

# DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

Direttore scientifico: Prof. Giovanni Orlandini  
Comitato scientifico: avv. Fabio Rusconi avv. Andrea Danilo Conte  
In redazione: Andrea Ranfagni Alessandro Giovannelli  
Centro Studi Diritti & Lavoro Firenze Via della Condotta, 12

## FLASH

[dirittielavoro@gmail.com](mailto:dirittielavoro@gmail.com)  
[www.dirittielavoro.it](http://www.dirittielavoro.it)



## PRENDERE LE MISURE

**LA RIFORMA FORNERO, OTTO MESI DOPO.  
TRA CIRCOLARI DEL MINISTERO E  
ISTRUZIONI OPERATIVE**

**IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE  
PASQUA CON I TUOI?  
LA DURA VITA DEL SOCIO DI COOPERATIVA  
MUNICIPALIZZATE MENO PUBBLICHE PIU' PRIVATE  
LUNGA VITA ALL'APPRENDISTATO  
IL NUOVO LAVORO ACCESSORIO  
I TIROCINI FORMATIVI**

## LA RIFORMA ALLA PROVA: IL TENTATIVO OBBLIGATORIO DI CONCILIAZIONE

LIVIA IRTINNI

Il comma 40 dell'art. 1 della L. n. 92/2012, sostituendo integralmente l'art. 7 della L. n. 604/1966, prevede una procedura di tentativo obbligatorio di conciliazione presso la Direzione territoriale del lavoro alla quale è tenuto il datore di lavoro che intenda intimare un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, diversamente dalla previgente disciplina secondo la quale il tentativo di conciliazione era facoltativo e comunque esperibile in un momento successivo al licenziamento.

Sicuramente la disciplina dei licenziamenti per motivi economici è quella interessata, più di altre, dalle novità introdotte dalla Riforma del mercato del lavoro che, come ormai è ben noto, associa a tale fattispecie una tutela reintegratoria attenuata e facoltativa ed una tutela indennitaria. A livello procedurale per questo tipo di licenziamenti il legislatore prevede altresì un tentativo conciliativo obbligatorio e preventivo che, seppur materialmente disciplinato nella L. n. 604/1966 in quanto riferito a tutti i licenziamenti per motivo oggettivo, tuttavia opera solo per i licenziamenti disposti da datori di lavoro aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 18 dello Statuto.

Al fine di fornire alcuni chiarimenti operativi in tema di conciliazione preventiva obbligatoria, la Circolare ministeriale n. 3/2013 illustra nel dettaglio gli obblighi procedurali in capo alla Direzione Territoriale del Lavoro, al datore di lavoro ed al singolo lavoratore con particolare attenzione agli aspetti riguardanti il campo di applicazione della procedura ed il corretto svolgimento dei relativi adempimenti.

Scopo del provvedimento è quello di arrivare ad una contrazione del contenzioso, affidando alla Commissione provinciale di conciliazione, istituita ai sensi dell'art. 410 c.p.c. presso la competente Direzione Territoriale del Lavoro (DTL), il ruolo di moderatore della controversia allo scopo di raggiungere o un accordo in ordine alla risoluzione consensuale del rapporto ovvero soluzioni alternative al recesso.

Sebbene l'organo conciliativo non abbia il potere di verificare l'effettiva esistenza dei motivi inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro che danno luogo al licenziamento oggettivo, è tuttavia compito della DTL vigilare affinché il datore di lavoro non ricorra ai licenziamenti individuali al solo scopo di aggirare la procedura per la riduzione collettiva di personale ai sensi della L. n. 223/1991: laddove, infatti, lo stesso datore di lavoro chieda più di 4 tentativi di conciliazione per i medesimi motivi nell'arco di 120 giorni, la DTL dovrà dichiarare la procedura conciliativa inammissibile, invitando pertanto il datore di lavoro ad attivare quella prevista dall'art. 4 della L. n. 223/1991.

Come già detto, per quanto riguarda l'ambito di applicazione del tentativo conciliativo, sono tenuti al preventivo esperimento della procedura in esame gli *"imprenditori e non imprenditori, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo occupino alle proprie dipendenze più di 15 unità (o più di 5 se imprenditori agricoli)"* oppure *"più di 60 dipendenti su scala nazionale"*.

Al fine del computo dei lavoratori il calcolo della base numerica deve essere effettuato non già nel momento in cui avviene il licenziamento, bensì prendendo quale parametro di riferimento la media dei lavoratori occupati negli ultimi sei mesi, senza tener conto di temporanee contrazioni di personale, secondo un consolidato indirizzo di giurisprudenza in materia (cfr. C. Cass. N. 1465/2011). La circolare elenca poi le tipologie di lavoratori che non sono computabili per effetto di specifiche disposizioni legislative (es: lavoratori assunti con contratto di apprendistato, di inserimento, i somministrati), e quelle che al contrario vi rientrano, come per esempio i lavoratori part-time, calcolati "pro quota" rispetto all'orario normale contrattuale, oppure i lavoratori intermittenti.

Passando all'analisi dei vincoli più strettamente procedurali, il datore di lavoro che intenda procedere ad un licenziamento individuale per motivo oggettivo ha l'obbligo di inviare una comunicazione scritta alla DTL competente per ambito territoriale, trasmessa per conoscenza anche al lavoratore interessato, nella quale deve indicare l'intenzione di procedere al licenziamento, la motivazione del recesso e le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione.

La procedura si intende avviata dal momento della ricezione della comunicazione da parte della DTL la quale, entro il termine perentorio di 7 giorni dal ricevimento dell'istanza, deve invitare le parti a comparire dinanzi alla Commissione Provinciale di conciliazione, comunicando giorno ed ora della convocazione con una nota inviata tramite raccomandata A/R ovvero PEC per garantire massima celerità all'intero procedimento.

Nel giorno e nell'ora fissata le parti sono invitate a presentarsi avanti all'organo conciliativo e l'assenza di una di queste, benché non sorretta da alcun elemento giustificativo, non inficia la procedura. Tuttavia, pur non essendo esclusa in linea di principio per le parti la possibilità di delegare altre persone alla trattazione, è comunque opportuna la presenza dei soggetti interessati, in particolar modo del lavoratore, in quanto nel corso della discussione potrebbero emergere soluzioni alternative al licenziamento. Al di là di queste ipotesi, il legislatore prevede una ipotesi di sospensione temporanea della procedura per un periodo massimo di 15 giorni

in presenza di un legittimo e documentato impedimento del lavoratore.

Entro 20 giorni dal momento in cui la DTL ha trasmesso la convocazione per l'incontro, la procedura deve necessariamente concludersi a meno che una dilazione, anche su richiesta della Commissione, si renda necessaria per il raggiungimento di un accordo.

In caso di esito negativo della conciliazione, la DTL redige un verbale di mancato accordo ed il datore di lavoro può a quel punto procedere al licenziamento che ha effetto dal giorno della ricezione da parte dell'Ufficio della comunicazione datoriale ed il periodo nel frattempo intercorso si considera come preavviso, mentre il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura conciliativa si considera come "preavviso lavorato" con corrispondente riduzione della relativa indennità in ragione della retribuzione già corrisposta nello stesso periodo.

Viceversa, in caso di esito positivo, la Commissione procede alla verbalizzazione dei contenuti dell'accordo ed il verbale redatto diventa inoppugnabile ex art. 410 c.p.c.

Le soluzioni trovate con l'accordo possono essere diverse ed anche alternative alla risoluzione del rapporto di lavoro, come l'individuazione di misure di ricollocazione del lavoratore le quali non devono necessariamente presentare la caratteristica del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta riguardare anche una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa (cfr. C. Cass. N. 6625/2011).

L'aver collocato temporalmente il tentativo conciliativo in una fase antecedente al licenziamento dovrebbe in effetti favorire la possibilità di trovare soluzioni alternative, eppure, al di là di ciò, sembra difficile che la procedura conciliativa, così com'è stata formulata, possa costituire un veicolo di gestione collettiva dei problemi connessi al licenziamento, diversamente dalla procedura di riduzione del personale prevista dalla L. 223/1991 dove il confronto tra datore di lavoro e sindacati potrebbe, almeno potenzialmente, permettere una "cogestione" della crisi.

L'utilità del procedimento sarà allora più realisticamente quella di agevolare, nei casi in cui la reintegra sembri improbabile, una soluzione conciliativa monetizzata che pare sollecitata, da un lato, dalla rilevanza del comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria e della regolazione delle spese legali (secondo il disposto dell'art. 7, comma 8, L. 604/1966 così come modificato dalla Riforma), dall'altro, dalla possibilità per il lavoratore di fruire, a conclusione di tale procedura, dell'Assicurazione Sociale per l'Impiego (c.d. ASPI) pur in difetto della involontarietà dello stato di disoccupazione.

# PASQUA E I GIORNI FESTIVI?

Il periodo pasquale invita ad affrontare un'annosa questione giuridica, che interessa soprattutto (ma non solo) il settore del commercio: può il lavoratore rifiutare la richiesta del datore di lavorare il giorno di Pasqua?

## L'INDIVIDUAZIONE DEI GIORNI FESTIVI E IL LORO TRATTAMENTO ECONOMICO

Punto di partenza della riflessione è senz'altro la normativa contenuta nella l. n. 260/1949, intitolata "Disposizioni in materia di ricorrenze festive".

L'art. 2 afferma che "Sono considerati giorni festivi, agli effetti dell'osservanza del completo orario festivo e del divieto di compiere determinati atti giuridici, oltre al giorno della festa nazionale (2 giugno), i giorni seguenti: tutte le domeniche; il primo giorno dell'anno; il giorno dell'Epifania; il 25 aprile; il 1° maggio; il giorno dell'Assunzione della B.V. Maria; il giorno di ognissanti; il giorno della festa dell'Immacolata Concezione; il giorno di Natale; il giorno 26 dicembre".

Leggendo questa prima norma, non sfuggirà come nell'elenco dei giorni considerati "festivi" non sia espressamente prevista la Pasqua. Pare tuttavia pacifico considerarla un giorno "festivo", in quanto cadente sempre di domenica e l'art. 2, l. n. 260/1949 attribuisce tale qualità a "tutte le domeniche".

L'art. 5, l. n. 260/1949, prevede poi, al comma 2, che nei giorni festivi del 2 giugno, del 25 aprile, del 1° maggio e del 4 novembre, al lavoratore spetta "la normale retribuzione globale di fatto giornaliera compreso ogni elemento accessorio". Tale è il trattamento cui ha diritto il dipendente qualora non venga prestata l'attività lavorativa.

Qualora, invece, il prestatore lavori nei giorni festivi (di cui al comma 1), si prevede (comma 3) che ad gli spetti, oltre alla normale retribuzione globale giornaliera compreso ogni elemento accessorio, la retribuzione per le ore di lavoro effettivamente prestate con aggiunta della maggiorazione per il lavoro festivo.

L'art. 5, comma 3, l. n. 260/1949 prevede infine che, qualora la festività coincida con la domenica, al lavoratore, che non svolga la propria prestazione, spetta quanto previsto al comma 2 ("la normale retribuzione globale di fatto giornaliera compreso ogni elemento accessorio"), con aggiunta, però, di una ulteriore retribuzione corrispondente all'aliquota giornaliera. La ratio di quest'ultimo tipo di trattamento economico è stata individuata dai giudici della Cassazione nel fatto che, ove la festività non coincidesse con la domenica, il dipendente fruirebbe di un giorno di riposo in più (cfr. Cassazione, Sezione Lavoro, n. 17724/2011).

L'art. 3 della l. n. 90/1954 ha poi esteso i suddetti trattamenti economici anche a tutte le altre festività indicate all'art. 2, precisando però che sono "escluse le domeniche". Posta tale affermazioni, se ne deduce che, essendo la Pasqua qualificata dalla legge come "festiva" solo grazie al suo rientrare nella più generale ipotesi di "tutte le domeniche" (non essendo, come visto, espressamente elencata all'art. 2), per essa non dovrebbero valere i trattamenti economici di cui all'art. 5, l. n. 260/1949. In questo senso si è espressa la Cassazione, che ha sottolineato la natura tassativa dell'elenco di cui all'art.5 ed ha perciò escluso che quanto prevede tale articolo in merito al trattamento economico valga per il giorno di Pasqua (Cass. n.406/1982). Nella stessa sentenza, tuttavia, si riconosce che la Pasqua debba essere equiparata alle festività infrasettimanali nel caso in cui il riposo settimanale non coincida con la domenica, ma sia convenzionalmente stabilito dai contratti collettivi (come nel caso dei turnisti). Saranno ovviamente salvi eventuali trattamenti economici per lavoro domenicale previsti dagli accordi collettivi.

## IL DIRITTO AD ASTENERSI DAL LAVORO NEI GIORNI FESTIVI

La legge 260 non risolve il problema della sussistenza o meno di un diritto del lavoratore di astenersi dalla prestazione lavorativa durante i "giorni festivi", che comporterebbe la possibilità di rifiutare eventuali richieste datoriali.

Nell'ordinamento italiano non è rinvenibile alcuna norma che sancisca espressamente il diritto in questione. Vi è soltanto la l. n. 520/1952 che ha sancito, per il personale dipendente delle istituzioni sanitarie pubbliche e private, l'obbligo di prestare servizio qualora il datore di lavoro ne faccia richiesta.

Evidente la ratio di tale previsione: evitare che in un settore molto importante quale quello della sanità non vi sia personale sufficiente per garantire l'erogazione delle prestazioni sanitarie, dovute anche nei giorni festivi (diritto alla salute; art. 32, Costituzione). Di fronte a tale quadro normativo, si registrano orientamenti interpretativi pressoché costanti, soprattutto nella giurisprudenza di legittimità, nel senso di ritenere che il lavoratore possa legittimamente rifiutare la richiesta datoriale di lavorare nei giorni festivi, senza perdere il trattamento economico prescritto dalla legge. E ciò, soprattutto, laddove la festività sia infrasettimanale (Cassazione, Sezione Lavoro, n. 5712/1986, n. 9176/7997, n. 4435/2004 e, più di recente, Cassazione, Sezione Lavoro, n. 16634/2005).

Ad avviso della Corte Suprema, infatti, tale diritto emergerebbe direttamente dalle previsioni dell'art. 5, l. n. 260/1949 sopra richiamate. In particolare, distinguendo la legge due diversi trattamenti economici a seconda che il lavoratore presti il proprio lavoro nel giorno festivo o meno, riconoscerebbe implicitamente il diritto di astenersi dal lavoro.

L'eventuale prestazione durante le festività sarebbe così solo il frutto del consenso prestato dal dipendente, cui non potrebbe sostituirsi neanche una previsione del contratto collettivo, la quale si tradurrebbe in una deroga in peius non ammessa dall'ordinamento. Si ritiene, invece, legittima una tale previsione collettiva solo laddove sia stata oggetto di una specifica delega del singolo lavoratore al sindacato stipulante. Seguendo tale ragionamento, però, se ne deduce che

tale interpretazione vale solo per ciò che concerne quelle festività per le quali trova applicazione l'art. 5, l. n. 260/1949 e tra cui, come visto, non sono ricomprese le domeniche.

Conseguentemente, ancora, per la Pasqua varrebbe il regime generale previsto per qualsiasi domenica ed il lavoratore sarebbe così tenuto a lavorare, non essendo titolare di alcun diritto soggettivo a rifiutare la richiesta datoriale.

Tra l'altro, tale conclusione troverebbe riscontro nel fatto che le domeniche sono sì giorni festivi, ma la legge prevede la possibilità di lavorare anche in tale giornata, purché vi sia poi un altro giorno della settimana in cui poter godere del riposo settimanale (art. 5, l. n. 370/1934).

Insomma, in assenza di un'esplicita previsione per cui la Pasqua è giorno festivo e per essa trova applicazione il trattamento economico di cui all'art. 5, l. n. 260/1949, non pare possa riconoscersi un diritto del lavoratore a non lavorare in tale giornata.

Si deve però tener conto di quanto la stessa Cassazione ha precisato in merito alle settimane regolate su base convenzionale, nelle quali cioè il giorno di riposo non coincide con la domenica (lavoro a turni). Dovendosi considerare la Pasqua alla stregua di una festività infrasettimanale, in questo caso dovrebbe riconoscersi il diritto del lavoratore a rifiutare la richiesta di lavoro. Lo stesso dovrebbe valere nei casi in cui il contratto collettivo equipari sul piano del trattamento economico la Pasqua alle altre festività.

Non mancano poi sentenze di merito (pur risalenti) che estendono il regime delle festività infrasettimanali alla Pasqua, evidentemente non considerando tassativo l'elenco di legge (Pretore Roma 15 settembre 1976).

Non ci sono comunque precedenti che consentono di identificare con certezza un orientamento giurisprudenziale sulla questione in merito al diritto a non lavorare per Pasqua. E' quindi possibile prospettare un'interpretazione alternativa della normativa vigente, pur nella consapevolezza che il suo accoglimento in sede giudiziaria è tutt'altro che certo. Negare la natura festiva della domenica di Pasqua, e con essa il diritto del lavoratore ad astenersi dal lavoro, sembra contraddire infatti la ratio della legge. La Pasqua è stata evidentemente esclusa dall'elenco delle festività perché coincidente con la domenica, giorno festivo di per sé. Ma, come spiega la dottrina unanime, la ratio delle festività infrasettimanali è diversa da quella del giorno di riposo settimanale, essendo quella di "*consentire la celebrazione comunitaria o familiare di ricorrenze festive profondamente radicate nella tradizione*" (per tutti Ichino, 1987). E' indubitabile che la Pasqua condivida lo stesso carattere di "festività" di quelle infrasettimanali elencate; a meno di non ritenere che il lunedì di Pasqua abbia, sul piano della percezione sociale, minor carattere di festività della Pasqua stessa. Non c'è dunque alcun motivo ragionevole che giustifichi una diversa regolazione del diritto ad astenersi dal lavoro nel giorno di Pasqua rispetto agli altri giorni festivi: da ciò la conclusione che quanto vale per i secondi dovrebbe valere anche per il primo.

## **E SE FOSSE LAVORO STRAORDINARIO?**

La questione potrebbe semmai essere risolta ragionando in termini di "straordinario", qualora cioè il lavorare la domenica di Pasqua determini un superamento dell'orario settimanale ordinario (ad esempio, le 40 ore), in quanto il dipendente l'ha già completato lavorando dal lunedì al venerdì.

In questo caso, le ore in più prestate nella giornata di Pasqua dovrebbero essere qualificate come "straordinari", i quali, in determinati casi, possono essere prestati solo su base volontaria. La legge, in particolare, rinvia (art. 5, d.lgs. n. 66/2003) ai contratti collettivi la fissazione delle modalità con le quali lo straordinario è prestato. Se, quindi, il contratto collettivo non prevede il consenso del dipendente, quest'ultimo non può rifiutarsi.

Analogamente, laddove, salva diversa disposizione di legge, si sia in presenza di esigenze tecniche e/o produttive eccezionali, ovvero di un pericolo di un danno grave alla persona o alla produzione ovvero, ancora, di forza maggiore.

In assenza di previsioni collettive, invece, lo straordinario si basa sempre sul consenso del prestatore, per cui se esso non c'è il datore di lavoro non può costringere il proprio dipendente ad effettuare ore in più.

L'apertura dell'azienda il giorno di Pasqua non pare porsi, almeno in astratto, come un'esigenza tecnica e/o produttiva eccezionale tale da rendere obbligatorio lavorare. Men che meno sembra porsi come forza maggiore o come situazione di pericolo di un danno grave alla persona o alla produzione.

Posto ciò, l'eventuale prestazione straordinaria il giorno di Pasqua, perché si ponga come obbligatoria per il lavoratore, dovrebbe essere oggetto di un'espressa previsione in tal senso contenuta nel CCNL. O, comunque, il contratto collettivo dovrebbe contenere previsioni tali da far sì che ciò si realizzi.

Se anche tale ipotesi non si verifica, allora solo e soltanto con il consenso del lavoratore sarà possibile lo svolgimento di straordinari il giorno di Pasqua, con possibilità quindi, per lo stesso dipendente, di rifiutarsi di lavorare.

Un'altra strada percorribile potrebbe essere, infine, quella di astenersi dal lavoro per Pasqua in quanto coincidente con il giorno di riposo settimanale. Perché ciò avvenga, è però necessario che il lavoratore abbia lavorato dal lunedì al sabato o, qualora l'azienda abbia optato per il meccanismo flessibile di fruizione del riposo, la domenica di Pasqua arrivi dopo 12 giorni consecutivi di lavoro.

# LA DURA VITA DEL SOCIO DI COOPERATIVA

Un recente Interpello del Ministero del Lavoro (n. 1 del 24 gennaio 2013) ha rimesso in luce la debolezza della tutela offerta dall'ordinamento a tutti coloro che si trovano a prestare la propria attività lavorativa presso una cooperativa, sulla base non solo di un contratto di lavoro, ma anche dell'adesione alla medesima in qualità di soci.

In particolare, l'Interpello del Ministero si è occupato della possibilità per la cooperativa di sospendere unilateralmente e temporaneamente il rapporto di lavoro subordinato esistente con un proprio socio ovvero di sospenderlo in parte mediante una riduzione (unilaterale e temporanea) dell'orario di lavoro pattuito nel contratto di assunzione.

Si tratta di un fenomeno molto frequente nella vita lavorativa presso le cooperative. Spesso, infatti, i lavoratori vedono imporsi dalla cooperativa riduzioni dell'orario settimanale o vere e proprie sospensioni del rapporto, con invito a rimanere a casa in attesa di essere richiamati quando vi sarà bisogno, senza che però, allo stesso tempo, si proceda ad alcun licenziamento. Le giustificazioni che vengono invocate sono spesso ricondotte alla temporanea mancanza di lavoro, quindi alla sussistenza di una crisi aziendale.

## LA NORMATIVA GENERALMENTE APPLICABILE

Analizzando la disciplina del rapporto di lavoro subordinato in generale, emerge come la sospensione unilaterale del medesimo ovvero la riduzione (unilaterale) dell'orario di lavoro sia soggetta a delle rigide regole. Il datore di lavoro può sospendere temporaneamente il rapporto di lavoro, con conseguente sospensione degli obblighi di prestare l'attività lavorativa (per quanto riguarda il dipendente) e di pagare la retribuzione (per quanto riguarda il datore di lavoro), in caso di ricorso alla Cassa integrazione (CIG e CIGO) o se c'è un'impedibilità oggettiva e sopravvenuta di svolgere l'attività lavorativa (art. 1463 cc). Tale impedibilità può dipendere tanto da cause inerenti il dipendente, quanto il datore di lavoro. In entrambi i casi, però, è necessario che l'impedibilità derivi da cause non imputabili alle parti del rapporto, quindi trovi la propria causa in eventi imprevedibili ed inevitabili al

momento in cui è stato sottoscritto il contratto di lavoro. E' il caso della cosiddetta forza maggiore quale, ad esempio, un provvedimento dell'autorità amministrativa che ha disposto la chiusura temporanea dell'azienda o l'impossibilità per il lavoratore di raggiungere il posto di lavoro a causa dello sciopero dei mezzi pubblici.

Le temporanee crisi aziendali, al di là delle ipotesi di contingenti difficoltà di mercato coperte dalla disciplina della cassa integrazione guadagni, non possono rientrare nelle ipotesi di impossibilità oggettiva e sopravvenuta. Siamo quindi nell'ambito del normale rischio d'impresa che l'impresa deve sopportare (cfr. Cassazione, Sezione Lavoro, n. 6928/2000). Diverso, infine, il discorso se, tanto la crisi aziendale, quanto l'impossibilità in generale, si configurano come definitive. In questi casi, infatti, il datore di lavoro potrà procedere a licenziamento, da ricondurre alle diverse ipotesi previste dalla legge.

## E QUELLA PER IL SOCIO LAVORATORE

La l. n. 142/2001 disciplina il rapporto di lavoro del socio lavoratore di cooperativa. Viene in particolare stabilito che laddove il socio sia legato all'impresa anche da un contratto di lavoro subordinato, trovano applicazione: 1) le norme contenute nello Statuto dei Lavoratori (l. n. 300/1970), con esclusione dell'art. 18 laddove cessi contemporaneamente anche il rapporto associativo (con dubbi in seno alla giurisprudenza sul diritto alla reintegra nel caso di annullamento della delibera di esclusione); 2) la normativa vigente in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro (attualmente, il d.lgs. n. 81/2008).

Viene, altresì, stabilito che è compito della cooperativa prevedere, nel proprio regolamento interno, quale sia il contratto collettivo applicabile, quindi la disciplina normativa ed economica in quest'ultimo contenuta.

La l. n. 142/2001 non rinvia a tutta un'altra serie di normative fondamentali in materia di lavoro subordinato (si pensi al d.lgs. n. 66/2003, in materia di orario di lavoro, o alla stessa l. n. 604/1966, in materia di licenziamenti individuali). Pare, tuttavia, che le stesse debbano trovare comunque applicazione, in quanto norme imperative cui né il contratto di assunzione (cfr. art. 1418 cc), né il regolamento interno o lo statuto della cooperativa possono derogare. Diverso il discorso per quanto riguarda la disciplina normativa contenuta nel contratto collettivo che, alla luce delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 276/2003 (cosiddetta Legge Biagi), può essere derogata, anche in senso peggiorativo, dal regolamento interno della cooperativa. Non può invece essere ridotto il trattamento economico (cfr. art. 3, comma 1, l. n. 142/2001). Circa la sospensione temporanea del rapporto di lavoro di cui si è parlato poc'anzi, pare che possa valere quanto detto sull'impossibilità oggettiva e sopravvenuta della prestazione lavorativa e sulla conseguente non facoltà, per il datore di lavoro, di sospendere il rapporto di lavoro qualora l'impossibilità dipenda da causa ad esso "imputabile". Anche il contratto di lavoro che lega la cooperativa al socio è infatti un contratto di diritto privato, come tale soggetto alle regole privatistiche sopra ricordate. Alle medesime conclusioni è giunto, fra l'altro, lo stesso Ministero del Lavoro con altro Interpello del 14 febbraio 2012. Il recente Interpello del Ministero si occupa però dell'ipotesi di crisi aziendale, che si è detto non integrare un caso di impossibilità oggettiva. Le cooperative non sono soggette alla disciplina della cassa integrazione guadagni e dei contratti di solidarietà. Posto ciò e tralasciando la possibilità di ricorrere ai cosiddetti "ammortizzatori sociali in deroga" (previsti attualmente solo in via sperimentale), una eventuale e temporanea crisi aziendale non giustifica in linea di principio la sospensione della retribuzione dei soci lavoratori: anche la cooperativa deve sopportare il rischio d'impresa.

Questo vale però se il dipendente non è socio della cooperativa. Se, invece, lo è, occorre fare i conti con alcune previsioni contenute nella l. n. 142/2001, che paiono, ad avviso del Ministero, derogare a quanto appena detto per i lavoratori non soci.

L'art. 1, comma 2, lettera d), l. n. 142/2001, prevede che i soci lavoratori “mettono a disposizione le proprie capacità professionali anche in relazione al tipo e allo stato dell'attività svolta, nonché alla quantità delle prestazioni di lavoro disponibili per la cooperativa stessa”.

Ad avviso del Ministero del Lavoro tale previsione consentirebbe al regolamento interno della cooperativa di individuare ipotesi di sospensione temporanea dell'attività lavorativa del socio lavoratore.

In altre parole, laddove la norma sopra indicata parla di messa a disposizione delle capacità professionali “in relazione” allo “stato” dell'attività svolta ovvero alla “quantità” delle prestazioni “disponibili”, consentirebbe alla cooperativa di fuoriuscire dai meccanismi della sospensione del rapporto per “impossibilità sopravvenuta” della prestazione lavorativa sopra descritti.

Le conclusioni cui si giunge nell'interpello troverebbero poi fondamento nella possibilità (ammessa dalla L.30/03) di derogare al CCNL attraverso il regolamento interno; possibilità che l'art. 6, l. n. 142/2001 estende fino a comprendere i minimi retributivi, nel caso in cui l'assemblea della cooperativa deliberi un piano di crisi aziendale.

Dalla l. n. 142/2001 si ricaverebbe dunque la possibilità per la cooperativa di sospendere il rapporto ovvero ridurre l'orario, unilateralmente e temporaneamente, anche in caso di mera crisi aziendale. Ciò in deroga a quello che, come visto, è previsto nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato in generale.

Il Ministero, dopo aver sostenuto l'interpretazione in questione, invita le cooperative a procedere a sospensioni del rapporto di lavoro solo in casi specifici individuati nel regolamento interno e mediante criteri oggettivi di turnazione/rotazione del personale; ma il pericolo che le medesime cooperative facciano sempre più ricorso alla prassi in discussione è forte.

## IL PRO E IL CONTRO DELL'INTERPRETAZIONE MINISTERIALE

L'interpretazione fornita con l'Interpello n. 1 del 24 gennaio 2013 contrasta con quanto, come anticipato, era stato sostenuto dalla stessa amministrazione nel precedente Interpello del 14 febbraio 2012. In quest'ultima occasione, infatti, era stata fornita una lettura della normativa contenuta nella l. n. 142/2001, alla luce dei principi civilistici, che, ribadiamo, trovano sicuramente applicazione nell'ambito di un “ordinario” rapporto di lavoro ed, altresì, nel contratto intercorrente con la cooperativa qualora il lavoratore non rivesta anche la qualità di socio.

Il “dietrofront” del Ministero - che arriva su istanza di interpello presentata da tutte le principali associazioni datoriali delle cooperative (Associazione Generale Cooperative Italiane, Confcooperative e Legacoop) - è preoccupante. Una lettura della disciplina in questione dovrebbe muovere dalla considerazione che l'essere socio costituisce una condizione in cui quasi sempre il lavoratore si viene a trovare a totale insaputa delle implicazioni che essa può avere e, soprattutto, accettata per il solo timore di perdere un'occasione di lavoro. Insomma, pensare che il socio - il quale, tra l'altro, non partecipa mai alla ripartizione degli utili con quote consistenti o, comunque, pari a quelle di coloro che sono i fondatori della cooperativa - debba essere considerato in una posizione di maggiore forza rispetto a coloro che, anch'essi dipendenti della medesima cooperativa, non hanno tale qualità, non corrisponde al vero.

Pare più giusto così che la norma invocata dal Ministero nel recente Interpello debba essere letta nel senso che lo svolgimento, da parte del

socio, di una prestazione lavorativa proporzionata allo “stato” dell'attività esercitata dalla cooperativa, ovvero alle prestazioni di lavoro “disponibili” presso la medesima, fotografi il momento iniziale dell'assunzione. In altre parole, sarà in base a quanto lavoro ha a disposizione la cooperativa che verranno concordati orario di lavoro, mansioni, tipologia contrattuale, etc.. Una volta che il socio sarà stato assunto con contratto di lavoro subordinato, però, dovrebbero essere rispettati i principi che valgono per la generalità dei lavoratori.

Un argomento da utilizzare per contrastare la tesi del Ministero potrebbe anche far leva proprio su quell'art. 6, l. n. 142/2001 richiamato nell'interpello. Al comma 1, lettera e), si riconosce all'assemblea della cooperativa la facoltà di deliberare, per far fronte a situazioni di crisi, forme di apporto economico da parte dei soci lavoratori, purché “proporzionate alle disponibilità e capacità finanziarie dei medesimi”.

L'eventuale sospensione del rapporto di lavoro (o la riduzione di orario) potrebbe così essere operata soltanto nei confronti di coloro che veramente presentano una condizione socio-economica corrispondente alla qualità di socio di una cooperativa: in primis, coloro che hanno acquistato consistenti quantità di quote sociali, tali da consentire di avere un reddito da lavoro di gran lunga superiore a quello di chi, invece, socio non è.

In conclusione, è comunque evidente che la tutela offerta dalla legge al socio lavoratore sia particolarmente debole e ricca di insidie.

Occorre, sul punto, ricordare come l'altro problema che affligge il socio lavoratore di cooperativa sia quello per cui l'eventuale risoluzione del rapporto associativo comporta di diritto (ovvero automaticamente) anche quella del rapporto di lavoro (art. 9, l. n. 30/2003); con la conseguenza per il dipendente di dover impugnare la delibera di esclusione dal socio entro 60 giorni, pena l'impossibilità di ottenere tutela contro il licenziamento.

Il recente Interpello del Ministero offre possibili coperture giuridiche a fenomeni che, come detto, sono molto frequenti nella prassi quotidiana presso le cooperative.

Occorre, comunque, evidenziare che l'interpretazione del Ministero sembra escludere la possibilità per la cooperativa di operare le sospensioni e/o le riduzioni della prestazione lavorativa laddove i motivi invocati non siano riconducibili a temporanee crisi produttive, bensì a mere ragioni organizzative.

Si tratta di un altro comportamento frequente. Si pensi alle cooperative che offrono servizi di assistenza a bambini portatori di handicap all'interno delle scuole. Se un bambino, seguito da un determinato educatore dipendente della cooperativa (ed inquadrato come socio-lavoratore) è assente a scuola per lunghi periodi, capita che il datore di lavoro operi riduzioni unilaterali e temporanee dell'orario di lavoro ovvero sospensioni del rapporto. Siamo con tutta evidenza fuori da situazioni di crisi aziendale, per le quali dunque non dovrebbe valere quanto sostenuto dal Ministero.

In tali ipotesi, non potrà neanche essere invocata l'impossibilità sopravvenuta ex art. 1463 cc, in quanto fenomeni riconducibili a difetti di organizzazione e/o di programmazione aziendale, costituenti fatto “imputabile” al datore di lavoro o, comunque, rientranti nel normale rischio di impresa che il medesimo deve sopportare.

Il socio lavoratore potrà così, in tali casi, offrire la propria prestazione lavorativa (cosiddetta messa in mora) e, se l'azienda non consentirà ugualmente di lavorare, quest'ultima sarà comunque tenuta a corrispondere la retribuzione.

# MUNICIPALIZZATE MENO PUBBLICHE PIU' PRIVATE

## IL TRIBUNALE DI FIRENZE CONDANNA ALLA RIAMMISSIONE IN SERVIZIO UN'AZIENDA DEL COMUNE

MASSIMO RUSCONI

È cosa nota che l'art. 36 del d.lgs. 165 del 2001 vieti a qualsiasi giudice di disporre la costituzione di rapporti di lavoro a tempo indeterminato con le pubbliche amministrazioni anche quando tale assunzione sia prevista come sanzione per l'inosservanza di norme riguardanti l'impiego dei lavoratori.

Detto in altri termini, ciò significa che se una pubblica amministrazione stipula con un lavoratore un contratto a termine o un contratto di somministrazione poi giudicato illegittimo, non potrà essere obbligata dal giudice ad assumere tale lavoratore con contratto a tempo indeterminato (come invece avviene quando il datore di lavoro è un privato) ma potrà al massimo essere condannata a pagare una somma a titolo di risarcimento del danno.

Ma a chi si applica esattamente questa norma?

Negli ultimi 5 anni il Legislatore italiano ha adottato numerosi provvedimenti finalizzati al contenimento della spesa pubblica per il personale dipendente dello Stato e degli enti locali, ma anche di altri soggetti i cui bilanci gravano direttamente sulle finanze pubbliche.

Gli interventi legislativi, infatti, da un lato si sono concentrati nel limitare le assunzioni (vincoli al turn-over, blocco delle assunzioni...) da parte delle pubbliche amministrazioni in senso proprio (ad esempio per i ministeri, per gli enti locali come province e comuni, nel settore scuola...), dall'altro sono andati nel senso di estendere gli stessi limiti operanti per i soggetti pubblici anche ad altri soggetti ad essi in qualche modo equiparabili.

In particolare, a partire dal 2008, con una serie di interventi piuttosto disomogenei e caotici (cfr. in particolare art. 18 comma 1 D.L. 112/2008 e art. 7 D.P.R. 7-9-2010 n. 168), sono stati posti rigidi limiti alle assunzioni da parte di quelle società - in genere società per azioni - interamente possedute da enti locali alle quali viene affidata la gestione di servizi pubblici, ad esempio nel settore dei trasporti, della manutenzione stradale o dello smaltimento dei rifiuti.

Anche a causa della oggettiva sconclusionatezza e scarsa chiarezza delle modifiche introdotte (spesso si tratta di rinvii a norme riguardanti le pubbliche amministrazioni), sono sorti dubbi circa la disciplina applicabile a tali soggetti (se quella di diritto pubblico o quella di diritto privato, ad esempio per quanto riguarda i rapporti di lavoro).

Si è pertanto posta la questione se il menzionato art. 36 operi anche rispetto a questi soggetti - cui è estesa l'applicabilità di talune regole vigenti per le pubbliche amministrazioni soprattutto in tema di

selezione del personale - e che, pur non essendo vere e proprie pubbliche amministrazioni, sono "para-pubblici".

Ebbene, in due cause patrocinata da Legalilavoro Firenze, il Tribunale di Firenze (cfr. sentenze n. 31 e 32/2013) ha optato per la prima soluzione, ritenendo che i richiami contenuti nelle disposizioni del 2008 e del 2010 menzionate non abbiano in realtà reso operante, nei confronti di società di diritto privato interamente di proprietà di enti pubblici locali, i limiti di cui all'art. 36 del d.lgs. 165/2001, ma abbiano soltanto fissato dei principi, in tema di assunzioni, la cui mancata osservanza non può comunque ricadere sul lavoratore. Ove pertanto una di tali aziende faccia ricorso in modo illegittimo a forme di lavoro flessibile, dovrà essere applicata la relativa sanzione prevista dalla legge, esattamente come avviene nei confronti di datori di lavoro privati.

Nei casi menzionati, in particolare, è stato accertato che una "azienda municipalizzata" di proprietà del Comune di Firenze aveva fatto ricorso a contratti di somministrazione di lavoro illegittimi (per genericità della causale giustificatrice il ricorso alla somministrazione di manodopera). L'azienda è stata quindi condannata a riammettere in servizio i lavoratori "somministrati" che l'avevano convenuta in giudizio ed a pagare loro tutte le retribuzioni mensili dalla data di inizio della causa a quella della sentenza.

Circostanza, quest'ultima, a sua volta interessante. A seguito della entrata in vigore della legge 183/2010 (c.d. Collegato lavoro), infatti, sono sorti diversi dubbi circa le conseguenze economiche dell'accertamento dell'illegittimità di un contratto di somministrazione di lavoro. Secondo taluni interpreti, infatti, anche al caso di illegittimità della somministrazione di lavoro seguirebbe l'applicazione della sanzione stabilita nel caso di conversione del contratto a termine illegittimo, ovvero un risarcimento forfettizzato in una misura che va da un minimo di 2,5 ad un massimo di 12 mensilità. Tale tesi, tra l'altro, è stata a più riprese accolta dalla Corte di Appello di Firenze (cfr. sentenze n. 94 del 30.1.2013 e n. 1334 del 13.12.2011). L'interpretazione letterale della norma controversa (art. 32 della l. 183/2010), tuttavia, porta a ritenere più corretta la via scelta dal Tribunale di Firenze, che, commisurando l'entità del risarcimento all'effettiva durata del processo (senza un tetto massimo) e quindi al danno effettivamente subito dal lavoratore, massimizza la tutela per quest'ultimo (fermo restando che dal risarcimento deve essere detratto quanto eventualmente percepito dal lavoratore nel medesimo periodo, c.d. *aliunde perceptum*).

# LUNGA VITA ALL'APPRENDISTATO DUE INTERVENTI DEL MINISTERO SUL CONTRATTO "UNICO" PER L'INGRESSO NEL MONDO DEL LAVORO MENO VINCOLI PER UNA DIFFUSIONE ANCORA MAGGIORE

Il Ministero del Lavoro interviene a precisare alcuni aspetti relativi all'istituto dell'apprendistato, nel solco dell'implementazione del Testo Unico del 2011, D. Lgs. n. 167, attraverso una circolare, la n. 5 del 21.1. 2013, e due risposte ad interpello, nn. 4 e 5 del 5.2.2013. Il quadro regolativo restituito dagli interventi ministeriali sembra ispirato ad un allentamento dei profili più vincolistici della fattispecie, nell'ottica promozionale accolta nella Riforma Fornero, in cui l'apprendistato è descritto come il principale strumento per lo sviluppo professionale del lavoratore e come *"la modalità prevalente di ingresso dei giovani nel mondo del lavoro"*. Il *"combinato disposto"* delle previsioni contenute nella circolare e negli interpelli, costituisce un intervento molto ampio e profondo sulla fisionomia dell'istituto, poiché riguarda da un lato, ed in modo complessivo, i profili relativi alla formazione, e quindi il cuore della disciplina in questione, e dall'altro tocca altri aspetti molto importanti e a loro volta caratterizzanti, come quello dei limiti numerici e degli obblighi di stabilizzazione, i controlli ispettivi ed il relativo ambito delle sanzioni applicabili, i profili connessi ai benefici economici e normativi dell'istituto, il rapporto dello stesso con il tempo determinato ed il contratto di somministrazione, e più in generale il ruolo delle altre fonti regolative accanto a quella legale statale, e quindi la legislazione regionale e soprattutto la contrattazione collettiva.

## OBBLIGHI FORMATIVI E COMPETENZE REGIONALI

In relazione alla vocazione formativa dell'apprendistato, tecnicamente considerata *"causa"* del contratto, *"mista"* a quella dello scambio lavoro-retribuzione, e perno della regolazione *"di favore"* dal punto di vista economico e normativo, si nota un generale alleggerimento del relativo ruolo. Intanto si conferma il peso per così dire residuale della sanzione ex art. 7, comma 1, TU, che collega all'inadempimento dell'obbligo formativo da parte del datore di lavoro il versamento della differenza fra la contribuzione agevolata versata, e quella invece dovuta con riferimento *"al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato"*, maggiorata del 100%, e che però scatta al ricorrere dei due presupposti, considerati concorrenti, della esclusiva responsabilità del datore di lavoro, e della gravità dell'inadempimento. La circolare in commento conferma tale inquadramento, peraltro già assodato, ma lo

*"circostanza"* in relazione ai tre tipi di apprendistato, considerata la differenziazione nel riparto di competenze nella gestione dei profili formativi ad essi relativi fra Stato e Regioni, discendente dall'art. 117 Cost. e declinata nel TU. In relazione quindi **all'apprendistato per la qualifica e il diploma professionale, (e all'apprendistato professionalizzante** nel caso sia prevista una formazione trasversale, quindi interna ed esterna all'azienda, gestita dalle Regioni) in assenza dell'attivazione dei percorsi formativi esterni all'azienda *"il datore di lavoro non potrà infatti essere ritenuto "esclusivamente" responsabile dell'obbligo formativo in questione, con la conseguente inapplicabilità della disposizione sanzionatoria di cui al citato art. 7, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011."* Ferma restando in relazione a tale previsione l'irragionevolezza di una soluzione che addossasse al datore di lavoro l'inerzia regionale nella regolazione dei profili formativi in questione, desta tuttavia qualche perplessità anche l'opposta scelta del legislatore, blindata in circolare, capace di innescare un meccanismo per cui i datori di lavoro che non effettuano la formazione si *"giovano"* della segnalata inerzia regionale, e di incentivare, in Regioni già non virtuose dal punto di vista dell'implementazione dello strumento, comportamenti elusivi rispetto alla causa formativa tipica dell'apprendistato, in un circolo vizioso i cui effetti disfunzionali sono pagati esclusivamente dal lavoratore. Quest'ultimo vede frustrato infine il suo interesse alla formazione (che comunque il TU, anche dopo le recenti modifiche, consente di ricostruire in termini di diritto soggettivo), nella previsione per cui in caso di attivazione tardiva dei percorsi formativi regionali *"non comporterà automaticamente un obbligo di "recupero", in capo al datore di lavoro, di tutta la formazione non effettuata nel periodo antecedente, (...)"*.

Tale passaggio vale più di ogni altro ad evidenziare una cesura fra possibilità di ricorrere all'apprendistato da parte dei datori di lavoro, e attivazione dei relativi percorsi formativi da parte degli enti a ciò preposti, cioè in sostanza le Regioni. La precisazione ministeriale lascia cioè impregiudicata la possibilità di assumere apprendisti anche in assenza delle regole poste dalle Regioni e tuttavia ciò, in un quadro in cui la competenza regolativa sui profili formativi dell'apprendistato è solo regionale (art. 3, co. 2, TU), invece di inibire il ricorso allo strumento da parte delle aziende, come sarebbe naturale, ha l'effetto di *"svuotarlo"* del suo connotato caratterizzante, e ragion d'essere, e cioè

la finalità formativa, ed abilitarne una forma spuria, in cui rimane il sottoinquadramento, gli sgravi, e quindi gli incentivi all'assunzione, ma sparisce, senza nemmeno troppo rumore, la formazione.

### ATTO DI DISPOSIZIONE E RECUPERO DEL DEBITO FORMATIVO

Lo stesso schema riguarda l'apprendistato professionalizzante, sia quello basato sulla formazione c.d. "trasversale" (per cui il discorso non è diverso da quanto fin'ora illustrato, cfr. *supra*, a meno che la stessa non sia rimessa dai contratti collettivi al datore di lavoro nelle more dell'intervento regionale), sia quello basato su una formazione esclusivamente "professionalizzante" o di mestiere, in cui "la responsabilità del datore di lavoro si potrà configurare nell'ipotesi in cui lo stesso non effettui la formazione interna in termini di "quantità", contenuti e modalità previsti dal contratto collettivo e declinati nel piano formativo individuale". Coerentemente alla lettera della legge, la circolare ribadisce sul punto che qualora "l'inadempimento formativo di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro" sia recuperabile, deve essere oggetto di disposizione, così come prevede l'art. 7, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011, essendo la più grave sanzione del recupero contributivo ex art. 7, riservata ai casi in cui il "debito formativo" non sia recuperabile.

Dunque l'intervento ispettivo può risolversi in due direzioni diverse, e cioè, con l'emanazione della disposizione (ex art. 14, d. Lgs. 124/2004) quando il debito formativo è recuperabile, e quindi il datore di lavoro è "rimesso in termini" per evitare l'inadempimento, oppure l'irrogazione della sanzione ex art. 7, co.1, TU, quando la formazione è divenuta ormai impossibile. Il Ministero predispose in circolare una griglia relativa alle conseguenze sanzionatorie dipendenti dal momento di constatazione della violazione da parte del personale ispettivo, nel tentativo di consentire a quest'ultimo determinazioni omogenee. In generale sottolinea l'ovvia constatazione per cui più ci si avvicina al momento conclusivo stabilito nel contratto di apprendistato, meno facile è recuperare la formazione perduta e quindi optare per un provvedimento di disposizione invece che di sanzione *tout court* nel caso di intervento ispettivo, ma diluise anche questa distinzione suggerendo agli organi di vigilanza il provvedimento meno radicale, la disposizione appunto, nei casi "di più complessa valutazione". Da tale passaggio si può presumere che, a causa della complessità del quadro regolativo, e del (consequente) atteggiamento comprensibilmente prudentiale degli ispettori, l'irrogazione della sanzione rimarrà confinata a pochissimi casi eclatanti.

### I COMPITI DEL TUTOR AZIENDALE

La stessa lettura nel senso del "contenimento" della portata formativa e professionalizzante dell'apprendistato sembra potersi dedurre dalle previsioni relative alla figura del tutor aziendale, al quale, secondo la circolare, le parti sociali possono assegnare compiti molto diversi, che vanno "dall'insegnamento delle materie oggetto di formazione interna a quello della semplice "supervisione" circa il corretto svolgimento della formazione" oppure a funzioni diremmo meramente "esterne", "di "controllo" in relazione alla corretta effettuazione della formazione e/o di "raccordo" tra apprendista e soggetto formatore." Da tale ampiezza assicurata alla figura del tutor, estrapolata dal tipico ruolo tutorio e professionalizzante tradizionalmente ricoperto nella legislazione sull'apprendistato, si vede bene come possa giustificarsi la conclusione in circolare per cui "non può certamente sostenersi che violazioni della disciplina in materia di "presenza di un tutore o referente aziendale" determinino automaticamente l'applicazione del regime sanzionatorio di cui all'art. 7, comma 1, del D.Lgs. n. 167/2011 per mancata formazione dell'apprendista". Il controllo richiesto al personale ispettivo, che dovrà verificare "se la formazione è stata comunque effettuata secondo "quantità", contenuti e modalità previste dal contratto collettivo e - in secondo luogo - quale sia il ruolo assegnato al tutor dallo stesso contratto", sembra inibire del tutto le potenzialità sanzionatorie (con ricadute, evidentemente, più che sul piano meramente repressivo, su quello più essenziale di implementazione di buone prassi) soprattutto quando, da contratto collettivo, il tutor svolga un ruolo esclusivamente di "controllo", dato che in tal caso "la sua assenza non potrà mai comportare una mancata formazione" e "il personale ispettivo dovrà comunque esplicitare e documentare le carenze formative derivanti dall'assenza del tutor che si riverberano sul mancato raggiungimento degli obiettivi formativi": carenze formative, quindi, praticamente mai sanzionabili, a meno di un protagonismo ispettivo dal quale si può presumere che il personale degli uffici territoriali non si farà facilmente tentare.

### I LIMITI NUMERICI ALL'ASSUNZIONE

Un altro importante tema affrontato in circolare è quello dei limiti numerici relativi all'assunzione degli apprendisti, data la modifica del comma 3 dell'art. 2 del TU, da parte dell'art. 1, comma 16 lett. c), della L. n. 92/2012. La disciplina resta quella originaria, tranne che in relazione al numero complessivo di apprendisti che un datore di lavoro può assumere, direttamente o indirettamente per il tramite delle agenzie di

somministrazione di lavoro ai sensi dell'articolo 20 del D. Lgs. n. 276/2003, che "non può superare il rapporto di 3 a 2 rispetto alle maestranze specializzate e qualificate in servizio presso il medesimo datore di lavoro". Tale incentivo all'utilizzo di tale tipologia contrattuale trova applicazione esclusivamente per le imprese di medie o grandi dimensioni (dalle 10 unità in poi) dato che, "per i datori di lavoro che occupano un numero di lavoratori inferiore a dieci unità", rimane il precedente rapporto del 100% fra maestranze specializzate e qualificate e apprendisti. In particolare è stato precisato che detto limite "è evidentemente legato alla necessità di garantire una adeguata formazione e affiancamento del lavoratore", ma in riferimento a tale finalità formativa, se la considerazione, in senso di apertura, dei soci o dei coadiuvanti familiari che prestano attività lavorativa con carattere di continuità e abitudine ed in possesso di adeguate competenze, nel novero delle maestranze specializzate appare del tutto coerente, al contrario la previsione per cui è possibile il "computo di lavoratori comunque rientranti nella medesima realtà imprenditoriale, anche se operanti in unità produttive o sedi diverse da quelle in cui opera l'apprendista" sembra invece sconfiggare la finalità, esplicitata in circolare, relativa all'effettività della formazione aziendale da impartire all'apprendista.

### L'APPRENDISTATO SENZA ACCORDO COLLETTIVO

La tendenza incentivante dell'apprendistato perseguita dal Ministero del Lavoro, si conferma anche nelle risposte ad interpello (nn. 4 e 5 del 2013), in cui si ammette la possibilità di attivazione dell'apprendistato professionalizzante anche in settori in cui non esista un accordo confederale che regola la materia, e ricorrendo in tal caso alle previsioni contrattuali-collettive di settori "affini", e si riconosce la possibilità di attivazione dell'apprendistato anche al di fuori del rispetto degli oneri di stabilizzazione legali per le attività stagionali.

Attraverso le modifiche legislative, e le chiose ministeriali, l'apprendistato sembra compiutamente traghettato fra le misure di politica attiva volte all'inserimento dei lavoratori attraverso meccanismi incentivanti di tipo economico rivolti ai datori di lavoro, ed in riferimento ad esso sembrano essersi perse, o almeno di molto affievolite, le finalità di formazione dei lavoratori, insieme ad una prospettiva di inserimento più lungimirante, cioè giocata sulla loro "impiegabilità", sulla valorizzazione delle loro potenzialità, sull'acquisizione e l'accrescimento, in sostanza, del loro potere negoziale.

# IL LAVORO ACCESSORIO DOPO LA FORNERO

**FRANCESCA MESSINA**

Con la Circolare n. 4 del 18 Gennaio 2013 il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali ha fornito indicazioni al personale ispettivo per lo svolgimento dell'attività di vigilanza, in materia di lavoro accessorio la cui disciplina è stata oggetto di recenti modifiche legislative.

Tra le novità più significative apportate al D. Lgs 276/03 rileva la nuova definizione di lavoro accessorio. L'art. 70 è stato, infatti, così riscritto dall'art. 1, commi 32 e 33, della Legge 92/2012 "per prestazioni di lavoro accessorio si intendono attività lavorative, di natura meramente occasionale, che non danno luogo, con riferimento alla totalità dei committenti, a compensi superiori a 5.000 euro nel corso di un anno solare, annualmente rivalutati sulla base della variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie degli operai e degli impiegati intercorsa nell'anno precedente".

Cancellate le causali soggettive ed oggettive della precedente formulazione e "liberalizzato" il ricorso al lavoro accessorio con un unico limite di carattere esclusivamente economico: il compenso per tali prestazioni di lavoro occasionale non potrà superare 5.000 euro, con riferimento però alla totalità dei committenti e non più al singolo committente come in precedenza. Se poi beneficiario della prestazione è un professionista o un imprenditore commerciale, per tale intendendosi qualsiasi soggetto che operi sul mercato, così come chiarito dalla circolare, il compenso del lavoratore accessorio non potrà superare, per ciascun committente, 2.000 euro.

Nell'ambito del settore agricolo va evidenziato nello specifico che, fermo restando il tetto massimo delle 5.000 euro di compenso, il novero dei soggetti cui è possibile richiedere prestazioni di lavoro occasionali viene ristretto ad i soli pensionati e giovani di età inferiore ad i 25 anni, iscritti ad un ciclo di studi presso un istituto scolastico di qualsiasi ordine e grado e compatibilmente con gli impegni scolastici per le attività agricole a carattere stagionale ovvero in qualsiasi periodo dell'anno se regolarmente iscritti ad un ciclo di studi universitari. Permane invariato il divieto di lavoro accessorio nei confronti di chi, nell'anno precedente alla richiesta, risulti iscritto negli elenchi anagrafici dei lavoratori agricoli aventi un volume d'affari non superiore a 7.000 euro.

Nel settore pubblico il ricorso al lavoro accessorio è subordinato al rispetto, da parte del pubblico committente, del patto di stabilità interno e del contenimento della spesa del personale.

Escluso è invece l'utilizzo di questa tipologia contrattuale per svolgere prestazioni a favore di terzi, ad esempio impiegando il lavoratore accessorio nell'ambito di un appalto o di una somministrazione tramite agenzia. L'importante precisazione conferma quanto già affermato dall'Inps (circ. n. 17/2010) in merito ad un principio che trova eccezione solo nel caso degli steward delle società sportive (DM 8.8.2007, come modificato dal DM 24.2.2010).

## FLASH

### CONGEDI PARENTALI: AL VIA LA SPERIMENTAZIONE

Con la pubblicazione, nella Gazzetta Ufficiale del 13 febbraio 2013, del Decreto ministeriale del 22 dicembre 2012 ha preso il via la sperimentazione, sino al 2015, dei nuovi istituti in materia di genitorialità e lavoro introdotti dalla Riforma Fornero.

Il riferimento è al congedo di un giorno che il padre lavoratore deve obbligatoriamente fruire entro i 5 mesi dalla nascita del figlio, oltre che ai due facoltativi da godere, sempre nel medesimo arco temporale, in sostituzione di pari giorni di congedo obbligatorio della madre.

Il riferimento è altresì alla possibilità per la lavoratrice madre di optare, in sostituzione del congedo facoltativo di 11 mesi, per il pagamento, da parte dell'INPS, di servizi di baby sitter ovvero della scuola dell'infanzia.

Tali novità operano per le nascite successive al 1° gennaio 2013.

Con il recente Parere del 20 febbraio 2013 il Dipartimento della Funzione Pubblica ha, altresì, precisato che tali novità non trovano al momento applicazione nel pubblico impiego.

### DIMISSIONI DELLA LAVORATRICE MADRE E INDENNITA' DI DISOCCUPAZIONE

Con Interpello del 5 febbraio 2013, il Ministero del Lavoro ha affermato che, nonostante la l. n. 92/2012 (Riforma Fornero) abbia esteso fino ai primi 3 anni di vita del bambino, l'obbligo di convalida presso l'Ispettorato del Lavoro delle dimissioni della lavoratrice madre, la possibilità per quest'ultima di poter percepire, una volta dimessasi, l'indennità di disoccupazione rimane solo fino al primo anno di età del bambino.

Questo, ad avviso del Ministero, è ciò che emerge da una interpretazione strettamente letterale dell'art. 55, comma 1, d.lgs. n. 151/2001.

### LAVORO A PROGETTO: ORGANIZZAZIONI SOCIO-ASSISTENZIALI E ATTIVITA' DEI PROMOTERS

Con la Circolare n. 7 del 20 febbraio 2013, il Ministero del Lavoro si è occupato della possibilità di utilizzare il lavoro a progetto nell'ambito delle organizzazioni socio - assistenziali e nelle attività dei promoters.

Ad avviso dell'amministrazione, la tipologia contrattuale in questione è astrattamente utilizzabile nell'ambito delle ONG/ONLUS e in tutte le altre organizzazioni socio-assistenziali.

Perché ciò sia possibile e, soprattutto, perché non risulti violato quanto previsto dalla legge in materia - in particolare, si vedano le novità della Riforma Fornero con le quali è stato cristallizzato il principio giurisprudenziale secondo il quale il progetto non può coincidere con l'oggetto sociale dell'impresa - è necessario che l'attività del collaboratore si caratterizzi per elementi di specificità rispetto agli scopi sociali dell'organizzazione. E' necessario così che essa sia finalizzata al raggiungimento di un risultato autonomo, conseguito attraverso un'attività che presenti margini di autodeterminazione del prestatore.

Quanto, invece, ai promoters, il Ministero osserva come tali mansioni si avvicinino molto a quelle dei commessi e/o degli addetti alle vendite, i quali difficilmente risultano inquadrabili nell'ambito di un genuino rapporto di collaborazione a progetto.

L'amministrazione non ritiene, tuttavia, di escludere a priori il ricorso alla tipologia contrattuale in questione per tali tipi di attività, sempre che nei fatti siano riscontrabili gli indici tipici della parasubordinazione.

Altra importante novità introdotta dalla Legge 92/2012, richiamata e specificata dalla circolare del Ministero del Lavoro, concerne la modalità di retribuzione del lavoro accessorio, che avviene per mezzo dei voucher. Viene definitivamente colmata la lacuna relativa alla mancata previsione della corrispondenza tra valore nominale del buono e tempo di lavoro. Nella nuova formulazione dell'art. 72 del D.Lgs 276/03 si legge testualmente che i carnet dei buoni di lavoro accessorio sono "orari, numerati progressivamente e datati" ed il loro valore nominale fissato con decreto del Ministero del Lavoro, "tenuto conto delle risultanze istruttorie del confronto con le parti sociali". Limite invalicabile sarà costituito dall'arco temporale, essendo vietato l'utilizzo di voucher per un periodo superiore a 30 giorni dall'acquisto.

La circolare del ministero del Lavoro ha chiarito come la "quantificazione" del compenso del lavoro accessorio (attualmente 10 euro l'ora), non essendo oggetto di negoziazione tra le parti, impedisce che con un solo voucher possano essere retribuite più ore di lavoro, salva la possibilità di corrispondere per un'ora di lavoro accessorio anche più voucher. Il personale ispettivo è chiamato a verificare la durata della prestazione con le stesse modalità di accertamento applicate al lavoro subordinato.

Merita particolare attenzione un altro aspetto, peraltro alquanto singolare, della riforma del lavoro in materia di prestazioni accessorie: la Legge 92/2012, risulta affetta dalla contraddizione di aver predisposto dei precisi limiti in materia di lavoro accessorio atti a disciplinarne il corretto uso e scongiurare il più possibile l'abuso, omettendo del tutto l'introduzione di meccanismi sanzionatori in caso di loro violazione. E' indubbio che tale riforma sia stata finalisticamente orientata al raggiungimento dall'obiettivo di normare e normalizzare quelle prestazioni che, diversamente, sarebbero rimaste nell'alveo del lavoro sommerso mediante la previsione di un regime minimo di tutele contributive, assicurative e fiscali. Tale nobile finalità però finisce per essere disattesa da una lacuna procedimentale intrinseca alla stessa Legge 92/2012.

Sotto questo profilo la circolare del ministero del Lavoro, a completamento ed integrazione della Legge 92/2012, fornisce indicazioni in merito alla disciplina sanzionatoria per i casi di superamento dei limiti quantitativi (5.000-2.000 euro) nonché nelle ipotesi di utilizzo dei voucher al di fuori del periodo consentito (30 giorni).

Preliminarmente va evidenziato che la circolare, per scongiurare il superamento dei sopraccitati limiti quantitativi e temporali, nelle more del completamento del sistema di monitoraggio informatizzato da parte dell'Inps relativo ad i limiti di ammissibilità in capo al lavoratore dell'accredito dei voucher, suggerisce al committente di richiedere al prestatore di lavoro accessorio una dichiarazione avente ad oggetto il "non superamento degli importi massimi previsti", da rendersi nelle forme e per gli effetti di cui all'art. 46, comma 1 lett. o) del D.P.R. n. 445/2000.

Ferma restando, dunque, la responsabilità penale del lavoratore nell'ipotesi in cui esso renda false dichiarazioni, la sanzione della conversione in rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato delle prestazioni di lavoro accessorio rese in spregio dei limiti sopra menzionati scatta se queste sono "*effettuate nei confronti di un'impresa o di un lavoratore autonomo [e] risultino funzionali all'attività di impresa o professionale*"; ovvero se risultano fungibili con quelle "*rese da altro personale già dipendente dell'imprenditore o del professionista*".

In altre parole il Ministero esclude che la conversione in lavoro subordinato sia l'effetto automatico della violazione dei limiti di legge, essendo comunque necessario un accertamento in merito alle concrete modalità di svolgimento del rapporto nel caso di specie. Non sembra dunque escluso che, laddove le prestazioni non rivestano natura subordinata ai sensi dell'art.2094 c.c., il rapporto sia da qualificare come autonomo. Lo stesso meccanismo sanzionatorio scatta anche nell'ipotesi in cui l'uso dei voucher sia avvenuto in un periodo diverso rispetto a quello consentito (30 giorni dall'acquisto). In assenza del "titolo" legittimante le prestazioni di lavoro accessorio, in questo caso la prestazione stessa dovrà ritenersi "prestazione di fatto", non censita preventivamente e pertanto da considerarsi "in nero"; con conseguente applicazione della maxisanzione prevista dall'art.4 L.183/10 (c.d. Collegato Lavoro).

## FLASH LA CASSAZIONE SULL'ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE

La Corte di Cassazione si è recentemente occupata, con la Sentenza n. 1817 del 28 gennaio 2013, dell'istituto della "associazione in partecipazione".

In particolare, è stato affermato che il rapporto di associazione in partecipazione ha come elemento essenziale la condivisione del rischio d'impresa da parte dell'associato, con conseguente partecipazione del medesimo tanto alle perdite, quanto agli utili.

Laddove tutto ciò non avvenga e l'associato si ponga come un soggetto stabilmente inserito nell'organizzazione aziendale, senza partecipare al rischio d'impresa e senza collaborare alla gestione dell'azienda, si ricade nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato.

Da notare come la Cassazione ponga sempre di più l'accento sull'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale, quale elemento qualificante il rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 cc.

Ricordiamo, altresì, come l'istituto dell'associazione in partecipazione sia stato oggetto di recenti modifiche ad opera della Riforma Fornero, con la quale sono stati introdotti ulteriori limiti. E' stato previsto, infatti, che qualora il numero degli associati "impegnati in una medesima attività" sia superiore a tre, si presume, senza possibilità di prova contraria da parte del datore di lavoro, che tali rapporti siano di carattere subordinato. Sono tuttavia esclusi da tale meccanismo presuntivo gli associati legati all'associante da rapporto coniugale, di parentela entro il terzo grado o di affinità entro il secondo.

## SI' AI CONTROLLI SUL PC AZIENDALE, MA SOLO SE AUTORIZZATI

Un recente provvedimento del Garante della Privacy ha ricordato le principali regole che il datore di lavoro deve seguire nell'effettuare controlli sui pc aziendali forniti ai propri dipendenti per lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Nel ribadire come costituisca certamente una facoltà datoriale quella di effettuare accessi ai pc dei lavoratori al fine di controllare il corretto utilizzo dei medesimi e/ o l'esatto adempimento della prestazione lavorativa, anche trattando eventuali dati personali in essi presenti, il Garante ha precisato come tale facoltà sia subordinata al rispetto di alcuni adempimenti preliminari.

Fra questi vi rientra quello di dare un'informativa preventiva e generale ai propri dipendenti circa la possibile effettuazione dei suddetti controlli, quindi anche del trattamento dei dati personali che, conseguentemente, ciò può comportare.

I dati acquisiti senza l'osservanza delle suddette cautele – conclude il Garante - non sono da ritenersi utilizzabili da parte del datore di lavoro.

# DOPO LA RIFORMA I TIROCINI FORMATIVI

Il tema dei tirocini formativi rimane argomento di grande attualità sia per la recente sentenza della Corte Costituzionale n.287/2012 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 11 della L. N. 148/2012, sia perché, in attuazione della Riforma del mercato del lavoro, il 24.1.2013 è stato siglato l'Accordo in sede di Conferenza Stato - Regioni, con il quale sono state definite le linee guida in materia.

Sebbene l'istituto sia stato pensato per permettere, da un lato, al giovane di entrare nel mondo del lavoro tramite un percorso formativo o di orientamento professionale e, dall'altro, al datore di lavoro di conoscere potenziali collaboratori da inserire in futuro nel proprio organico, la natura non contrattuale dello stesso ("*non costituente rapporto di lavoro*" ai sensi dalla lett. d) dell'art. 18 della L. 196/1998), con conseguente esclusione di oneri retributivi in capo al datore di lavoro, ha creato nei fatti elevati rischi di abusi.

È proprio al fine di evitare un uso distorto di tale rapporto che il Legislatore della Riforma è intervenuto sull'istituto dei tirocini formativi con i commi da 34 a 36 dell'art. 1 della L. n. 92/2012. Ferma restando la distinzione tra tirocini curriculari (ovvero esperienze previste all'interno di un percorso di istruzione o formazione con una alternanza tra istruzione e lavoro) e non curriculari (realizzati per agevolare le scelte professionali mediante la conoscenza diretta del mondo del lavoro), i commi dell'art. 1 dedicati ai tirocini formativi, tramite una disposizione di natura non precettiva, prevedono la stipula di un Accordo in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome al fine di elaborare, nei sei mesi successivi all'approvazione della Riforma stessa, una serie di linee guida per uniformare a livello nazionale la normativa, ma lasciando inalterata la facoltà per Regioni e Province autonome di fissare disposizioni di maggior tutela in forza della competenza esclusiva che l'art. 117, comma 4, Cost. riserva a queste ultime in materia di "*istruzione e formazione professionale*".

In vero tale Accordo è stato raggiunto in data 24.1.2013 con il quale la Conferenza Stato-Regioni ha definito "*azioni ed interventi volti a prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto, anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività ed il riconoscimento di una congrua indennità, anche in forma forfetaria, in relazione alla prestazione svolta*".

Le linee guida si riferiscono in particolare a tre tipologie di tirocini: i tirocini formativi e di orientamento per i soggetti neo diplomati o neo laureati entro e non oltre 12 mesi dal conseguimento del relativo titolo di studio; i tirocini di inserimento o reinserimento al lavoro aventi come destinatari principalmente i disoccupati; ed infine i tirocini di orientamento e formazione in favore dei disabili, rimanendo invece esclusi i tirocini curriculari (in quanto esperienze previste all'interno di un percorso formale di istruzione o di formazione), i tirocini estivi, i periodi di pratica professionale nonché i tirocini per l'accesso alle professioni ordinarie ed i tirocini transnazionali realizzati nell'ambito di specifici programmi europei.

L'Intesa ha fissato, inoltre, anche limiti di durata che variano a seconda del tipo di tirocinio: 6 mesi per i neo diplomati o neo laureati, 12 mesi per i disoccupati, da 12 a 24 mesi per quelli che si rivolgono a particolari categorie di soggetti, come per esempio i disabili.

Per quanto riguarda le modalità con cui il tirocinante presta la sua attività, le linee guida hanno confermato il percorso tipico di attivazione dei tirocini tramite convenzioni, stipulate tra alcuni soggetti individuati dalle Regioni - quali Centri per l'impiego - e le imprese ospitanti, al fine di individuare il progetto formativo che sarà seguito dal tirocinante.

Infine, il comma 34 dell'art. 1 della L. 92/2012 prevede che ai tirocinanti spetti una "*congrua indennità, anche in forma forfetaria, in relazione alla prestazione svolta*" che la Conferenza Stato - Regioni ha fissato in 400 € mensili da corrispondere a partire dal quarto mese di tirocinio, pena una sanzione amministrativa a quelle aziende che non corrisponderanno le indennità previste il cui ammontare, proporzionato alla gravità dell'illecito, può variare da un minimo di 1.000 € ad un massimo di 6.000 €.

Per quanto riguarda più specificamente la Regione Toscana, la L. regionale n. 3 del 27.1.2012 (c.d. progetto "Giovanisi"), ben anteriore alla Riforma, aveva reso obbligatorio il pagamento di almeno 500 € mensili lordi per l'attivazione di un tirocinio non curriculare presso enti pubblici o privati con la possibilità per il soggetto ospitante di richiedere un rimborso da parte della Regione di 300 € (500 € per quei tirocini che coinvolgono soggetti disabili o svantaggiati) a partire dal settimo mese e per un massimo di 12 mesi.

Restavano tuttavia esclusi sia i tirocini curriculari, sia quelli - obbligatori e non -

## LIVIA IRTINNI

finalizzati all'accesso alle professioni, i quali sono stati successivamente inseriti nel progetto "Giovanisi" in seguito alla stipula da parte della Regione, con 39 tra ordini e associazioni professionali, di tre accordi con i quali è stato riconosciuto il diritto alla retribuzione anche ai praticanti (mentre per i tirocini curriculari è necessario un ulteriore atto condiviso con le Università che ancora non è stato stipulato), con conseguente rimborso da parte della Regione di 300 € mensili (500 € per quei tirocini che coinvolgono soggetti disabili o svantaggiati) agli studi professionali o agli enti che attivino tirocini pagati almeno 500 € al mese, purché erogati a titolo di rimborso spese in quanto uno dei requisiti di accesso al contributo regionale prevede l'assenza di un rapporto di lavoro autonomo, subordinato o parasubordinato con il soggetto ospitante.

Ai fini dell'ammissibilità dell'erogazione del contributo regionale il praticantato deve essere svolto in Toscana, essere in corso da almeno 6 mesi, deve essere previsto un progetto formativo per i praticantati non obbligatori e deve avere come destinatari praticanti che abbiano un'età compresa tra i 18 ed i 32 anni, non compiuti alla data di presentazione dell'istanza.

Una volta verificata la sussistenza di tutte queste condizioni, sia il soggetto ospitante che il praticante dovranno presentare apposita domanda, l'uno allegando la richiesta di ammissione alla procedura regionale di rimborso, l'altro una dichiarazione riguardante lo svolgimento del praticantato.

Tutto ciò rende conto sicuramente della particolare attenzione mostrata verso questo tema da parte della Regione Toscana la quale, prima di altre e prima ancora di dover adempiere gli obblighi introdotti dalla Riforma, si era interessata all'argomento dei tirocini formativi, garantendo una copertura soprattutto retributiva ai tirocinanti, con lo scopo di potenziare le opportunità legate alla formazione finalizzata all'inserimento dei giovani nel mondo del lavoro.

Tuttavia, per tirare le fila del discorso, la definizione di linee guida condivise in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato e le Regioni se, da una parte, permette di sperare che in futuro verranno effettivamente limitati gli abusi intrinsecamente connessi a questo istituto, dall'altra però, non è sufficiente a rendere completa la normativa, costituendo l'Intesa raggiunta una sorta di "piattaforma comune" sulla quale però le singole Regioni dovranno poi costruire una normativa regionale, adattando le linee guida fissate nell'Accordo ai propri mezzi ed alle proprie esigenze.