

SOMMARIO



EDITORIALE

Buon Compleanno ANCL! Diamo voce ai Consulenti del Lavoro dal 1953

Dario Montanaro

AREA DIRITTO DEL LAVORO

Lavoro festivo, la disponibilità del diritto all'astensione lavorativa ed il ruolo della contrattazione collettiva: nuove indicazioni da parte della Corte di Cassazione

Alberto Balestrini

Divieto di licenziamento: le ultime novità tra dubbi di incostituzionalità e violazione di norme imperative

Giovanni Cruciani

SICUREZZA SUL LAVORO

La delega di funzioni nella sicurezza sul lavoro: vantaggi e accorgimenti per il datore di lavoro

Barbara Garbelli

GIURISPRUDENZA

QUESITI

DIRIGENTI E SEDI

Dario Montanaro
Presidente Nazionale ANCL



Buon Compleanno ANCL! Diamo voce ai Consulenti del Lavoro dal 1953

Il 28 luglio 1953 nasceva la nostra Associazione. Ecco perché abbiamo deciso di pubblicare in questo giorno speciale un nuovo numero della rivista “Il Consulente Milleottantuno”.

È utile ricordare questi anniversari per rammentare sempre che facciamo parte di una realtà associativa storica che ha fondamenta nel tessuto sociale, economico e professionale del nostro paese.

L’ANCL ha una storia di 68 anni, caratterizzata da professionalità, passione, unione, condivisione e resilienza.

Uno dei compiti prioritari della nostra Associazione è (e sempre lo sarà) difendere la dignità professionale degli associati e combattere contro chi cerca di minare la professione che svolgiamo e amiamo.

Ciò è diventato ancor più importante negli ultimi diciotto mesi, in cui i nostri iscritti, che abbiamo l’onore e l’onere di rappresentare, con competenza e coraggio hanno svolto compiti gravosi, svolto miriade di adempimenti e affrontato scadenze pressanti.

Come Consulenti del Lavoro, desideriamo, però, essere messi in condizione di svolgere la nostra professione in modo sereno e dignitoso, cosa che troppo spesso oramai non accade.

E in un giorno simbolico come questo dobbiamo ricordare che solo uniti possiamo superare le inefficienze sistemiche, i paradossi normativi e le lungaggini procedurali.

Unione nel condividere le informazioni e la conoscenza, unione nell’intraprendere azioni collettive per difendere la nostra professione, unione nel ricordarci a vicenda quanto stimolante sia, nonostante tutto, la nostra professione.

Come sede Nazionale non abbiamo intenzione di interrompere la raccolta di ogni singola istanza che arrivi dal territorio e dai singoli associati.

I nostri iscritti sono l’avamposto a difesa dell’attività professionale e l’associazione deve essere il punto di riferimento che li accompagna nelle molteplici battaglie quotidiane.

Per tali motivazioni, ogni iniziativa dell’ANCL, anche scaturente dall’operato della dirigenza nazionale, ed in particolare dall’Ufficio di Presidenza, necessita, per essere pienamente

efficace e incisiva, della condivisione e del supporto di ogni singola Unione provinciale e di ogni singolo iscritto.

Uniti si vince!

Le istituzioni non devono scordare, inoltre, che i Consulenti del Lavoro sono una risorsa da sfruttare in fase di progettazione del mercato del lavoro post-pandemico.

Per fare un esempio concreto, la recente conversione, con modificazioni, in legge 23 luglio 2021, n. 106 del decreto-legge 25 maggio 2021, n. 73 (cd. "Decreto Sostegni bis"), pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 24 luglio, inserendo l'art. 41-bis modifica l'articolo 19 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, in materia di lavoro a tempo determinato.

In particolare si aggiunge alle due condizioni di cui alle lettere a) e b) una lettera b-bis) recante *"specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di cui all'articolo 51"*.

Non solo. Dopo il comma 1 è inserito il seguente: *"Il termine di durata superiore a dodici mesi, ma comunque non eccedente ventiquattro mesi, di cui al comma 1 del presente articolo, può essere apposto ai contratti di lavoro subordinato qualora si verificano specifiche esigenze previste dai contratti collettivi di lavoro di cui all'articolo 51, ai sensi della lettera b-bis) del medesimo comma 1, fino al 30 settembre 2022"*.

Dunque, i contratti collettivi potranno definire causali aggiuntive per proroghe e rinnovi (fino al 30 settembre 2022 anche per il primo contratto sopra i 12 mesi).

Tale introduzione colpisce nuovamente il cd. Decreto Dignità e porta all'attenzione un tema cruciale per evitare perdite occupazionali, che la nostra associazione ha proposto a più riprese in diversi comunicati stampa, lettere istituzionali, proposte di emendamenti e approfondimenti.

Migliaia di lavoratori hanno visto interrotto il proprio rapporto di lavoro poiché le imprese non potevano rinnovare i loro contratti a causa degli stringenti limiti della disciplina contenuta nel d.lgs. n. 81/2015.

Con la norma sopra citata si genera un piccolo passo in avanti, affidando ancora una volta un ruolo di primo piano alla contrattazione collettiva sulla flessibilità. Occorre evidenziare che per contratti collettivi si intendono non solo i contratti collettivi nazionali, ma anche quelli territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

A nostro avviso, però, ciò ancora non basta...

Sarebbe utile, a parere di scrive, un'eliminazione delle cd. causali giustificatrici o, in alternativa, la previsione di un allungamento del periodo straordinario in cui effettuare proroghe a-causali

(e del numero consentito, la formula “una e una sola proroga/rinnovo” utilizzata in precedenza non basta più) in deroga alla disciplina ordinaria.

Al di là di questo esempio lampante, appare ormai evidente che non può essere tralasciato l’ascolto della voce dei professionisti nel momento in cui il mercato del lavoro necessita di soluzioni normative e operative immediate ed efficaci.

La nostra Associazione non smetterà di rimarcare il ruolo precipuo dei Consulenti del Lavoro all’interno delle dinamiche delle relazioni industriali e nel collegamento tra Stato e imprese.

Intanto, ribadiamo l’importanza di riunirsi e confrontarsi per far emergere idee e spunti nuovi che solo i Consulenti sanno dare.

Buon compleanno all’ANCL e a tutti gli iscritti!



Alberto Balestrini

Consulente del Lavoro in Como e membro del Centro Studi Nazionale ANCL

Lavoro festivo, la disponibilità del diritto all'astensione lavorativa ed il ruolo della contrattazione collettiva: nuove indicazioni da parte della Corte di Cassazione

Sommario:

1. Introduzione

2. La fase iniziale della controversia nei primi due gradi di giudizio

3. L'esame e le conclusioni della Corte di Cassazione

4. Le accortezze da seguire per acquisire il consenso del lavoratore alla prestazione di lavoro festivo

1. Introduzione

Come ben sappiamo il lavoro festivo, fin dagli albori, è stato oggetto di forti dispute tra le due parti contraenti il contratto di lavoro; da un lato, infatti, è possibile trovare chi (azienda) mira ad acquisire un consenso tout-court circa la disponibilità alla prestazione lavorativa mentre dall'altro troviamo chi (lavoratore) non vuole sentirsi privato della concreta possibilità di astenersi dal lavoro in occasione delle festività, civili o religiose che siano.

Attraverso la recente sentenza 31 marzo 2021, n. 8958 della Corte di Cassazione pervengono nuove importanti indicazioni su come gestire la disponibilità al lavoro in occasione di tali giornate, dalle quali è possibile trarre senz'altro nuovi spunti per una gestione più sicura e che lasci meno margini di contestazione in materia.

Sempre da tale pronuncia risulta parimenti interessante approfondire anche l'opinione dei giudici della Corte circa il ruolo assumibile da parte della contrattazione collettiva relativamente alla possibilità di regolamentare il diritto all'astensione lavorativa da parte dei lavoratori, con riferimento alla possibilità di poterlo regolarmente disporre all'interno di determinate clausole contrattuali.

Prima però di riassumere queste considerazioni, ci appare senz'altro utile riassumere la vicenda che ha dato origine alla pronuncia della Suprema Corte.

2. La fase iniziale della controversia nei primi due gradi di giudizio

La vicenda giudiziaria terminata con la pronuncia in esame trae inizialmente origine dal ricorso avanzato da tre lavoratrici avverso la società datrice al fine di richiedere l'annullamento delle sanzioni disciplinari irrogate dal datore di lavoro per essersi astenute dal lavoro in occasione di alcune festività infrasettimanali.

Sia il giudice di prime cure (Tribunale di Rovereto) che quello di legittimità (Corte di Appello di Trento, sentenza depositata in data 30 Gennaio 2017), venendo di fatto in soccorso delle lavoratrici, pur ritenendo pienamente legittimo l'inserimento nei rispettivi contratti individuali di lavoro di clausole di disponibilità alla prestazione di lavoro nei giorni festivi, hanno però deciso di sancirne la relativa nullità in considerazione della loro indeterminatezza, della mancanza della previsione di un corrispettivo, della posizione di debolezza rivestita dalle lavoratrici nel momento della sottoscrizione (all'atto, nello specifico, avuto luogo in occasione dell'assunzione e della trasformazione del rapporto a tempo indeterminato) nonché della piena ed unilaterale discrezionalità del datore di lavoro nel procedere al richiamo in servizio. Con riferimento al vizio dell'indeterminatezza, nello specifico, per i giudici dei primi due gradi di giudizio la pattuizione presente nell'originario contratto di assunzione, non precisando esplicitamente le festività né tanto meno le modalità di comunicazione del preavviso, non faceva altro che rimettere alla piena ed esclusiva discrezionalità del datore di lavoro l'esercizio di un suo presunto insindacabile diritto ad esigere la prestazione lavorativa anche nei giorni di festa, con ciò finendo per eludere di fatto la finalità voluta dallo stesso legislatore.

3. L'esame e le conclusioni della Corte di Cassazione

Avverso tale sentenza la società datrice, inizialmente risultata soccombente, ha deciso di ricorrere ulteriormente in giudizio presentando ben undici motivi di ricorso, lamentando all'interno di essi la violazione e la falsa applicazione della legge nonché l'errata applicazione dei canoni normativi di interpretazione della normativa vigente.

Al di là delle considerazioni circa la corretta interpretazione delle norme applicate, per quanto riguarda la materia da noi gestita risulta senz'altro interessante approfondire alcune delle considerazioni addotte dai giudici della Suprema Corte.

In primo luogo, con riferimento alla presunta o meno disponibilità del lavoro festivo, gli Ermellini hanno precisato che, a differenza degli istituti delle ferie e del riposo settimanale (art. 36, comma 3 della Costituzione), le festività infrasettimanali in verità non risultano espressamente tutelate da alcun articolo della nostra carta fondamentale. Gli istituti delle ferie e del riposo settimanale risultano infatti inseriti direttamente all'interno del dettato costituzionale in quanto hanno la precisa finalità di tutelare nel concreto il c.d. "ben salute",

ovvero un bene primario personale non suscettibile di alcun bilanciamento con altri diritti anche costituzionalmente tutelati, in grado quindi di reintegrare le energie psico-fisiche del lavoratore inevitabilmente minate in occasione del reiterato svolgimento dell'attività lavorativa.

Diversamente, le festività, almeno con riferimento alla loro specifica natura, non tutelano immediatamente il diritto alla salute, bensì, a seconda dei casi, la diversa esigenza di consentire la celebrazione di ricorrenze festive, civili o religiose, rappresentanti valori e credenze che, a livello giuridico, rilevano come diritti pienamente disponibili del lavoratore. Sulla base della differente natura e dei diversi valori in campo, essendo la disponibilità al lavoro festivo, come abbiamo visto, un diritto pienamente disponibile, nulla vieta alle parti di accordarsi, nel pieno della loro autonomia privata, regolamentando la disponibilità al lavoro festivo fin già in occasione della sottoscrizione del contratto di lavoro o, eventualmente ed in caso di bisogno, anche in occasioni successive (es. lettera di trasformazione a tempo indeterminato, variazione orario, cambio di mansione ecc.), come, vedremo poi, ricostruito anche dalla stessa Corte Costituzionale. Infatti, se è vero che in occasione delle giornate festive i lavoratori hanno diritto ad astenersi dal lavoro conservando la retribuzione piena ed, in aggiunta, una retribuzione maggiorata per il lavoro eventualmente prestato in tali ricorrenze, tuttavia la rinuncia al diritto all'astensione dalla prestazione nelle predette giornate può essere legittimamente inserita anche all'interno del contratto di lavoro.

La possibilità di astenersi durante le giornate festive va considerata quindi come un vero e proprio diritto soggettivo e non assoluto, ben potendo il lavoratore stesso, nel pieno della propria autonomia individuale, esprimere il suo libero consenso a svolgere attività in tali occasioni. La libera possibilità di svolgere attività lavorativa anche durante le giornate festive, è riscontrabile facilmente dalla stessa normativa in materia di lavoro festivo nel momento in cui essa stessa prevede (art. 5, legge 27 maggio 1949, n. 260) una specifica maggiorazione retributiva per il lavoro prestato nelle festività.

La piena disponibilità del diritto all'astensione in occasione delle festività, si badi bene, non è però un concetto nuovo ed inedito espresso solamente in quest'occasione dalla Corte di Cassazione: già in passato, infatti, la stessa Corte ha avuto modo di precisare che "il diritto del lavoratore di astenersi dall'attività lavorativa in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili è un diritto soggettivo ed è pieno con carattere generale" (Corte di Cassazione, sentenza n. 21209 del 19 ottobre 2016).

Dando quindi per assodata la piena disponibilità di tale istituto, la Corte di Cassazione in quest'occasione procede con un passaggio aggiuntivo, enunciando di fatto, a conclusione del

suo ragionamento, un nuovo principio di diritto precisando esplicitamente in quale fase del rapporto di lavoro la contrattazione può avere luogo: "la rinuncia al diritto all'astensione dalla prestazione nelle giornate festive infrasettimanali di cui all'art. 2 della legge n. 260 del 1949 può essere anche validamente inserita come clausola del contratto individuale di lavoro". Non solo quindi si riconferma la disponibilità della rinuncia al lavoro festivo da parte del lavoratore, ma si garantisce che la stessa possa essere oggetto di libera contrattazione anche in fase di trattativa tra le parti all'atto della costituzione del rapporto di lavoro.

Tale diritto disponibile del lavoratore liberamente contrattabile con il datore di lavoro, al fine di prevenire eventuali abusi a danno della parte più debole del rapporto di lavoro, trova in ogni caso un forte limite nel comportamento che dovrà essere tuttavia seguito dal datore di lavoro, ovvero la parte più debole del rapporto; quest'ultimo, infatti, pur potendo contrattare liberamente con il lavoratore "ad armi pari", avrà sempre la possibilità richiedere la prestazione lavorativa anche nei giorni festivi ma in ogni caso nel pieno rispetto dei principi di buona fede e correttezza che, è bene ricordarlo, devono caratterizzare lo svolgimento di ogni prestazione contrattuale (art. 1375 Codice Civile).

Nell'episodio analizzato, in occasione della pronuncia in esame, la Corte di Cassazione ha ricordato che i tribunali di merito hanno verificato che la richiesta della prestazione lavorativa nei giorni festivi risulti essere stata esercitata dalla società datrice proprio nel pieno rispetto di tali principi, avvenuto tra l'altro sulla base di uno specifico accordo integrativo aziendale stipulato al fine di regolamentare tale eventualità. Nel caso specifico, sulla base di quanto pattuito, il datore di lavoro ha attuato un confronto preventivo tra il responsabile di filiale e le rappresentanze sindacali aziendali del punto vendita per la scelta dei lavoratori e per la specifica valutazione delle varie ragioni di assenza dei lavoratori, fornendo in aggiunta anche un congruo preavviso in merito alla turnazione programmata. Comportamento, come ben comprensibile, sicuramente del tutto rientrante in una condotta di buona fede e correttezza caratterizzante i rapporti sindacali, come in precedenza sottolineato.

A tale comportamento imposto al datore di lavoro, continuano i giudici, si aggiunge, naturalmente, anche l'obbligo di rispettare la normativa prevista in materia di riposo settimanale; infatti, anche a fronte della piena disponibilità delle parti, la concreta adibizione di un lavoratore in occasione di una festività che porterebbe alla mancata fruizione del periodo di riposo risulterebbe parimenti illegittima e ben passibile di pesanti sanzioni.

La Suprema Corte, oltre a quanto riportato, precisa anche un altro importante aspetto relativo questa volta al ruolo rivestito dalla contrattazione collettiva con riferimento alla disponibilità del diritto all'astensione lavorativa in occasione delle giornate festive; secondo

gli Ermellini, infatti, solamente un accordo tra le due parti contrattuali può legittimamente configurare la rinuncia al riposo con relazione alla festività ed il contestuale obbligo di prestazione lavorativa, non risultando sufficiente né un atto unilaterale del datore di lavoro né tantomeno una previsione da parte del CCNL applicato, anche se poi puntualmente citata dallo stesso datore. Le organizzazioni sindacali, infatti, ricordano i giudici, non hanno alcuna specifica legittimità di derogare in pejus un diritto del tutto personale del lavoratore, salvi i rari casi in cui lo stesso abbia conferito mandato esplicito su tale precisa tematica. Sulla vincolatività di tali scelte in presenza di un mandato esplicito, è bene ricordare le precedenti determinazioni assunte dalla Corte di Cassazione (sentenze Corte di Cassazione n. 9176 del 1997, n. 166634 del 2005 e n. 4435 del 2004) attraverso le quali gli stessi giudici hanno già avuto modo di rammentare come la possibile rinuncia al riposo viene rimessa al solo accordo delle parti individuali o, eventualmente, ad accordi stipulati da organizzazioni sindacali a cui il lavoratore abbia conferito esplicito mandato.

Da tali determinazioni scaturisce quindi la piena nullità di tutte quelle clausole previste dai vari contratti collettivi in base alle quali si prevede esplicitamente l'obbligo dei dipendenti di lavorare nei giorni di festività infrasettimanali.

E' curioso notare come tali clausole, come ben sappiamo, non sono certamente rare all'interno del nostro panorama relativo alla contrattazione collettiva: solo per citare alcune previsioni, è possibile rifarsi al CCNL Alimentari industria ("Nessun lavoratore può esimersi dall'effettuare, nei limiti previsti dalla legge e dal presente contratto, il lavoro straordinario, notturno e festivo, salvo giustificati motivi individuali di impedimento", Chiarimenti a verbale), al CCNL Oreficeria aziende industriali ("Nessun lavoratore può rifiutarsi, salvo giustificato motivo, di compiere lavoro straordinario, festivo o tra le ore 22.00 e le ore 06.00; restano salvi i limiti di legge in materia di lavoro notturno", art. 6), al CCNL Chimica industria ("Nessun lavoratore può esimersi dall'effettuare, nei limiti previsti dalla legge e dal presente contratto, prestazioni eccedenti o straordinarie nonché lavoro notturno e festivo, salvo giustificati motivi individuali di impedimento", art. 7) oppure ancora, all'ancor più utilizzato CCNL Metalmeccanica industria ("Fermo restando quanto previsto dal 6° comma del presente paragrafo, nessun lavoratore può rifiutarsi, salvo giustificato motivo, di compiere lavoro straordinario, notturno e festivo", allegato 7). Clausole quindi che, anche se validamente inserite all'interno della contrattazione collettiva, hanno in realtà ben poca valenza dovendo necessariamente rimandare ad un esplicito accordo individuale tra datore di lavoro e lavoratore.

E' bene ricordare, inoltre, che questa sorta di "delegittimazione" nei confronti della contrattazione collettiva in tale ambito non è in verità nuova alla Suprema Corte visto che, in

tale occasione in esame, la stessa ha di fatto ribadito un orientamento già espresso solo pochi mesi addietro: infatti, è possibile richiamare la precedente sentenza n. 18887/2019 della Corte di Cassazione, sezione Lavoro, attraverso la quale la stessa Corte ha dichiarato nulle le clausole dei contratti collettivi che prevedono l'obbligo dei dipendenti di lavorare nei giorni di festività infrasettimanali. La Suprema Corte, già in quella occasione, si è espressa con determinazione statuendo che "i contratti collettivi, quindi, non potendo derogare in senso peggiorativo ad un diritto del singolo lavoratore se non nel caso in cui egli abbia loro conferito esplicito mandato in tal senso, non potendo prevedere l'obbligo dei dipendenti di lavorare nei giorni di festività infrasettimanali, in quanto incidenti sul diritto dei lavoratori, indisponibile da parte delle organizzazioni sindacali, di astenersi dalla prestazione". Il datore di lavoro, hanno già avuto modo di precisare i giudici in quell'occasione, ha quindi la possibilità di pretendere il lavoro festivo esclusivamente a seguito di una stipula di un accordo individuale con il dipendente nel quale lo stesso si impegna a lavorare in tali periodi dell'anno: in assenza di tale specifico accordo, un eventuale licenziamento disposto a seguito del rifiuto del lavoratore, risulterà senz'altro illegittimo.

4. Le accortezze da seguire per acquisire il consenso del lavoratore alla prestazione di lavoro festivo

Anche alla luce di quanto precisato dalla Corte di Cassazione, risulta senz'altro possibile individuare alcune accortezze attraverso le quali acquisire in modo pienamente legittimo la disponibilità al lavoro festivo, qui di seguito riassunte:

- 1) concordare, individualmente ed esplicitamente, con il lavoratore la disponibilità al lavoro festivo, evitando senz'altro di considerare acquisita tale disponibilità sulla base di un semplice rimando ad una previsione della contrattazione collettiva applicata. In aggiunta, pur risultando sufficiente una specifica pattuizione tra datore di lavoro e lavoratore all'interno del contratto di lavoro (o atto successivo), per una gestione il più possibile scevra da rischi di contenzioso, si consiglia, ove possibile, la stipula di un nuovo accordo tra le parti, da realizzarsi di volta in volta in occasione di ogni singola festività;
- 2) regolamentare la fattispecie possibilmente attraverso un accordo integrativo sottoscritto con le rappresentanze sindacali. Attraverso tale contrattazione, le parti sociali dovranno porre delle condizioni che rappresentino in concreto un vero e proprio limite alla possibilità che il datore di lavoro possa richiedere la prestazione lavorativa con piena ed esclusiva discrezionalità, arrecando potenziali danni dei lavoratori. Tali condizioni potranno essere di diversa natura: ad esempio, soprattutto nei contesti più strutturati, si potrà concordare che l'eventuale richiesta di lavoro festivo debba essere necessariamente programmata,

risultando quindi preceduta da un preventivo confronto tra responsabile di filiale e lavoratori. O ancora, si pensi alla possibilità di richiedere la prestazione lavorativa ad una categoria di lavoratori, privilegiando però eventuali richieste volontarie di disponibilità. Da non trascurare, infine, l'obbligo di garantire un congruo anticipo con cui comunicare le turnazioni nonché la ripartizione equa con riferimento ai soggetti chiamati a lavorare nelle festività;

3) richiedere la prestazione lavorativa festiva sempre nel pieno rispetto dei principi di buona fede e correttezza;

4) naturalmente occorre che, a fronte di una prestazione lavorativa avuta luogo in giornate non ordinariamente lavorative, abbia luogo la corresponsione della maggiorazione retributiva (e/o il riposo compensativo) prevista sulla base delle regole imposte dalla contrattazione collettiva applicata.

Attraverso tali accortezze, riassunte puntualmente anche dalla stessa Corte di Cassazione, sarà senz'altro possibile per il datore di lavoro meglio gestire la disponibilità al lavoro in occasione di giornate festive, riducendo (sempre naturalmente nei limiti del possibile) il rischio di un possibile contenzioso instaurabile da parte dei lavoratori.



Giovanni Cruciani

Consulente del Lavoro in Perugia e membro del Centro Studi Nazionale ANCL

Divieto di licenziamento: le ultime novità tra dubbi di incostituzionalità e violazione di norme imperative

Sommario:

- 1. Introduzione del divieto e sua evoluzione**
- 2. Dubbi di incostituzionalità**
- 3. Violazione del divieto**
- 4. Ipotesi escluse dal divieto**

1. Introduzione del divieto e la sua evoluzione

Il licenziamento è considerato un atto interruttivo con cui una delle parti, il datore di lavoro, comunica unilateralmente l'intenzione di interrompere il rapporto di lavoro.

L'art. 46 del d.l. n. 18/2020, prevedeva che il datore di lavoro, per 60 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del 17 marzo 2020, non potesse procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604 del 1966, indipendentemente dal numero dei lavoratori occupati nell'azienda.

Allo stesso modo, fino al 16 maggio 2020 compreso, sono state sospese le procedure per i licenziamenti collettivi di cui alla legge n. 233/91.

Il divieto di licenziamento pone le sue basi giuridiche sul fatto che se il datore di lavoro intima il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in presenza della norma ora citata, viola norme imperative.

Con la conversione in legge n. 27 del 24 aprile 2020 del d.l. n. 18/2020, all'art. 46 viene aggiunto l'inciso con il quale si escludono dal divieto le ipotesi in cui i lavoratori siano interessati dal recesso del rapporto di lavoro nell'ambito delle procedure di cambio di appalto, con riassunzione, a seguito del subentro del nuovo appaltatore, in forza di legge, di contratto collettivo o di una clausola di salvaguardia inserita nel contratto di appalto stesso.

Il divieto di licenziamento temporaneo, comporta un limite imposto per legge al potere di licenziamento del datore di lavoro e alla libertà di iniziativa economica, non consentendo i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo ed i licenziamenti collettivi.

Questa limitazione non riguarda le altre tipologie di licenziamento che, pertanto, restano consentiti, come ad esempio: il licenziamento giusta causa, per giustificato motivo soggettivo, i licenziamenti disciplinari, per il raggiungimento del limite di età di

pensionamento per vecchiaia o per l'inidoneità alla mansione, per il superamento del periodo di comporto, la risoluzione del rapporto di apprendistato alla fine del periodo formativo. Il divieto non riguarda nemmeno i lavoratori domestici ed i dirigenti. Per questi ultimi ci sono contrastanti sentenze di merito, anche se, da ultimo, il filone giurisprudenziale sembra stia tendendo verso la conferma della possibilità di licenziamento dei dirigenti.

Dell'art. 46 era inizialmente altresì sottolineata l'eccezionalità della misura e la temporaneità, legata ad un lasso temporale di 60 giorni.

Poi, però, per confermare il divieto sono intervenuti numerosi altri provvedimenti.

Ecco una sintesi complessiva:

Art. 46 "Cura Italia" (d.l. n. 18/2020)	divieto al 17 maggio 2020
Art. 80 "Decreto Rilancio" (d.l. n. 34/2020)	proroga divieto al 17 agosto 2020
Art. 14 "Decreto Agosto" (d.l. n. 104/2020)	proroga divieto, con termine mobile, al 31/12/20
Art. 12 "Decreto Ristori" (d.l. n. 137/2020)	proroga divieto al 31/01/2021
Art. 1 co 309-311 "Legge di Bilancio" (L. n. 178/2020)	proroga divieto al 31/03/2021
Art. 8 da co. 9 e ss. "Decreto Sostegni" (d.l. n. 41/2021)	proroga divieto al 30/06 per Industria e al 31/10/2021 per gli altri
Art. 40 "Decreto Sostegni bis" (d.l. n. 73/2021)	introduce ulteriori ipotesi di divieto condizionato
Art. 4 co. 8 "Decreto Lavoro" (d.l. n. 99/2021)	introduce art. 40 bis al d.l. n. 73/2021 sulla CIGS e relativo divieto

2. Dubbi di incostituzionalità

Sin da subito ci si è chiesto se questi provvedimenti fossero incostituzionali.

E cioè, se violassero il principio costituzionale della libertà di iniziativa economica e della libertà di impresa, essendo in contrasto con l'art. 41 della Costituzione.

Invero, è lo stesso art. 41 che, al II comma prevede proprio che la legge può indirizzare e coordinare la libertà di iniziativa economica a fini sociali e, in questa occasione, il divieto di licenziamento è mitigato da strumenti straordinari di cassa integrazione.

In definitiva, i provvedimenti, pur al momento senza alcun vaglio della Corte Costituzionale, sono ancora oggi presenti nel nostro ordinamento, nonostante il fatto che solo l'Italia, in Europa, ha affrontato la crisi economica ingenerata dalla pandemia con il divieto di licenziamento.

Ciò mantenendolo, fra l'altro, per un tempo così a lungo, nonostante la raccomandazione della Commissione Europea del 2 giugno 2021 in cui si legge che esso sia «controproducente in quanto ostacola il necessario adeguamento della forza lavoro a livello aziendale».

La temporaneità del disposto è altresì un requisito essenziale ed indispensabile poichè la norma eccezionale trova giustificazione proprio in ragione della emergenza, altrimenti non sarebbe stato possibile sospendere norme costituzionali e neppure reiterarne all'infinito il divieto, in quanto è proprio tale prolungamento che potrebbe portare alla incostituzionalità della norma stessa. Appare, però, che il carattere della temporaneità del disposto sta vacillando, evidentemente alla luce del fatto che il divieto di licenziamento è ancora operativo quasi per tutti i settori.

In ogni caso, il perdurare dello stato di emergenza dovrebbe bastare per salvare la norma dalla incostituzionalità. Qualche perplessità può sorgere in ogni caso, dal momento che gli strumenti di sostegno al reddito potrebbero non coincidere con il periodo del blocco dei licenziamenti, e infatti, gli ultimi provvedimenti normativi hanno rimediato al ripristino della cassa covid allungando il periodo di utilizzo dello strumento di integrazione salariale con il divieto di licenziamento.

3. Violazione del divieto

Ci si domanda, poi, quali potrebbero essere le conseguenze per il datore di lavoro che, nonostante il divieto, procedesse comunque ad intimare i licenziamenti, dal momento che nè l'art. 46 e neppure i provvedimenti successivi prevedono espressamente la nullità dell'atto.

Si potrebbe sostenere che il datore di lavoro incorra "solamente" nelle sanzioni previste per i licenziamenti illegittimi e, quindi, diverse a seconda degli strumenti di tutela applicabili in relazione al numero dei dipendenti (più o meno 15) e/o a seconda della data di assunzione degli stessi, se successiva al giorno 8 marzo 2015, data in entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015.

Ma più opportunamente si dovrà convenire che si tratta di un divieto (di licenziamento) e che come tale rientra nelle cause di nullità previste dalla legge ex art. 1418 cod. civ., in cui, al primo comma, viene previsto che il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative ovvero rientri nella ipotesi in cui il licenziamento venga intimato per un motivo illecito ex art. 1345 cod. civ.

Si applica, allora, l'art. 18 primo comma della legge n. 300/70 dove si richiama il caso del licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da motivo illecito di cui all'art. 1345 cod. civ.

Alternativamente, trova applicazione l'art. 2 primo comma del d. lgs. n. 23/2015 a seconda della data di assunzione del lavoratore e, in questo caso, il licenziamento stesso è riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti per legge con la conseguenza, in

entrambi i casi, della tutela di reintegrazione piena nel posto di lavoro oltre che all'indennità risarcitoria comunque prevista a prescindere dal numero dei dipendenti occupati.

Un'altra possibilità viene introdotta dal decreto "Rilancio" che, all'art. 80 comma 1-bis, prevede per il datore di lavoro che, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, nel periodo dal 23 febbraio al 17 marzo 2020 abbia proceduto al recesso del contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/66, in deroga alle disposizioni dell'art. 18, comma 10, della legge n. 300/70, possa revocare in ogni tempo il recesso purché contestualmente faccia richiesta del trattamento di cassa integrazione salariale di cui dagli articoli 19 a 22, a partire dalla data in cui ha efficacia il licenziamento. In questo caso il rapporto di lavoro è ripristinato senza soluzione di continuità e senza oneri o sanzioni per il datore di lavoro.

Questa disposizione, pur derogando al limite dei 15 giorni entro i quali il licenziamento può essere normalmente revocato, non è chiarissima e, soprattutto, rimane oscura la procedura con cui l'azienda avrebbe dovuto attivare una cassa integrazione retroattiva quando con il decreto "Rilancio" vengono introdotti dei limiti temporali più stringenti per la sua attivazione. Infine, non appariva chiaro nemmeno quale interesse potesse avere l'azienda a ripristinare un rapporto di lavoro comunque interrotto.

4. Ipotesi escluse dal divieto

Per le imprese industriali, anche se non tutte, l'art. 8 comma 9 del d.l. n. 41/2021 ha posto termine al blocco il 30 giugno del 2021. Ciò non per tutti i settori dell'industria, in quanto per alcuni settori particolarmente in crisi (come quello tessile) il divieto di licenziamento è stato prorogato al 31 ottobre 2021.

In ogni caso, per tutte le imprese del settore industriale nel momento in cui si accede agli ammortizzatori covid, appositamente prorogati e ridefiniti, il divieto di licenziamento è posto automaticamente al 31 dicembre 2021, come disciplinato dall'art. 40 del d.l. n. 73/2021.

Regge, quindi, la normativa sul blocco dei licenziamenti in presenza dell'ombrello della cassa integrazione.

Per quanto riguarda invece tutti gli altri settori non industriali, il divieto di licenziamento è fissato, al momento, al 31 ottobre 2021 come disciplinato dall'art. 8, commi da 9 e seguenti, del d.l. n. 41/2021, convertito, con modificazioni, in legge 21 maggio 2021, n. 69

È comunque consentito il licenziamento, qualunque sia il settore di appartenenza, oltre che nei casi visti in precedenza, anche per cessazione definitiva dell'attività dell'impresa oppure dalla cessazione definitiva dell'attività di impresa conseguente alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività, nei casi in cui nel corso della

liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni o attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile o nelle ipotesi di accordo collettivo aziendale, stipulato dalle OO.SS. comparativamente più rappresentative a livello nazionale, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro, limitatamente ai lavoratori che aderiscono al predetto accordo. A detti lavoratori è comunque riconosciuto il trattamento di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 22. Cioè la NASPI.

Sono altresì esclusi dal divieto i licenziamenti intimati in caso di fallimento, quando non sia previsto l'esercizio provvisorio dell'impresa o ne sia disposta la cessazione. Nel caso in cui l'esercizio provvisorio sia disposto per uno specifico ramo dell'azienda, sono esclusi dal divieto i licenziamenti riguardanti i settori non compresi nello stesso.

Al di là delle esclusioni tipizzate, la risoluzione del rapporto di lavoro è pure consentita nell'ipotesi di un accordo di incentivazione all'esodo previsto e riscritto in modo sostanzialmente analogo da tutti i provvedimenti normativi che si sono succeduti.

Per cui lo stop ai licenziamenti può venir meno nel caso venga stipulato un accordo collettivo aziendale sottoscritto dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale (non è possibile, dunque, stipulare con RSU o con RSA).

I principali indici per la maggiore rappresentatività sono i seguenti:

- consistenza numerica degli iscritti;
- numero dei contratti integrativi sottoscritti;
- partecipazione a vertenze collettive, in sede amministrativa, riguardanti lo stato di crisi delle aziende;
- numero degli accordi sottoscritti "in sede protetta";

Si rammenta che ce ne sono anche altri, quali la diffusione a livello nazionale e capillare sul territorio ecc.

L'accordo collettivo sindacale di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro necessita del consenso dei lavoratori.

Essi, se interessati, aderiscono all'accordo e conseguentemente cessano il rapporto di lavoro con una risoluzione consensuale che gli stessi lavoratori effettuano nelle sedi protette.

In questo caso al lavoratore spetta la NASPI e, dunque, il datore di lavoro versa il ticket di licenziamento.

Non è chiaro se detto accordo debba essere depositato presso il Ministero del Lavoro oppure no.

L'art. 14 del d. lgs. n. 151/2015 prevede che i benefici contributivi o fiscali e le altre agevolazioni connesse con la stipula di contratti aziendali o territoriali sono riconosciuti previo deposito presso il Ministero del lavoro entro 30 giorni. In questo caso i benefici fiscali e contributivi non ci sono. Ci sarebbero le altre agevolazioni perché l'accordo supera il divieto di licenziamento e consente ai lavoratori di accedere ai benefici della NASpI, ma un chiarimento sarebbe stato quanto mai opportuno.

Indubbiamente insieme all'accordo collettivo sindacale di incentivo all'esodo, è consigliabile un contestuale accordo individuale da sottoscrivere in "sede protetta" ex artt. 410 o 411 c.p.c. con cui definire anche gli aspetti economici e le rinunce e transazioni necessarie, per evitare futuri contenziosi con i lavoratori interessati.

Infine, con l'accordo sindacale in sede protetta si ha anche il vantaggio di "by-passare" la procedura telematica di conferma delle dimissioni o della risoluzione consensuale richiesta dall'art. 26 del d.lgs. n. 151/2015 .

Si evidenzia, però, che la sola conciliazione in sede protetta non basta per superare il divieto, in quanto è necessario, come presupposto, l'accordo collettivo di incentivazione all'esodo.



Barbara Garbelli

Consulente del Lavoro e Presidente U.P. ANCL Pavia

La delega di funzioni nella sicurezza sul lavoro: vantaggi e accorgimenti per il datore di lavoro

Sommario:

1. Introduzione

2. Responsabilità dei membri del C.d.A.

3. Rifiuto della delega

1. Introduzione

Come noto, il decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, Testo Unico sulla sicurezza in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, ha prodotto diverse novità rispetto alla normativa precedente (d.lgs. n. 626/1994), tra le quali vi è l'introduzione della **delega di funzioni**, prevista dall'art. 16.

Per definizione la delega è un **atto di trasferimento di competenze organizzative e gestionali** ai fini della salute dei lavoratori e sicurezza dell'unità produttiva per avere una migliore attuazione degli specifici obblighi di legge assegnati al datore di lavoro.

Si tenga, però, presente che ciò non significa che il datore di lavoro (il delegante) non sia più responsabile delle proprie azioni anzi, a maggior ragione, è legato al soggetto da ipotesi di *"culpa in eligendo e/o vigilando"*.

Infatti, *"la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in campo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni a questo trasferite, nell'ambito del più generale principio di responsabilità "concorsuale"*.

Pertanto, il datore di lavoro potrà essere sanzionato per:

- *"culpa in eligendo"* nel caso in cui non abbia adeguatamente scelto il delegato, valutandone i requisiti e le capacità richieste dalla funzione;
- *"culpa in vigilando"* qualora venga accertata la mancata o inadeguata vigilanza sull'operato del proprio delegato.

Inoltre, il soggetto delegato può a sua volta, previo accordo con il datore di lavoro, delegare un altro soggetto per l'espletamento di alcune specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro.

L'articolo 16 del d.lgs. n. 81/2008 precisa i requisiti che la delega deve avere per essere valida.

In particolare, il comma 1 dispone che *“la delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con i seguenti limiti e condizioni:*

- a) *che essa risulti da atto scritto recante data certa;*
- b) *che il delegato possenga tutti i requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;*
- c) *che essa attribuisca al delegato tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate;*
- d) *che essa attribuisca al delegato l'autonomia di spesa necessaria allo svolgimento delle funzioni delegate.*
- e) *che la delega sia accettata dal delegato per iscritto.”*

Risulta evidente come il legislatore abbia voluto che le funzioni delegate fossero trasferite dal datore di lavoro ad un soggetto **munito di capacità, professionalità ed esperienza idonee** a svolgere le funzioni delegate, e che inoltre sia libero di organizzare, gestire e controllare l'azienda e di sostenere le spese necessarie per lo svolgimento delle funzioni richieste, in piena autonomia.

2. Responsabilità dei membri del C.d.A.

Rispetto a quella dell'imprenditore individuale o della società amministrata da un amministratore unico, diversa può essere la situazione dell'impresa gestita in forma societaria, e amministrata da un consiglio di amministrazione che abbia delegato ad uno dei suoi membri la responsabilità e la gestione dell'impresa in materia di sicurezza ed igiene del lavoro.

In questo caso, l'attribuzione dei poteri al consigliere delegato non avviene ex art. 16 del d.lgs. n. 81/2008 ma ex art. 2381, comma 2, cod. civ., il quale prevede una delega interna.

La sentenza *“Galeazzi”* (v. *Cass. pen., Sez. IV, 05.02.2003, n. 4981 (dep. 06.02.2004)*) ha chiarito che in presenza di un'attribuzione di funzioni da parte del consiglio di amministrazione ad uno o più suoi componenti *“non può parlarsi di delega di funzioni”*. La Corte riferisce che *“nel caso di una società di capitali, originariamente il datore di lavoro (in senso civilistico) va individuato nel consiglio di amministrazione o nell'amministratore unico”*.

Pertanto la Corte stabilisce che *“nelle società di capitali, gli obblighi inerenti alla prevenzione degli infortuni posti dalla legge a carico del datore di lavoro gravano **indistintamente su tutti i componenti del consiglio di amministrazione**, difatti il presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali non può, da solo, essere considerato rappresentante della società, appartenendo la rappresentanza all'intero consiglio di amministrazione, salvo*

delega conferita ad un singolo consigliere, amministratore delegato, in virtù della quale l'obbligo di adottare le misure antinfortunistiche e di vigilare sulla loro osservanza si trasferisce dal consiglio di amministrazione al delegato, rimanendo in capo al consiglio di amministrazione residui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega”.

Si vuole ricordare, inoltre, che ci sono dei compiti non delegabili in capo al datore di lavoro, come stabilisce l'articolo 17 del d.lgs. n. 81/2008, il quale prevede che il datore di lavoro non può delegare le seguenti attività:

- a. la valutazione di tutti i rischi con la conseguente elaborazione del documento previsto dall'articolo 28;
- b. la designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione dai rischi.

La delega di funzioni lascia di conseguenza “scoperto” il datore di lavoro con riferimento agli obblighi *indelegabili* di cui al citato art. 17, ai quali egli deve adempiere direttamente.

Senza il verificarsi di un infortunio, la mancanza di una valutazione dei rischi o l'assenza di documenti per raccogliere i risultati o la mancata designazione di RSPP avrà conseguenze relative, poiché il datore di lavoro una volta ricevute le ammonizioni dall'autorità di controllo che ha accertato la violazione, si occuperà di effettuare la valutazione e/o di redigere il documento e/o di designare il RSPP, in modo da estinguere il reato con il pagamento di una somma c.d. “amministrativa”.

Se, invece, l'inadempimento del datore di lavoro viene accertato in occasione del verificarsi di un infortunio, potrà accadere che esso venga posto in relazione di causalità con l'infortunio stesso, con conseguente accusa di omicidio colposo (ex art. 589 c.p.) ovvero di lesioni personali colpose (ex art. 590 c.p.).

È ovvio che la responsabilità penale può derivare non soltanto dalla totale omissione della valutazione dei rischi e dalla mancata redazione del relativo documento, ma anche da una inadeguata e incompleta valutazione.

Il datore di lavoro potrà trovarsi quindi indagato o imputato di omicidio colposo o di lesioni colpose, pur avendo conferito una delega ex art. 16 del d.lgs. n. 81/2008, sostanzialmente valida e formalmente ineccepibile.

Con riferimento ai compiti che il datore di lavoro non può delegare (la valutazione dei rischi, la redazione del relativo documento e la nomina dell'RSPP), la dottrina chiarisce in modo efficace che tale divieto non risulta in contrasto con l'art. 2381 c.c.. *“In effetti la delega di gestione che esso disciplina consente una ripartizione della qualità datoriale certamente*

*diversa rispetto a quella che altrimenti graverebbe su tutti i membri del C.d.A., ma pur sempre in linea con la previsione di cui all'art. 17 d.lgs. n.81/2008. Quest'ultimo vieta la traslazione di certe funzioni a chi datore di lavoro non sia, così da non interrompere il nesso inscindibile fra responsabilità e potere, ma non osta a che le medesime funzioni (indelegabili, qualora si abbia la pretesa di trasferirle a dirigenti o preposti) siano concentrate in capo a chi condivide la stessa qualifica datoriale e, per ciò solo, detenga lo stesso potere e risponda al medesimo titolo" (C. Lazzari., *Figure e poteri datoriali nel diritto della sicurezza sul lavoro*, 2015, pag. 37-38).*

Si può affermare, in definitiva, che la delega di funzioni ha come scopo quello di "facilitare" l'operato all'interno di un'azienda e non deve essere intesa come un semplice e comodo "scarico" di responsabilità verso altre persone, le quali, il più delle volte, accettano ignari dei rischi a cui vanno incontro.

3. Rifiuto della delega

Sorge un ultimo dubbio, ma la delega può essere **rifiutata** dalla persona designata dal datore di lavoro?

Con l'Interpello n. 7/2015 del 2 novembre 2015 è stato posto il quesito alla Commissione per gli Interpelli del Ministero del Lavoro da parte dell'Unione Sindacale di Base dei Vigili del Fuoco.

La Commissione risponde premettendo che l'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008 prevede che *"la delega di funzioni da parte del datore di lavoro, ove non espressamente esclusa, è ammessa con specifici limiti e condizioni (come indicate dall'articolo 16 ed evidenziate in precedenza)"*.

Successivamente, segnala che l'art. 16 *"prevede, per il datore di lavoro, la possibilità di delegare i propri obblighi, ad eccezione della valutazione dei rischi e relativo documento e la designazione del RSPP, ad altro soggetto dotato dei requisiti di professionalità ed esperienza richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate"*.

Tuttavia, perché la delega sia efficace *"è necessario che abbia **tutte le caratteristiche** previste dal citato articolo 16, quali la forma scritta, la certezza della data, il possesso da parte del delegato di tutti i gli elementi di professionalità ed esperienza richiesti dalla natura specifica delle funzioni delegate ed infine la possibilità da parte dello stesso delegato di disporre di tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni a lui delegate"*.

E tra le caratteristiche indicate nell'art. 16, comma 1, il legislatore *"ha espressamente previsto, alla lettera e) del decreto in parola, che la delega 'sia **accettata dal delegato per iscritto**',"*

*elemento che la distingue dal conferimento di incarico, il che **implica la possibilità di una non accettazione della stessa**".*

In conclusione, la Commissione indica che **non c'è l'obbligo di accettazione della delega di funzioni** da parte del soggetto delegato individuato dal datore di lavoro: dunque il soggetto delegato **può rifiutare la delega**.

L'adibizione della lavoratrice rientrata dalla maternità a mansioni inferiori rispetto a quelle svolte prima del congedo integra un demansionamento per violazione dell'art. 2103 c.c.

Rilevato che

1. con sentenza 24 giugno 2017, la Corte d'appello di Venezia rigettava l'appello principale di A. Brescia – Verona – Vicenza – Padova s.p.a. e incidentale di O.L. avverso la sentenza di primo grado, di accertamento del diritto della seconda all'inquadramento nel livello A del CCNL dipendenti concessionari autostrade dal 18 giugno 1999 ed al corrispondente trattamento dal 18 giugno 2004, con la condanna della società datrice al versamento delle relative differenze retributive dal 18 giugno 2004 alla data della sentenza, oltre rivalutazione e interessi; nonché di accertamento dell'adibizione della lavoratrice dal 10 dicembre 2000 al novembre 2001 a mansioni dequalificanti rispetto alle precedenti e di condanna della società al pagamento, in suo favore a titolo risarcitorio di danni patrimoniali e non, della somma di € 9.746,00, pari al 40% della retribuzione lorda percepita nel periodo, rigettandone le altre domande risarcitorie per condotte discriminatorie in suo danno;
2. in esito ad argomentato scrutinio delle risultanze istruttorie, la Corte territoriale ribadiva la spettanza alla lavoratrice, nella comparazione con il livello AI di sua attribuzione, dell'inquadramento nel livello A del CCNL applicato e così pure del risarcimento del danno, liquidato nella ricorrenza dei suoi presupposti in via equitativa, derivante dall'accertato demansionamento per l'assegnazione alla predetta, al rientro dal periodo di maternità, di compiti amministrativi di predisposizione di ordini di acquisto, in staff di contabilità lavori sotto la responsabilità di un collega, deteriori rispetto ai precedenti, di capo di un Servizio costituito da più uffici di cui aveva coordinato il personale;
3. la stessa Corte escludeva peraltro la natura discriminatoria del comportamento datoriale per difetto di prova, in assenza degli elementi di fatto idonei e pur tenuto conto dell'attenuazione dell'onere prevista per legge a carico della parte deducente: per tale ragione rigettando l'appello incidentale di O.L.;
4. con atto notificato il 27 dicembre 2017, società ricorreva per cassazione con tre motivi, cui la lavoratrice resisteva con controricorso contenente ricorso incidentale articolato su unico motivo, cui la prima replicava con controricorso;
5. entrambe le parti comunicavano memoria ai sensi dell'art. 380bis 1 c.p.c.;

Considerato che

1. la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 41, primo comma Cost., 2103 c.c., 19 e 21 CCNL Autostrade, per l'erroneo inquadramento della lavoratrice nel superiore livello A, in assenza di un accertamento delle effettive mansioni svolte (essendo irrilevanti le valorizzate circostanze del conferimento di incarico di capo del servizio tecnico amministrativo e di inquadramento degli altri capi di servizio nel livello A) e soprattutto dell'effettivo grado di autonomia decisionale, facoltà di iniziativa e di responsabilità ("diretta su obiettivi e su risultati aziendali" richiesta dal livello A) comportate dalla maggiore qualifica rivendicata, pure integrata da "attività di rilevante importanza per l'azienda" ed esigente un "alto grado di competenze specialistiche e/o manageriali" (primo motivo);

2. esso è inammissibile;

2.1. è noto che il procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato si sviluppi in tre fasi successive, consistenti: a) nell'accertamento in fatto delle attività lavorative concretamente svolte; b) nell'individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal contratto collettivo di categoria; c) nel raffronto tra i risultati di tali due indagini. E che, ai fini dell'osservanza di tale procedimento, sia necessaria, pur senza rigide formalizzazioni (Cass. 27 settembre 2016, n. 18943), la scansione di ciascuno dei suddetti momenti di ricognizione e valutazione nel ragionamento decisorio; in caso contrario, configurandosi il vizio di error in iudicando, per errata applicazione dell'art. 2103 c.c. (Cass. 27 settembre 2010, n. 20272; Cass. 28 aprile 2015, n. 8589; Cass. 22 novembre 2019, n. 30580);

2.2. la Corte territoriale ha fatto una corretta applicazione del procedimento trifasico, individuando i livelli di inquadramento in comparazione (A e A1 del CCNL applicabile), procedendo al loro raffronto, sia per i requisiti di competenze richiesti dalle attività, sia per il rispettivo grado di autonomia e di responsabilità, anche attingendo ai profili professionali e quindi qualificando, in esito a tale indagine, le mansioni concretamente svolte dalla lavoratrice di responsabile, in qualità di capo, del servizio tecnico amministrativo del settore viabilità (per le ragioni esposte a pgg. 9 e 10 della sentenza). In tale operazione di individuazione del corretto livello di inquadramento, essa ha anche verificato la loro corrispondenza (per relationem alle prove orali assunte dal Tribunale, riportate nei passaggi rilevanti dal primo capoverso di pg. 4 al secondo alinea di pg. 5 della sentenza) all'incarico formalmente conferitole dalla società con lettera del direttore generale del 17 luglio 1995;

2.3. sicché, l'accertamento della natura delle mansioni concretamente svolte dalla dipendente, ai fini del suo inquadramento nella superiore qualifica richiesta, siccome giudizio di fatto riservato al giudice del merito, sorretto nel caso di specie da logica e adeguata argomentazione per le ragioni dette, è insindacabile in sede di legittimità, (Cass. 30 ottobre 2008, n. 26233; Cass. 31 dicembre 2009, n. 28284);

3. la ricorrente deduce poi violazione e falsa applicazione degli artt. 1218, 2043, 2103 c.c. e nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c., per apparenza di motivazione, comunque inidonea a rendere comprensibili le ragioni della decisione, per il ritenuto demansionamento della lavoratrice, in quanto adibita al rientro dalla maternità a mansioni "non equivalenti". Essa si duole dell'assenza di alcun riferimento alle declaratorie contrattuali, né di una verifica comparativa sul piano oggettivo (di inclusione in quali aree professionali e salariali delle mansioni iniziali e di quelle cui successivamente destinata), ma neppure soggettivo (di congruità professionale o meno all'armonizzazione con il bagaglio della lavoratrice, in modo da promuoverne un coerente affinamento e sviluppo) delle mansioni in concreto svolte prima e dopo il suindicato congedo; e ciò (non) valutato alla luce delle risultanze istruttorie e della diversa collocazione lavorativa in ragione di una riorganizzazione aziendale programmata da prima della sua gravidanza (come accertato dalla Corte territoriale), e quindi per causa non imputabile alla società a titolo di colpa (secondo motivo);

4. esso è infondato;

4.1. giova ribadire come il divieto di variazione peggiorativa, sancito dall'art. 2103 c.c., escluda che al prestatore di lavoro possano essere affidate, anche se soltanto secondo un criterio di equivalenza formale, mansioni sostanzialmente inferiori a quelle in precedenza disimpegnate, dovendo il giudice di merito accertare, in concreto, se le nuove mansioni siano aderenti alla competenza professionale specifica del dipendente, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantiscano al contempo lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali (Cass. 4 marzo 2014, n. 4989; Cass. 3 febbraio 2015, n. 1916); e che l'equivalenza debba essere valutata in concreto dal giudice di merito, al fine di verificare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza tecnico professionale acquisita dal dipendente (Cass. 6 novembre 2018, n. 28240);

4.2. nel caso di specie, la Corte territoriale ha accertato il demansionamento della lavoratrice, nella concretezza delle mansioni svolte prima e dopo la sua assenza per maternità così come risultanti dalle risultanze istruttorie (al primo capoverso di pg. 11, anche per richiamo, nella

condivisione del corretto assunto del Tribunale, riportato all'ultimo capoverso di pg. 5 della sentenza);

4.3. né basta, al fine di giustificare il demansionamento, la generica deduzione di una ragione riorganizzativa aziendale (pur dalla Corte territoriale riconosciuta al fine di escluderne la natura discriminatoria), posto che, quando il lavoratore allegghi un demansionamento riconducibile ad inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 c.c., su quest'ultimo incombe l'onere di provarne l'esatto adempimento o attraverso la prova della mancanza in concreto del demansionamento, ovvero attraverso la prova della sua giustificazione per il legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali (dimostrando l'inesistenza, all'interno del compendio aziendale, di altro posto di lavoro disponibile, equiparabile al grado di professionalità in precedenza raggiunto dal lavoratore: Cass. 19 ottobre 2018, n. 26477) o disciplinari oppure, in base all'art. 1218 c.c., per impossibilità della prestazione derivante da una causa a sé non imputabile (Cass. 6 marzo 2006, n. 4766; Cass. 3 marzo 2016, n. 4211; Cass. 19 ottobre 2018, n. 26477);

4.4. sicché, nel caso di un nuovo assetto organizzativo disposto dal datore di lavoro, che comprenda la riclassificazione del personale concordata con le organizzazioni sindacali, non sussiste violazione del divieto di dequalificazione qualora le mansioni del lavoratore, a seguito del riclassamento, non mutino rispetto al precedente inquadramento, poiché si realizza una violazione dell'art. 2013 c.c. solo se il dipendente venga adibito a differenti mansioni (quand'anche compatibili con la nuova classificazione, ma) incompatibili con la sua storia professionale (Cass. 25 settembre 2015, n. 19037);

5. la ricorrente deduce, infine, violazione e falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2697, 2729 c.c., 115 c.p.c. e nullità della sentenza per violazione degli artt. 112, 132 c.p.c., per omessa pronuncia sul motivo di appello di difetto di prova dell'esistenza di un danno non patrimoniale da dequalificazione della lavoratrice, avendo la Corte esaminato solo il profilo, non contestato, della sua liquidazione e comunque non osservato le norme denunciate e i principi di diritto in materia di prova di risarcibilità di un tale danno, non in re ipsa, ma da dimostrare nei suoi elementi costitutivi, non già del solo inadempimento datoriale denunciato (demansionamento), ma del suo collegamento causale con un pregiudizio specificamente allegato e provato, anche in via presuntiva, ma sulla base di una pluralità di elementi e non di uno solo (il peggioramento della situazione lavorativa), come nel caso di specie (terzo motivo);

6. anch'esso è infondato;

6.1. è principio consolidato che, in tema di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, che asseritamente ne derivi, non ricorra automaticamente in tutti i casi di

inadempimento datoriale (cosiddetto danno in re ipsa), non potendo prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo (Cass. s.u. 24 marzo 2006, n. 6572; Cass. 19 dicembre 2008, n. 29832; Cass. 17 settembre 2010, n. 19785; Cass. 5 dicembre 2017, n. 29047); sicché, è risarcibile il danno non patrimoniale ogni qual volta si verifichi una grave violazione dei diritti del lavoratore, che siano oggetto di tutela costituzionale, da accertare in base alla persistenza del comportamento lesivo, alla durata e alla reiterazione delle situazioni di disagio professionale e personale, all'inerzia del datore di lavoro rispetto alle istanze del prestatore di lavoro, anche a prescindere da uno specifico intento di declassarlo o svilirne i compiti (Cass. s.u. 22 febbraio 2010, n. 4063; Cass. 20 aprile 2018, n. 9901);

6.2. la prova del danno spetta al lavoratore, che tuttavia non deve necessariamente fornirla per testimoni, potendo anche allegare elementi indiziari gravi, precisi e concordanti, quali, ad esempio, la qualità e la quantità dell'attività lavorativa svolta, la natura e il tipo della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento o la diversa e nuova collocazione lavorativa assunta dopo la prospettata dequalificazione (Cass. 15 ottobre 2018, n. 25743; Cass. 3 gennaio 2019, n. 21; Cass. 2 ottobre 2019, n. 24585);

6.3. nel caso di specie, non ricorre l'omessa pronuncia denunciata, in assenza dei presupposti di mancanza di una qualsiasi decisione su un capo di domanda e, in genere, su ogni istanza che abbia un contenuto concreto formulato in conclusione specifica sulla quale debba essere emessa pronuncia di accoglimento o di rigetto (Cass. 16 maggio 2012, n. 7653; Cass. 27 novembre 2017, n. 28308; Cass. 16 luglio 2018, n. 18797); ed infatti, la Corte territoriale ha pronunciato sul motivo d'appello (il terzo, succintamente ma esaurientemente esposto al primo capoverso di pg. 8 della sentenza), nel senso del rigetto, avendo confermato la liquidazione (e pertanto la sua esistenza, logicamente pregiudiziale) operata dal Tribunale;

6.4. ma neppure sussiste la violazione delle norme denunciate per inosservanza dei principi di diritto in materia di prova di risarcibilità di un tale danno, non in re ipsa, ma da dimostrare nei suoi elementi costitutivi. Ed infatti la Corte d'appello ha ritenuto la risarcibilità del danno in questione, sulla base del "peggioramento della situazione lavorativa di L." (all'ultimo capoverso di pg. 11 della sentenza), come ritenuto dal Tribunale che, dopo aver escluso del "danno in re ipsa", l'ha tratta "in via presuntiva dalla privazione dei compiti di responsabilità e coordinamento del personale di cui la ricorrente era titolare prima dell'assenza dal servizio per maternità", procedendo alla sua determinazione proporzionata sull'"entità del demansionamento, come sopra evidenziata" e in relazione alla durata di un periodo di non totale privazione di mansioni, così come accertato (secondo la sua motivazione sul punto, riportata al primo capoverso di pg. 6 della sentenza).

Sicché, la Corte veneziana, lungi dall'assumerla dalla coincidenza con l'inadempimento datoriale, soltanto potenzialmente lesivo (e quindi: in re ipsa), ha ricavato l'esistenza del danno, sia pur con apprezzamento sinteticamente conglobante il concorso grave, preciso e concordante dei plurimi elementi valutati dal Tribunale, esplicitamente richiamato con assunzione come propria della sua valutazione ("Per la liquidazione del danno da dequalificazione il Tribunale ... si è attenuto alla consolidata e condivisa giurisprudenza della Suprema Corte ... all'esordio del secondo capoverso di pg. 11; "Il Tribunale ha considerato ... all'esordio dell'ultimo capoverso di pg. 11); e pertanto da quegli elementi indiziari suindicati di qualità e quantità dell'attività lavorativa svolta, di natura e tipo di professionalità coinvolta e di durata del demansionamento;

7. la controricorrente a propria volta deduce, in via di ricorso incidentale, violazione e falsa applicazione degli artt. 15 l. 903/1977, 4 l. 125/1991, 28 d.lg. 150/2011, 40 d.lg. 198/2006, 115, 116 c.p.c., nullità della sentenza e insufficiente o contraddittoria motivazione su un fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione tra le parti, per l'erronea negazione dell'esistenza di una disparità di trattamento diretta di genere, pertanto non giustificata da finalità legittime conseguite con mezzi appropriati e necessari (come quelle indirette), sulla base di una pluralità di documentate condotte riguardanti il proprio complessivo percorso professionale, puntualmente richiamate e non soltanto l'assegnazione avuta a nuove mansioni dopo il rientro dalla maternità, giustificata dall'esigenza riorganizzativa aziendale, esclusivamente (e riduttivamente) esaminata dalla Corte territoriale, sulla base di una ben censurabile ricognizione non corretta proprio della fattispecie astratta normativa e non già di quella concreta a mezzo delle risultanze di causa (unico motivo);

8. esso è inammissibile;

8.1. come ancora recentemente ribadito da questa Corte (Cass. 12 ottobre 2018, n. 25543), l'art. 40 d.lg. 198/2006 non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto, in linea con quanto disposto dall'art. 19 della direttiva 2006/54/CE, l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, solo una volta che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto idonei a fondare la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori in ragione del sesso (Cass. 5 giugno 2013, n. 14206; Cass. 9 settembre 2015, n. 17832; Cass. 3 febbraio 2016, n. 2113). Analogo principio è stato affermato, in relazione all'interpretazione dell'art. 19 della richiamata direttiva, dalla Corte di Giustizia, la quale ha evidenziato che spetta alla lavoratrice che si ritenga lesa dall'inosservanza nei propri confronti del principio della parità di trattamento dimostrare, dinanzi ad un organo giurisdizionale ovvero dinanzi a qualsiasi altro organo competente, fatti od elementi di prova in base ai quali

si possa presumere che ci sia stata discriminazione diretta o indiretta (CGUE 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, punto 29). Sicché, soltanto nel caso in cui la lavoratrice interessata abbia provato tali fatti od elementi di prova si verifica un'inversione dell'onere della prova e spetta alla controparte dimostrare che non vi sia stata violazione del principio di non discriminazione (CGUE 19 ottobre 2017 in causa C – 531/15 Otero Ramos; CGUE 21 luglio 2011, Kelly, C-104/10, punto 30);

8.2. ebbene, la Corte territoriale ha esattamente applicato i suenunciati principi (richiamati dal secondo capoverso di pg. 13 al quattordicesimo alinea di pg. 14 della sentenza) ritenendo, con valutazione probatoria congruamente argomentata e pertanto insindacabile in sede di legittimità, la precisa e circostanziata difesa della società, anche di analitica contestazione dei dati statistici forniti dalla dipendente, la carenza di precisione e concordanza richieste in materia di diritto antidiscriminatorio, in specifico riferimento alla riorganizzazione aziendale, programmata prima dell'inizio della sua gravidanza, a giustificazione della sua assegnazione ad altro ufficio al rientro (così al primo e secondo capoverso di pg. 14 della sentenza);

8.3. con ciò essa non ha omesso di esaminare i fatti di discriminazione dedotti dalla lavoratrice in ricorso e richiamati in controricorso e ricorso incidentale, dando preliminare atto (dopo averne fatto succinta menzione a pg. 8 della sentenza) del “precipuo riferimento” nella memoria difensiva d’appello “a quanto emerso e provato nel giudizio di primo grado relativamente al subito demansionamento nel periodo successivo al rientro dalla maternità” (al secondo capoverso di pg. 12 della sentenza), ma ha piuttosto limitato la propria indagine a quanto devolute dalla stessa lavoratrice appellata e appellante incidentale tratta ex actis, in particolare dalla lettura della suddetta memoria: secondo un’interpretazione del contenuto sostanziale della domanda spettante in via esclusiva al giudice del merito, approdante ad un giudizio, che, estrinsecandosi in valutazioni discrezionali sul merito della controversia, è sindacabile in sede di legittimità unicamente se siano stati travalicati i detti limiti o per vizio della motivazione (Cass. 29 aprile 2004, n. 8225; Cass. 21 maggio 2019, n. 13602). Peraltro, una tale operazione interpretativa, a giustificazione argomentata della valutazione compiuta, non è stata affatto confutata dalla lavoratrice, che si è limitata a reiterare le allegazioni di fatto, con relativa documentazione, formulate nel ricorso introduttivo (dall’ultimo capoverso di pg. 55 all’ottavo alinea di pg. 62 del controricorso);

9. per le suesposte ragioni entrambi i ricorsi principale e incidentale devono essere rigettati, con la compensazione delle spese di giudizio tra le parti e raddoppio del contributo unificato, ove spettante nella ricorrenza dei presupposti processuali (conformemente alle indicazioni di Cass. s.u. 20 settembre 2019, n. 23535);

P.Q.M.

Rigetta entrambi i ricorsi principale e incidentale e dichiara interamente compensate tra le parti le spese del giudizio.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del d.p.r. n. 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente principale e della ricorrente incidentale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale e incidentale, a norma del comma 1 bis, dello stesso art. 13, se dovuto.

ALTRE SENTENZE UTILI

- **Cassazione, ordinanza 15 luglio 2021, n. 20253**: l'adibizione della lavoratrice, rientrata dalla maternità, a mansioni inferiori rispetto a quelle svolte prima del congedo integra un demansionamento per violazione dell'art. 2103 c.c.
- **Cassazione, ordinanza 8 giugno 2021, n. 15952**: anche per i dirigenti il diritto alle ferie è irrinunciabile e la relativa monetizzazione rappresenta un'ipotesi eccezionale, ricorrente in caso di comprovata sussistenza di obiettive ragioni aziendali che abbiano effettivamente ostacolato la fruizione del periodo di riposo.
- **Corte di Appello di Bari, sentenza 21 maggio 2021, n. 599**: è vigente e applicabile anche alle imprese agricole l'art. 6, comma 10 del D.L. 9 ottobre 1989 n. 338, convertito nella L. 7 dicembre 1989 n. 389, cd. norma calmieratrice.
- **C. App. Genova, 21 maggio 2021**: deve riconoscersi natura retributiva all'indennità di trasferta degli autotrasportatori ex art. 6 del CCNL (parte speciale), a meno che non ci sia diversa previsione del contratto collettivo aziendale o del contratto individuale.

Compensi Amministratori stranieri

Quesito relativo alla gestione del compenso amministratori di una società italiana, che opera nella ricerca sanitaria a livello mondiale. Non ha sedi o uffici di rappresentanza all'estero (opera esclusivamente in Italia). È partecipata da molti soggetti (società e persone fisiche) alcuni dei quali non residenti. Gli amministratori sono sparsi in più continenti, per alcuni dei quali è stato deliberato un compenso.

Abbiamo però due situazioni molto particolari:

- *Amministratore non residente che lavora esclusivamente dall'estero (USA);*
- *Amministratore non residente che lavora occasionalmente in Italia (ma per meno di 183 giorni l'anno) e per il resto nel suo Stato di residenza (Israele).*

Per ciascuno di questi casi, dobbiamo stabilire se il compenso è soggetto a Inail, gestione separata Inps e Irpef, e qual è l'imponibile sul quale calcolare contributi Inail, Inps e Irpef.

Al fine di rispondere al quesito appare utile focalizzare l'attenzione su tre principali aspetti.

1. Aspetti reddituali

Si evidenzia che secondo i dettami regolati dai principi generali sanciti dall'art. 1 e dall'art. 3, comma 1 d.P.R. n. 917/1986 (Testo Unico) tutti i redditi devono essere assoggettati a tassazione, ai fini delle imposte dirette, nel Paese in cui gli stessi sono prodotti, indipendentemente dalla residenza fiscale del soggetto percettore nel medesimo Paese (sono poi previste delle deroghe ai fondamenti generali, ma queste sono governate dalle previsioni insite nelle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni).

L'art. 2 del d.P.R. n. 917/1986, al comma 2 definisce fiscalmente residenti in Italia (anche se cittadini stranieri) i soggetti che, per la maggior parte del periodo di imposta (183 giorni all'anno anche non continuativi) sono iscritti all'anagrafe della popolazione residente ovvero hanno nel territorio dello Stato il domicilio ex art. 43 del codice civile "il centro dei propri affari ed interessi".

Ai fini dell'applicazione dell'imposta al compenso da Amministratore, se esso è percepito da soggetti non residenti, si devono osservare le seguenti disposizioni:

- a) l'art. 23 comma 2, lettera b) del d.P.R. n. 917/1986 prevede che i redditi assimilati di lavoro dipendente di cui alla lett. c-bis), comma 1, dell'art. 50 del Tuir (compensi di amministratore, sindaco, revisore, e altri compensi da collaborazione coordinata e continuativa) si considerano comunque prodotti in Italia, se corrisposti da soggetti residenti;

b) l'art. 24, comma 1-ter del d.P.R. n. 600/1973 prevede che sulla parte imponibile dei suddetti redditi di cui all'art. 50, comma 1, lett. c-bis), del d.P.R. n. 917/1986, corrisposti ad amministratori non residenti, deve essere operata una ritenuta a titolo d'imposta nella misura del 30%.

Pertanto gli emolumenti corrisposti agli amministratori non residenti fiscalmente in Italia, per il solo fatto di essere corrisposti da società residenti, in base alla normativa italiana è tassato in Italia, prescindendo dal fatto che le prestazioni siano rese in Italia o all'estero (combinato disposto degli artt. 3, comma 1, 2 e 3, comma 2, lett. b) e 50, comma 1, lett. c-bis del d.P.R. n. 917/1986).

L'Agenzia delle Entrate con la circolare n. 67/E/2001 ha chiarito come l'art. 23, comma 2 del d.P.R. n. 917/1986 opera pienamente solo nell'ipotesi in cui non esista una Convenzione contro le doppie imposizioni che disciplini diversamente la materia (per l'applicazione dell'imposta al 30% occorre, pertanto, verificare che non sia presente una convenzione contro le doppie imposizioni che disciplini diversamente la materia).

2. Aspetti previdenziali

L'Inps, con la circolare n. 164 del 21 dicembre 2004, in materia di iscrizione alla Gestione Separata per gli amministratori residenti all'estero che percepiscono compensi in Italia, ha chiarito che l'obbligo di iscrizione e di contribuzione alla Gestione separata ricorre in tutti i casi in cui:

- a) l'attività dell'amministratore non residente sia svolta in Italia;
- b) oppure, ove l'attività non venga svolta in Italia, il relativo compenso sia corrisposto da un soggetto residente in Italia, oppure da stabili organizzazioni di soggetti non residenti operanti in Italia.

Pertanto, gli emolumenti da amministratore di società italiana percepiti da soggetti non residenti, in quanto sempre tassati in Italia, dovrebbero essere sempre assoggettati alla contribuzione della Gestione separata .

Secondo l'INPS i principi che disciplinano l'assoggettamento previdenziale dei redditi percepiti da soggetti non residenti *“non possono che essere quelli valevoli, per gli stessi soggetti, ai fini dell'imposizione dell'Irpef”*.

Pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, devono essere assoggettati a contribuzione dovuta alla Gestione separata Inps (con il conseguente obbligo di iscrizione del percettore), salvo che la specifica convenzione contro le doppie imposizioni applicabile non si discosti dal modello

OCSE (e questo dovrà sempre essere verificato in ciascun singolo caso) gli emolumenti da amministratore di società italiana percepiti da soggetti non residenti in quanto sempre tassati in Italia .

3. Aspetti inerenti l'Inail

Occorre rammentare che l'obbligo assicurativo INAIL non sussiste quando l'amministratore non svolge nessuna delle attività a rischio prescritte dalla legge (ad esempio non utilizza autovetture né altri macchinari).

Ovviamente se l'attività non viene svolta in Italia il problema non sussiste. Mentre è consigliabile provvedere all'iscrizione Inail per l'Amministratore che svolge occasionalmente attività in Italia sempre se in presenza di un rischio assicurabile.

Dirigenti – Rinuncia TFM

Un socio di S.R.L. rinuncia alla corresponsione del trattamento di fine mandato (T.F.M.). Premesso che verrà assoggettato a tassazione fiscale, si chiede se corre obbligo assoggettamento a contribuzione previdenziale dovuta alla gestione separata Inps.

Il quesito, così come posto, può trovare risposta nella nota Inps del 15 marzo 2002 ove l'Ente ha dettato, quale principio generale, l'imponibilità ai fini previdenziali delle somme accantonate a titolo di Trattamento di Fine Mandato.

Può rivelarsi interessante, tuttavia, riflettere sulla lettera del documento di prassi, laddove stabilisce che *“in qualsiasi caso il TFM costituisce un reddito derivante da collaborazione coordinata e continuativa e come tale deve essere sottoposto alla contribuzione della gestione separata nel momento in cui è effettivamente corrisposto all'amministratore”*.

Il passaggio porta infatti ad una doverosa riflessione sul principio del cosiddetto “incasso giuridico”, che nasce nell'ambito fiscale e richiede un piccolo passo indietro nel ragionamento.

Sappiamo che il TFM è riconducibile alla sfera dei redditi assimilabili al lavoro dipendente o ai redditi di natura professionale, ma in entrambi i casi la tassazione segue il criterio di cassa, con imposizione fiscale e previdenziale in capo all'amministratore, nel momento della percezione.

Per quanto attiene alla deducibilità in capo alla società, ai fini Ires, gli accantonamenti al fondo TFM sono, invece, fiscalmente deducibili in base al principio di competenza, prescindendo dal momento in cui l'indennità è effettivamente pagata, trovando applicazione l'art. 105 comma 4 TUIR.

L'Agenzia delle Entrate, con risoluzione n. 124/E del 13 ottobre 2017, trattando della rinuncia da parte degli amministratori della loro quota di TFM, ha fatto proprio il principio dell'incasso giuridico, sostenendo che nel caso in cui sia l'amministratore socio ad effettuare la rinuncia, a fronte della mancata tassazione della sopravvenienza attiva in capo alla società, si verifichi l'imponibilità in capo alla persona fisica (da intendersi sia sotto il profilo fiscale che previdenziale).

La tesi dell'incasso giuridico è stata utilizzata con l'intento di evitare salti di imposta che si potrebbero verificare per la combinazione del principio di cassa per il socio persona fisica e di competenza per la società.

Tale tesi, però, è stata oggetto di aspre critiche in dottrina, principalmente per la verosimile incompatibilità col principio di capacità contributiva sancito dall'art 53 della Costituzione, in

quanto la mancata percezione del compenso non manifesta alcuna capacità contributiva e, dunque, non soddisfa il presupposto d'imposta in capo al rinunciante.

Sul tema, tra le tante in dottrina, si è espressa anche l'Associazione Italiana dei Dottori Commercialisti la quale, nella norma di comportamento n. 201 del 2018, sostenendo che nel caso in cui l'amministratore non incassi l'indennità, ma provveda alla sua rinuncia, senza che si realizzi un incremento patrimoniale e reddituale oggettivamente riconoscibile e fiscalmente riconosciuto (collegato quindi ad una qualsiasi contropartita patrimoniale in forma di beni, servizi o allorquando il credito sia utilizzato per estinguere obbligazioni facenti capo all'amministratore), non maturi alcun presupposto impositivo in capo alla persona fisica. Secondo questa dottrina, sarebbe la società a dover tassare il relativo componente positivo di reddito.

In conformità al ragionamento dottrinale citato, si è pronunciata recente giurisprudenza, quale la Commissione Tributaria Regionale della Lombardia con sentenza 29 gennaio 2018, n. 354 e la Commissione Tributaria Provinciale di Reggio Emilia con sentenza 15 ottobre 2018 n. 197.

Tuttavia, la tesi dell'incasso giuridico è sempre stata avallata dalla Cassazione, da ultimo con ordinanza 30 gennaio 2020 n. 2057, che richiama e conferma tutti i precedenti orientamenti a sostegno.

Restano, dunque, dubbi di legittimità e rimangono molto distanti le posizioni di dottrina e giurisprudenza.

Per concludere e riassumere, a giudizio dello Scrivente, stante lo scenario attuale, conformandosi alla tesi dell'amministrazione finanziaria, la rinuncia al TFM sarà assoggettata a tassazione e a contribuzione previdenziale in capo al socio amministratore secondo il principio dell'incasso giuridico, purtuttavia rilevando giurisprudenza e dottrina discordanti.



DIRIGENTI E SEDI

CONSIGLIO NAZIONALE

Consiglieri di estrazione congressuale

Balloch Luca, Barella Omar, Battistella Elisabetta, Bernardo Mario, Bertagnin Alessio, Besio Giovanni, Biscarini Paolo, Bonati Luca, Borghi Annalisa, Bortot Lara, Bravi Francesca, Buda Cristian, Burali Bianca Maria, Camassa Stefano, Campo Pietro, Cannati Maria, Cappa Giuseppe, Chini Luca, Cillino Andrea, Ciriello Filomena, Colaiani Annalisa, Colaone Daniele, Colucci Gennaro, Comi Raffaele, Costanzo Massimiliano, Crimi Stella, Cugini Cristina, De Santis Rita Amelia, Della Rosa Laura, Donati Francesca, Flagella Marco, Frati Furio Faimo, Fratini Matteo, Furlan Debora, Gatto Maria Elisena, Izzo Alfonso, Laiolo Massimo, Lamberti Zanardi Alessandra, Maffiotti Manuela, Maltese Leonardo, Manca Fabrizio, Manzati Silvia, Marchioni Paola, Martini Luigi, Marziali Elisabetta, Nalini Augusto, Pascazio Leonardo, Pellicci Stefano, Peterlini Antonella, Raffin Anna, Rapisarda Alessandro, Ricciardi Gaetano, Sandiano Secondo, Sante Pierpaolo, Solomita Fabrizio, Spalletti Antonella, Stella Antonio, Tessenda Maurizio, Trettaccone Nora, Tura Francesco, Vannicola Enrico, Venanzi Sergio, Zambon Enio.

EX PRESIDENTI ED EX SEGRETARI GENERALI NAZIONALI CONSIGLIERI NAZIONALI DI DIRITTO

De Lorenzis Roberto, Dolli Franco, Innocenti Giuseppe, Longobardi Francesco, Perini Gabriella.

PRESIDENTI CONSIGLI REGIONALI ANCL

Scarpone Lucia (Abruzzo), Scarfone Beniamino (Calabria), Damiani Stefania (Campania), Piscaglia Luca (Emilia Romagna), Piccinin Mirella (Friuli Venezia Giulia), Cirilli Gabriele (Lazio), Schenone Luigi (Liguria), Fortuna Andrea (Lombardia), Romanelli Giuseppina (Marche), Filippi Nicola (Piemonte), Baldari Crocifisso (Puglia), Cogotti Maria Paola (Sardegna), Patinella Gaspare (Sicilia), Azzini Alberto (Toscana), Cruciani Giovanni (Umbria), Degan Marco (Veneto), Fratini Matteo (Aosta), Colaone Manuel (Bolzano), Paoli Fabiano (Trento).

Editore

Associazione Nazionale Consulenti del Lavoro
Via Cristoforo Colombo, 456 sc.B - 00145 Roma

Presidente Nazionale e Coordinatore del Centro Studi

Dario MONTANARO

Responsabile operativo Centro Studi

Francesco LOMBARDO

Per suggerimenti su contenuti e temi da trattare
invia una mail a: ilconsulente1081@anclsu.com

Per restare sempre informato su attività,
approfondimenti, seminari e tanto altro vai su:

www.ancl.it

Il prossimo numero de Il Consulente Milleottantuno
lo trovi qui:

<https://www.ancl.it/consulente-milleottantuno>