RSU elette secondo le regole interconfederali convenute nell'AI del 2014. In caso di RSA, i contratti collettivi aziendali hanno pari efficacia se approvati dalle stesse RSA costituite nell'ambito delle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultino destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali.

Inoltre, i contratti collettivi aziendali approvati dalle RSA con le modalità sopra indicate devono essere sottoposti al voto dei lavoratori a seguito di una richiesta avanzata da almeno una organizzazione sindacale espressione di una delle Confederazioni sindacali firmatarie o almeno dal 30% dei lavoratori dell'impresa. Per la validità della consultazione è necessaria la partecipazione del 50% più uno degli aventi diritto al voto. L'intesa è respinta con il voto espresso dalla maggioranza semplice dei votanti.

Riprendendo l'AI del 2011, si conferma la possibilità per i contratti collettivi aziendali di definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei CCNL nei limiti e con le procedure previste dagli stessi. Ove non

previste, i contratti collettivi aziendali conclusi con le rappresentanze sindacali operanti in azienda d'intesa con le relative OO.SS. territoriali espressione delle Confederazioni sindacali o che comunque tali accordi abbiano formalmente accettato – al fine di gestire situazioni di crisi o in presenza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo economico ed occupazionale dell'impresa – possono definire intese modificative con riferimento agli istituti del CCNL che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari e l'organizzazione del lavoro.

Valga rilevare, infine, che l'AI siglato da Confcommercio e CGIL, CISL e UIL il 26 novembre 2015 – che definisce la titolarità e l'efficacia della contrattazione collettiva – detta le medesime regole in materia di efficacia soggettiva della contrattazione collettiva di secondo grado contenute nell'AI del 2014.

#### **4. LA CONTRATTAZIONE DI PROSSIMITÀ EXART. 8, L. 148/2011**

Quanto al secondo intervento di estensione dell'efficacia soggettiva dei contratti collettivi di lavoro, l'art. 8 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni nella legge 14 settembre 2011, n. 148, ha attribuito efficacia soggettiva generalizzata alla contrattazione collettiva cd. "di prossimità" in presenza di determinati requisiti e condizioni.

Dal punto di vista soggettivo, legittimati a sottoscrivere tali accordi collettivi sono le *"associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero le loro rappresentanze sindacali operanti in azienda"*.

Se il riferimento alle rappresentanze sindacali aziendali non pone alcun problema interpretativo, in assenza di una definizione legislativa il concetto di "sindacati comparativamente più rappresentativi" è dibattuto da dottrina e giurisprudenza: secondo l'orientamento prevalente occorre rifarsi agli stessi indici elaborati con riguardo ai sindacati "maggiormente rappresentativi", cioè la loro consistenza numerica, l'equilibrata consistenza associativa in tutto l'arco delle categorie professionali, la significativa presenza distribuita sul territorio nazionale, la partecipazione a

trattative sindacali e la stipulazione di contratti collettivi.

Quanto ai profili oggettivi, la contrattazione collettiva “di prossimità” deve perseguire le finalità di *“maggiore occupazione, qualità dei contratti di lavoro, adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, emersione del lavoro irregolare, incrementi di competitività e di salario, gestione delle crisi aziendali e occupazionali, investimenti e avvio di nuove attività”*.

Inoltre, i contratti collettivi possono riguardare una molteplicità assai varia di *“materie inerenti l’organizzazione del lavoro”* con efficacia *“nei confronti di tutti i lavoratori interessati”*, alcune già in precedenza possibili (come gli accordi di gestione delle crisi aziendali, quali quelli in tema di cassa integrazione, di mobilità e di trasferimento d’azienda, e quelli cd. di solidarietà), altre connotate dal carattere di novità.

Perché i contratti collettivi “di prossimità” possano esplicare efficacia vincolante per tutti i lavoratori interessati, l’ulteriore condizione necessaria è che gli stessi siano sottoscritti *“sulla base di un criterio maggioritario relativo alle ... rappresentanze sindacali”* presenti in azienda.

Ebbene, laddove le *“specifiche intese”* siano raggiunte nell’ambito di imprese nei cui confronti trova applicazione l’AI del 2011 – e, quindi, il successivo AI del 2014 che ha disciplinato compiutamente titolarità ed efficacia della contrattazione collettiva – la maggioranza andrà verificata sulla base dei criteri dettati in tale accordo.

Laddove il citato AI non trovi applicazione, con riferimento alla RSU sembra comunque utilizzabile il criterio della maggioranza (semplice) espressa dai suoi componenti, trattandosi di un principio generale applicabile agli organismi collegiali e/o assembleari.

In presenza dei requisiti esaminati la nuova contrattazione può regolare le materie previste anche in deroga alle disposizioni di legge ed alle relative regolamentazioni contenute nei CCNL - purché nel *“rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro”* - ivi comprese le *“conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro”*, ad eccezione delle ipotesi espressamente escluse dall’art. 8 di licenziamento *“discriminatorio, ... della lavoratrice in concomitanza del matrimonio, ... della lavoratrice dall’inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione al lavoro, nonché fino ad un anno di età del bambino, ... causato dalla domanda o dalla fruizione del congedo parentale e per la malattia del bambino da parte della lavoratrice o del lavoratore ed ... in caso di adozione o affidamento”*.

La questione di fondo posta dall'art. 8, l. n. 148/2011 è quella della sua legittimità con l'art. 39 Cost., se cioè le condizioni poste da tale disposizione per conferire efficacia *erga omnes* agli accordi di prossimità siano o meno coerenti con i requisiti dettati dalla Costituzione.

Sebbene sotto il profilo sistematico appare sostenibile che i requisiti per il riconoscimento dell'efficacia soggettiva della contrattazione collettiva posti dall'art. 39 Cost. non possano variare in funzione del livello della stessa, la dottrina si è sin qui pressoché unanimemente pronunciata nel senso di ritenere che la contrattazione collettiva aziendale non rientri nel campo di applicazione della norma costituzionale, la quale fa riferimento esclusivamente a quella nazionale, così superando i dubbi di costituzionalità relativi al citato art. 8.

Allo stato, la questione non risulta essere stata affrontata nel merito dalla Consulta.

## 5. LE RAPPRESENTANZE SINDACALI IN AZIENDA.

Nella sua originaria formulazione, l'art. 19 della l. n. 300/1970 prevedeva che le RSA fossero costituite ad iniziativa dei lavoratori in ogni unità produttiva, nell'ambito: *a)* delle associazioni aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale; *b)* delle associazioni sindacali, non affiliate alle predette confederazioni, che siano firmatarie di contratti collettivi nazionali o provinciali di lavoro applicati nell'unità produttiva.

Tale versione dell'art. 19 dello Stat. Lav. è stata dapprima modificata, a seguito di *referendum* popolare, dal DPR 28 luglio 1995 che ha abrogato il riferimento alle associazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Successivamente, a seguito del contenzioso instaurato tra FIOM-CGIL con le aziende del Gruppo Fiat, la Corte Costituzionale con sentenza n. 231 del 23 luglio 2013 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 19, lett. *b)* nella parte in cui non prevede che la RSA possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che, pur non firmatarie di contratti collettivi applicati in azienda, abbiano

comunque partecipato alla negoziazione di tali contratti.

Il TU sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014, sottoscritto da Confindustria e CGIL, CISL e UIL ha stabilito che ai fini del riconoscimento dei diritti sindacali previsti dalla legge, ai sensi dell'art. 19 e ss., l. n. 300/1970, hanno diritto di partecipare alla negoziazione le organizzazioni che, per un verso, abbiano raggiunto il 5% di rappresentanza, secondo i criteri concordati nel presente accordo e che, per altro verso, abbiano partecipato alla negoziazione in quanto hanno contribuito alla definizione della piattaforma e hanno fatto parte della delegazione trattante l'ultimo rinnovo del CCNL definito secondo le regole del TU.

La costituzione della RSA, pertanto, deve avvenire *“ad iniziativa dei lavoratori”* nell'ambito delle *“associazioni sindacali, che siano firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva”* ovvero delle *«associazioni sindacali che, pur non firmatarie dei contratti collettivi applicati nell'unità produttiva, abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda”*.

In merito al criterio di cui alla lett. b) del novellato art. 19, la giurisprudenza in passato ha avuto modo di precisare che *“l'art. 19 della legge n. 300/1970 si interpreta nel senso che per associazioni sindacali firmatarie di contratti collettivi di lavoro applicati nell'unità produttiva si devono intendere le associazioni sindacali che abbiano stipulato contratti collettivi di qualsiasi livello (nazionale, provinciale, aziendale), ma necessariamente di natura normativa, restando esclusi gli accordi cd. “gestionali”, che non rientrano nella previsione di cui all'art. 39 Cost. e non sono, per loro natura, atti a comprovare la rappresentatività richiesta dalla norma”* (Cass. 11 luglio 2008, n. 19275; Cass. 21 ottobre 2015, n. 21430). Inoltre la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che *“ai fini della istituzione di una rappresentanza sindacale aziendale, in applicazione dell'art. 19, legge 20 maggio 1970, n. 300, così come modificato dalla parziale abrogazione conseguita al referendum indetto con DPR 5 aprile 1995, non è sufficiente che il sindacato sia firmatario del contratto collettivo dl settore, ma è necessario che il suddetto contratto sia effettivamente applicato all'interno dell'unità produttiva, ed a tal fine non è determinante la spontanea applicazione, da parte del datore di lavoro, di alcune soltanto delle clausole contrattuali previste nel contratto collettivo, se ad esse si accompagna l'esclusione di altre o comunque la esplicitazione della volontà di non intendere prestare adesione all'intero contratto”* (Cass. 30 luglio 2002, n. 11310; Cass. 3 novembre 2005, n. 21302).

## (SEGUE) RAPPRESENTANZE SINDACALI UNITARIE

Le RSU sono state istituite con l'AI del 20 dicembre 1993 che aveva recepito il Protocollo stipulato il 23 luglio 1993 tra Governo e parti sociali.

La RSU è un organismo a carattere unitario rappresentativo dei lavoratori all'interno dei luoghi di lavoro con scopi di tutela e attività sindacale.

Il TU sulla rappresentanza del 10 gennaio 2014 regola le RSU riprendendo la disciplina dell'AI del 1993 e adeguandola alle nuove intese interconfederali.

L'art. 1 del TU prevede che l'iniziativa per la costituzione delle RSU spetta alle organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'AI del 28 giugno 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del citato AI nonché le organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del CCNL applicato nell'unità produttiva ovvero le associazioni sindacali abilitate alla presentazione delle liste elettorali ai sensi del medesimo TU, a condizione che abbiano comunque effettuato adesione formale al contenuto dell'AI del 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del TU.

L'iniziativa può essere esercitata, congiuntamente o disgiuntamente, da parte delle associazioni sindacali come sopra individuate.

Alla costituzione della RSU si procede mediante elezione a suffragio universale ed a scrutinio segreto tra liste concorrenti.

Il numero dei componenti le RSU sarà pari almeno a: *a)* 3 componenti per la RSU costituita nelle unità produttive che occupano fino a 200 dipendenti; *b)* 3 componenti ogni 300 o frazione di 300 dipendenti nelle unità produttive che occupano fino a 3000 dipendenti; *c)* 3 componenti ogni 500 o frazione di 500 dipendenti nelle unità produttive di maggiori dimensioni, in aggiunta al numero di cui alla precedente lett. *b)*.

I componenti restano in carica per tre anni, al termine dei quali decadono automaticamente.

Le elezioni sono valide ove alle stesse abbia preso parte più della metà dei lavoratori aventi diritto al voto. Laddove tale *quorum* non sia stato raggiunto, la Commissione elettorale e le organizzazioni sindacali operanti all'interno dell'azienda prenderanno ogni determinazione in ordi-

ne alla validità della consultazione in relazione alla situazione venutasi a determinare nell'unità produttiva.

All'elezione della RSU possono concorrere liste elettorali presentate dalle: *a)* OO.SS. di categoria aderenti a confederazioni firmatarie del presente accordo oppure dalle organizzazioni sindacali di categoria firmatarie del CCNL applicato nell'unità produttiva; *b)* associazioni sindacali formalmente costituite con un proprio statuto ed atto costitutivo; a condizione che:

1) accettino espressamente, formalmente ed integralmente i contenuti del presente accordo, dell'AI del 2011 e del Protocollo del 2013;

2) la lista sia corredata da un numero di firme di lavoratori dipendenti dall'unità produttiva pari al 5% degli aventi diritto al voto nelle aziende con oltre 60 dipendenti. Nelle aziende di dimensione compresa fra 16 e 59 dipendenti la lista dovrà essere corredata da almeno tre firme di lavoratori.

Le organizzazioni sindacali di categoria aderenti alle Confederazioni firmatarie dell'AI del 2011, del Protocollo 31 maggio 2013 e del TU del 2014 o che, comunque, aderiscano alla disciplina in essi contenuta partecipando alla procedura di elezione della RSU, rinunciano formalmente ed espressamente a costituire RSA ai sensi dell'art. 19, l. n. 300/1970.

## **Bibliografia**

- BALLESTRERO M.V., *Diritto sindacale*, Torino, Giappichelli, 2014.
- GIUGNI G., *Diritto sindacale*, Bari, Cacucci, 2014.
- RUSCIANO M., *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, UTET, 2003.
- VALLEBONA A., *Istituzioni di diritto del lavoro. Vol. 1: Il diritto sindacale*, Padova, CEDAM, 2017.
- ZAMBELLI A., *Diritto sindacale. Le relazioni industriali dopo il Jobs Act*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2015.
- ZAMBELLI A., (a cura di) *Crisi aziendale e rapporto di lavoro*, in *Le nuove relazioni industriali e sindacali*, vol. 5, Milano, Il Sole 24 Ore, 2018.



# AIDP

ASSOCIAZIONE ITALIANA PER  
LA DIREZIONE DEL PERSONALE

Lombardia

## RINGRAZIA GLI AUTORI PER IL PREZIOSO CONTRIBUTO

