

05 / 2017

DIRITTI & LAVORO

FLASH

idee e strumenti per il sindacato

LOST IN TRANSLATION

Smart working, ma resta la subordinazione

Le altre novità del c.d. jobs act del lavoro autonomo

Ancora Job's Act: questa volta è il turno del lavoro autonomo

Il lavoro parasubordinato: quali tutele dopo la L. 81/2017?

Riforma del pubblico impiego: le nuove regole su valutazioni e incarichi

La Cassazione su licenziamento per giusta causa e contratto collettivo

Tirocini e subordinazione: lo stato dell'arte in giurisprudenza

05

Maggio - Giugno 2017

04

**Ancora Job's Act:
questa volta è il turno
del lavoro autonomo**

di Adele Pasquini

06

**Arriva il lavoro agile:
vino nuovo in otri vecchi?**

di Marco Tufo

09

**Il lavoro parasubordinato:
quali tutele dopo la L. 81/2017?**

di Francesca Bassetti

11

**Riforma del pubblico impiego:
nuove regole su valutazione ed incarichi**

di Andrea Ranfagni

15

**La Cassazione su licenziamento
per giusta causa e contratto collettivo**

di Estelle Logeais

17

**Tirocini e subordinazione:
lo stato dell'arte in giurisprudenza**

di Giovanni Calvellini
e Marco Tufo

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato Scientifico

Avv. Andrea Danilo Conte
Avv. Fabio Rusconi

In redazione

Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Livia Irtinni
Adele Pasquini
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro
Via della Condotta, 12
50122 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

ANCORA JOB'S ACT: QUESTA VOLTA E' IL TURNO DEL LAVORO AUTONOMO

di Adele Pasquini

ECCO LE PRINCIPALI NOVITÀ

Dopo una lunga e complessa gestazione, ha visto finalmente la luce il c.d. Jobs Act sul lavoro autonomo, ovvero la legge 22 maggio 2017, n. 81 recante "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato". La rubrica svela già come si tratti di un testo normativo che tocca anche la subordinazione, introducendo nuove regole sul lavoro da remoto (c.d. lavoro agile). Ma andiamo per gradi, iniziando ad esaminare quelle che sono le principali novità relative ai lavoratori autonomi puri, oggetto specifico del presente articolo.

Indubbiamente la riforma tanto commentata, finisce sul punto per essere molto meno incisiva rispetto alle attese e aspettative che l'hanno accompagnata. Le novità introdotte, se meritano chiaramente attenzione, non permettono certo di parlare di un vero e proprio Statuto del lavoro autonomo (come pubblicizzato dai media).

IL RAPPORTO TRA COMMITTENTE E LAVORATORE AUTONOMO

Il primo passo della riforma riguarda il rapporto tra committente e lavoratore autonomo. Il Legislatore, per la prima volta, ha privato di ogni effetto specifiche clausole e determinate condotte, considerandole ex lege abusive dei poteri del committente e potenzialmente dannose per il prestatore, con conseguente diritto di quest'ultimo ad ottenere un congruo risarcimento.

In particolare e più specificamente, per il nuovo articolo 3, devono essere considerate abusive le clausole che attribuiscono al committente la facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto; quelle che consentono il recesso senza congruo preavviso da un contratto avente ad oggetto una prestazione continuativa; e, infine, quelle che stabiliscono termini di pagamento superiori a sessanta giorni, oltre al rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta. Per la prima volta, quindi, anche il lavoratore autonomo finisce per essere considerato parte debole del rapporto e destinatario di specifica tutela.

Altra novità che merita di essere citata riguarda, invece, la sospensione del versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi concessa ai lavoratori autonomi nel caso di malattia o infortunio che abbia comportato un impedimento allo svolgimento della prestazione per un periodo superiore a sessanta giorni. Tale sospensione è consentita per un massimo di due anni, decorsi i quali il lavoratore sarà tenuto a versare i contributi e i premi maturati durante il periodo di sospensione in un numero di rate mensili pari a tre volte i mesi di sospensione.

Una delle misure più note e pubblicizzate al momento, concerne, però, l'evento maternità ed in particolare la possibilità riconosciuta alle lavoratrici madri, previo consenso del committente, di sostituirsi con altri prestatori autonomi di propria fiducia, in possesso dei necessari requisiti professionali. Il fatto che l'ordinamento prevedesse una disposizione simile già nel d.lgs. n. 151/2001 (richiamato peraltro dalla stessa legge qui commentata) e il necessario consenso del committente richiesto ai fini dell'effettiva applicabilità della disposizione, rendono la norma molto meno concreta e incisiva rispetto alle attese, non modificando in alcun

modo quello che poteva avvenire prima della riforma. Il rapporto di lavoro autonomo, infatti, è per definizione disciplinato dalla volontà delle parti e di conseguenza, un eventuale accordo tra committente e prestatore, ha da sempre consentito la sostituzione dell'esecutore materiale della prestazione, indipendentemente dall'esistenza di una disposizione normativa e dall'evento che ha portato all'esigenza del cambiamento.

Infine, sempre in tema di rapporti tra lavoratore autonomo e committente, è previsto il diritto del lavoratore all'utilizzazione economica dell'invenzione eventualmente realizzata nel corso dell'esecuzione di un contratto, a condizione (come del resto avviene per il rapporto di lavoro subordinato) che l'attività inventiva non sia prevista come oggetto specifico del contratto di lavoro. In quest'ultimo caso, infatti, al lavoratore autonomo può essere riconosciuta la sola paternità dell'invenzione.

IL RAPPORTO TRA LAVORATORE AUTONOMO ED ENTI PREVIDENZIALI

Nessun altro obbligo grava sui committenti e di conseguenza nessun altro diritto - rispetto a quelli appena descritti - potrà essere rivendicato nei confronti di questi. Le successive disposizioni sono, infatti, relative agli aspetti previdenziali del rapporto.

In particolare, a decorrere dal prossimo 1 gennaio 2017, viene riconosciuto a coloro che sono iscritti alla gestione separata Inps il diritto ad un trattamento economico per congedo parentale per un periodo massimo di sei mesi da usufruire entro i primi tre anni di vita del bambino. L'istituto descritto, in realtà, non rappresenta un'assoluta novità, essendo già previsto - dall'art. 69 del d. lgs. n. 151/01 - limitatamente a un periodo di tre mesi da fruire nel primo anno di vita del bambino. Il merito dell'attuale riforma è dunque quello di aver esteso sia la misura temporale del congedo (dai precedenti tre, agli attuali sei mesi), sia il periodo entro il quale lo stesso potrà essere fruito (ovvero i primi 3 anni di vita del bambino, anziché i precedenti primi 12 mesi). Il trattamento sarà corrisposto a condizione che siano stati versati almeno tre mesi di contributi nell'anno precedente all'inizio del periodo indennizzabile e sarà sostanzialmente pari al 30% del reddito percepito.

A decorrere, invece, dal successivo 1 luglio 2017, diverrà strutturale la cosiddetta indennità di disoccupazione per i collaboratori coordinati e continuativi iscritti alla Gestione separata (nota a tutti come denominata DIS-COL) e verrà, per quel che qui interessa, estesa anche agli assegnisti e ai dottorandi di ricerca con borsa di studio, a fronte di un aumento contributivo dello 0,51%. L'indennità qui commentata sarà dovuta per gli eventi di disoccupazione verificatisi a decorrere dalla data di attuazione, a condizione che l'interessato possa far valere almeno tre mesi di contribuzione nell'anno civile precedente l'evento indennizzato.

Se alcune delle modifiche previste sono già state definite in ogni loro aspetto, altre dovranno attendere l'approvazione di specifici decreti legislativi che il Governo delegato dovrà emanare nel termine di 12 mesi dall'entrata in vigore della legge. In particolare, merita qui ricordare, il decreto (forse più atteso) relativo alla riduzione dei requisiti di accesso alle prestazioni di maternità, con l'aumento del numero di mesi precedenti al periodo indennizzabile entro cui individuare le tre mensilità di contribuzione dovuta, oltre all'introduzione di termini minimi e massimi per beneficiare della medesima prestazione (attualmente l'indennità è prevista per i due mesi precedenti e per i tre mesi successivi al parto, così art. 68 D. Lgs. 151/01).

Ebbene, se quelle appena descritte rappresentano le novità più significative della riforma, è automatica ed evidente la conclusione - se è vero che ogni estensione dei diritti, com'è nel caso di specie, deve essere "salutata" e commentata positivamente - soprattutto se ha come destinatarie categorie (quasi del tutto) prive di disciplina - è altrettanto chiaro che l'intervento qui esaminato si è limitato a riconoscere dei diritti primari che non hanno di fatto stravolto la realtà pratica esistente. Insomma: il punto di partenza è buono, ma parlare di disciplina e tutela del lavoro autonomo è ancora un obiettivo lontano dall'essere realizzato. ■

FLASH

LA QUESTIONE DEL LICENZIAMENTO DEL SOCIO LAVORATORE ARRIVA ALLE SEZIONI UNITE

Il tema della risoluzione del rapporto di lavoro del socio di cooperativa rappresenta uno degli aspetti più controversi della materia, stante la peculiarità del rapporto che lega il socio alla cooperativa.

Nel vigore dell'attuale disciplina, infatti, tra i due rapporti (quello associativo e quello di lavoro) si riscontra un collegamento negoziale tipico, nell'ambito del quale il rapporto di lavoro appare indiscutibilmente connesso al rapporto associativo. In ragione di ciò, il rapporto di lavoro esplica una funzione subordinata a quello societario, per cui gli eventi di quest'ultimo producono i propri effetti direttamente sul primo.

Di recente, la Sezione Lavoro della Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione, ritenuta oggetto di contrasto, riguardante i meccanismi estintivi del rapporto di lavoro del socio lavoratore di società cooperativa e della tutela a quest'ultimo applicabile. In particolare, con ordinanza n. 13030 del 24 maggio 2017 è stato chiesto di chiarire: a) se, in base all'attuale disciplina, il rapporto di lavoro del socio lavoratore, nella fase estintiva, è regolato non dalle norme sue proprie, ma da quelle del rapporto associativo e se la legittimità del recesso da quest'ultimo costituisca l'unico parametro di riferimento; b) quale sia la tutela applicabile al socio suddetto in presenza di esclusione dichiarata illegittima e se, a tale scopo, rilevi la natura sostanziale delle ragioni che conducono alla estinzione della complessa sua posizione; c) quali siano i poteri officiosi del giudice nella qualificazione di una domanda di impugnativa del licenziamento in relazione alla quale sia incontrovertibile che il socio lavoratore sia stato già escluso dalla cooperativa per i medesimi motivi posti a base dell'impugnato licenziamento.

La speranza è che tale intervento della Suprema Corte aiuti a chiarire la corretta interpretazione che deve essere data alla norma (art. 5, comma 2, legge n. 142/2001) secondo la quale la delibera di esclusione del socio lavoratore comporta l'estinzione automatica anche del rapporto di lavoro, nonché all'art. 2 della Legge citata secondo cui ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato non si applica l'art. 18 SL ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo.

ARRIVA IL LAVORO AGILE:

vino nuovo in otri vecchi?

di Marco Tufo

La L.81/2017 non riguarda solo il lavoro autonomo. Il Capo II (artt.18-24) della l.n. 81/2017 infatti è dedicato al lavoro agile, che costituisce una modalità particolare di esecuzione del lavoro subordinato.

La discussione intorno a questa figura era in corso già da alcuni anni, a livello giornalistico, accademico, politico e sindacale, sia in merito alla sua definizione, sia con riguardo ai reali benefici che essa potesse generare per lavoratori e datori di lavoro.

L'art.18 della legge in commento, dunque, tenta di offrire una risposta ai predetti interrogativi, affermando che il lavoro agile consiste in una «modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato stabilita mediante accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro, con il possibile utilizzo di strumenti tecnologici per lo svolgimento dell'attività lavorativa», degna di essere promossa per «incrementare la competitività e agevolare la conciliazione dei tempi di vita e di lavoro». In sostanza, il lavoro agile non sarebbe una nuova tipologia contrattuale ma, piuttosto, una forma di organizzazione della prestazione di lavoro subordinato in cui l'esecuzione della prestazione avviene «in parte all'interno di locali aziendali e in parte all'esterno senza una postazione fissa, entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla

legge e dalla contrattazione collettiva».

Lavoro agile e telelavoro: quali differenze?

Tralasciando alcune discutibili scelte lessicali del legislatore (si parla genericamente di «strumenti tecnologici», senza specificarne la natura informatica), è opportuno rilevare come l'essenza del lavoro agile risieda nell'effettuazione della prestazione a mezzo ICT, a distanza dall'ufficio aziendale, essendo il mezzo informatico a rendere possibile la flessibilità dei tempi e luoghi di lavoro. Non è chiaro, allora, quali siano le differenze tra lavoro agile e telelavoro. Sebbene, infatti, i sostenitori del primo ne abbiano rimarcato il carattere innovativo rispetto al secondo, ponendo soprattutto l'accento sull'alternanza ufficio aziendale/luogo esterno all'azienda, va evidenziato come anche il telelavoro può ben svolgersi in alternanza. Inoltre, il telelavoro, come il lavoro agile, ha sempre avuto tra le sue finalità principali la conciliazione vita/lavoro e l'agevolazione di una organizzazione del lavoro «per obiettivi e risultati», come dimostrato dalle fonti legali e sindacali in materia. I promotori della l.n.81/2017, peraltro, hanno «accusato» il telelavoro di scarsa diffusione e di essere regolato da una normativa troppo rigida, proponendo il lavoro agile come forma più flessibile e meno burocratizzata. A ben vedere, da un lato, il telelavoro ha comunque avuto una certa diffusione in Italia, se solo si

considera la grande quantità di contratti collettivi stipulati al riguardo, da oltre venti anni a questa parte. Dall'altro lato, poi, la normativa sul telelavoro non appare rigida, atteso che, nel settore privato, il telelavoro è regolato dai soli contratti collettivi, mancando una legge organica in proposito. L'osservazione potrebbe forse valere per il settore pubblico, nel quale le fonti esistenti (v. in particolare il D.P.R. n.70/1999), e la previsione dell'utilizzo del telelavoro tramite progetti, potrebbero aver costituito un freno alla diffusione del fenomeno. Si tratta comunque di mere supposizioni, atteso che non vi sono, ad oggi, dati ufficiali o aggiornati sulla diffusione del telelavoro nei settori pubblico e privato. Del resto, anche il legislatore non sembra avere le idee chiare su una eventuale distinzione tra telelavoro e lavoro agile, se solo si pensa che l'applicazione delle disposizioni commentate al settore pubblico (v. art.18, comma 3, l.n.81/2017) è attuazione espressa della delega di cui all'art.14, comma 1, l.n.124/2016 (c.d. Riforma Madia), mediante il quale si è posto come obiettivo una maggiore diffusione (il dieci per cento in tre anni) del telelavoro - e non del lavoro agile - nella P.A.

Ulteriori dubbi sulla natura del lavoro agile possono essere sollevati dall'aggettivo "possibile" di cui all'art.18 l.n.81/2017. Vi è da domandarsi, cioè, se il lavoro agile sia tale solo in caso di esecuzione della prestazione a mezzo ICT oppure se la flessibilità di tempi e luoghi possa essere attuata anche lavorando con strumenti tradizionali. Ebbene, sembra che il legislatore, con l'uso di un simile aggettivo, abbia optato per la seconda opzione. Il lavoro agile, cioè, renderebbe possibile l'esecuzione della prestazione in luoghi e tempi diversi da quelli "interni" all'azienda, a prescindere dallo strumento di lavoro utilizzato. Così, ad esempio, anche una fase di studio di una pratica potrebbe essere effettuata a distanza, senza l'impiego di strumenti telematici, se l'organizzazione della prestazione fosse concordata per fasi, cicli e obiettivi. In sostanza, non sarebbe più necessario, per il datore, esercitare il potere di controllo nel corso dell'esecuzione della

prestazione subordinata, potendo questi verificarne il risultato, e il raggiungimento dell'obiettivo, a prestazione conclusa. Ma tale ricostruzione non appare pienamente convincente e ciò non solo perché tutto il dibattito sul lavoro agile e gli stessi contratti collettivi vigenti in materia fanno dell'utilizzo delle ICT un elemento genetico della fattispecie, ma anche perché tutta la disciplina del Capo II in commento è congegnata per una prestazione eseguita a mezzo ICT (v. infra). Inoltre, anche se si concludesse per la mera eventualità dell'impiego delle ICT, il lavoro agile potrebbe entrare in concorrenza con altre forme di decentramento, in particolare con il lavoro a domicilio, nei casi in cui la prestazione venga effettuata presso luoghi di pertinenza del lavoratore.

Il protagonista del lavoro agile: l'accordo individuale

Venendo alle altre disposizioni del Capo II, perno della disciplina è l'accordo individuale sul lavoro agile, che può essere a tempo indeterminato o a termine e va stipulato per iscritto ai fini della regolarità amministrativa e della prova (art.19, commi 1 e 2). Esso comporta, almeno teoricamente, la volontarietà di tale opzione organizzativa. Il lavoratore, cioè, non potrebbe essere costretto al lavoro agile, dovendo prestare il proprio consenso e potendo comunque recedere dall'accordo, a tempo indeterminato con preavviso non inferiore a trenta giorni e, in presenza di un giustificato motivo, senza preavviso o prima della scadenza del termine, in caso di accordo a tempo determinato (art.19, comma 2). Va però rilevato il notevole rischio di tale impostazione, atteso che, in considerazione dello squilibrio socio-economico insito nel rapporto di lavoro, è facile prevedere come non sempre l'opzione del lavoro agile costituirà una libera scelta del dipendente.

All'accordo individuale, poi, è affidata, di fatto, la regolamentazione del lavoro agile. Sarà esso, infatti, a determinare i luoghi e i tempi di lavoro, l'atteggiarsi del potere direttivo (art.19 comma 1),

nonché l'esercizio dei poteri di controllo e disciplinari (art.21). Tale previsione, combinata con il nuovo art.4 St.lav. - che, ai sensi dell'art.21, dovrà essere rispettato dall'accordo - potrebbe creare i presupposti per un'ulteriore estensione dei controlli a distanza da parte del datore. Infatti, nel lavoro agile, il controllo è già consentito ex art.4, comma 2, St.lav., essendo le ICT strumenti impiegati per eseguire la prestazione. Dunque, dovendo l'accordo di lavoro agile fissare nel dettaglio l'esercizio del potere di controllo, esso potrà prevedere modalità ulteriori, e magari più invasive, di sorveglianza. Quanto al potere disciplinare, l'art.21, comma 2, l.n.81/2017 costituisce una deroga all'art.7 St.lav. Se infatti sarà l'accordo individuale a determinare le condotte disciplinarmente rilevanti fuori dai locali aziendali, le previsioni collettive pattizie di cui al codice disciplinare saranno del tutto vanificate, essendo il datore, di fatto, a decidere quali condotte inserire nell'accordo individuale. Inoltre, quelle previsioni disciplinari saranno conosciute solo dalle parti dell'accordo individuale e non dalla collettività dei lavoratori, e dai sindacati, diversamente dal codice disciplinare che, ex art.7 St.lav. deve essere affisso in un luogo accessibile a tutti.

La "politica della disponibilità dei diritti" finora menzionata è presente anche con riferimento alla formazione, atteso che è l'accordo individuale a poter riconoscere il diritto all'apprendimento permanente e alla certificazione delle competenze del lavoratore agile (art.20, comma 2).

Come si vede, sebbene lo stesso art.20, comma 1, proclami la parità di trattamento economico-normativo di cui ai contratti collettivi tra lavoratori agili e colleghi "interni", ciò potrebbe ridursi a una mera dichiarazione di principio, essendo la quasi totalità della disciplina in commento determinata dall'accordo individuale.

Quanto alla salute e sicurezza, esse devono essere garantite dal datore, il quale, ai sensi dell'art. 1, comma 2, è anche responsabile della sicurezza e buon funzionamento degli strumenti informatici. Inoltre, ex art. 22, il datore stesso dovrà consegnare annualmente

al dipendente e al rappresentante dei lavoratori per la sicurezza un'informativa scritta che individui i rischi connessi all'attività di lavoro agile e il lavoratore stesso, del resto, dovrà cooperare nell'attuazione delle misure di prevenzione dettate dal datore per fronteggiare i rischi predetti (art.22, comma 2). In proposito, non può passare inosservata la sostituzione del documento di valutazione dei rischi con una mera informativa, atto questo inidoneo a prevenire i pericoli per la salute e sicurezza del lavoratore, ma idoneo a deresponsabilizzare il datore.

Di indubbio rilievo è invece la previsione del c.d. diritto alla disconnessione, ossia della possibilità per il lavoratore agile di rendersi irreperibile in determinati momenti della giornata o della settimana, atteso che la l.n.81/2017 è stata la seconda in Europa, dopo la Loi travail francese, a codificare tale diritto. Al di là del fatto che appare riduttivo confinare tale diritto al solo lavoro agile (essendo l'irreperibilità una prerogativa da riconoscere alla totalità dei lavoratori), anche qui la disciplina sarà dettata dall'accordo individuale, che deciderà pure in merito ai tempi di riposo (art.19, comma 1). La tutela in materia di infortuni sul lavoro e malattie professionali è inoltre estesa anche al lavoro agile, compreso l'infortunio occorso nel tragitto casa-luogo di effettuazione della prestazione esterno all'azienda, purché la scelta di tale luogo fosse necessaria per rendere la prestazione o per la conciliazione vita/lavoro. È quindi probabile che in pochissimi casi l'INAIL riconoscerà l'infortunio in itinere, essendo il luogo di lavoro nel lavoro agile non definito.

Disparità di trattamento e rischi di destrutturazione del rapporto di lavoro

In conclusione si può osservare come la disciplina sul lavoro agile incida su due profili nevralgici del diritto del lavoro: l'uguaglianza e l'indisponibilità del tipo contrattuale. Da un lato, infatti, se il lavoro agile altro non è che una forma di

telelavoro, svolto in alternanza, nel settore privato i telelavoratori in alternanza saranno coperti dalla legge n.81/2017, mentre gli altri telelavoratori solamente, ed eventualmente, dai contratti collettivi efficaci inter partes. Anche nel settore pubblico solo i telelavoratori in alternanza beneficeranno dei diritti della legge in commento (v. ad esempio il diritto alla disconnessione, che non è previsto da alcuna fonte del telelavoro nella P.A.). Dall'altro lato, sebbene la legge affermi di muoversi nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato, essa finisce per indebolirlo. Emerge infatti una prestazione la cui disciplina, a differenza del classico rapporto di lavoro, è lasciata alla disponibilità delle parti (rectius del datore), nella definizione dei poteri datoriali e, di riflesso, delle tutele del lavoratore. In questa misura, anche considerato che il legislatore non ritiene necessario l'uso delle ICT nel lavoro agile, viene data vita a una subordinazione "contrattata" e, inevitabilmente, attenuata, anche rispetto al lavoro a domicilio e al telelavoro, fattispecie che, nella loro specialità, garantivano un minimo di tutele non negoziabili. Peraltro, anche la dimensione collettiva viene indebolita dalla legge sul lavoro agile, poiché questa, a differenza delle fonti sul telelavoro, nulla prevede con riferimento ai diritti collettivi del lavoratore agile.

Alla luce di ciò, il lavoro agile può diventare l'ennesimo tentativo di destrutturare il rapporto di lavoro e di porre i rischi della prestazione a carico del lavoratore, aggirando, con l'impiego di un lessico diverso, quelle tutele che, faticosamente, sono state raggiunte per il lavoro a distanza dalla contrattazione collettiva e dai legislatori del passato. In proposito, dunque, proprio la contrattazione collettiva potrebbe ergersi quale ultimo baluardo contro simili forme di deregolamentazione, recuperando, tramite la negoziazione sindacale, le tutele perdute dal lavoratore in sede di trattativa individuale. ■

IL LAVORO

PARASUBORDINATO:

QUALI TUTELE DOPO LA L. 81/2017?

di Francesca Bassetti

Prima di esaminare le norme della l. 81/2017 che disciplinano le tutele del collaboratore parasubordinato all'interno del rapporto di lavoro con il committente, appare utile soffermarsi sulla storia recente di questa tipologia di impiego, che ha subito un profondo mutamento.

Com'è noto, la disciplina delle collaborazioni coordinate e continuative a progetto, contenuta negli artt. da 61 a 69 del d.lgs. 276/2003, è stata abrogata dall'art. 52 del d.lgs. 81/2015, nell'ambito del c.d. "Jobs Act", ed è rimasta in vigore per i soli contratti ancora in corso.

La predetta normativa imponeva al committente che per svolgere un'opera di carattere personale intendesse servirsi in modo continuativo di un lavoratore non subordinato, ma comunque "coordinato" alla sua organizzazione, di individuare uno specifico "progetto" o "programma di lavoro" cui adibire il collaboratore. Il progetto, per essere tale, doveva consentire di individuare un "risultato" che il collaboratore doveva raggiungere in autonomia, non poteva comportare lo svolgimento di attività meramente esecutive o ripetitive, né coincidere con l'oggetto sociale del committente.

Lo scopo era evidentemente quello di evitare che dietro collaborazioni di carattere non subordinato si celasse un rapporto di fatto subordinato, senza che al lavoratore fossero però riconosciute le relative tutele.

Con l'abrogazione della predetta disciplina, nonostante le intenzioni dichiarate di "superare" il lavoro a progetto per eliminare uno spazio del mercato del lavoro nel quale si potevano celare abusi, non è ovviamente venuta meno la possibilità di avvalersi di questo tipo di apporto lavorativo, ma sono invece cambiati i criteri di distinzione tra subordinazione e collaborazione.

L'art. 2 del d.lgs. 81/2015 stabilisce infatti che "si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro".

Eliminata dunque la necessità di indicare per iscritto un "progetto", il confine tra collaborazione genuina e abuso è stato indicato nella libertà di autodeterminare tempi e luoghi di lavoro, che distingue ora il lavoratore parasubordinato dal dipendente. Non ci si può qui soffermare sui numerosi dubbi sollevati da questa scelta legislativa. Basti osservare che la cancellazione dell'obbligo di stipulare il contratto in forma scritta certamente ostacola il

controllo di legittimità ex post e che detto controllo è stato anche limitato, con il tentativo di circoscriverlo alla verifica della imposizione o meno di tempi e luoghi di lavoro, elemento che di per sé potrebbe anche non essere significativo, o il più significativo, per distinguere una prestazione subordinata da una che non lo è.

Su tali aspetti la l. 81/2017 interviene marginalmente aggiungendo una frase al terzo punto dell'art. 409 cpc (art. 15 l. 81/2017). L'articolo predetto è quello che attribuisce la Giurisdizione del Lavoro la funzione di pronunciarsi anche in materia di "rapporti di collaborazione che si concretino in una prestazione di opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato". Alle parole riportate è stato aggiunto che "la collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l'attività lavorativa".

L'inciso, in primo luogo, dice qualcosa di diverso rispetto all'art. 2 d.lgs. 81/2015, poiché, piuttosto che riferirsi ai soli tempo e luogo della prestazione, la libertà del collaboratore genuino sembra estesa a tutte le altre modalità organizzative della stessa. Ci si può dunque augurare che la disposizione sia utilizzata per ampliare i confini che l'art. 2 tentava di imporre al controllo di legittimità della

fattispecie, mentre è auspicabile che resti “lettera morta” il riferimento al fatto che tale autonomia potrebbe essere limitata legittimamente sulla base di “modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti”. E’ infatti evidente che il committente, nella propria posizione di forza contrattuale, potrebbe altrimenti imporre, attraverso i patti iniziali, forti limiti all’autonomia del collaboratore, che potrebbe finanche divenire solo formale (tranne l’imposizione di tempi e luoghi di lavoro, stante il divieto di cui all’art. 2 più volte citato).

Le collaborazioni non hanno subito modifiche solo nei limiti di liceità, ma anche con riguardo alla disciplina del rapporto. Oltre all’obbligo di assumere il collaboratore per un determinato “progetto”, infatti, il d.lgs. 81/2015 aveva abrogato tutte le norme che disciplinavano lo svolgimento del rapporto e prevedevano una serie di tutele specifiche per il collaboratore genuino.

Su tale ultimo aspetto, dopo circa due anni, è intervenuta la l. 81/2017 con una disciplina, come si dirà, molto meno protettiva di quella degli abrogati artt. da 61 a 69 del d.lgs. 276/2003.

Si applicano in primo luogo ai lavoratori parasubordinati tutte le norme già esaminate nel contributo precedente stabilite in generale per i lavoratori autonomi (si veda Ancora Jobs Act: questa volta è il turno del lavoro autonomo, in questo numero).

E’ dunque abusivo il rifiuto del committente di stipulare il contratto in forma scritta, con conseguente diritto del lavoratore al risarcimento del danno (art. 3 commi 2 e 3, l. 81/2017). Non essendo più prevista la forma scritta legale, si deve ritenere che la condotta abusiva scatti nel caso in cui il committente rifiuti la eventuale richiesta da parte del lavoratore di redigere per iscritto il contratto. Posta la

situazione di debolezza del lavoratore, in special modo prima dell’instaurazione del rapporto, è davvero dubbio che la norma possa funzionare, non essendo neppure chiaro come si potrebbe quantificare il danno da risarcire, che comunque spetterebbe al lavoratore dimostrare di aver subito.

Non è stato reintrodotta neppure il diritto del lavoratore parasubordinato a completare il periodo di impiego pattuito, che era prima sancito dall’art. 67 d.lgs. 276/2003, il quale consentiva al committente il recesso prima del termine solo in ipotesi di giusta causa o qualora emergessero profili di inidoneità del collaboratore tali da impedire la realizzazione del progetto. Sul punto, la l. 81/2017 (art. 3 c. 1), si limita a stabilire che nel caso di prestazioni continuative il rapporto può essere interrotto solo con un “congruo preavviso”. Si ricorda che il recesso del committente deve essere impugnato dal lavoratore entro 60 giorni (ai sensi dell’art. 32 l. 183/2010), ma, stante la sostanziale libertà di recesso, le uniche ipotesi di illegittimità ipotizzabili sono probabilmente quelle discriminatorie o quella, di cui si va a dire, di recesso durante malattia, infortunio o maternità.

Peggiorativa rispetto a quella in vigore fino al 2015, peraltro, sembra anche la disciplina degli effetti che tali eventi attinenti alla persona del collaboratore possono avere sulla prosecuzione del rapporto. L’abrogato art. 66 impediva che tali ne derivasse l’automatica estinzione del rapporto, che, seppure senza diritto al corrispettivo, restava sospeso senza proroga del termine finale nei casi di malattia e infortunio e con proroga di massimo 180 giorni nel caso di maternità. Nel caso di infortunio o malattia il committente poteva peraltro recedere qualora la durata dell’evento si fosse protratta oltre un sesto della durata del contratto, oppure oltre 30 giorni ove

il termine non fosse stato pattuito. La nuova norma prevede che gli eventi detti non comportino estinzione del rapporto qualora il lavoratore faccia richiesta di sospensione, sempre non retribuita. E’ dunque importante che il collaboratore si attivi per comunicare il proprio interesse a proseguire il rapporto temporaneamente sospeso. E’ tuttavia possibile che il committente opponga il venir meno del proprio interesse alla prosecuzione del rapporto e che dunque proceda al recesso. La durata massima della sospensione del contratto è determinata in modo più favorevole in massimo 150 giorni per anno solare, senza però proroga della durata complessiva del contratto in alcun caso.

Tra le norme più significative della disciplina che ha avuto vigore fino al 2015, non sono stati reintrodotti: l’espreso diritto del collaboratore a percepire un compenso proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro eseguito, da determinarsi in relazione ai minimi retributivi stabiliti per ciascun settore di attività dai contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative (di cui all’abrogato art. 63 d.lgs. 276/2003); il divieto di rinunce e transazioni fuori dalle sedi “protette” di cui all’art. 2113 cc applicabile al lavoro subordinato (abrogato art. 68 d.lgs. 276/2003).

Il bilancio finale dell’intervento normativo, purtroppo, è ancora quello di un arretramento delle tutele offerte all’interno del rapporto di lavoro, non certo bilanciato dall’incerto tentativo di dare maggiore tutela nel mercato del lavoro con norme spesso non imperative e finanche di dubbia applicazione pratica (quale, ad esempio, quella relativa alle informazioni per l’accesso dei lavoratori autonomi a bandi e gare pubbliche, art. 12 l. 81/2017). ■

RIFORMA DEL PUBBLICO IMPIEGO: nuove regole su valutazione ed incarichi

di Andrea Ranfagni

Con i decreti legislativi n. 74 e 75/2017 il Governo ha varato la Riforma della Pubblica Amministrazione - l'ennesima - introducendo modifiche alla cosiddetta Legge Brunetta (d.lgs. n. 150/2009) e al Testo Unico sul Pubblico Impiego (d.lgs. n. 165/2001).

Si dà così attuazione ad una delle tante deleghe contenute nella Legge Madia, l. n. 124/2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

Gli istituti sui quali si interviene sono pressoché i soliti sui quali sono intervenuti i vari Governi degli ultimi anni (lavoro flessibile, procedimento disciplinare, turn over, valutazione delle performance, etc.), introducendo novità più o meno rilevanti, espressioni in ogni caso di come non si riesca mai ad arrivare ad una manovra che possa dare una certa continuità nel corso del tempo.

Passiamo subito ad analizzare le principali novità introdotte, precisando sin da subito che con riferimento a quelle introdotte al Testo Unico sul Pubblico Impiego, ci soffermeremo solo su alcune, rinviando al prossimo numero del bollettino il commento delle restanti.

Valutazione delle performances dei dipendenti pubblici. Un sistema sempre più centralizzato e dipendente dalle politiche di Governo

Le modifiche introdotte al d.lgs. n. 150/2009 vengono operate dal d.lgs. n. 74/2015 e sono tutte relative al sistema di valutazione delle performances delineato dalla Riforma Brunetta, la cui entrata in funzione, sia per un blocco degli aumenti stipendiali e della contrattazione collettiva, sia per il suo carattere particolarmente cervellotico, ha avuto e sta avendo forti difficoltà, nonostante siano passati 8 anni dalla sua entrata in vigore.

Una prima modifica viene introdotta all'art. 3 del d.lgs. n. 150/2009, dove si prevede ora che la misurazione e valutazione delle performances debba avvenire non più secondo gli indirizzi generali elaborati dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, bensì secondo le modalità fissate dalla legge e gli indirizzi fissati dal Dipartimento della Funzione Pubblica.

Viene quindi di fatto eliminato un ruolo fondamentale che la

Riforma Brunetta aveva attribuito alla suddetta Commissione, istituita dallo stesso d.lgs. n. 150/2009, ovvero, appunto, l'elaborazione di quegli indirizzi sulla base dei quali poi ciascuna amministrazione avrebbe dovuto effettuare le valutazioni.

Tale novità va di pari passo con l'eliminazione dell'organo in questione, le cui funzioni passano all'Autorità nazionale anticorruzione, deputata a garantire la trasparenza delle PA.

Con le novità in questione viene così portato a termine il progetto già avviato nel corso del 2016, quando con il DPR n. 105/2016 erano state eliminate diverse funzioni della Commissione.

L'indirizzo su come effettuare le valutazioni provverrà così, come detto, dalla legge, ma anche e soprattutto dal Dipartimento della Funzione Pubblica, un organo centralizzato, di Governo, quindi, almeno sulla carta, meno indipendente.

Le valutazioni, conseguentemente, risentiranno sempre più dell'indirizzo politico del Governo e ciò, a parere di chi scrive, non rassicura.

Modificando l'art. 3, d.lgs. n. 150/2009 viene poi chiarito che il rispetto delle disposizioni di legge sancite nello stesso testo normativo da parte delle PA è condizione necessaria per l'erogazione delle varie voci economiche legate al merito, e, soprattutto, per le progressioni economiche. Una procedura di progressione economica orizzontale, quindi, che non abbia rispettato la Legge Brunetta, risulterà invalida. Il che, per la verità, era già implicito nel previgente testo.

Il trend di centralizzazione e di dipendenza dal Governo centrale pare confermato poi dalle modifiche apportate all'art. 5, d.lgs. n. 150/2009, dove viene introdotto un nuovo comma (lo 01) in base al quale gli obiettivi da raggiungere e sul cui raggiungimento o meno dovrà essere effettuata la stessa valutazione, si distinguono in obiettivi "generali" e in obiettivi "specifici".

Quelli "generali" vengono espressamente definiti come inerenti le priorità strategiche delle pubbliche amministrazioni in relazione all'attività e ai servizi erogati, il tutto "in coerenza con le priorità delle politiche pubbliche nazionali nel quadro del programma di Governo e con gli eventuali indirizzi adottati dal Presidente del Consiglio dei Ministri".

Tali obiettivi "generali", poi, verranno definiti da apposito Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che, nel caso di enti territoriali (ad esempio, Comuni), dovrà passare da un'intesa in sede di Conferenza Unificata.

Gli obiettivi "specifici", invece, sono quelli fissati da ogni singola

amministrazione, ma si precisa che comunque dovranno essere “coerenti” con la Direttiva annuale della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Come si vede, nel campo della valutazione delle performances l'autonomia delle singole PA è ridotta.

Viene da pensare così che con legge ordinaria si sia inteso realizzare obiettivi che il Governo voleva perseguire con la Riforma costituzionale, poi fallita con il referendum del 4 dicembre.

Conferme ulteriori di ciò le troviamo nel nuovo art. 7, d.lgs. n. 150/2009, dove si elencano i soggetti che hanno il compito di effettuare in concreto la valutazione e la misurazione delle performances. Scomparsa la Commissione, vengono mantenuti i dirigenti, ma precisando che il loro ruolo debba essere assolto (ovviamente) nel rispetto di quanto fissato dalle legge. Si aggiunge, poi -ed è una novità assoluta - che la valutazione è fatta anche dai cittadini o dagli altri utenti.

Resterà da capire come potrà realizzarsi in concreto tale ruolo (ciascuna PA dovrà disciplinare quest'aspetto). La novità, ad ogni modo, nonostante l'apparenza altamente “democratica”, è di sapore populista e rischia di esasperare la contrapposizione tra utenti e lavoratori.

Tra le modifiche introdotte all'art. 7, d.lgs. n. 150/2009, non poteva mancare poi quella seconda la quale il sistema di valutazione e misurazione è adottato in coerenza con gli indirizzi del Dipartimento della Funzione Pubblica, il che fa pandant con le novità sopra descritte e con il trend che caratterizza l'intervento in questione. Così come lo fa quella all'art. 12, dove si elencano i soggetti che “intervengono” nel sistema di valutazione e misurazione delle performances e dove al posto della vecchia Commissione viene ora citato il Dipartimento della Funzione Pubblica.

Tra i soggetti protagonisti del sistema in questione, poi, viene mantenuto l'Organismo Indipendente di Valutazione istituito presso ogni PA, ovvero l'organo che in apparenza, già dal nome, dovrebbe garantire quell'imparzialità di valutazione che la stessa nostra Carta costituzionale richiede per l'agire in generale di ogni PA.

L'indipendenza pare essere garantita, almeno nella composizione, dal comma 8 dell'art. 14, d.lgs. n. 150/2009, il quale fin dall'inizio ha previsto che non possono essere nominati quali componenti dell'organismo soggetti che rivestano o abbiano rivestito nei tre anni precedenti la designazione incarichi elettivi pubblici o cariche in partiti o OO.SS. ovvero abbiano rapporti continuativi di collaborazione o consulenza con tali organizzazioni.

La previsione viene mantenuta, ma con l'aggiunta che non possono essere nominati neanche soggetti dipendenti dell'amministrazione.

Questa novità può essere letta in vari modi. A voler essere maliziosi si potrebbe pensare che il Governo abbia voluto ridurre possibili infiltrazioni dei lavoratori diretti interessati.

In realtà, forse essa si collega al trend sopra descritto, ovvero rendere la valutazione materia di Governo e in tal senso muovono le altre novità introdotte, quali la definizione da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica dei criteri in base al quale

nominare i componenti l'organo, la tenuta e l'aggiornamento da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica dell'elenco da cui attingere per la nomina dei componenti l'Organismo Indipendente di Valutazione, oltre che soprattutto la previsione secondo cui l'organismo assolve i propri compiti tenendo conto anche dei “risultati prodotti da agenzie esterne di valutazione”. Si prevede, infatti, che possano entrare in gioco nel sistema di valutazione anche agenzie private specializzate, le cui valutazioni, quindi, dovranno essere considerate dall'Organismo Indipendente di Valutazione. Resta da capire in che termini, ma la suddetta previsione desta non poche perplessità.

Superamento del sistema delle graduatorie, riattribuzione di poteri alla contrattazione collettiva

La novità più positiva contenuta nel d.lgs. n. 74/2015, quindi nelle modifiche apportate al d.lgs. n. 150/2009, è certamente rappresentata dalla scomparsa del sistema delle graduatorie.

Viene, infatti, interamente sostituito l'art. 19, d.lgs. n. 150/2009, il quale aveva introdotto un sistema assai discutibile in base al quale ciascuna PA doveva stilare una graduatoria di merito, divisa in tre fasce, dove in ciascuna doveva obbligatoriamente essere inserita una certa percentuale di dipendenti (fascia di merito alta, pari al 25% dei dipendenti; fascia di merito intermedia, pari al 50% dei dipendenti; fascia di merito bassa, pari al restante 25% dei dipendenti). Sulla base della stessa, poi, sarebbe dovuta avvenire la premiazione dei dipendenti.

L'assurdità di tale sistema era evidente. Si arrivava al paradosso per cui se anche i dipendenti di una PA erano tutti bravi e sullo stesso livello, necessariamente qualcuno doveva essere valutato negativamente.

Viene così abbandonato un sistema più che discutibile e questo è certamente un tratto positivo della Riforma.

A ciò, poi, si aggiunge, sempre in senso positivo, il riconoscimento esplicito di un ruolo fondamentale del contratto collettivo nazionale, al quale viene espressamente attribuito il compito di fissare criteri idonei a garantire la differenziazione dei giudizi di valutazione, quindi, a catena, di garantire premi non a pioggia, ma tali da riconoscere effettivamente il merito e premiare i più bravi.

Riemerge quindi il ruolo del contratto collettivo, profondamente ridotto dalla versione originaria del d.lgs. n. 150/2009, ma con attribuzione al medesimo di uno specifico compito che persegue gli obiettivi che ricercava la stessa Riforma Brunetta.

Vedremo quanto per effetto delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 74/2015 il sistema di valutazione e premiazione dei dipendenti pubblici riuscirà a funzionare.

Resta, a parere di chi scrive, la problematica che da sempre, sotto il profilo in questione, caratterizza il Pubblico Impiego: il fatto cioè che una pubblica amministrazione non è un'azienda, e che quindi è difficile riuscire a distinguere chi produce di più e chi produce di meno, differenziando così ragionevolmente la parte variabile del salario.

Le novità introdotte nel Testo Unico sul Pubblico Impiego: Gerarchia delle fonti normative

Molte sono le novità introdotte dal d.lgs. n. 75/2001 al Testo Unico sul Pubblico Impiego, ovvero il d.lgs. n. 165/2001.

Una prima novità riguarda l'art. 2, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, sulla quale si erano registrate delle importanti novità con la Riforma Brunetta.

Prima del d.lgs. n. 150/2009, infatti, si prevedeva che leggi sul lavoro esclusivamente applicabili al Pubblico Impiego potevano essere derogate dal contratto collettivo, senza possibilità di essere ulteriormente applicabili per la parte derogata. Questa previsione dava estrema forza al contratto collettivo, tant'è che quando fu adottato il d.lgs. n. 165/2001 si parlò di "contrattualizzazione" del Pubblico Impiego. In questo modo, i lavoratori, per il tramite l'attività negoziale del sindacato, potevano veder tutelati maggiormente i propri diritti.

La Riforma Brunetta cambiò e ribaltò la regola, stabilendo che la possibilità di deroga fosse ammissibile solo se espressamente autorizzata dalla legge.

Il d.lgs. n. 75/2017 interviene nuovamente sul punto cercando di trovare una sintesi tra le due differenti e contrapposte previsioni. Si prevede, infatti, che il contratto collettivo nazionale (si precisa ora "nazionale" e anche questa costituisce una novità poiché prima si parlava di contratti collettivi in generale) possa derogare alla legge solo nelle materie affidate alla contrattazione collettiva, comunque nel rispetto dei principi fissati nel Testo Unico.

La novità va letta con il restyling dell'art. 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001, il quale prevede ora che tutto ciò che riguarda il rapporto di lavoro e le relazioni sindacali spetti al contratto collettivo tranne la materia delle sanzioni disciplinari, della valutazione delle prestazioni, della mobilità; in queste materie l'intervento del contratto collettivo è ammesso solo nei limiti previsti dalla legge. Viene invece totalmente escluso l'intervento del contratto collettivo in materia di organizzazione degli uffici (oggetto di partecipazione sindacale) e di incarichi dirigenziali. Tranne tali materie, quindi, pare che sugli altri istituti il contratto collettivo potrà derogare alla legge valevole solo per il Pubblico Impiego, quindi anche e soprattutto alle previsioni speciali contenute nello stesso d.lgs. n. 165/2001.

Resta comunque un non meglio definito rispetto dei principi fissati dallo stesso decreto, oltre che, ovviamente, dei principi costituzionali.

Ne consegue che, per esempio, un contratto collettivo non potrà mai derogare all'art. 52, d.lgs. n. 165/2001 in materia di mansioni prevedendo la possibilità di acquisire il livello superiore in maniera automatica nel caso di svolgimento di mansioni superiori. Entrerebbe, infatti, in contrasto con l'art. 97, Costituzione e con la regola del concorso pubblico per accedere al Pubblico Impiego, valevole, per pacifica giurisprudenza, anche nel caso di passaggio ad un livello superiore di un soggetto che è già dipendente della PA.

....organizzazione degli uffici e partecipazione sindacale

Un secondo ordine di novità, poi, viene introdotto all'art. 5, d.lgs. n. 165/2001, sul quale era già intervenuta la Riforma Brunetta, che aveva di fatto sottratto qualsiasi possibilità di intervento del sindacato in materia di organizzazione degli uffici e di gestione del rapporto di lavoro, stabilendo che tali compiti spettassero "esclusivamente" alle PA. Novità che poi, di fatto, aveva invalidato tutte le previsioni dei contratti collettivi in materia di relazioni sindacali che prevedevano sistemi di informazione e consultazione in favore di RSU e OO.SS. in materia di atti gestionali (sia per ciò che concerne l'organizzazione degli uffici, che per ciò che concerne il rapporto di lavoro).

In sede di spending review (d.l. n. 95/2012), poi, la disposizione era stata ritoccata prevedendo che comunque fosse salva l'informazione e, limitatamente, alle misure inerenti il rapporto di lavoro, l'esame congiunto, ove previsti dai contratti collettivi; con ciò facendo di fatto riemergere una parte delle previsioni contrattuali collettive nel mentre venute meno.

Il nuovo art. 5, frutto delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 75/2017, mantiene il principio per cui l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti il rapporto di lavoro sono di esclusiva competenza della PA, ma continua a far salva l'informazione, oltre che "le ulteriori forme di partecipazione".

Scompare così il riferimento all' "esame congiunto" e lo si sostituisce con il più ampio concetto, appunto, di "ulteriori forme di partecipazione". Soprattutto, però, pare che queste ultime non valgano più solo con riferimento alle misure inerenti il rapporto di lavoro, ma anche con riferimento alla stessa organizzazione degli uffici. In realtà, tale lettura si scontra con quanto abbiamo visto prevedere il nuovo articolo 40, comma 1, che esclude l'organizzazione degli uffici, quale oggetto di partecipazione sindacale, dalle materie riservate alla contrattazione collettiva. Resta, in ogni caso, il rinvio al contratto collettivo, nel senso che dette misure di partecipazione, compresa l'informazione, sono ammesse solo se previste nei contratti collettivi.

Molto dipenderà da come verrà letto il combinato disposto tra il nuovo art. 40, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 e il nuovo art. 5, secondo comma, d.lgs. n. 165/2001; ma dalla Riforma emerge senz'altro una maggiore apertura alla partecipazione sindacale. Sempre sullo stesso tema, poi, viene riscritto gran parte dell'articolo 6 del d.lgs. n. 165/2001, in materia di organizzazione degli uffici e di fabbisogni organici. Viene però mantenuta la previsione dell'informazione preventiva in favore dei sindacati (ove prevista dai contratti collettivi) con la conseguenza che tutti gli atti sul tema dovranno prima essere oggetto di informativa sindacale.

Il fatto che si parli di organizzazione degli uffici e si preveda in favore del sindacato la sola informazione preventiva fa ritenere che laddove il nuovo art. 5 parla di "altre forme di partecipazione" previste dai contratti collettivi con riferimento agli atti di organizzazione degli uffici, queste non potranno che essere solo e soltanto, appunto, l'informativa.

Ritornando poi sull'art. 6 e sulle modifiche ad esso apportate,

occorre evidenziare altresì come scompaia, quando si prevede il diritto all'informazione, il riferimento ai sindacati "rappresentativi"; aggettivo che era stato introdotto dal d.l. n. 95/2012 e che aveva portato a ritenere, anche da parte della giurisprudenza, che il legislatore avesse compiuto una scelta per cui la prerogativa in questione spetta ai sindacati "rappresentativi" a norma di legge, quindi titolari del 5% quale media tra il dato associativo ed il dato elettorale con riferimento al comparto, superando così anche le previsioni dei contratti collettivi che spesso e volentieri riservano la prerogativa in questione solo ai "firmatari".

La palla ritorna così interamente ai contratti collettivi. La speranza, tuttavia, è che le OO.SS. firmatarie non riservino più solo a se stesse la prerogativa, ma si associno al criterio legale di rappresentatività, anche considerando che il parametro della firma è superato ormai anche nel privato (si veda Sentenza Corte Costituzionale n. 231/2013).

e conferimento di incarichi

Un terzo ordine di novità introdotte dal d.lgs. n. 75/2017 attiene al conferimento degli incarichi nelle PA, quindi all'utilizzo dei contratti di lavoro autonomo.

Con modifiche all'art. 7, d.lgs. n. 165/2001 viene in primo luogo introdotta una previsione secondo la quale è fatto divieto di stipulare contratti di collaborazione che si concretizzano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione siano organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro.

Non sfuggerà come si ripeta quanto previsto dal Jobs Act ed, in particolare, dall'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015, con l'unica differenza che mentre in questo caso ci si limita a stabilire che una simile prestazione è vietata ed il relativo contratto è nullo, nel Jobs Act si prevede che tale prestazione è da considerarsi lavoro subordinato.

Il Governo ha deciso di non estendere quest'ultima previsione, tant'è che si precisa che in ogni caso nel Pubblico Impiego non trova applicazione l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 81/2015. Evidentemente, si è voluto evitare che la nuova previsione venga utilizzata dal singolo lavoratore per rivendicare rapporti di lavoro di natura subordinata, quindi per chiedere il pagamento delle differenze retributive (posta l'impossibilità di trasformazione del rapporto per il vincolo dell'art. 97 Cost.).

Ciò non significa ovviamente che il lavoratore non possa rivendicare un rapporto di lavoro subordinato nel Pubblico Impiego qualora questo presenti le caratteristiche proprie della subordinazione, secondo gli indici elaborati dalla giurisprudenza. E restano aperti, sotto questo profilo, tutti i dubbi in merito al fatto che anche ipotesi di lavoro etero-organizzato come definito dall'art. 7 (ricalcando il Jobs Act) possano rientrare nella nozione "giurisprudenziale" di subordinazione.

La novità si coordina poi con le ulteriori modifiche all'art. 7 che portano di fatto all'eliminazione di ogni riferimento ai contratti di collaborazione coordinata e continuativa per il conferimento

di incarichi cui non si può sopperire con il personale in servizio. Norma che sembrerebbe far scomparire nel Pubblico Impiego la possibilità di ricorrere al co.co.co., che rimarrà così solo nel privato.

Tuttavia tale conclusione è revocabile in dubbio proprio considerando che il divieto delle collaborazioni "etero-organizzate" non si estende alle collaborazioni "genuinamente" coordinate. L'assenza di una disposizione che vieti il ricorso alle co.co.co. dovrebbe infatti portare alla conclusione che ad esse resti possibile ricorrere, dal momento che esse costituiscono pur sempre una forma di lavoro autonomo.

In conclusione, nel tentativo di far chiarezza sulla disciplina degli incarichi, il legislatore finisce per alimentare ulteriori incertezze o, nella migliore delle ipotesi, a lasciare nella sostanza tutto come prima. ■

FLASH

LICENZIABILE CHI ABUSA DELL'INTERNET AZIENDALE

Ormai nemmeno la tutela della privacy dei lavoratori è in grado di arginare il controllo a distanza posto in essere dal datore di lavoro. Con una recente sentenza, la Corte di Cassazione ha, invero, stabilito che il licenziamento di un lavoratore che ha abusato delle dotazioni aziendali, quali la connessione ad internet, è legittimo e legittimi sono anche i controlli effettuati dal datore di lavoro sui pc aziendali.

Nel caso in esame, la Corte, con la sentenza n. 14862 del 15 giugno 2017, ha, da un lato, stabilito la legittimità del licenziamento irrogato ad un dipendente che aveva abusato ripetutamente della connessione internet aziendale, connettendosi a fini personali per 27 volte nell'arco di due mesi e restando collegato per 45 ore complessive, e, dall'altro, ha escluso che i controlli effettuati dall'impresa per accertare l'utilizzo indebito della connessione potessero configurarsi come controlli a distanza, soggetti alla regole previste dall'articolo 4 SL.

Nella sentenza qui in commento la Corte ha, infatti, ritenuto che non si trattasse di controllo a distanza della prestazione lavorativa in quanto "è controllo a distanza, ai sensi dell'art. 4 l. n. 300 del 1970, l'attività che abbia ad oggetto la prestazione lavorativa e il suo esatto adempimento, restando esclusa dal campo di applicazione della norma quella che sia volta a individuare la realizzazione di comportamenti illeciti da parte del dipendente, idonei a ledere il patrimonio aziendale sotto il profilo della sua integrità e del regolare funzionamento e della sicurezza degli impianti (cfr. da ultimo Cass. n. 10955/2015)".

La Suprema Corte ha altresì escluso che l'azienda, nel verificare le modalità di utilizzo della connessione internet da parte dei propri dipendenti, avesse violato le regole che tutelano la riservatezza e la privacy degli stessi, poiché il datore non aveva analizzato quali siti il dipendente avesse visitato durante la navigazione in internet, né quale tipo fossero i dati che aveva scaricato, né se egli li avesse salvati sul pc.

La società si era infatti limitata ad analizzare i dettagli del traffico di connessione che, secondo la Corte, non costituiscono "dati personali", in quanto non forniscono alcuna indicazione in merito alla persona e alle sue scelte politiche, religiose, culturali o sessuali, ma forniscono solo elementi quantitativi di carattere generale, che possono essere riferiti - senza alcuna capacità di individuazione - a un numero indistinto di utenti della rete. Stante il comportamento del lavoratore, consistente in un utilizzo della connessione internet aziendale per fini personali non sporadica ed eccezionale, ma sistematica, visto il numero delle connessioni e la sua durata, la Suprema Corte ha ritenuto legittimo il licenziamento.

LA CASSAZIONE SU LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA E CONTRATTO COLLETTIVO

di Estelle Logeais

Con la sentenza del 5 maggio 2017 n. 11027, la Corte Suprema si è espressa sul vincolo del giudice rispetto alle previsioni delle sanzioni disciplinari da parte della contrattazione collettiva.

Nella fattispecie, un lavoratore viene licenziato dalla società datrice di lavoro dopo un diverbio con il suo superiore, nonostante le disposizioni del contratto collettivo applicabile prevedessero espressamente che l'alterco non seguito da vie di fatto sia sanzionato con una mera sanzione conservativa (multa o sospensione). I giudici di primo grado, che avevano ritenuto legittimo il licenziamento, vengono censurati dalla Corte d'appello che dichiara illegittimo il licenziamento disciplinare e ordina la reintegra del lavoratore nel proprio posto di lavoro.

Nozione di giusta causa

L'articolo 2119 del Codice Civile prevede che le parti possano recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, senza necessità di preavviso, qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto di lavoro. Da tale articolo e dalla giurisprudenza discende la nozione di giusta causa, che consiste in un inadempimento talmente grave che qualsiasi altra sanzione, diversa dal licenziamento, risulti insufficiente a tutelare l'interesse del datore di lavoro, al quale non può neppure essere imposto l'impiego del lavoratore in un'altra posizione. Tale inadempimento può quindi dare luogo al licenziamento per giusta causa, la massima sanzione disciplinare erogabile dal datore di lavoro, tramite l'attivazione di uno specifico procedimento disciplinare.

Qualora venga impugnato il licenziamento per giusta causa, come in questa fattispecie, il giudice di merito ha il compito di valutare la proporzionalità della sanzione inflitta rispetto alla gravità dei fatti addebitati. La massima sanzione del licenziamento dovrebbe, infatti, essere erogata soltanto laddove vi sia un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali, tale da non consentire la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto di lavoro.

Le previsioni della contrattazione collettiva in materia disciplinare

L'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro è regolato dalle parti firmatarie del contratto collettivo; quest'ultimo include l'elenco di una serie di possibili condotte illegittime del lavoratore, indicando per ciascuna di queste la sanzione disciplinare che potrà essere erogata dal datore di lavoro. Per rendere effettivo il principio di tassatività delle sanzioni disciplinari, anche i comportamenti ritenuti tali da costituire giusta causa di licenziamento sono elencati dai contratti collettivi.

Nella decisione commentata, la Corte di Cassazione afferma, che la nozione di giusta causa è una nozione legale, per cui le difformi previsioni della contrattazione collettiva non vincolano il giudice di merito. Quest'ultimo ha il dovere di effettuare un controllo preliminare della conformità delle previsioni disciplinari del contratto collettivo rispetto all'articolo 2106 del Codice Civile e, rilevare la nullità di quelle che prevedono come giusta causa o giustificato motivo di licenziamento condotte per loro natura assoggettabili solo ad eventuali sanzioni conservative.

Perciò, laddove il contratto collettivo preveda la sanzione del licenziamento per una condotta che, secondo la legge, andrebbe censurata tramite l'erogazione di una sanzione conservativa, il giudice deve dichiarare nulla tale clausola. Al contrario, gli Ermellini precisano che il giudice di merito non può fare l'inverso, ovvero estendere il catalogo delle giuste cause di licenziamento oltre quanto stabilito dall'autonomia contrattuale delle parti. Quindi, se il contratto collettivo prevedesse espressamente l'esclusione di certi comportamenti come giusta causa di licenziamento, indicando invece sanzioni conservative - come il richiamo verbale, l'ammonizione scritta, la multa o la sospensione dal lavoro e della retribuzione - il Giudice deve rispettare la volontà delle parti.

Le conseguenze dell'illegittimità del licenziamento

L'articolo 18 della legge n. 300/1970 così come modificato dalla legge n. 92/2012, applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 e alle aziende che abbiano più di 15 dipendenti, prevede espressamente, nell'ipotesi in cui il fatto contestato rientri fra le condotte punibili con una sanzione conservativa, la reintegra del lavoratore.

La disciplina è stata successivamente modificata dall'articolo 3 del d.lgs n. 23/2015 per cui, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, la condanna alla reintegra avviene solo qualora sia dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato. Nessun riferimento espresso viene fatto alla violazioni delle previsioni contrattuali, che potrebbe essere sanzionata soltanto con un'indennità pari a due mensilità per ogni anno di anzianità.

Un orientamento incerto della Corte Suprema

La sentenza commentata tende a limitare la discrezionalità del giudice nella sua valutazione della sanzione erogata. Infatti, qualora sia previsto dalla contrattazione collettiva una sanzione disciplinare vantaggiosa rispetto alle previsioni di legge, il giudice non potrà pronunciarsi sulla proporzionalità o meno della sanzione rispetto al comportamento tenuto dal lavoratore.

Tale affermazione è fondata sul principio dell'inderogabilità in pejus della legge da parte della contrattazione collettiva e della derogabilità in melius della legge da parte dell'autonomia privata. Le parti possono quindi prevedere un trattamento più favorevole, che dovrà essere rispettato dal giudice, ma non prevedere un trattamento peggiorativo, il quale potrà essere censurato dal giudice.

Occorre qui precisare che la possibilità per il giudice di applicare la sanzione massima ad un'ipotesi non espressamente prevista dal contratto collettivo rimane intatta.

Sebbene la nozione di giusta causa sia una nozione legale, la contrattazione collettiva può prevedere diverse sanzioni qualora siano più favorevoli, vincolando il giudice nel rispettare le loro previsioni. Le disposizioni della Corte Suprema in questa sentenza seguono un orientamento costante e protettivo del lavoratore il quale, non potrà vedersi infliggere la sanzione espulsiva se non prevista dalla legge ma, potrà evitarla nel caso in cui il contratto collettivo prevedesse un trattamento più favorevole.

Sebbene tale orientamento sia ormai consolidato, una recente sentenza del 5 aprile 2017 n.8818, ove il contratto collettivo prevedeva una sanzione conservativa e non il licenziamento, gli Ermellini hanno stabilito che le previsioni del contratto collettivo non vincolano il giudice ed hanno un valore meramente indicativo. Secondo questo orientamento, il giudice "può ritenere la sussistenza della giusta causa per un grave inadempimento o per un grave comportamento del lavoratore [...] o escludere altresì che il comportamento del lavoratore costituisca di fatto una giusta causa pur essendo qualificato tale dal contratto collettivo". Emerge, da ciò che precede, l'esistenza di due posizioni divergenti della Corte di Cassazione per cui sarebbe gradito un intervento delle Sezioni Unite per stabilire un orientamento convergente, si spera in favore di quello maggioritario, più protettivo nei confronti dei lavoratori. ■

FLASH

NULLO IL REGOLAMENTO AZIENDALE CHE VIETA AL DIPENDENTE PART TIME DI SVOLGERE ALTRI LAVORI

È illegittima la norma del regolamento aziendale con la quale il datore di lavoro neghi incondizionatamente al dipendente con orario part time la possibilità di svolgere una seconda attività lavorativa al di fuori dell'orario di lavoro, senza previamente accertare, caso per caso, se tale seconda attività risulti effettivamente incompatibile o meno con il rapporto e la prestazione di lavoro parziale. Questo quanto affermato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 13196 del 25 maggio 2017.

Nel caso in esame, un dipendente part time di un Patronato era stato licenziato per aver violato il regolamento aziendale che vietava ai lavoratori di svolgere "ogni altra occupazione o attività che non sia ritenuta conciliabile con l'osservanza dei doveri di ufficio e con il decoro dell'Ente".

Nel giudizio di impugnazione del licenziamento, la Suprema Corte ha ritenuto che l'unica lettura interpretativa coerente con il dettato costituzionale di cui agli artt. 4 e 35 Cost. è quella che legittima la verifica della incompatibilità in concreto della diversa attività, svolta al di fuori dell'orario di lavoro, con le finalità istituzionali e con i doveri connessi alla prestazione, ai sensi degli artt. 2104 e 2105 c.c., mentre sarebbe nulla una previsione regolamentare che riconoscesse al datore di lavoro un potere incondizionato di incidere unilateralmente sul diritto del lavoratore in regime di part-time di svolgere un'altra attività lavorativa.

Sostiene, infatti, la Corte che svolgere un secondo lavoro, oltre a quello part-time, non può essere considerato dal datore di lavoro di per sé come comportamento illecito o biasimevole, soprattutto se il reddito da lavoro dipendente non sia sufficiente a garantire un sostentamento dignitoso.

Pertanto, se il regolamento interno stabilisce l'incompatibilità della qualità di dipendente part-time con qualunque altro impiego, questa non potrà essere intesa in senso assoluto, ma si dovrà verificare se sussiste in concreto un'incompatibilità tra l'esercizio della diversa attività e l'osservanza dei doveri d'ufficio o la conciliabilità con il decoro dell'Ente. Il datore di lavoro, conclude la Corte, non può "disporre della facoltà del proprio dipendente di reperire un'occupazione diversa in orario compatibile con la prestazione di lavoro parziale".

TIROCINI E SUBORDINAZIONE: lo stato dell'arte in giurisprudenza

di Giovanni Calvellini e Marco Tufo

È noto che i tirocini (o stages) non costituiscono rapporti di lavoro subordinato (art. 1, comma 2, D.M. n. 142/1998). Essi rappresentano una forma di inserimento temporaneo dei giovani nel mondo del lavoro allo scopo di consentire loro un primo contatto con la realtà aziendale. L'eventuale attività lavorativa prestata è funzionale esclusivamente all'apprendimento, senza che possa ritenersi sussistente alcun nesso di corrispettività tra tale apprendimento e il lavoro, né tantomeno tra quest'ultimo e l'eventuale indennità percepita dal tirocinante.

La legge n. 196/1997 (c.d. Pacchetto Treu) finalizzava infatti questo istituto alla realizzazione di «momenti di alternanza tra studio e lavoro e di agevolare le scelte professionali attraverso la conoscenza diretta del mondo del lavoro» (art. 18, comma 1).

Ciononostante, frequentemente nel nostro Paese gli strumenti di formazione sono oggetto di abuso, divenendo una prassi la copertura posti di lavoro con tirocinanti anche e soprattutto in ragione dei costi sensibilmente inferiori, in termini economici e normativi, che conseguono all'instaurazione di questi rapporti rispetto alla stipulazione di un contratto di lavoro dipendente.

È ovvio tuttavia che mascherare un rapporto di lavoro subordinato con un tirocinio costituisce - come detto - un abuso che non può essere privo di conseguenze per l'ordinamento.

Infatti, attesa la prevalenza, nel diritto del lavoro, dell'atteggiarsi in concreto dei rapporti giuridici sulla loro forma esteriore, ossia sul nomen iuris attribuito al contratto dalle parti, rimane la possibilità di rinvenire nella specifica fattispecie i caratteri della

subordinazione e, per questa via, di ottenere giudizialmente il riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato.

Invero, le pronunce giurisprudenziali sul tema non sono affatto numerose, dovendosi anzi registrare una certa carenza di decisioni in tema di accertamento della subordinazione nei tirocini. È però opportuno offrire un quadro della giurisprudenza in materia, allo scopo di comprendere se si possano individuare alcune "linee guida" specifiche in proposito.

Va innanzitutto detto che l'accertamento della subordinazione nei tirocini passerà dal rinvenimento dei noti "indici sintomatici" nel caso concreto. In questi termini, la giurisprudenza tradizionalmente enuclea la distinzione tra "referenti concreti" della subordinazione "essenziali" e "sussidiari" (v. da ultimo Cass. 6.4.2017, n. 8883; nel merito Trib. Roma 17.1.2017). I primi si identificano nell'«assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, gerarchico e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione dell'autonomia del lavoratore e suo inserimento nell'organizzazione aziendale», mentre i secondi, a cui dovrebbe ricorrersi laddove fosse arduo riscontrare gli elementi "essenziali", sono «l'assenza di rischio nell'attività d'impresa, la continuità della prestazione personale, l'osservanza di un orario di lavoro predefinito, la cadenza e la misura fissa della retribuzione», da valutare però globalmente, non essendo idonei singolarmente a qualificare il rapporto come subordinato (cfr. Cass. n. 8883/2017, cit.; Trib. Roma 17.1.2017).

Prendendo le mosse da tali sentenze, si può notare come alcune decisioni in materia di tirocini abbiano escluso la ricorrenza de'la

subordinazione sulla base del mancato assolvimento dell'onere della prova da parte dell'attore-tirocinante (cfr. Cass. 12.1.2017, n. 190; Cass. 15.1.2007, n. 730; nel merito v. Trib. Napoli 12.1.2017; Trib. Foggia 19.6.2008). Tale prova, in effetti, non è agevole, e ciò in quanto alcuni indici della subordinazione, anche laddove presenti simultaneamente, risultano connaturati pure al tirocinio. In questi termini, non costituirebbe un elemento distintivo della subordinazione, rispetto al tirocinio, il fatto che il tirocinante sia adibito alle medesime mansioni del lavoratore o che osservi il medesimo orario di lavoro e, dunque, che, in sostanza, sia inserito nell'organizzazione datoriale, in quanto il progetto formativo potrebbe ben prevedere «l'acquisizione sul campo di competenze e l'arricchimento del bagaglio di conoscenze professionali attraverso la pratica diretta sul luogo di lavoro» (Trib. Napoli 12.1.2017). Inoltre, neppure la corresponsione al tirocinante di un compenso, sotto forma di rimborso spesa, potrebbe portare al rinvenimento della subordinazione, non trattandosi di retribuzione. E infatti, la causa del tirocinio non risiede nello scambio tra prestazione di lavoro e retribuzione ma, piuttosto, nella "formazione" stessa che il datore ospitante deve impartire al tirocinante, profilo, questo, che è stato particolarmente messo in evidenza dai giudici in materia di praticantato o pratica professionale (cfr. Cass. 19.7.1997, n. 6645).

Prendendo spunto da quest'ultima osservazione, si comprende come l'elemento fondamentale in mancanza del quale certamente non ricorre il tirocinio, per converso delineandosi la subordinazione, è l'espletamento effettivo dell'obbligo formativo da parte del datore. Infatti, osservando le pronunce in proposito, si vede come la giurisprudenza riconosca quest'ultima solo in assenza dell'assolvimento dell'obbligo formativo, sempre purché gli "indici sintomatici" della subordinazione siano presenti (cfr. Trib. Roma 23.10.2012). Ciò è avvenuto, appunto, in materia di praticantato, in un caso nel quale alla carenza di formazione si accompagnava la soggezione al potere direttivo del datore (cfr. Cass. 25.9.2014, n. 20231). Nello specifico, poi, l'assenza dell'assolvimento dell'obbligo formativo può dedursi sia dal carattere meramente esecutivo e ripetitivo delle mansioni, prive di qualsivoglia contenuto formativo o professionale e, quindi di modestissimo

livello intellettuale (cfr. Trib. Foggia 15.3.2012), sia dal «possesso da parte del lavoratore di una pregressa professionalità emergente dagli specifici compiti svolti e dal ruolo assunto nell'azienda» (Cass. 16.9.2016, n.18192; v. anche Cass. n. 20231/2014).

Pertanto, si può affermare che il criterio guida per distinguere il tirocinio dalla subordinazione nel caso concreto è costituito dall'effettivo assolvimento da parte del datore dell'obbligo formativo, ossia dall'utilizzo di tale politica attiva nel rispetto della sua causa negoziale, in funzione, cioè, della formazione professionale del lavoratore.

Del resto, una simile impostazione è stata accolta anche dalle "Linee guida" contenute nell'Accordo tra il Governo, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano del 24 gennaio 2013. Esse, infatti, pongono espressamente la causa formativa in primo piano. Ciò emerge da due divieti: in primo luogo, quello di usare il tirocinio per attività per le quali non sia necessario un periodo formativo, atteso che in tale evenienza il tirocinio non avrebbe ragione di essere impiegato; in secondo luogo, quello di impiegare i tirocinanti in sostituzione dei lavoratori assenti o a termine, poiché, in questo caso, o si impiegherebbero lavoratori privi di formazione e senza formarli, oppure si utilizzerebbero soggetti già formati e, pertanto, come statuito anche dalla giurisprudenza nelle sentenze richiamate (cfr. Cass. n.18192/2016), non necessitanti di alcuna formazione.

Quello dei tirocini è soltanto l'ennesimo esempio di quanto queste forme di politiche attive incentivate rivolte giovani finiscano per trasformarsi sovente in strumenti utilizzati dai datori di lavoro per procurarsi manodopera beneficiando di regimi normativi ed economici enormemente più vantaggiosi (lo stesso accade, anche se in forma più attenuata, con l'apprendistato). Il lavoratore/tirocinante ha - come visto - la possibilità di far valere giudizialmente la reale natura subordinata del suo rapporto; ma la condizione precaria di quest'ultimo, i costi e i rischi processuali fanno sì che spesso egli rinunci ad adire il giudice per far valere i propri diritti. ■