



Associazione per gli Studi internazionali e comparati
sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

L'Inps fornisce le nuove linee guida ai propri Ispettori

TEMISTOCLE BUSSINO

Sommario: **1.** Premessa. – **2.** La vigilanza ispettiva dell'Inps. – **3.** Titolari, soci e collaboratori familiari di imprese artigiane e commerciali. – **4.** Soci amministratori e soci di s.r.l. commerciali. Premessa. – **4.1.** I chiarimenti Inps. – **4.2.** Gli orientamenti della giurisprudenza di merito. – **4.3.** Le decisioni attese della Cassazione. – **4.4.** Conclusioni. – **5.** Agricoltura. – **6.** Part-time. – **7.** Il rapporto di lavoro associativo ed il lavoro subordinato. Premessa. – **7.1.** Il contenzioso nelle sentenze della Cassazione. – **7.2.** Alcuni ulteriori orientamenti. – **7.3.** Rassegna più recente. – **8.** Lavoro parasubordinato. – **8.1.** Quando le collaborazioni sono fittizie. – **8.2.** Prestazioni occasionali. – **8.3.** Lavoro autonomo occasionale. – **9.** Conseguenze dell'omessa comunicazione di variazione di attività. – **9.1.** Premessa. – **9.2.** Variazioni di inquadramento riguardanti singole aziende. – **9.3.** Variazioni di inquadramento riguardanti settori o categorie di datori di lavoro. – **9.4.** La sentenza. – **9.5.** Conclusioni. – **10.** Apprendistato e contratto di inserimento. – **10.1.** L'apprendistato nella giurisprudenza: alcune problematiche. – **10.2.** Contratto di inserimento. – **11.** Le ispezioni in materia di t.f.r. – **12.** Lo straordinario continuativo nei patti individuali: effetti sul t.f.r. e sulla tredicesima. Premessa. – **12.1.** La retribuzione ai fini del calcolo del t.f.r. – **12.2.** La retribuzione onnicomprensiva.

Working Paper n. 65/2008

Publicazione registrata il giorno 11 novembre 2001
presso il Tribunale di Modena. Registrazione n. 1609

1. Premessa

Nuove linee guida concernenti l'organizzazione, la programmazione e lo svolgimento dell'attività ispettiva da parte dei funzionari ispettivi dell'Inps. La circolare n. 85 del 12 settembre 2008 emanata al fine di aggiornare il contenuto della circolare n. 71 del 2 marzo 2004 in materia di *Attività di vigilanza – Piani operativi* detta nuove istruzioni agli Ispettori.

Nel rivedere l'organizzazione della vigilanza dei propri operatori l'Istituto previdenziale tiene necessariamente conto delle importanti novità introdotte dall'istituzione del Libro unico che, nella pratica, va a modificare anche la metodologia ispettiva degli organi di vigilanza degli Enti previdenziali. Va ricordato che il Libro unico del lavoro non soccorre più a esigenze di contrasto al lavoro sommerso, ma consente agli organi ispettivi l'analisi approfondita e specifica della regolarità di gestione dei rapporti di lavoro con riguardo, tra l'altro, ai profili retributivi, assicurativi, previdenziali e di corretto sviluppo dell'orario di lavoro.

Ai fini dell'indagine sul lavoro sommerso rileva invece la comunicazione obbligatoria preventiva dell'instaurazione del rapporto di lavoro, con la quale l'ispettore ha a disposizione un valido strumento alternativo ai libri obbligatori per valutare la condotta del datore di lavoro.

Del resto, il principio ispiratore delle nuove modalità di ispezioni, come ricordato dalla direttiva del Ministro Sacconi sui servizi ispettivi e sull'attività di vigilanza, sarà proprio quello di orientarsi in maniera esclusiva sulle violazioni sostanziali e non su quelle puramente formali.

Illustriamo alcuni passaggi di maggior rilievo riportati dalla circolare Inps n. 85/2008.

- Gli ispettori devono essere esclusivamente utilizzati in compiti propri, per non distoglierli dalla specifica attività di controlli esterni, limitandone la presenza negli uffici delle sedi allo stretto indispensabile. In questo spirito l'intervento degli ispettori nelle attività concernenti le procedure concorsuali dovrà essere limitato esclusivamente a quelle situazioni in cui non sia stato possibile pervenire alla quantificazione del credito Inps in via amministrativa. Inoltre, in relazione alla loro partecipazione alle cause civili è opportuno che la convocazione degli stessi da parte degli uffici legali di sede, in occasione di discussione delle cause civili, venga limitata ai casi di effettiva necessità.

* *Temistocle Bussino è Funzionario Ispettivo Inps e componente del Centro Studi Attività Ispettiva del Ministero del lavoro. Il presente contributo è a titolo personale e non impegna la Pubblica Amministrazione.*

- Sempre per non distogliere gli Ispettori dall'attività istituzionale e nell'ottica di evitare la duplicazione di verifiche ispettive, la circolare sottolinea che i verbali che pervengono dalle Direzioni provinciali del lavoro dovranno essere definiti esclusivamente dagli uffici amministrativi, salvo che per il loro contenuto non si ravvisi la necessità di ulteriori specifici approfondimenti. I fatti riportati nei verbali delle DPL, comunque, in nessun caso dovranno costituire oggetto di successiva verbalizzazione.

- Si richiama il fatto che il controllo direzionale deve essere soprattutto indirizzato su un più efficace monitoraggio dei risultati complessivi e sull'uniformità di comportamento e, di primaria importanza, sul controllo della qualità dei verbali. Del resto, proprio i verbali, se nel contenuto sono ben dettagliati e ricchi di elementi probatori, possono scoraggiare eventuali contenziosi. Ciò vuol dire, ad esempio, che l'acquisizione delle dichiarazioni deve cercare di reperire maggiori informazioni possibili (tipo di lavoro svolto, se lo stesso è assoggettato a potere direttivo, data di inizio rapporto, orario svolto, retribuzione percepita, eventuale straordinario registrato in busta paga ecc.). È auspicabile che le dichiarazioni siano raccolte dal maggior numero di lavoratori ed integrate con le informazioni fornite dal datore di lavoro. Inoltre, laddove possibile, la raccolta delle dichiarazioni dovrebbe essere corredata da documenti cartacei da poter poi richiamare a supporto nel verbale di accertamento. In sede di primo accesso ispettivo sarà, quindi, d'obbligo identificare le persone presenti (con il controllo del documento di identità), chiarire la tipologia del rapporto di lavoro instaurato, chiedere prova della avvenuta comunicazione obbligatoria preventiva di instaurazione del rapporto di lavoro (soprattutto negli appalti in edilizia vista la frammentazione del numero di aziende coinvolte) ed acquisire dichiarazioni dei presenti. Su un tema di così estrema rilevanza come quella dell'acquisizione delle dichiarazioni interviene la direttiva ministeriale che invita il corpo ispettivo ad un approccio diverso rispetto al passato. L'Ispettore dovrà infatti comportarsi e atteggiarsi nei confronti del lavoratore come colui che chiede una collaborazione costruttiva: se è vero che l'Ispettore ha necessità e può pretendere, per i poteri a lui conferiti, informazioni dai lavoratori occupati e trovati intenti al lavoro, tuttavia l'atteggiamento relativamente al lavoratore che rilascia la dichiarazione, specie quando trattasi di situazioni di illegalità o di sommerso, deve essere vissuto al contrario, nel senso di "chiedere aiuto" al lavoratore e non già di rivolgersi a lui come a qualcuno che ha bisogno di aiuto. Lo spirito è quello di instaurare un clima psicologico positivo e collaborativo che consenta al lavoratore di sentirsi al sicuro e non in soggezione.

Ritornando solo un attimo all'aspetto che riguarda l'accesso nel luogo di lavoro, la circolare ministeriale sottolinea che il personale ispettivo del Ministero provvederà all'acquisizione delle informazioni dai lavoratori trovati presenti e intenti al lavoro, procedendo a redigere apposito «verbale di primo accesso ispettivo», nel quale si dovrà aver cura, di identificare esattamente, anche mediante documento di identità, i lavoratori, indicare con precisione e in modo dettagliato le specifiche mansioni, operazioni ed attività svolte dai lavoratori, così come accertate dai verbalizzanti (e dare conto accuratamente di eventuali modalità particolari di tenuta o di abbigliamento e dell'uso di attrezzature o macchinari). Inoltre, sottolinea il Ministero, il Libro unico del lavoro dovrà essere esibito tempestivamente (e cioè prima che l'ispettore proceda alla redazione del «verbale di primo accesso ispettivo») dal datore di lavoro agli organi di vigilanza nel luogo in cui si esegue il lavoro. Ed ancora: il personale ispettivo procederà a formulare espressamente la richiesta di esibizione del Libro unico del lavoro, in apposito «verbale di primo accesso ispettivo» che diviene prassi necessaria e indispensabile per qualsiasi funzionario accertatore, a garanzia del corretto andamento del procedimento ispettivo. In pratica, questo nuovo tipo di verifica – che prevede l'utilizzo così stringente del più volte menzionato verbale – impone che questo strumento sia esteso anche agli Ispettori dell'Inps, proprio per uniformare le modalità di verifica da parte dei diversi organi di vigilanza.

- Si ribadisce che le ispezioni devono essere condotte in coppia, garanzia sia per i verbalizzanti sia per i datori di lavoro, specie nella fase di primo accesso.

- Le visite ispettive devono essere attentamente preparate, riportando la forza da impegnare alle dimensioni dell'azienda da ispezionare. Nella fase di assegnazione delle pratiche è necessario valutare i carichi di lavoro di ciascun Ispettore, tenendo conto delle dimensioni e delle difficoltà presumibili delle indagini e ciò al fine di consentire una rapida conclusione degli accertamenti ed evitare accumuli di giacenze, specie se riferite ad ispezioni già iniziate. Proprio in sede di istruttoria si ritiene che debba assumere ancor di più oggi un ruolo essenziale il supporto fornito dai dati contenuti dal flusso Emens, il quale può consentire una migliore fotografia della situazione aziendale insieme al DM10/2. In alcuni casi potrebbe senz'altro risultare utile il riscontro dei regolari versamenti contributivi grazie al modulo F24. I dati vanno riportati sul Libro «per ciascun mese di riferimento, entro il giorno 16 del mese successivo», in quanto si è inteso uniformare il termine ultimo delle scritturazioni a quello relativo ai versamenti contributivi. Se la tenuta del Libro è affidato al consulente del lavoro i termini slittano in quanto la

consegna della documentazione deve avvenire entro 15 giorni dalla richiesta dell'Ispettore. Ciò non toglie che se la visita ispettiva avviene dopo il 16 del mese (ipotizziamo il 18 del mese), l'azienda è tenuta in ogni caso ad attestare il versamento dei contributi relativi al mese precedente con l'F24. Inoltre, si ritiene che uno strumento estremamente utile possa anche essere l'elenco riepilogativo mensile (elenco da realizzare per le aziende che operano con più di 10 dipendenti o se hanno più sedi stabili).

- Viene rimessa alla valutazione dell'Ispettore, nell'ambito del programma assegnatogli, la scelta dei luoghi e dei tempi nei quali effettuare o proseguire l'accertamento, e ciò anche per assicurare "l'effetto sorpresa" che è fondamentale per l'efficacia dell'intervento. Pertanto l'Ispettore proprio per tutelare tale effetto sorpresa dovrà tenere strettamente riservata ogni notizia relativa al programma e non dovrà preventivamente comunicare in sede i luoghi, gli orari e le aziende da visitare.

- Si sottolinea che la formulazione dei programmi individuali e il controllo dei risultati devono essere opportunamente formalizzati con cadenza mensile, costituendo un momento importantissimo di razionalizzazione dell'organizzazione del lavoro individuale e dell'Ufficio vigilanza e, inoltre, una efficace leva organizzativa per l'ottimizzazione dei risultati.

- Interessante il passaggio in cui la circolare, per quanto riguarda le grandi aree metropolitane, invita i responsabili regionali della vigilanza a valutare l'opportunità di sperimentare, come già fatto con successo in alcune regioni, una programmazione in ambito provinciale cercando di superare l'attuale eccessiva segmentazione.

- A seguito delle novità in materia di libri obbligatori la nota dell'Istituto, oltre a richiamare la circolare ministeriale n. 20/2008 allegata, opportunamente, anche le tabelle sinottiche relative sia agli illeciti amministrativi in vigore sia a quelli non più in vigore. A tal proposito riteniamo opportuno richiamare due passaggi della circolare n. 20/2008 per sottolineare lo spirito e la portata di questa novità. Il primo passaggio: la nuova disciplina sulla deregolazione e semplificazione degli strumenti di gestione dei rapporti di lavoro si richiama integralmente alla filosofia preventiva e promozionale di cui al decreto legislativo 23 aprile 2004, n. 124 (contenente misure di razionalizzazione delle funzioni ispettive e di vigilanza in materia di previdenza sociale e di lavoro a norma dell'articolo 8 della legge 14 febbraio 2003, n. 30), e come tale va interpretata nella fase applicativa. Il secondo passaggio: il futuro della ispezione del lavoro, in considerazione delle nuove funzionalità del Libro unico del lavoro, deve declinare una sistematicità di rapidi accessi ispettivi programmati, volti a rendere percepibile sul territorio la

2. La vigilanza ispettiva dell'Inps

presenza dell'organo di vigilanza e a contrastare il lavoro sommerso. D'altronde, queste linee guida hanno trovato pieno sostegno nella recente direttiva del Ministero.

La circolare Inps diventa uno strumento utile ai fini dell'assetto organizzativo, proprio per meglio affrontare le questioni complesse che gli operatori del settore si trovano a gestire quotidianamente. Senza ombra di dubbio l'attività deve focalizzarsi in primo luogo sul lavoro sommerso, tuttavia l'indagine deve tener conto anche dell'elusione contributiva che di fatto ha un campo d'azione molto vasto. Basta pensare, ad esempio, al fenomeno delle false prestazioni in agricoltura, ai rapporti di lavoro in edilizia dove si annidano rapporti part-time solo formali o lavoro straordinario non dichiarato oppure alla corretta qualificazione dei rapporti di lavoro come per le collaborazioni a progetto (sempre più spesso fittizie nelle cooperative di produzione e lavoro) o per gli associati in partecipazione che comportano l'applicazione di un'aliquota contributiva più favorevole rispetto a quella applicata per i lavoratori dipendenti. E ancora, le ispezioni possono coinvolgere soci di imprese commerciali ed artigiane nonché eventuali collaboratori familiari, che pur avendo i requisiti richiesti dalla legge, non si iscrivono alle apposite Gestioni speciali. Verifiche Inps possono poi riguardare il corretto inquadramento aziendale non in linea con le disposizioni di legge e dell'Istituto previdenziale, nonché gli appalti e le delicate ricadute contributive in tema di obbligazione solidale, oppure prestazioni indebitamente percepite (ad esempio indennità di malattia ed assegni familiari). Si ritiene, poi, che anche gli Ispettori Inps potrebbero porre particolare attenzione alla bontà dei contratti a contenuto formativo (apprendistato e contratto di inserimento) e a quei rapporti legati ad agevolazioni contributive derivanti dalla applicazione degli ammortizzatori sociali. Stesso discorso va fatto anche nel caso di lavoratori che percependo trattamenti assistenziali, assicurativi o previdenziali si lascino occupare "in nero" presso datori di lavoro conniventi.

Su queste basi e tenendo conto del nuovo spirito che deve accompagnare l'indagine ispettiva, non appare superfluo, affrontare in breve solo alcuni dei numerosi campi di indagine degli Ispettori dell'Istituto previdenziale, indagine che deve necessariamente avere come sfondo la direttiva del Ministro Sacconi.

3. Titolari, soci
e collaboratori familiari
di imprese artigiane
e commerciali

Per le imprese artigiane hanno l'obbligo assicurativo i soggetti che esercitano la loro attività con carattere di professionalità, svolgendo in misura prevalente il proprio lavoro, anche manuale, nel processo produttivo inteso nel suo complesso, quale insieme unitario di fasi organizzate, dirette e gestite dai soci stessi. Devono, ad esempio, considerarsi estrinsecazioni del processo produttivo la trasformazione e l'utilizzo di materie prime e semilavorati, l'approvvigionamento, l'acquisizione di commesse, la direzione commerciale, i rapporti con il mercato, le attività di commercializzazione, l'attività per il funzionamento di macchinari, impianti e sistemi, le analisi di fattibilità, la progettazione, l'ideazione, ecc. Tutte queste attività sono tra loro coordinate dall'attività di organizzazione, direzione, pianificazione e gestione dell'imprenditore artigiano. Il requisito della manualità va valutato in relazione alla natura dell'attività svolta e che può esplicarsi in senso materiale e tradizionale ovvero come partecipazione tecnica ed operativa. Sono obbligati all'iscrizione nella Gestione speciale anche i familiari coadiuvanti che prestino la loro opera nell'impresa in maniera abituale e prevalente, e che non siano assicurabili come lavoratori dipendenti o apprendisti. Per quanto concerne, invece, l'attività terziaria, sono tenuti ad iscriversi alla Gestione commercianti presso l'Inps quei soggetti che, titolari o gestori in proprio di imprese che (a prescindere dal numero dei dipendenti) siano organizzate e/o dirette prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti la famiglia, ivi compresi i parenti e gli affini entro il terzo grado, ovvero i familiari coadiutori preposti al punto di vendita. a condizione che per tale attività non siano soggetti all'assicurazione generale come i lavoratori dipendenti. La legge 23 dicembre 1996, n. 662, come è noto, realizza una estensione dell'obbligo assicurativo presso la Gestione commercianti Inps ai soci delle società a responsabilità limitata di imprese commerciali. Deve trattarsi di società che sono organizzate o/e dirette prevalentemente con il lavoro dei soci e dei loro familiari i quali partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza. Di conseguenza, tali soggetti sono obbligati a versare sui redditi di impresa (prodotti quali soci lavoratori delle società) la contribuzione prevista per gli esercenti attività commerciali. Si precisa che nel lavoro aziendale rientra sia l'attività esecutiva, ad esempio vendita dei prodotti, sia attività di organizzazione e di direzione.

Per quanto concerne il Libro unico del lavoro non rientrano, pertanto, tra gli obbligati alla tenuta dello stesso:

- l'impresa familiare per il lavoro, con o senza retribuzione, del coniuge, dei figli e degli altri parenti e affini, che nell'impresa prestino attività manuale o non manuale (salvo che non

siano dipendenti, collaboratori coordinati o associati in partecipazione con apporto lavorativo);

- i titolari di aziende individuali artigiane che non occupano lavoratori dipendenti, collaboratori coordinati o associati in partecipazione, ma operino col solo lavoro del titolare o avvalendosi esclusivamente di soci o familiari coadiuvanti;

- le società (di persone e di capitali) e le ditte individuali del commercio (terziario) che non occupino dipendenti, collaboratori coordinati e continuativi a progetto, associati in partecipazione o simili, ma operino solo col lavoro del titolare o dei soci lavoratori.

L'Inail, con nota del 25 agosto 2008, corretta con successiva nota del 29, ha reso noto che a partire dal 18 agosto 2008, come conseguenza della pubblicazione del decreto ministeriale 9 luglio 2008 sul Libro unico, i datori di lavoro che intendono impiegare collaboratori e coadiuvanti delle imprese familiari, coadiuvanti delle imprese commerciali e soci lavoratori di attività commerciale e di imprese in forma societaria sono tenuti il giorno prima dell'inizio del rapporto di lavoro, alla denuncia nominativa all'Inail, qualora gli stessi rapporti di lavoro non siano oggetto della comunicazione preventiva. Tale obbligo si applica anche al datore di lavoro artigiano, che dovrà denunciare anche il socio, artigiano, nonché i collaboratori e coadiuvanti delle imprese artigiane.

4. Soci amministratori e soci di s.r.l. commerciali. Premessa

La legge 23 dicembre 1996, n. 662, come è noto, realizza una estensione dell'obbligo assicurativo presso la Gestione commercianti Inps ai soci delle società a responsabilità limitata di imprese commerciali. Deve trattarsi di società che sono organizzate o/e dirette prevalentemente con il lavoro dei soci e dei loro familiari i quali partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza (circolare Inps n. 25 del 7 febbraio 1997). Di conseguenza, tali soggetti sono obbligati a versare sui redditi di impresa (prodotti quali soci lavoratori delle società) la contribuzione prevista per gli esercenti attività commerciali. Alla determinazione dell'assoggettamento contributivo si è pervenuti considerando la finalità della norma, palesemente rivolta ad evitare che – grazie allo schermo della struttura societaria – la prestazione di lavoro di socio resa nell'impresa societaria sia sottratta alla contribuzione previdenziale (circolare n. 215 del 9 ottobre 1998). La legge n. 662/1996, all'articolo 1, comma 218, a proposito della iscrizione alla gestione previdenziale corrispondente alla attività svolta in maniera prevalente, afferma il seguente principio: qualora vengano esercitate contemporaneamente (anche in un'unica impresa) varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicura-

zione obbligatoria IVS i soggetti interessati sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in maniera prevalente. Spetta all'Inps decidere sull'iscrizione nelle relative apposite Gestioni in base ad una valutazione complessiva della attività dell'imprenditore che stabilisca quale sia quella prevalente. Avverso la decisione dell'Istituto previdenziale, il soggetto interessato ha facoltà di presentare ricorso entro 90 giorni dalla notifica del provvedimento.

4.1. I chiarimenti Inps

Sulla posizione dei soci di s.r.l. che svolgono anche attività di collaborazione coordinata e continuativa (nella nostra ipotesi di socio amministratore) il messaggio n. 14905 del 14 gennaio 1999 ha ritenuto opportuno fornire alcune precisazioni. Secondo l'Istituto non è condivisibile la tesi dell'illegittimità, in base alla legge n. 662, della contemporanea iscrizione di un medesimo soggetto alla Gestione commercianti e a quella relativa al contributo del 10%. L'obbligo contributivo nei confronti della Gestione separata – in qualità di collaboratore coordinato e continuativo o eventualmente in qualità di professionista – può coesistere con l'iscrizione ad altre Gestioni, sia dei lavoratori dipendenti che dei lavoratori autonomi, in quanto la legge non subordina tale iscrizione al requisito che l'attività di collaborazione sia prevalente rispetto ad un'altra. Al contrario, la prevalenza e l'abitudine dell'attività viene imposta dalla legge per le iscrizioni alle Gestioni degli artigiani, degli esercenti attività commercianti e dei coltivatori diretti, per cui – in caso di doppia attività – se il lavoro prevalente fosse quello di collaborazione, non potrebbe configurarsi l'obbligo di iscrizione in una delle tre predette Gestioni dei lavoratori autonomi. In base a questi principi, dunque, ed applicandoli ai casi riguardanti i soci di s.r.l. che sono legati a società per svolgere anche delle collaborazioni risulta che:

- il soggetto deve essere iscritto solo alla Gestione separata del contributo del 10% se l'attività specificamente commerciale non sia abituale e prevalente;
- il soggetto deve essere iscritto contestualmente alla Gestione dei commercianti e al 10% se l'attività commerciale abbia i caratteri della abitudine e prevalenza. Ovviamente il contributo dell'una e dell'altra Gestione verrà applicato sulle relative quote di reddito.

4.2. Gli orientamenti della giurisprudenza di merito

Sulla questione della doppia imposizione contributiva la giurisprudenza di merito ha emanato una serie di sentenze caratterizzate, però, da diversi orientamenti.

Le tesi a sfavore dell'Istituto previdenziale

Un orientamento giurisprudenziale contrario alla tesi dell'Inps parte dal presupposto che il comma 208, articolo 1, legge n. 662/1996 per l'iscrizione alle Gestioni obbligatorie previdenziali richiede, in caso di prestazioni di contemporanea attività di lavoro autonomo da parte di esercenti attività commerciali, la presenza del criterio dello svolgimento personale dell'opera professionale in misura prevalente. Questo criterio, sulla base di questi principi, vale anche per l'attività di lavoro parasubordinato. Pertanto, se viene svolta contemporaneamente l'attività di amministratore (con relativi compensi) e di socio lavoratore di s.r.l. ed è quest'ultima prevalente non deve scattare l'iscrizione alla Gestione separata (legge n. 335/1995, articolo 2, comma 26).

In questo senso la sentenza n. 135 depositata in cancelleria il 4 aprile 2002, con la quale il giudice del lavoro di Monza ha evidenziato come la legge n. 335/1995 è finalizzata all'estensione dell'assicurazione pensionistica, ovvero all'aumento del numero dei soggetti assicurabili e non alla duplicazione dei versamenti in capo a chi è già coperto da forme di assicurazione generale obbligatoria. Ad avviso del giudice la lettera del citato comma 208 è inequivocabile ed impone nel caso in cui uno stesso soggetto svolga più attività autonome, l'iscrizione nella sola Gestione relativa all'attività svolta in modo prevalente. Il Tribunale ha quindi dichiarato infondata la pretesa dell'Inps di mantenere la doppia iscrizione respingendo le argomentazioni proposte a difesa della tesi dell'Istituto. Della stessa opinione la sentenza n. 119 del 4 giugno 2004 del Tribunale di Pordenone. La pronuncia afferma che l'obbligo di iscrizione alla Gestione commercianti estesa agli amministratori dell'impresa che partecipano al lavoro aziendale con carattere di abitualità e prevalenza non sussiste in capo a detti soggetti quando si limitano a svolgere puramente l'attività di gestione amministrativa, altrimenti venendosi a verificare una doppia imposizione.

Nella fattispecie, il Tribunale ha escluso l'obbligo di tale doppia iscrizione in quanto l'amministratore della s.r.l. si occupava della gestione amministrativa e fiscale della società, della gestione del personale, della gestione economica-finanziaria e di marketing ma non del proprio e vero lavoro aziendale, ossia dell'attività commerciale svolta dalla società. Fra le ultime va ricordata la sentenza della Corte d'Appello di Bologna del 13 febbraio 2007 che ha ribadito che i soci devono essere iscritti nella gestione assicurativa prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in maniera prevalente (altre pronunce a sfavore dell'Inps sono, fra le altre: Parma 20 settembre 2004; Milano n. 3295 del 2004;

Piacenza 12 novembre 2002, n. 217 e 27 marzo 2003, n. 70; Brescia, 16 maggio 2002, n. 394; Verona, 4 marzo 2004, n. 519; Forlì 1° dicembre 2004, n. 321).

Le tesi a favore dell'Istituto Previdenziale

Di parere del tutto opposto la sentenza decisa il 18 luglio 2002 e depositata il 16 settembre 2002 del Tribunale di Lecco. Il magistrato ha accolto le tesi difensive dell'Inps affermando che il contribuente ha errato sia nell'interpretazione che nella applicazione delle leggi 335/95 e 662/96.

Per il giudice la compatibilità della iscrizione in entrambe le Gestioni, da cui derivano due distinti trattamenti pensionistici, trae origine sia dalla menzionata legge il cui scopo «è quello di assoggettare a contributi redditi che in quanto derivanti da attività non prevalente ne rimanevano esenti», sia dalla legge n. 662/1996 che riguarda l'alternativa tra attività artigiana o commerciale e non quella tra attività di amministratore della società e attività di lavoro di socio della s.r.l.

Nella fattispecie il socio lavoratore aveva chiesto al giudice di sopperire all'inerzia dell'Inps e di accertare d'ufficio quale fosse l'attività prevalente, tra amministratore e socio di lavoro, dalla quale fare discendere l'unico obbligo assicurativo. Il giudice è arrivato alla conclusione che tale accertamento è già stato preventivamente ed autonomamente eseguito dallo stesso assicurato nel momento in cui ha spontaneamente presentato denuncia di iscrizione nella Gestione speciale IVS commercio. Tale denuncia ha valore di confessione extragiudiziale e costituisce piena prova. Quindi non è sconfessabile con prova testimoniale. Inoltre, e infine, trattando tale denuncia di iscrizione non di una qualificazione giuridica, bensì di mere circostanze di fatto sul lavoro svolto è inibita qualunque valutazione giudiziale.

Fra le altre sentenze è il caso di segnalare anche quelle del Tribunale di Bolzano del 16 giugno 2004 e del Tribunale di Ravenna. Con la prima sentenza il Tribunale di Bolzano ha ritenuto obbligatoria l'iscrizione alla Gestione commercianti dei soci che partecipano personalmente al lavoro aziendale in modo continuativo; lavorano con impegno addirittura quotidiano; sono privi di qualsiasi altra attività. L'interpretazione del Tribunale scaturisce dalla circostanza che il comma 203 dell'articolo 1 della legge n. 662/1996 non ha ad oggetto il contemporaneo esercizio nella medesima impresa di più attività, di cui una assoggettabile alla Gestione separata ed un'altra alla Gestione commercianti o artigiani. Anzi, dal comma 26, dell'articolo 2, della legge n. 335/1995 si evince che per i collaboratori coordinati e continuativi è possibile la contemporanea iscrizione a di-

verse Gestioni assicurative così da doversi ritenere l'insussistenza di una incompatibilità tra l'iscrizione di uno stesso soggetto alle Gestioni sopra menzionate, rispettivamente in qualità di amministratore e di socio lavoratore. Pertanto, ai fini dell'accertamento della sussistenza dei requisiti occorrenti per l'iscrizione del socio, è del tutto irrilevante la verifica della eventuale prevalenza dell'attività svolta dal socio stesso quale amministratore iscritto alla Gestione separata, mentre occorre verificare se il soggetto interessato abbia o meno svolto in favore della società una attività lavorativa aziendale continuativa e prevalente rispetto ad una attività diversa da quella di amministratore di società. Nel caso in esame è emerso che il lavoratore svolgeva attività aziendale in favore della società in modo non soltanto continuativo ma con impegno addirittura quotidiano a cui si è aggiunta l'assenza di svolgimento da parte dello stesso di qualsiasi altra attività.

Tre interessanti pronunce del Tribunale di Ravenna, rispettivamente le n. 178 e 179 del 29 giugno 2004 e la pronuncia del 27 luglio 2006, tornano in maniera incisiva sul problema. Il socio amministratore di una s.r.l., si legge, ha l'obbligo di iscriversi alla gestione dei soci di s.r.l. ove svolga in seno alla società la propria attività con carattere di abitudine e prevalenza, non valendo ad escludere detto obbligo il fatto che lo stesso sia iscritto anche alla Gestione separata quale amministratore della società. Non vi è, infatti, incompatibilità tra le due iscrizioni posto che le stesse si riferiscono ad attività differenti, essendo l'una rivolta, almeno per ciò che riguarda gli amministratori, ad una attività di gestione e di impulso correlata all'esecuzione del contratto di società, ed essendo invece l'altra rivolta alla concreta realizzazione dello scopo sociale ed al suo raggiungimento operativo. L'attività di amministratore è concettualmente distinta da quella di semplice attività lavorativa, inerendo la prima (attività di amministrazione) ad una relazione di immedesimazione organica (e comportando così una partecipazione ad una attività di gestione, oltre che l'espletamento di una attività di impulso e di rappresentanza rivolta sia all'esecuzione del contratto sociale sia al funzionamento dell'organismo sociale) ed essendo invece la seconda (semplice attività lavorativa) rivolta alla concreta realizzazione dello scopo sociale ed al suo raggiungimento operativo. In conseguenza di ciò la qualifica di amministratore non obbliga alla iscrizione alla Gestione speciale art/com se non viene dimostrata dall'Inps la sussistenza dei requisiti di abitudine e prevalenza nell'espletamento di attività di lavoro. Una sporadica ingerenza nell'attività di lavoro o uno sconfinamento dell'attività amministrativa – che non sia tale da integrare i predetti caratteri di abitudine di prevalenza – non obbliga l'iscrizione alla Gestione speciale art/com. Infine, sem-

pre il Tribunale di Ravenna, con la sentenza del 27 luglio 2006, prosegue nello stesso orientamento in quanto conferma che non è incompatibile la doppia iscrizione dell'amministratore di una società commerciale alla Gestione separata ed a quella commercianti trattandosi di attività che, essendo di diversa natura, possono tra di loro coesistere. Deve, in ogni caso, l'Inps provare la sussistenza di una ben precisa attività di lavoro caratterizzata dai requisiti della abitualità e della prevalenza. La pronuncia conferma che non è astrattamente incompatibile la doppia iscrizione dell'amministratore di una società commerciale – in quanto tale iscritto alla c.d. Gestione separata di cui alla legge n. 335/1995 – al regime contributivo previsto dall'articolo 1, comma 203, legge n. 662/1996, trattandosi infatti di attività diverse che ben possono coesistere tra di loro. A tal fine occorre però che difetti qualsiasi altra iscrizione correlata al titolo della prestazione di lavoro esercitata e che venga comunque provata, da chi detta contribuzione richieda e dunque dall'Istituto assicuratore pubblico, la sussistenza di una ben precisa attività di lavoro caratterizzata dai requisiti dell'abitualità e della prevalenza.

Recentemente, anche la sentenza della Corte di Appello di Venezia del 25 luglio 2007, sebbene abbia annullato le cartelle esattoriali per questioni attinenti l'onere probatorio a carico dell'Istituto previdenziale, ha dichiarato legittima la doppia contribuzione sulla base del fatto che le due attività sono da ritenersi di natura diversa (altre sentenze a favore dell'Inps sono, fra le altre: Tribunale di Vicenza 9 giugno 2004, n. 198 e 4 maggio 2004, n. 187 e Corte di Appello di Genova, 10 giugno 2004 n. 1413).

4.3. Le decisioni attese della Cassazione

Dopo lunga attesa ben cinque sentenze emanate in poco tempo dalla Cassazione si sono occupate della doppia imposizione contributiva. La prima a pronunciarsi su una questione così controversa è stata la sentenza n. 20886/2007.

La sentenza della Cassazione n. 20886 del 5 ottobre 2007

Il caso riguarda un ricorso proposto da un socio di una s.r.l. commerciale contro la doppia iscrizione, alla Gestione separata dell'Inps in quanto amministratore, ed alla Gestione dei commercianti come socio che presta attività nell'azienda. Infatti, il socio amministratore – inizialmente iscritto alla sola Gestione separata (*ex* articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335) – dal 1° gennaio 1997 si era iscritto anche nella Gestione IVS commercianti in qualità di socio lavoratore (articolo 1, comma 203, della legge 23 dicembre 1996, n. 662). Successi-

vamente lo stesso lavoratore aveva dichiarato che la sola attività di amministratore era svolta con carattere di abitudine e prevalenza e, quindi, in applicazione della predetta norma era iscrivibile solo presso la Gestione separata Inps. La sentenza in commento, ribalta e cassa i giudizi che in primo e secondo grado avevano visto soccombere il contribuente.

La Suprema Corte, infatti, ha giudicato incompatibile la doppia iscrizione all'Inps per coloro che, soci amministratori di una s.r.l., vengono assoggettati sia al pagamento dei contributi alla Gestione separata sia alla Gestione speciale degli esercenti attività commerciali in quanto soci lavoratori. La sentenza, pertanto, afferma che il lavoratore deve iscriversi nella Gestione in cui l'attività è svolta con i requisiti della abitudine e della prevalenza: spetta all'Istituto nazionale della previdenza sociale decidere sulla iscrizione nell'assicurazione corrispondente alla attività prevalente.

La Corte puntualizza che tale indagine deve essere effettuata in concreto e non limitandosi alla sola iscrizione alla apposita Gestione commercianti, iscrizione che nasce da un adempimento di legge ma che non ha un valore confessorio. Sulla questione del valore probatorio, tuttavia, riteniamo che non appare sufficiente la semplice richiesta di cancellazione da parte del socio nella Gestione commercianti, in quanto l'interessato deve essere in grado di dimostrare che l'attività di amministratore è quella prevalente nella ipotesi in cui l'Inps non ha posto in essere alcuna indagine che porti ad una decisione difforme rispetto a quanto dichiarato dal socio amministratore.

In ogni caso, sulla delicata questione la pronuncia così si esprime: «In applicazione dell'art. 29 primo comma della Legge 3 giugno 1975 n. 160, come sostituito dall'art. 1 comma 2003 della Legge 23 dicembre 1996 n. 662, colui che nell'ambito d'una società a responsabilità limitata svolga attività di socio amministratore e di socio lavoratore ha l'obbligo di chiedere iscrizione nella Gestione in cui svolge l'attività con carattere di abitudine e prevalenza; nell'incompatibile coesistenza delle due corrispondenti iscrizioni, è onere dell'Inps decidere sull'iscrizione all'assicurazione corrispondente all'attività prevalente». L'orientamento, quindi, è che la Gestione separata sebbene possa coesistere con l'iscrizione nel Fondo Pensioni Lavoratori Dipendenti, non può esserlo con la Gestione commercianti, in virtù della lettera del citato comma 208 della legge n. 662/1996. Il giudice, dunque, richiama l'attenzione sul fatto che in presenza di varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria ai fini pensionistici, l'iscrizione debba effettuarsi nella Gestione previdenziale prevista per l'attività prevalente, comprendendo pertanto anche la Gestione separata.

La Cassazione, inoltre, aggiunge che per quanto concerne la base di calcolo dei contributi dovuti, si deve tenere conto dei redditi prodotti nello svolgimento delle diverse attività in quanto tali redditi (tutte fonti di reddito di lavoro autonomo) devono essere sommati per evitare il pericolo di una duplice contribuzione e il mancato rilievo, ai fini previdenziali, di una di esse.

Sentenza della Cassazione n. 288 del 10 gennaio 2008

La Cassazione è tornata a pronunciarsi sulla doppia imposizione con la sentenza n. 288 del 10 gennaio 2008. Nella fattispecie, la Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso proposto da un lavoratore avverso la pretesa di duplice iscrizione contributiva avanzata dall'Inps a fronte della situazione lavorativa del ricorrente. Il lavoratore fondava la sua richiesta sul fatto che, nel periodo in questione, risultava essere occupato prevalentemente nell'attività quotidiana di vendita all'ingrosso di materiale elettrico in un'impresa a carattere familiare, attività per la quale si era iscritto e aveva contribuito alla Gestione commercianti. Mentre, sosteneva ancora, la carica di amministratore della società lo teneva impegnato in misura minoritaria (non prevalente). A fronte della richiesta dell'Inps di procedere alla doppia iscrizione, in virtù dello svolgimento delle suddette attività lavorative, il prestatore invocava la disposizione di cui all'articolo 1, comma 208, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, adducendo il carattere assolutamente minoritario dell'attività di amministratore che, anche in termini cronologici, lo impegnava meno. Il Tribunale accoglieva la tesi del lavoratore, con l'effetto di annullare il ruolo dell'Inps. E l'istituto di previdenza ricorreva in appello. Appello che veniva accolto dalla Corte di Appello di Firenze, motivando nel senso che «un socio e amministratore di società deve versare la contribuzione separatamente sugli utili distribuiti e sul compenso deliberato», non ritenendo che il caso rientrasse nella fattispecie contemplata dall'articolo 1, comma 2, della legge 23 dicembre 1996, n. 662. La questione, quindi, per iniziativa del lavoratore arriva in Cassazione che accoglie la tesi del lavoratore. La pretesa dell'Inps fonda in realtà, secondo i giudici della legittimità, su un erroneo assunto introdotto nell'interpretazione della disciplina legislativa in esame; da quanto sostenuto dall'ente previdenziale si evince, infatti, che la regola della singola iscrizione per le ipotesi di svolgimento di molteplici attività ai sensi dell'articolo 1, comma 208, della legge n. 662/1996, sarebbe applicabile alle sole fattispecie in cui il prestatore eserciti attività lavorative ontologicamente incompatibili tra di loro. Tuttavia la Corte, che richiama il proprio precedente giurisprudenziale costituito dalla sentenza del 5 ottobre 2007, n. 20886 alla cui

motivazione fa pieno rinvio, risulta essere di diverso avviso e chiarisce che la precipua funzione della disposizione in esame è quella di risolvere la pluralità di attività autonome assoggettabili a diverse forme assicurative obbligatorie in un unico rapporto assicurativo evitando, mediante il criterio della “prevalenza”, una duplicazione del rapporto assicurativo medesimo. Conseguentemente il principio della “prevalenza”, testualmente richiamato dall’articolo 1, comma 208, della legge n. 662/1996, costituendo criterio unificante, rappresenta, automaticamente, negazione della compatibilità della pluralità di iscrizioni.

Se ne può dedurre che, laddove la disposizione in esame cita testualmente le «varie attività autonome espletate anche in un’unica impresa» essa fa riferimento ad attività che non necessariamente siano ontologicamente incompatibili tra loro, come nel caso di specie.

Sentenza n. 4676 del febbraio 2008

La Cassazione, con la sentenza n. 4676 del 22 febbraio 2008, ha nuovamente ribadito che è onere dell’Inps decidere sull’iscrizione all’assicurazione corrispondente all’attività prevalente del socio amministratore qualora sia anche socio lavoratore.

La finalità della norma, chiarisce la sentenza, è quella di risolvere la pluralità (di attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria) in un unico rapporto assicurativo (l’assicurazione prevista per l’attività alla quale il soggetto dedica personalmente la sua opera professionale in misura prevalente) evitando, con il criterio della prevalenza, una duplicazione di rapporti assicurativi iscrizioni. Al riguardo, la pronuncia precisa che nei confronti dell’iscrizione prevista dall’articolo 1, comma 203, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, «forma diversa di assicurazione obbligatoria» è anche quella disciplinata dalla “Gestione separata” prevista dall’articolo 2, comma 26, della legge n. 335/1995, e che anche tra queste due forme di iscrizione sussiste incompatibilità.

Le sentenze n. 8484 e n. 13215 del 2008

Altre due sentenze si sono espresse in maniera sfavorevole nei mesi di aprile e maggio 2008.

In data 2 aprile 2008, la Cassazione ha emesso la sentenza numero 8484. La pronuncia nasce da un ricorso del socio che chiedeva l’annullamento della cartella esattoriale con cui l’Inps, che già riscuoteva i contributi della Gestione separata a cui il contribuente era iscritto, esigeva anche il pagamento dei contributi previdenziali del Fondo Pensioni Commercianti. I giudici

che in precedenza avevano trattato il caso – Tribunale di Bolzano e Corte d'Appello di Trento – avevano respinto il ricorso affermando che l'esercizio contemporaneo dell'attività di amministratore di società e la diretta partecipazione al lavoro aziendale implica l'assoggettamento ad entrambe le forme di contribuzione. Invece, la Cassazione ha ribaltato i giudizi ricordando che la legge n. 662/1996, al comma 208, dell'articolo 1 detta che se si esercita contemporaneamente, anche in un'unica impresa, varie attività autonome assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per invalidità, vecchiaia e superstiti, si è iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale si dedica personalmente la propria opera professionale in misura prevalente. La pronuncia sottolinea che per attività autonome espletate anche in un'unica impresa si deve intendere che «dette attività possono essere espletate nella stessa impresa o in diverse imprese e non occorre che siano ontologicamente incompatibili per dare luogo alla singola iscrizione».

Infine, la sentenza n. 13215 del 22 maggio 2008, ha affermato che si applica anche al socio di s.r.l. che eserciti attività commerciale nell'ambito della società e contemporaneamente attività di amministratore unico, la regola secondo la quale i soggetti che esercitano contemporaneamente in una o più imprese, varie attività assoggettabili a diverse forme di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, sono iscritti nell'assicurazione prevista per l'attività alla quale gli stessi dedicano personalmente la loro opera professionale in misura prevalente. In questo caso spetta all'Inps secondo il carattere di prevalenza, con applicazione della contribuzione sui redditi prodotti con le varie attività autonome contemporanee.

4.4. Conclusioni

La questione rimane di estrema delicatezza, anche alla luce delle ricadute in termini di “cassa” a seguito degli eventuali rimborsi da parte dell'Inps a favore di chi ha versato una duplice contribuzione. L'indirizzo giurisprudenziale più recente per l'Inps non ancora un indirizzo che si può considerare ancora consolidato. Tra l'altro, l'Istituto con lettera del 4 dicembre 2007 – in risposta ad un interpello dell'Istituto nazionale tributaristi (Int) – ha confermato la propria posizione ritenendo di non doversi adeguare al contenuto della Cassazione. A dire il vero, la nota dell'Istituto faceva immediatamente seguito alla prima pronuncia della Corte di Cassazione n. 20886/2007, mentre le ulteriori pronunce sono state emanate successivamente alla nota stessa. Ad ogni modo, l'Istituto spiegava che l'andamento altalenante dei pronunciamenti giudiziari ed il fatto che la sentenza n. 20886/2007 fosse la prima in assoluto emessa dalla Corte di Cassazione impone di mantenere un atteggiamen-

to prudente sulla materia. L'Istituto sottolineava che «esigenze di coerenza dell'azione amministrativa rendono opportuno che l'Ente riveda le proprie posizioni, assunte in sede di applicazione della normativa vigente, solo in presenza di un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità». In pratica, si dovrà forse attendere qualche ulteriore sentenza a Sezioni Unite, o ancor meglio, una indicazione legislativa atta a definire anche la base imponibile, vista la differenza tra reddito di impresa e reddito assimilato a quello da lavoro dipendente.

In concreto, quindi, i soci lavoratori di s.r.l./amministratori dovranno continuare a versare la doppia contribuzione all'Ente previdenziale, anche per evitare eventuali sanzioni che potrebbero essere applicate a seguito di verifiche ispettive, laddove dovessero emergere inadempienze contributive per la mancata iscrizione ad una delle due casse previdenziali.

5. Agricoltura

L'attività di vigilanza è finalizzata ai controlli in materia di indebita percezione dell'indennità di disoccupazione per l'instaurazione dei rapporti fittizi, alla concentrazione di lavoro sommerso e al ricorso ad intermediari illegali. Nella programmazione delle ispezioni prioritario criterio di selezione sarà il mancato versamento dei contributi risultanti dalla denuncia DMAG. Per quanto riguarda l'eventuale annullamento di rapporti di lavoro è premessa indispensabile la certezza dell'assenza di prestazioni lavorative. La circolare n. 85/2008 puntualizza che nei casi in cui la denuncia sia stata presentata da *aziende senza terra* o anche da aziende impropriamente o indebitamente somministratrici di mano d'opera, si procederà, ove non sia conosciuto il nominativo dell'effettivo utilizzatore dei lavoratori, all'addebito alla ditta denunciante dei contributi dovuti, avuto riguardo alle conseguenze penali dell'omesso versamento delle quote trattenute ai lavoratori.

Tutto ciò restando impregiudicati gli eventuali risvolti penali delle vicende.

Nel caso di accertati rapporti di lavoro fittizi l'ispettore trasmetterà copia del verbale anche all'ufficio Gestione posizioni assicurative agricole per la tempestiva notifica ai lavoratori interessati del provvedimento di annullamento; ciò permetterà agli interessati di porre in essere i mezzi di impugnativa previsti a loro tutela.

Proprio nel settore dell'agricoltura va evidenziata la nuova normativa sul lavoro accessorio che prevede l'applicazione anche in questo settore delle disposizioni presenti nella Legge Biagi, per permettere l'assunzione in modo regolare di studenti e pensionati, che tradizionalmente contribuiscono alle attività agricole di carattere stagionale. Per questi rapporti di lavoro

vengono introdotti buoni nominali, del valore di 10 euro, con i quali verrà retribuito il lavoro occasionale, gestiti nella fase sperimentale attraverso l'Inps, che svolgerà il ruolo di concessionario, provvedendo a registrare i lavoratori, emettere i buoni ed accreditare i contributi (si richiama la circolare Inps n. 94/2008). L'obiettivo è quello di semplificare le procedure burocratiche, soprattutto in favore delle piccole aziende, di contribuire alla riduzione del lavoro nero in agricoltura e offrire occasioni di reddito regolare a categorie sociali, quali studenti e pensionati, che spesso sono collocati ai margini del mercato del lavoro. In sostanza, il datore di lavoro può beneficiare di prestazioni nella completa legalità, con copertura assicurativa Inail per eventuali incidenti sul lavoro, senza dover stipulare alcun tipo di contratto. Il lavoratore può integrare le sue entrate attraverso queste prestazioni occasionali, il cui compenso è esente da ogni imposizione fiscale e non incide sullo stato di disoccupato o inoccupato con una copertura previdenziale ed assicurativa. Il lavoro accessorio rappresenta, quindi, il tentativo di applicare regole più flessibili a rapporti di lavoro che sono molto diversi da quelli a cui si applicano le norme di tipo generale con il fine di favorire la regolarità e l'emersione.

6. Part-time

Nel lavoro a tempo parziale i controlli si possono focalizzare sulle eventuali discordanze tra quanto contrattualmente stabilito rispetto all'effettivo orario di lavoro svolto. Fenomeno frequente, infatti, è la presenza del lavoratore oltre l'orario di lavoro a tempo parziale con l'erogazione di retribuzione non registrata regolarmente e la cui conseguenza è il mancato versamento dei relativi contributi previdenziali. Quella dell'orario ridotto è una pratica molto diffusa nel settore dell'edilizia (ma non solo) sebbene sembri incompatibile con le figure impegnate nel settore, con la sola eccezione, in genere, degli impiegati di imprese edili (non a caso la legge n. 247/2007, in caso di part-time in edilizia, aveva stabilito che il datore di lavoro dovesse comunicare all'Inps l'orario di lavoro).

Il ricorso frequente al part-time spesso è poco credibile, visto che l'organizzazione del lavoro sui cantieri è tale da rendere pressoché impossibile il ricorso al tempo parziale. Nella pratica, l'aumento dell'utilizzo di contratti part-time prefigura una mezza regolarizzazione puntando, dunque, sul "lavoro grigio" per continuare a reggere la concorrenza aggressiva nel settore e contenere i costi. Non si può certo escludere che l'aumento del lavoro part-time abbia in alcuni casi consentito la regolarizzazione di lavoratori precedentemente totalmente in nero in funzione del rilascio del modello di regolarità contributiva Durc o in relazione al timore della sospensione dei lavori. In ogni caso,

una verifica attenta imporrebbe il controllo sulla congruità del lavoro da svolgere rispetto al numero di dipendenti utilizzati a tempo pieno e a tempo parziale. Da ricordare che il giugno di quest'anno è stato firmato il rinnovo dei Contratti Nazionali in Edilizia Industria e nell'Artigianato. Nel primo contratto è stata prevista per gli operai, nel contratto, la percentuale massima del 3% sul totale dei lavoratori occupati a tempo indeterminato. Inoltre, la possibilità di assumere a tempo parziale un lavoratore è subordinata al fatto che non superi il 30% degli operai a tempo pieno dell'impresa. In ogni caso per operai/e dal 1° al 3° livello l'applicazione delle clausole elastiche e flessibili è esclusa. Mentre per gli stessi le ore di lavoro supplementari, maggiorate del 20%, saranno calcolate con incidenza su tutti gli istituti retributivi diretti, indiretti e differiti, compresi gli accantonamenti in Cassa Edile. Per il settore dell'artigianato le piccole imprese con un massimo di tre dipendenti, potranno destinare all'assunzione part-time non più del 30% del monte ore totale.

Infine, non è da trascurare, nei settori di attività in genere, una verifica sulla corretta applicazione delle clausole elastiche e flessibili nonché l'effettivo svolgimento di lavoro supplementare o di lavoro straordinario. Tali ore di lavoro aggiuntive rispetto all'orario a tempo parziale, ovviamente, devono essere state regolarmente denunciate ai fini contributivi.

7. Il rapporto di lavoro associativo ed il lavoro subordinato. Premessa

Il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro può essere utilizzato per eludere le norme che tutelano il lavoro subordinato. Per questo motivo diventa elemento essenziale individuare la vera natura contratto in quanto non è sufficiente la qualificazione nominale del contratto stesso, che rappresenta solo uno degli elementi da prendere in considerazione. In sostanza, ai fini della corretta qualificazione del rapporto, occorre prendere in esame l'effettivo comportamento tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto e le concrete modalità di attuazione del rapporto. Le pronunce della Cassazione hanno sottolineato più volte come gli elementi distintivi del contratto in associazione siano i seguenti:

- l'associazione in partecipazione è caratterizzata dalla assunzione del rischio d'impresa e, quindi, dall'incertezza rispetto alla percezione del reddito;
- l'associato ha un potere di controllo sulla gestione economica dell'impresa e, in particolare, ha diritto al rendiconto;
- per individuare la vera natura del rapporto occorre prendere in esame l'effettivo comportamento tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto e le concrete modalità di attuazione del rapporto;

- l'imprenditore-associante non ha, nei confronti del lavoratore-associato, un potere gerarchico, direttivo e disciplinare, ma solo un generico potere di impartire direttive ed istruzioni.

Ai fini della distinzione con il lavoro subordinato, bisogna – inoltre – considerare la presenza di ulteriori elementi, gli stessi che, in pratica, caratterizzano il lavoro subordinato stesso, quali, ad esempio, l'obbligo dell'osservanza di un orario di lavoro oppure la misura fissa della retribuzione che, di fatto, per molte pronunce della Cassazione annullerebbe il rischio di impresa per l'associato.

La circolare Inps 8 agosto 1989, n.179 (si veda anche la circolare 23 marzo 1990, n. 74), spiegava che la disciplina dettata dal codice civile per le associazioni in parola, consente le seguenti deduzioni:

- i rapporti fra associante ed associato non realizzano lo schema legale del vero e proprio rapporto associativo, in quanto la titolarità dell'impresa è attribuita dalla legge esclusivamente all'associante (articolo 2549), al quale spetta altresì la gestione dell'impresa stessa o dell'affare (articolo 2252);

- i rapporti fra associante ed associato non sono nemmeno riconducibili allo schema legale del rapporto di lavoro subordinato, quantomeno in via generale e di principio. Infatti: l'associante non è completamente libero nell'organizzazione dell'impresa, come comprovato sia dalla rilevanza del consenso degli associati per attribuire altre partecipazioni alla stessa impresa sia dalla possibilità di controlli dell'associato sulla gestione o sugli affari e dal diritto dell'associato medesimo al rendiconto (articoli 2550-2552 c.c.);

- l'associato, di norma, visto che occorre una specifica esclusione con patto contrario partecipa alle perdite nella stessa misura in cui partecipa agli utili, ovviamente entro i limiti del suo apporto; in definitiva, nessun vero e proprio lavoratore dipendente può vantare nei confronti del proprio datore di lavoro le suddette prerogative e diritti propri dell'associato e nessun vero dipendente è esposto ai rischi dell'impresa, mentre l'associato è normalmente esposto alle perdite e, anche quando non lo sia, la sua partecipazione agli utili dipende dall'andamento dell'impresa.

Va sottolineato che il decreto legislativo n. 276/2003 ha disposto che per evitare fenomeni elusivi della disciplina di legge e contratto collettivo, in caso di rapporti di associazione in partecipazione resi senza una effettiva partecipazione e adeguate erogazioni a chi lavora, il lavoratore ha diritto ai trattamenti contributivi, economici e normativi stabiliti dalla legge e dai contratti collettivi per il lavoro subordinato svolto nella posizione corrispondente del medesimo settore di attività, o in mancanza di contratto collettivo, in una corrispondente posizione

secondo il contratto di settore analogo (articolo 86, comma 2). Inoltre, il datore di lavoro, o committente, o altrimenti utilizzatore tuttavia può comprovare con idonee atte stazioni o documentazioni, che la prestazione dell'associato rientra in una delle tipologie di lavoro disciplinate nel presente decreto ovvero in un contratto di lavoro subordinato speciale o con particolare disciplina, o in un contratto nominato di lavoro autonomo, o in altro contratto espressamente previsto nell'ordinamento. La norma, quindi, introduce una presunzione legale di subordinazione, non assoluta, con inversione dell'onere della prova contraria in capo all'imprenditore associante, qualora nel rapporto di lavoro si verifichi la mancanza di "effettiva partecipazione" ed "adeguate erogazioni a chi lavora". Sarà l'associante, dunque, a dover dare la dimostrazione che, secondo il consolidato criterio di prevalenza, il rapporto di lavoro aveva i caratteri del lavoro autonomo o parasubordinato, piuttosto che quelli tipici del lavoro subordinato.

In sostanza, il decreto legislativo n. 276/2003 rilevava che gli elementi di prova della genuinità contratto stipulato fra le parti sono l'effettiva partecipazione agli utili e l'esistenza di adeguate erogazione a chi lavora. Per quanto concerne il primo punto si può presumere che se ciò non avviene l'associazione sia fittizia e simulata quando la partecipazione agli utili, pur formalmente promessa, non sia stata concretamente realizzata. Pertanto, l'associato (magari precedentemente già lavoratore subordinato presso la stessa impresa, oppure associato chiamato a sostituire altri lavoratori dipendenti per le stesse mansioni e con identiche modalità di lavorative) potrebbe essere stato compensato con una retribuzione in misura fissa per il lavoro svolto.

L'effettiva partecipazione, inoltre, deve identificarsi con quanto viene riconosciuto dalla legge all'associato in partecipazione e quindi non soltanto con la suddetta reale partecipazione agli utili dell'impresa ma soprattutto con il diritto all'effettiva verifica del rendiconto e alle altre eventuali altre forme di controllo previste dal contratto. Unitamente a questi aspetti, bisogna inoltre aggiungere la possibilità da parte dell'associato di decidere l'ingresso di ulteriori associati.

La presunzione che l'associazione mascheri un rapporto di lavoro subordinato sarà tanto più forte quanto più la quota di utili sia modesta o addirittura irrisoria.

Infatti, si ritiene che quando la norma fa riferimento alle "adeguate erogazioni a chi lavora" queste debbano derivare dalla sola partecipazione agli utili dell'impresa e non da altre forme di remunerazione minima garantita, anche perché si tratta di una clausola non espressamente prevista dal contratto di associazione in partecipazione (argomento dibattuto nelle sentenze,

7.1. Il contenzioso
nelle sentenze
della Cassazione

sebbene molte pronunce considerano tale minimo garantito un indice rivelatore del vincolo di subordinazione, che assieme agli altri indici di subordinazione individuati dalla giurisprudenza, può portare ad un giudizio di prevalenza dei caratteri tipici del lavoro subordinato su quelli propri dell'associazione in partecipazione – si vedano, tra le altre, le sentenze più recenti le n. 19475/2003, n. 1420/2002, n. 1188/2000).

La corresponsione di una retribuzione garantita assumerebbe maggior valore (in negativo) se, alla percezione di tale compenso minimo, non dovesse poi seguire una adeguata partecipazione agli utili. In tal senso, come accennato, si ritiene che può essere oggetto di valutazione ai fini della genuinità del contratto il fatto che la quota di utili percepita dal lavoratore possa risultare inadeguata e talmente irrisoria sia rispetto alla professionalità dell'associato sia rispetto al buon andamento dell'affare.

Qualsiasi tipo di prestazione lavorativa può ricadere tanto nel *genus* del rapporto del lavoro autonomo quanto in quello del lavoro subordinato: tale principio è stato ritenuto generalmente valido anche nell'ambito del rapporto di associazione in partecipazione. Pertanto, pur se la volontà delle parti è stata consacrata in un contratto avente forma scritta, sarà necessario verificare nel concreto se tale volontà sia o meno genuina ovvero sia invece frutto di un contratto simulato oppure se quanto dedotto contrattualmente si sia effettivamente realizzato nel corso del rapporto. Da ricordare, inoltre, che la qualificazione del rapporto compiuta dalle parti nella iniziale stipulazione del contratto non è da sola determinante ai fini della qualificazione del rapporto, atteso che nei rapporti di durata il comportamento delle parti nel corso del rapporto stesso può esprimere tanto una diversa effettiva volontà contrattuale, quanto una nuova diversa volontà. Secondo l'orientamento giurisprudenziale è centrale l'assolvimento all'onere di rendicontazione da parte dell'associante all'associato, mentre per il resto la Cassazione utilizza i noti criteri qualificatori generalmente utilizzati dalla Cassazione ai fini qualificatori nella distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato (Cass. 24 febbraio 2001 n. 2693, Cass. 3 febbraio 2000 n. 1188; Cass. 12 gennaio 2000 n. 290; Cass. 10.8.1999 n. 8578; Cass. 23 gennaio 1999 n. 655; Cass. 6 novembre 1998 n. 11222).

Nel 1991 la Cassazione civile, per la sentenza n. 9671 – in tema di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa – la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine del giudice

del merito (il cui accertamento, se adeguatamente e correttamente motivato, è censurabile in sede di legittimità) volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che, mentre il primo implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio di impresa (non immutabile dall'associante e non limitato alla perdita della retribuzione con salvezza del diritto alla retribuzione minima proporzionata alla quantità ed alla qualità del lavoro), il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive ed istruzioni al cointeressato.

Da segnalare, ancora, che la decisione del 9 novembre 1992 n. 12052 specificava che per l'associazione in partecipazione con apporto della sola attività lavorativa non trova applicazione il principio della retribuzione sufficiente sancito dall'articolo 36 Cost. con esclusivo riguardo al lavoro subordinato.

La sentenza del 6 novembre 1998, n. 11222 (si veda in tal senso anche la sentenza n. 8578 del 10 agosto 1999) dispone che sempre in materia di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, la riconducibilità del rapporto all'uno o all'altro degli schemi predetti esige un'indagine del giudice del merito volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti, tenendo conto, in particolare, che è determinante accertare se il corrispettivo dell'attività lavorativa escluda o meno un apprezzabile rischio, se colui che la esplica sia, o meno, assoggettato al potere disciplinare e gerarchico della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo nell'organizzazione dell'azienda.

Come si evincerà in maniera costante, comunque, in relazione alla differenza fra il contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa dell'associato e il contratto di lavoro subordinato, la prevalente giurisprudenza (si vedano ad esempio Cass. 22 luglio 1992 n. 8836 e Cass. 23 gennaio 1999 n. 655), si fonda per lo più sull'accertamento di tre elementi. In primo luogo, è determinante accertare se il corrispettivo dell'attività lavorativa escluda o meno un apprezzabile rischio: la Cassazione ha individuato quale elemento caratterizzante la posizione dell'associato, rispetto a quella del lavoratore subordinato, l'assoggettamento al rischio economico d'impresa, che grava anche sul primo oltre che sull'associante, esponendolo sia alla mancata percezione di utili sia alla perdita

dell'apporto lavorativo. Al contrario il lavoratore subordinato non è sottoposto ad alcun rischio d'impresa.

In secondo luogo occorre verificare se colui che esplicita tale attività lavorativa sia assoggettato o meno al potere disciplinare e gerarchico della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo nell'organizzazione delle persone e dei beni. In ogni caso il vincolo di subordinazione e la cui esistenza va concretamente apprezzata con riguardo alla specificità dell'incarico conferito al lavoratore e al modo della sua attuazione, a nulla rilevando il *nomen iuris* utilizzato.

Terzo elemento: è necessario stabilire se il prestatore di lavoro abbia un potere di controllo sulla gestione economica dell'impresa, in particolare, se egli abbia diritto di ricevere o meno un rendiconto periodico della gestione da parte dell'associante.

In ogni caso, la Suprema Corte (si veda ad esempio la sentenza n. 383 del 1° febbraio 1975) non ha escluso che lo stesso soggetto possa assumere la doppia veste di associato e di lavoratore subordinato, ma al riguardo si osserva che l'ammessa ipotesi di concorrenza o coincidenza di elementi del rapporto di lavoro subordinato con quelli dell'associazione in partecipazione conferma l'impostazione di fondo secondo la quale l'esistenza o meno del rapporto di lavoro dipendente è sempre una *quaestio facti*, come tale risolvibile soltanto caso per caso e con riferimento ai contenuti e agli elementi concreti del rapporto di volta in volta preso in esame.

7.2. Alcuni ulteriori orientamenti

Fra le pronunce più interessanti si segnala la n. 1420 del 2002 con la quale viene confermata la sussistenza della subordinazione di due lavoratrici che, addette insieme ad altri lavoratori in posizione di minore responsabilità, ad un negozio di abbigliamento ricevevano – in contrasto con quanto stabilito nel contratto – una retribuzione fissa, erano tenute al rispetto di un orario rigido corrispondente a quello di apertura del negozio, rimanevano assoggettate a direttive e istruzioni impartite da persona delegata dal datore di lavoro. In particolare, nel corso di un'ispezione effettuata dall'Inps nei confronti di una ditta di abbigliamento veniva contestata la validità di alcuni contratti di associazione in partecipazione stipulati dalla ditta con due lavoratrici. La simulazione del contratto veniva ritenuta dall'ente previdenziale sia alla luce della retribuzione fissa percepita dalle lavoranti sia per effetto del loro inserimento organico nel ciclo produttivo con assoggettamento alle direttive dei preposti della ditta. All'esito del giudizio di opposizione all'ingiunzione per il pagamento dei contributi evasi richiesti dell'ente previdenziale, il Pretore di Ferrara rigettava la domanda con sentenza confermata in sede di appello. Nel rigettare il ricorso avverso

la sentenza di appello, la Corte di Cassazione, ha ritenuto che correttamente la sentenza di secondo grado aveva escluso l'esistenza di un valido contratto di associazione in partecipazione stante l'erogazione fissa e periodica di compensi legati agli incassi anziché agli utili unitamente al mancato riconoscimento di un diritto di accesso alla contabilità dell'impresa accompagnato da una sottoposizione a pregnanti direttive da parte del titolare. Osserva, infatti, la Suprema Corte – disattendendo un precedente contrario – che nel contratto di associazione in partecipazione, che mira nel quadro di un rapporto sinallagmatico con elementi di aleatorietà, al perseguimento di finalità in parte analoghe a quelle dei contratti societari, è elemento costitutivo essenziale la pattuizione a favore dell'associato di una prestazione correlata agli utili di impresa e non ai ricavi i quali ultimi rappresentano in se un dato non significativo circa il risultato economico effettivo. La corte pertanto ha ritenuto la validità dell'iter logico della sentenza del Tribunale di Ferrara che, in presenza di un contratto di associazione invalido, ha ritenuto sussistente una fattispecie di lavoro subordinato una volta verificato che la prestazione delle lavoranti era caratterizzata da un inserimento organico con soggezione ai poteri gerarchico-organizzativi del titolare dell'impresa.

Interessante è la pronuncia n. 19352 del 17 dicembre 2003 la quale ha affermato che per rivendicare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato è necessario che il dipendente sia sottoposto al potere organizzativo, gerarchico e disciplinare dell'imprenditore, mentre non è sufficiente a mera ricezione di indicazioni e suggerimenti. Il datore di lavoro può impartire direttive in ordine allo svolgimento dell'attività anche ai lavoratori autonomi, ai soci di fatto e agli associati in partecipazione, senza che scatti il rapporto di subordinazione, quando è necessario sopperire alla loro minore esperienza o risulti opportuno per coordinare al meglio le attività produttive.

Ulteriore sentenza è la n. 12261 del 10 giugno 2005. Nella fattispecie la Suprema Corte si è pronunciata sul caso di un biologo analista che aveva stipulato un contratto di associazione in partecipazione con la stessa società di cui era stato in precedenza dipendente con qualifica di direttore tecnico. La stipula del contratto di associazione in partecipazione era seguita al licenziamento del dipendente stesso alcuni anni addietro. Nel caso esaminato dalla Corte il lavoratore aveva integralmente mantenuto le proprie mansioni avendo il compito, sia durante il rapporto di lavoro subordinato sia in vigenza del contratto di associazione in partecipazione, di sovrintendere al funzionamento del laboratorio di analisi della società. In seguito al successivo recesso comunicato dalla società il lavoratore si era, quindi, rivolto al giudice per il riconoscimento della natura subordinata

del suo rapporto anche per il periodo susseguente la stipula del contratto di associazione. La Corte, dopo aver rilevato che l'osservanza di orari precisi di lavoro e l'assoggettamento alle direttive dell'imprenditore possono assumere (anche) nel rapporto di lavoro subordinato sfumature molto attenuate a seconda degli aspetti del concreto rapporto di lavoro, come la natura intellettuale delle mansioni ed il livello (ricoperto dal lavoratore) nell'ambito dell'azienda, ha stabilito che «ai fini della differenziazione con l'associazione in partecipazione assumono rilievo determinante» elementi quali il diritto dell'associato al rendiconto periodico (articolo 2552 c.c.) e la sua esposizione al rischio di impresa (anche se nei limiti di cui all'articolo 2553 c.c.). Nel caso di specie la Corte avendo ravvisato che, dopo la stipula del contratto di associazione, le concrete modalità di esplicazione dell'attività lavorativa del lavoratore non erano mutate, che allo stesso non era mai stato reso un rendiconto periodico e che la sua retribuzione non aveva mai subito modifiche, pur in presenza di consistenti variazioni di bilancio, ha respinto il ricorso della società riconoscendo la natura subordinata del rapporto di lavoro.

Infine, un necessario cenno alla sentenza n. 45257 del 14 dicembre 2005 della terza sezione penale della Cassazione, attraverso la quale il legale rappresentante di una s.r.l. viene condannato per il reato di cui all'articolo 37, legge n. 689/1991. La pronuncia sottolinea che commette il reato di cui all'articolo 37 della legge n. 689/1981 colui che, al fine di non versare i previsti contributi previdenziali e assistenziali, abbia omesso di denunciare all'Inps il rapporto di lavoro subordinato di fatto instaurato con i lavoratori, nonostante che con essi risulti formalmente stipulato un contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato.

La questione riguarda il mancato versamento contributivo per dieci dipendenti (con i quali è stato stipulato un contratto in associazione) per i quali la Corte ha accertata la natura del rapporto subordinato tra la società ed appunto le lavoratrici. La Corte ha rilevato la presenza di particolari indici altamente sintomatici quali: l'erogazione di una retribuzione fissa pari a lire 8000 all'ora, la mancata partecipazione agli utili e alle perdite dell'impresa; l'esercitare il potere gerarchico attraverso la organizzazione ed il controllo del lavoro; lo stabilire l'orario di lavoro attraverso un preposto di fiducia della società stessa.

La Corte ha ricordato che per distinguere tra rapporto di lavoro subordinato ed associazione in partecipazione con apporto della prestazione lavorativa occorre, in concreto, riferirsi agli elementi caratterizzanti dell'una o dell'altra tipologia. Seguendo l'indirizzo delle Sezioni Civili, l'elemento caratterizzante

che distingue l'associazione in partecipazione dalla prestazione subordinata è dato dal rischio d'impresa che, nella seconda, grava solo sul datore di lavoro, mentre nell'associazione non è limitato all'associante, ma si estende anche all'associato, il quale partecipa agli utili ed alle perdite dell'impresa. Da ciò ne consegue che «se da una parte l'associante conserva il potere di gestione dell'impresa, dall'altro l'associato ha un potere di controllo, al quale corrisponde un obbligo di rendiconto da parte del primo (articolo 2552 c.c.) e che, quindi, il rapporto tra associante ed associato è di tipo collaborativi più che di tipo gerarchico, potendo il primo solo impartire generiche direttive ed istruzioni in ordine alla gestione dell'attività imprenditoriale, ma non disporre sanzioni disciplinari». Al contrario nel rapporto di lavoro subordinato al datore di lavoro compete, in dipendenza del suo esclusivo rischio d'impresa, un vero e proprio potere disciplinare e gerarchico, mentre al lavoratore, che essenzialmente non partecipa agli utili ed alle perdite, compete una retribuzione in senso tecnico, come corrispettivo delle sue prestazioni lavorative.

Da quanto sopra la terza Sezione penale ha accertato gli estremi materiali e psicologici del reato ed ha ritenuto che l'imputato, nella sua qualità di datore di lavoro, fosse tenuto a denunciare il rapporto di lavoro subordinato agli istituti previdenziali.

7.3. Rassegna più recente

In genere, quindi, la giurisprudenza ritiene che al fine di stabilire se lo svolgimento della prestazione lavorativa sia riconducibile ad un rapporto di lavoro subordinato o ad un contratto di associazione in partecipazione, è necessario compiere un'approfondita indagine, in quanto il rapporto di associazione in partecipazione implica una serie di obblighi.

Le pronunce fra il 2006 e 2007 non fanno altro che confermare quanto più volte illustrato:

- l'obbligo del rendiconto periodico da parte dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio d'impresa; diversamente, nel lavoro subordinato l'elemento fondamentale è dato dal vincolo di subordinazione, più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive ed istruzioni all'associato all'impresa (Cass. 4 aprile 2007 n. 8465);
- se risulta complessa la valutazione della partecipazione al rischio economico, così come l'individuazione degli altri elementi appena detti, un aiuto, secondo la giurisprudenza potrebbe arrivare dal regolamento pattizio voluto dalle parti e concretamente posto in essere (sul punto si legga, Cass. 22 novembre 2006 n. 24781);

- la linea di demarcazione tra l'associazione in partecipazione ed il lavoro subordinato nella presenza, in seno al secondo, di un vincolo personale di maggiore intensità tra le parti rispetto a quello derivante dal generico potere dell'associante di impartire istruzioni all'associato (Cass. 28 maggio 2007 n. 12357).

Un cenno anche alla sentenza 18 aprile 2007 n. 9264. La Suprema Corte, chiamata ad intervenire nuovamente in materia, ha confermato i principi generali che la stessa aveva dettato in precedenza, senza tralasciare importanti riferimenti in relazione agli elementi che il giudice di merito deve considerare per collocare nella giusta luce i casi concreti che si presentano. Di particolare rilevanza, infatti, è la censura che la Suprema Corte muove nei confronti della Corte d'Appello territoriale che, a suo dire, nel ritenere costituito tra le parti in causa un rapporto di lavoro subordinato ha trascurato nella sua indagine gli aspetti caratterizzanti il contratto di associazione in partecipazione, giudicando decisivi solo gli elementi propri della subordinazione, ma che comunque non possono essere ritenuti a priori estranei anche alla struttura dell'istituto dell'associazione. Può accadere che le parti, pur volendo attuare un rapporto di lavoro subordinato, abbiano simulatamente dichiarato di volere un diverso rapporto lavorativo al fine di eludere la disciplina legale inderogabile in materia, «sia nel caso in cui l'espressione verbale abbia tradito la vera intenzione delle parti, sia infine nell'ipotesi in cui, dopo avere voluto realmente il contratto di lavoro autonomo, durante lo svolgimento del rapporto le parti stesse, attraverso fatti concludenti, mostrino di aver mutato intenzione e di essere passate ad un effettivo assetto di interessi corrispondente a quello della subordinazione» (Cass. n. 9264/2007). Il giudice di merito, dunque, investito del compito di fornire l'esatta qualificazione giuridica del rapporto, deve riconoscere prevalenza al comportamento sostanziale che le parti hanno tenuto nell'attuazione del rapporto stesso, e non considerare, esclusivamente o come punto di partenza dell'indagine, la denominazione utilizzata al momento della conclusione del contratto. La qualificazione del rapporto adottata in sede di conclusione del contratto, dunque, deve essere considerata alla stregua di uno dei tanti elementi valutabili dal giudice di merito, che deve servirsi allo scopo di comprendere prima o definire poi l'esatta volontà delle parti, e naturalmente con essa il vero rapporto che hanno voluto instaurare.

Pertanto, sebbene in astratto l'associazione in partecipazione appaia agevolmente distinguibile dal rapporto di lavoro subordinato, nella realtà fattuale la linea di demarcazione tra le due figure si presenta tutt'altro che certa. Nell'individuare tale linea la pronuncia ribadisce che la riconducibilità del rapporto

all'uno o all'altro degli schemi predetti esige una indagine del giudice di merito il cui accertamento se adeguatamente e correttamente motivato è incensurabile in sede di legittimità), volta a cogliere la prevalenza, alla stregua delle modalità di attuazione del concreto rapporto, degli elementi che caratterizzano i due contratti. In tale indagine deve tenersi conto in particolare che mentre il primo contratto implica l'obbligo del rendiconto periodico dell'associante e l'esistenza per l'associato di un rischio (non immutabile dall'associante e non limitato alla perdita della retribuzione con salvezza del diritto alla retribuzione minima proporzionata alla quantità e qualità del lavoro), il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione – più ampio del generico potere dell'associante d'impartire direttive ed istruzioni al cointeressato all'impresa (così Cass. 16 febbraio 1989 n. 927). Inoltre, la Corte afferma che la qualificazione formale del rapporto effettuata dalle parti al momento della conclusione del contratto, pur non essendo decisiva, non è tuttavia irrilevante e pertanto, qualora a fronte della rivendicata natura subordinata del rapporto venga dedotta e documentalmente provata l'esistenza di un rapporto di associazione in partecipazione, l'accertamento del giudice di merito deve essere molto rigoroso (potendo anche un associato essere assoggettato a direttive ed istruzioni nonché ad una attività di coordinamento latamente organizzativa) e non trascurare nella indagine aspetti sicuramente riferibili all'uno o all'altro tipo di rapporto, quali, per un verso, l'assunzione di un rischio economico e l'approvazione di rendiconti e, per altro verso, l'effettiva e provata soggezione al potere disciplinare del datore di lavoro (cfr. in tali sensi Cass. 7 ottobre 2004 n. 20002).

In ultimo, la Corte si propone l'intento di fissare un ulteriore principio di diritto, secondo il quale «nel contratto di associazione di cui all'articolo 2549 c.c., non ostandovi alcuna incompatibilità con il suddetto tipo negoziale, la partecipazione agli utili ed alle perdite da parte dell'associato può tradursi, per quanto attiene ai primi, nella partecipazione ai globali introiti economici dell'impresa o a quelli di singoli affari, sicché sotto tale versante non assume alcun rilievo ai fini qualificatori il riferimento delle parti contrattuali agli utili dell'impresa o viceversa ai ricavi per singoli affari; e per quanto attiene alle seconde in ragione del rischio proprio della causale associativa del rapporto contrattuale in un corrispettivo volto a prevedere, oltre alla cointeressenza negli utili, anche una quota fissa (da riconoscersi in ogni caso all'associato), di entità non compensativa della prestazione lavorativa e, comunque, non adeguata rispetto ai criteri parametrici di cui all'art. 36 della Costituzione». Pertanto, il principio enunciato rappresenta un rilevante criterio differenziale tra le due figure contrattuali, «nella misura in cui

rimarca una diversa omogeneità di interessi tra associato e lavoratore subordinato, in ragione di un distinto e meno diretto coinvolgimento nelle fortune dell'impresa del secondo rispetto al primo, in considerazione principalmente delle sue ricadute in termini economici».

8. Lavoro parasubordinato

Non sono pochi i rapporti fittizi in materia di lavoro parasubordinato nonostante gli sforzi della Riforma Biagi e le numerose verifiche ispettive effettuate. In diversi casi i progetti si sono rivelati esclusivamente formali, le attività lavorative caratterizzate dall'assenza di autonomia in quanto il coordinamento è quasi sempre sfociato in un vero potere direttivo e gerarchico. Il decreto legislativo n. 276/2003 stabilisce, come è noto, che il progetto consiste in un'attività produttiva ben identificabile e funzionalmente legata ad un risultato determinato e tangibile a cui il collaboratore partecipa direttamente con la sua prestazione (*segmenti dell'attività organizzata del committente ben identificati e ben definiti sotto il profilo sia strutturale sia temporale cui inerisce un chiaro risultato finale*). Esempi di progetti:

- un'attività di marketing su uno specifico prodotto;
- un'attività di ricerca per l'avviamento o la implementazione di una nuova linea produttiva o commerciale;
- un piano di formazione teorico-pratica;
- un'attività di *start-up* di un settore da far confluire in un secondo momento nell'attività produttiva o commerciale;
- l'analisi di soluzioni logistiche più economiche e semplicemente migliori in termini di efficienza;
- la ricerca di nuovi settori di investimento;
- lo sviluppo di pacchetti software.

Per coordinamento viene identificato il carattere di integrazione della prestazione del collaboratore con l'attività del committente ed è ammissibile «solo ove esso si traduca in indicazioni programmatiche di ordine generale [...] isolate nel tempo, circoscritte nella durata, limitate nel contenuto».

La direttiva ministeriale chiarisce che nei riguardi dei contratti a progetto (non oggetto di certificazione) l'Ispettore dovrà acquisire, confrontando i contenuti del programma negoziale con le dichiarazioni rese dal lavoratore interessato e dagli altri che eventualmente con lo stesso collaborino, tutti gli elementi utili a valutare la corretta qualificazione del rapporto di lavoro, in linea con quanto precisato nelle circolari n. 1/2004 e n. 17/2006 (senza tenere conto della elencazione di attività e delle preclusioni contenute nella circolare n. 4/2008, da ritenersi complessivamente non coerenti con l'impianto e le finalità della Legge Biagi), evidenziandoli specificamente nel verbale di accertamento e notificazione col quale si disconosca la natura au-

tonoma del rapporto investigato, contrastando l'uso fraudolento del contratto di collaborazione.

Abbandonando quindi la linea della presunzione assoluta lo sforzo in sede ispettiva sarà quella di far soprattutto emergere in maniera puntuale e stringente la presenza degli ormai noti e storici indici, individuati dalla ricca biblioteca giurisprudenziale:

- subordinazione alle direttive tecniche ed al controllo del datore di lavoro;
- inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale;
- organizzazione del lavoro a cura del destinatario della prestazione lavorativa;
- esecuzione della prestazione, effettuata con i materiali e le attrezzature del datore di lavoro;
- continuità della prestazione lavorativa;
- predefinitone della retribuzione e delle modalità di erogazione;
- rispetto dell'orario di lavoro prestabilito.

Per quanto concerne, inoltre, il compenso erogato, resta fermo il rispetto del criterio generale di proporzionalità ed adeguatezza del trattamento economico riservato al collaboratore a progetto: i compensi corrisposti ai lavoratori a progetto devono essere proporzionati alla quantità e qualità del lavoro eseguito e devono tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per prestazioni di analoga professionalità, anche sulla base dei contratti collettivi nazionali di riferimento (interpello del 12 settembre 2008, n. 39).

8.1. Quando le collaborazioni sono fittizie

Ma come fanno i giudici a decidere se un rapporto di lavoro è autonomo o subordinato? Saperlo può evitare all'impresa costose e spesso inattese conseguenze e vale la pena dunque di fare una rapida incursione nel processo decisionale dei giudici. A questo fine prendiamo come guida la sentenza 9812/08 della Cassazione, che dichiara la natura subordinata di un certo numero di rapporti di lavoro nati come autonomi. Un'impresa, avente ad oggetto la fornitura di servizi al settore pubblicitario, si avvale della collaborazione di un certo numero di telefoniste e segretarie, titolari di un rapporto di collaborazione. L'accertamento ispettivo fa emergere al contrario la natura di fatto subordinata del rapporto di lavoro e così l'impresa è tenuta al pagamento dei contributi evasi, delle sanzioni e degli accessori. Il ricorso dell'impresa al Tribunale è vincente, ma il successivo giudizio in Corte di Appello riconosce per la gran parte del personale coinvolto il carattere subordinato delle prestazioni lavorative. Le conclusioni della citata sentenza della Cassazione appaiono utili in due direzioni. In primo luogo aiutano a comprendere come si articola il ragionamento giurisprudenziale e

contengono in proposito due richiami, uno implicito e l'altro esplicito. La sentenza chiarisce poi il valore, in sede processuale, delle testimonianze rese al personale ispettivo. Il richiamo implicito – che la sentenza non fa ma che sottintende – è che i giudici non si lasciano ingannare da come le parti hanno definito il contratto di lavoro sottoscritto. Il *nomen juris* dato al contratto, autonomo o subordinato, è soltanto indicativo, ma non determinante, della vera natura del rapporto. Quest'idea è molto chiaramente espressa nel codice all'articolo 1362, il quale afferma che «Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole. Per determinare la comune intenzione delle parti si deve valutare il loro comportamento anche posteriore alla conclusione del contratto». È significativo il richiamo del codice al comportamento delle parti successivo alla stipula del contratto. Se ad esempio il personale ispettivo si imbatte in un contratto a progetto che riporta – come richiede la legge – la specifica descrizione di un valido progetto, ma poi risulta che il collaboratore esegue prestazioni differenti da quelle previste, allora il contratto a progetto è immediatamente convertito in rapporto subordinato, così come impone il decreto legislativo n. 276/2003 all'articolo 69. Il richiamo esplicito che la sentenza in esame fa è illuminante circa la maniera, che si potrebbe definire logico-deduttiva, con la quale i giudici arrivano a determinare se un rapporto è di natura autonoma o subordinata. Dapprima vi è un'affermazione di principio, che dice quali sono gli elementi che definiscono la natura subordinata di un rapporto di lavoro: «l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, disciplinare e di controllo del datore di lavoro ed il conseguente inserimento del lavoratore in modo stabile ed esclusivo nell'organizzazione aziendale». Si tratta di elementi in un certo qual modo astratti, ai quali non è possibile associare specifiche e concrete circostanze. Ed allora il giudice valuta i sintomi dell'assoggettamento del lavoratore e del suo inserimento in azienda. Se ad esempio il collaboratore osserva lo stesso orario di lavoro di tutto il restante personale, certo questo non prova da solo la natura subordinata del rapporto, ma se, oltre a ciò, risulta inoltre che tale collaboratore non è neanche libero di assentarsi senza il consenso del committente, allora abbiamo non una, ma due tessere dello stesso puzzle che raffigura la subordinazione. Altri elementi indicativi di un rapporto subordinato che la sentenza cita sono: l'assenza del rischio di impresa (ed infatti il collaboratore è tenuto ad un risultato produttivo, mentre il dipendente è tenuto all'impegno lavorativo), la cadenza e la forma della retribuzione, l'utilizzazione di strumenti di lavoro e lo svolgimento della prestazione in ambienti messi a disposizione dal datore di lavoro. Per quanto infine concerne la prova

testimoniale resa dal lavoratore al personale ispettivo, questa conserva la sua validità anche se non viene confermata in giudizio e a nulla vale sostenere che il dipendente potrebbe aver cambiato idea. L'accertamento ispettivo infatti si basa su elementi tra loro coerenti e che mirano congiuntamente ad una rappresentazione dei rapporti tra le parti immune da contraddizioni.

8.2. Prestazioni occasionali

Vale la pena ricordare la differenza tra prestazioni occasionali e lavoro autonomo occasionale, senza dimenticare che anche in tali casi, talvolta, si annidano rapporti di lavoro autonomo fittizi. In tal senso, recentemente la Suprema Corte ha riconosciuto la natura subordinata della prestazione lavorativa affermando il principio secondo il quale la «messa a disposizione da parte dei lavoratori delle proprie energie lavorative» e «l'obbligo di sottostare alle disposizioni impartite loro dal superiore gerarchico» implicano il loro inserimento nella organizzazione aziendale, indipendentemente dal fatto che la loro prestazione non fosse continuativa, ma saltuaria. La Corte, pertanto, con la sentenza n. 21031 del 1° agosto 2008, chiarisce che bastano pochi giorni di lavoro per far scattare l'obbligo di pagare i contributi previdenziali in quanto, se presenti i requisiti, la natura subordinata del rapporto di lavoro può essere riconosciuta anche in caso di prestazioni di carattere discontinuo.

Per prestazioni occasionali s'intendono i rapporti di durata complessiva non superiore a trenta giorni nel corso dell'anno solare con lo stesso committente, salvo che il compenso complessivamente percepito nel medesimo anno solare, sempre con il medesimo committente sia superiore a 5 mila euro. I limiti dei trenta giorni e dei cinquemila euro annui devono essere entrambi riferiti a ciascun singolo committente. Di conseguenza, il superamento di detti limiti annui per effetto del susseguirsi, in capo allo stesso collaboratore, di una pluralità di rapporti, non rende necessaria l'esistenza del progetto o del programma di lavoro. Superati i limiti indicati tornano a trovare applicazione le disposizioni sul lavoro a progetto. Le prestazioni occasionali sono collaborazioni coordinate e continuative per le quali, data la loro limitata portata (cosiddette mini collaborazioni), non è necessario il riferimento al progetto. Si pensi, ad esempio, ad un programmatore software che invece di essere chiamato a sviluppare un intero progetto (un pacchetto software relativo alla meccanizzazione delle paghe) sia invece chiamato ad effettuare delle piccole modifiche ad un pacchetto software già esistente. A questo punto, se le modifiche richiedono un impegno limitato di pochi giorni (di fatto, non si traducono in un vero progetto), si può utilizzare una prestazione occasionale.

8.3. Lavoro autonomo occasionale

Ai sensi dell'articolo 2222 c.c., è lavoratore autonomo, e dunque la definizione va applicata anche al lavoratore autonomo occasionale, chi si obbliga a compiere un'opera od un servizio, con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione e senza alcun coordinamento con il committente. L'esercizio dell'attività, peraltro, deve essere del tutto occasionale, senza i requisiti della professionalità e della prevalenza. Pertanto, i caratteri differenziali del lavoro autonomo occasionale rispetto alla collaborazione coordinata, a progetto od occasionale, vanno individuati, tendenzialmente, nell'assenza del coordinamento con l'attività del committente, nella mancanza dell'inserimento funzionale nell'organizzazione aziendale, nel carattere episodico dell'attività, nella completa autonomia del lavoratore circa il tempo ed il modo della prestazione. Secondo il Ministero i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa si distinguono dalle attività di lavoro autonomo occasionale vero e proprio quando non si riscontra un coordinamento ed una continuità nelle prestazioni. Proprio per questa loro natura non sono soggette agli obblighi contributivi previsti per le collaborazioni coordinate e continuative bensì a quelli di cui all'articolo 44, comma 2, del decreto legge n. 269/2003 (vale a dire iscrizione alla Gestione separata Inps solo qualora il reddito annuo derivante da dette attività sia superiore ad euro 5.000). Si pensi, ad esempio, ad un relatore invitato in un convegno organizzato da un Comune (cosa ben diversa rispetto all'essere docente in una scuola di formazione). Oppure ad un giardiniere che non svolge tale attività con i caratteri della abitualità e della prevalenza e che venga chiamato da una azienda (circondata da un giardino esterno) a verificare lo stato delle piante. Il giardiniere, nei tempi da lui decisi, riordinerà il giardino. Entrambi questi lavori non necessitano di alcun coordinamento e di alcun inserimento funzionale con il committente (nel caso del giardiniere, in alternativa, potrebbe essere utilizzato *in prospettiva* il lavoro accessorio).

9. Conseguenze dell'omessa comunicazione di variazione di attività

Come è noto, l'inquadramento nei diversi settori di attività viene effettuato dall'Inps con riferimento all'attività effettivamente prestata ed in sede di indagine ispettiva gli ispettori potrebbero rilevare delle incongruenze fra l'attività svolta e l'inquadramento denunciato. Va richiamata la fonte principale per gli inquadramenti che è la legge n. 88/1989 che, all'articolo 49, prevede che la classificazione dei datori di lavoro disposta dall'Inps ha effetti a tutti i fini previdenziali ed assistenziali. In materia di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta dall'azienda è da equiparare all'ipotesi delle

dichiarazioni inesatte di cui al comma 8 dell'articolo 3 della legge n. 335/1995, essendo comune alle due ipotesi la *ratio* di assicurare la corrispondenza della classificazione alla effettiva attività dei datori di lavoro. È questo quello che emerge dalla sentenza della Corte di Cassazione del 23 maggio 2008 n. 13383. La pronuncia in esame, accogliendo la tesi difensiva dell'Inps e ha statuito il seguente principio di diritto: «In materia di classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali e ai fini dell'applicabilità dell'art. 3, comma ottavo, della legge n. 335 del 1995 – che fissa la regola che gli effetti della variazione della classificazione si producono dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento, con la sola eccezione, con conseguente retroattività degli effetti della variazione, dell'ipotesi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni dal datore di lavoro – l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta dall'azienda, la quale, per effetto delle scelte operate dall'imprenditore, assume caratteristiche tali da comportare una diversa classificazione ai fini previdenziali, è da equiparare all'ipotesi delle dichiarazioni inesatte [...]». Viene meno, così, un precedente orientamento (sentenza n. 4521 del 2006) secondo cui «l'omessa comunicazione dei mutamenti intervenuti nell'attività svolta non è assimilabile all'inesatta dichiarazione». Se fosse stato confermato tale principio e se ci si limitasse ad accettare l'espressione “inesatte dichiarazioni” ai soli comportamenti commissivi il timore – avanzato da alcuni esperti in dottrina – potrebbe essere quello di invitare i datori di lavoro ad omettere qualsivoglia dichiarazione in attesa di una verifica da parte dell'ente previdenziale, ponendo pertanto in una situazione deleteria solo i datori di lavoro onesti.

9.1. Premessa

In base all'articolo 3, comma 8, legge n. 335/1995, i provvedimenti di variazione della classificazione dei datori di lavoro ai fini previdenziali, con il conseguente trasferimento nel settore economico corrispondente alla effettiva attività svolta, se adottati d'ufficio dall'Inps, producono effetto dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento, tranne nei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da dichiarazioni inesatte del datore di lavoro.

In caso di variazione disposta, invece, a seguito di richiesta dell'azienda, gli effetti del provvedimento decorrono dal periodo di paga in corso alla data della richiesta stessa.

Le variazioni di inquadramento adottate con provvedimenti aventi efficacia per intere categorie di datori di lavoro producono effetti dalla data stabilita dall'Istituto nel rispetto del principio della non retroattività. La legge del 1995, innovando rispet-

to alla pregressa disciplina dell'efficacia *ex tunc* delle variazioni di inquadramento, ha previsto, per tali variazioni, decorrenze diverse differenziando i provvedimenti adottati d'ufficio da quelli adottati a seguito di richiesta dell'azienda e, nell'ambito dei primi, a seconda che riguardino singole situazioni aziendali ovvero interi settori di datori di lavoro.

Le norme, in sostanza, disciplinano, sia nella disposizione di tipo generale, sia nella disposizione di tipo particolare, le ipotesi di mutamento della classificazione verificatesi nel corso dello svolgimento dell'attività da parte del datore di lavoro, ben potendo accadere che:

- l'iniziale classificazione sia non conforme all'attività concretamente svolta;
- la classificazione iniziale corretta nel momento in cui è stata effettuata, non è più corretta successivamente a seguito di un mutamento di attività da parte del datore di lavoro;
- il mutamento di classificazione richiesto dal datore di lavoro non si radichi sull'attività concretamente svolta;
- il mutamento di classificazione richiesto e ottenuto dal lavoratore o effettuato d'ufficio dall'Inps, corretto nel momento in cui è stato effettuato, diviene, con il trascorrere del tempo, non corretto, perché il datore di lavoro ha, nel frattempo, ancora una volta, cambiato l'attività concretamente svolta.

La circolare dell'Inps n. 263/1995 ha illustrato, a suo tempo la materia e ne sintetizziamo alcuni passaggi.

La prima parte della norma disciplina la decorrenza degli effetti delle variazioni di inquadramento disposte a seguito di riesame o verifica di singole situazioni aziendali, qualora si rilevi che il settore economico assegnato deve essere modificato in quanto non conforme ai criteri di classificazione vigenti ovvero in quanto attribuito su errata valutazione dell'effettiva attività svolta.

In tale ipotesi, gli effetti di tali variazioni decorreranno:

- dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento per le variazioni disposte d'ufficio;
- dal periodo di paga in corso alla data della richiesta per le variazioni disposte su espressa richiesta dell'azienda.

Il provvedimento di variazione produrrà, al contrario, i suoi effetti sin dalla data dell'inquadramento iniziale nell'ipotesi in cui tale inquadramento sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro: tali sono le notizie, relative all'effettiva attività svolta, fornite dal datore di lavoro all'atto della domanda di iscrizione e sulla cui base l'Istituto emana il provvedimento di classificazione.

9.3. Variazioni di inquadramento riguardanti settori o categorie di datori di lavoro

La norma disciplina altresì la decorrenza da attribuire alle variazioni di inquadramento disposte con provvedimenti di carattere generale (quelle ad esempio conseguenti a pronunce della Suprema Corte di Cassazione) che, modificando la disciplina in vigore, stabiliscono nuovi criteri di inquadramento riguardanti interi settori o categorie di datori di lavoro. In tale ipotesi gli effetti delle variazioni decorreranno dalla data che viene stabilita dall'Istituto, nel rispetto dell'irretroattività introdotta dalla legge.

9.4. La sentenza

Fatta questa breve ma doveroso chiarimento sulle disposizioni vigenti illustriamo, in sintesi, gli aspetti essenziali della pronuncia del 23 maggio 2008, n. 13383.

L'Inps impugna la sentenza della Corte di Appello di Firenze – per avere essa ritenuto che la variazione della classificazione, a fini previdenziali, della ditta (da impresa artigiana a impresa industriale) produce effetti (ai sensi della legge 8 agosto 1995, n. 335, articolo 3, comma 8) «dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione» (nella specie dal 19 febbraio 2001), e non già dalla data precedente (settembre 1999) di cancellazione della stessa società dall'albo delle imprese artigiane. La Corte d'appello, infatti, accoglie la domanda della ditta diretta ad ottenere – previo accertamento – che la variazione della propria classificazione, a fini previdenziali (da impresa artigiana a impresa industriale), producesse effetti «dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione» (19 febbraio 2001) essenzialmente in base al rilievo che il provvedimento di cancellazione (dall'albo delle imprese artigiane, appunto) non risultava notificato per iscritto dalla società.

Tale comportamento del datore di lavoro è stato considerato reticente (omissivo) da parte dell'Istituto.

La sentenza della Cassazione che cancella la suddetta decisione della Corte di Appello richiama alcuni principi: la disposizione, laddove stabilisce che i provvedimenti di variazione della classificazione dei datori di lavoro a fini previdenziali, adottati dall'Inps di ufficio, «producono effetti dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione» – ha valenza generale – secondo la giurisprudenza, ora consolidata della Cassazione (si vedano la sentenza n. 16875/2005 delle sezioni unite e la successiva giurisprudenza conforme della sezione lavoro: sentenze n. 9554/2006 e n. 16049/2007) – e, come tale, risulta applicabile a qualsiasi variazione di precedenti inquadramenti, che sia adottata dall'Istituto previdenziale – per assicurare la corrispondenza della clas-

sificazione, a fini previdenziali appunto, alla effettiva attività dei datori di lavoro.

La efficacia *ex nunc* delle stesse variazioni («dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione»), prevista contestualmente (della legge 8 agosto 1995, n. 335, articolo 3, comma 8, primo periodo), risulta anche per quanto riguarda le variazioni, disposte a seguito di richiesta dell'azienda, e per quelle adottate con provvedimenti aventi efficacia generale (della legge 8 agosto 1995, n. 335, articolo 3, comma 8, di cui al secondo e terzo periodo) – allo scopo (*ratio*) di non imporre, ai datori di lavoro, le conseguenze – sul piano contributivo – di eventuali ritardi – imputabili all'ente previdenziale – nell'assicurare, appunto, la corrispondenza della classificazione, a fini previdenziali, alla effettiva attività degli stessi datori di lavoro.

L'efficacia *ex nunc* – prevista, per quanto si è detto, «dal periodo di paga in corso alla data di notifica del provvedimento di variazione» (ai sensi della legge 8 agosto 1995, n. 335, articolo 3, comma 8, primo periodo) – risulta derogata dalla contestuale «esclusione dei casi in cui l'inquadramento iniziale sia stato determinato da inesatte dichiarazioni del datore di lavoro».

Tuttavia la prospettata identità della *ratio* impone di estendere la stessa deroga alla omessa comunicazione di variazioni della propria attività, da parte del datore di lavoro, in violazione di obbligo imposto – a pena di sanzione amministrativa – al pari dell'obbligo di denuncia iniziale dell'attività. La decisione raggiunta risulta conforme ad altre sentenze (fra queste sentenza n. 1338 del 1999), secondo cui «il caso dell'azienda, la quale, per effetto delle scelte operate dall'imprenditore, assume caratteristiche tali da comportare una diversa classificazione ai fini previdenziali, è da equiparare all'ipotesi delle dichiarazioni inesatte, atteso che, sia pure in un momento successivo, si realizza discrasia tra l'effettività della situazione e le dichiarazioni, sulle quali la classificazione iniziale era fondata».

9.5. Conclusioni

Pertanto, con l'espressione «inesatte dichiarazioni del datore di lavoro» si vuole indicare qualsivoglia comportamento del datore di lavoro, sia commissivo (affermare qualcosa che non è vero), sia omissivo (omettere di dire qualcosa che è reale), che sia rilevante ai fini dell'inquadramento dell'attività concretamente svolta. Ed è questo il principio sposato dalla sentenza della Cassazione. Concretamente, quindi, la deroga della retroattività degli effetti della variazione in discorso, prevista dall'articolo 3, comma 8, della legge n. 335/1995, viene ad esistere, in virtù della pronuncia in esame, sia in caso di inesatte

10. Apprendistato e contratto di inserimento

10.1. L'apprendistato nella giurisprudenza: alcune problematiche

dichiarazioni che di omessa comunicazione ad opera del datore di lavoro.

La direttiva spiega che l'ispettore diviene un arbitro della legalità del mercato del lavoro a 360 gradi, operando con particolare attenzione sulla effettività dei percorsi formativi o dei piani inserimento professionale economicamente incentivati (come nel caso del contratto di apprendistato o del contratto di inserimento al lavoro). In tal senso va ricordato che, in caso di inadempimento all'obbligo formativo che sia imputabile esclusivamente al datore di lavoro e che sia tale da impedire il raggiungimento della qualifica da parte dell'apprendista, il datore è tenuto a versare all'Inps, a titolo sanzionatorio, la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta per il lavoratore avente lo stesso inquadramento legale e contrattuale, maggiorata del 100%. In ogni caso, la maggiorazione esclude qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione.

Vale la pena, quindi, fare un breve cenno agli orientamenti giurisprudenziali in materia di apprendistato e di contratto di inserimento.

Il contratto di apprendistato è un contratto a contenuto formativo e viene definito un contratto a causa mista. Ciò vuol dire che il datore di lavoro deve fornire all'apprendista la formazione professionale nell'ambito del rapporto di lavoro. Non essendosi, ovviamente, formati orientamenti giurisprudenziali sulla nuova normativa, alcune particolari problematiche – sebbene legate alle disposizioni precedenti – illustriamo alcuni aspetti che riteniamo possono ancora essere di attuale interesse. In sede di premessa ricordiamo che la Cassazione, nel pronunciarsi in materia di apprendistato, ha definito tale rapporto un rapporto di lavoro speciale in forza del quale l'imprenditore è obbligato ad impartire nella sua impresa all'apprendista l'insegnamento necessario perché questi possa conseguire la capacità tecnica per diventare lavoratore qualificato. Affinché tale obiettivo possa essere raggiunto è necessario lo svolgimento effettivo sia delle prestazioni lavorative da parte del dipendente sia della corrispondente attività di insegnamento da parte del datore di lavoro, essendo consentito a quest'ultimo di modulare la prestazione dell'apprendista e l'addestramento pratico in relazione alle concrete esigenze dell'organizzazione aziendale (Cass. 1° agosto 2002 n. 11482).

Nel rapporto di apprendistato, unitamente alla corrispondenza della retribuzione e prestazione dell'attività lavorativa – obbligazioni tipiche del rapporto di lavoro – si aggiunge soprat-

tutto l'obbligo del datore di lavoro di impartire o far impartire all'apprendista l'insegnamento teorico e pratico necessario ad acquisire la capacità tecnica per divenire lavoratore qualificato.

Infatti, il rapporto di addestramento professionale – che non rientra nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato – si distingue dal rapporto di apprendistato: nel primo, la causa giuridica è caratterizzata dalla relazione fra l'obbligo di insegnare (posto a carico dell'imprenditore) e dall'onere di apprendere (che grava sull'allievo), relazione cui possono accedere in via secondaria ed eventuale ulteriori obblighi (quali rispettivamente quelli di pagare un'indennità o di rimborsare le spese e quello di frequenza); nell'apprendistato, invece, all'obbligo di impartire un insegnamento si accompagna quello di corrispondere una vera e propria retribuzione e, parallelamente, all'onere di apprendere si accompagna quello di effettuare una prestazione lavorativa, seppur con le limitate capacità di chi non possiede ancora un'adeguata preparazione professionale (sentenza n. 819 del 1988). La Cassazione civile, sezione Lavoro, 23 gennaio 1998, n. 630 aveva già confermato che l'addestramento professionale, a differenza dell'apprendistato, non rientra nell'ambito del lavoro subordinato in quanto, pur essendo, nell'uno come nell'altro, presente una prestazione di attività fisica o intellettuale da parte dell'allievo o dell'apprendista, nel primo l'unico oggetto del contratto è l'insegnamento impartito (o fatto impartire) dall'imprenditore ai fini della formazione professionale dell'allievo e la prestazione di attività da parte di quest'ultimo, in quanto richiesta solo perché lo stesso acquisisca le nozioni pratiche necessarie alla suddetta formazione. Nel rapporto di apprendistato la causa giuridica è complessa, essendovi, accanto all'obbligo dell'imprenditore di impartire (o fare impartire) all'apprendista l'insegnamento, quello, da parte di quest'ultimo, di una prestazione lavorativa che è utilizzata dall'impresa. Il dato essenziale è rappresentato dall'obbligo del datore di lavoro di garantire un effettivo addestramento professionale finalizzato alla acquisizione, da parte del tirocinante, di una qualificazione professionale. Il ruolo preminente che la formazione assume rispetto all'attività lavorativa – che non solo spiega una serie di interventi del legislatore nazionale diretti a renderne effettiva la realizzazione – ma che è particolarmente sentito anche nel diritto comunitario (come si desume dall'articolo 127 del Trattato istitutivo della Comunità Europea dal regolamento del Consiglio n. 2081/93 del 20 luglio 1993) – esclude che possa ritenersi conforme alla speciale figura contrattuale voluta dal legislatore (nazionale e comunitario) un rapporto avente ad oggetto lo svolgimento di attività assolutamente elementari o routinarie, non integrate da un effettivo apporto didattico e formativo di natura teorica e pratica.

Proprio sul tema delle finalità formative la più recente giurisprudenza esclude che si possa configurare un rapporto di apprendistato quando il lavoratore venga adibito a mansioni semplici ed elementari o routinarie, non integrate da un effettivo apporto didattico e formativo (Cass. 11 maggio 2002 n. 6787).

Si sottolinea che, in sede di contestazione sull'effettiva sussistenza del rapporto di apprendistato la giurisprudenza è unanime nello stabilire che incombe al datore di lavoro l'onere di provare, in particolare, l'elemento dell'insegnamento tecnico-professionale che gli apprendisti hanno diritto di ricevere (Cass. 12 maggio 1993 n. 5399; Cass. 28 gennaio 1995 n. 1052; Cass. 14 marzo 2001 n. 3696).

Come già accennato, dal punto di vista legislativo il decreto legislativo n. 276/2003 introduce una severa disciplina sanzionatoria comune alle tre tipologie di apprendistato. A tutela del rispetto dell'obbligo formativo che il contratto di apprendistato fa sorgere in capo al datore di lavoro si prevede infatti che in caso di inadempimento all'obbligo formativo che sia imputabile esclusivamente al datore di lavoro e tale da impedire il raggiungimento della qualifica da parte dell'apprendista, il datore è tenuto a versare all'Inps, a titolo sanzionatorio, la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di apprendistato, maggiorata del 100 per cento. L'inadempimento formativo imputabile al datore di lavoro sarà valutato sulla base del percorso di formazione previsto all'interno del piano formativo e di quanto regolamentato dalla disciplina regionale. Tale inadempimento potrà configurarsi in presenza di uno dei suddetti elementi: quantità di formazione, anche periodica, inferiore a quella stabilita nel piano formativo o dalla regolamentazione regionale; mancanza di un tutor aziendale avente competenze adeguate; ogni altro elemento che provi una grave inadempienza del datore di lavoro nell'obbligo formativo.

In caso di inadempimento dell'obbligo formativo, e conseguente applicazione della suddetta misura sanzionatoria, al datore di lavoro sarà preclusa la possibilità di continuare il rapporto di apprendistato con lo stesso soggetto e per l'acquisizione della medesima qualifica o qualificazione professionale.

Il contratto di inserimento è quel contratto che, attraverso un progetto individuale di adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad uno specifico contesto lavorativo, mira all'inserimento o al reinserimento nel mercato del lavoro di particolari categorie di lavoratori.

10.2. Contratto di inserimento

Concetto di contratto di formazione

Da questo punto di vista pare non vi siano differenze con il contratto di formazione lavoro in quanto si parla di contratti di lavoro subordinato a tempo determinato a causa mista, nel quale la previsione del termine è funzionale all'attività formativa. Tuttavia, il contratto di inserimento, per contro, è un nuovo contratto nel quale la funzione formativa perde la sua natura caratterizzante a favore della finalità di garantire la collocazione o la ricollocazione nel mercato del lavoro di soggetti socialmente più deboli individuati tassativamente dal legislatore (articolo 54, comma 1). In questo senso dispone espressamente l'articolo 55, comma 4, dove si precisa che nel contratto di inserimento la formazione è solo eventuale.

Secondo l'orientamento prevalente della giurisprudenza il precedente contratto di formazione e lavoro è, appunto, un contratto a causa mista, che prevede, a fronte della prestazione di lavoro, l'obbligo datoriale di corrispondere una retribuzione e di fornire un addestramento finalizzato all'acquisizione della professionalità necessaria per una definita immissione del giovane nel mondo del lavoro. La natura del contratto di formazione e lavoro è assimilabile a quella del contratto di lavoro a tempo determinato e, pertanto, sono, di regola, applicabili le norme dettate in materia di contratto a termine.

Diverse sentenze si sono espresse in tal senso.

La sentenza n. 6171 del 1998 dispone che il contratto di formazione e lavoro (*che è una specie del genus del contratto a tempo determinato*) deve considerarsi *ab origine* come contratto di lavoro a tempo indeterminato ove sia mancata del tutto l'attività formativa del prestatore ed il relativo rapporto può estinguersi – per le cause di risoluzione (licenziamento, risoluzione consensuale, dimissioni del lavoratore) proprie di ogni altro contratto di lavoro a tempo indeterminato – in qualsiasi momento, anteriore, coincidente o successivo alla data di scadenza del termine illegittimamente apposto, restando peraltro escluso che equivalga di per sé a risoluzione del rapporto la mera cessazione della sua esecuzione in coincidenza con la scadenza di detto termine. Ma la manifestazione della indisponibilità alla proroga o rinnovazione o trasformazione del contratto esprime implicitamente – di regola, ma non necessariamente – anche il rifiuto di una prosecuzione delle prestazioni e con esso la volontà di produrre l'effetto estintivo che la prosecuzione stessa impedirebbe sicché è demandato al giudice di merito l'interpretazione della comunicazione, da parte del datore di lavoro, della scadenza del contratto e la sua possibile qualificazione come manifestazione di volontà di recesso (soggetto

quindi anche al termine di decadenza, ove applicabile, per l'impugnazione del licenziamento).

Detto questo è da rilevare che con il contratto di inserimento si delineano due diverse fattispecie, una rappresentata da un contratto di inserimento vero e proprio, rivolto cioè ai giovani alla prima occupazione, e l'altra di reinserimento i cui destinatari sono coloro i quali sono usciti dal circuito occupazionale.

Presupposto comunque necessario per la conclusione del contratto è la predisposizione di un progetto individuale che definisca l'iter di adattamento delle competenze professionali del lavoratore ad un determinato contesto lavorativo, predisposizione che passa attraverso l'indispensabile partecipazione e consenso del lavoratore; lo scopo è quello di giungere ad un effettivo incontro tra la professionalità del lavoratore e le esigenze aziendali del datore, nell'ottica poi della definitiva stabilizzazione del rapporto.

La forma scritta

Il contratto di inserimento può avere ad oggetto qualsiasi attività lavorativa e deve essere stipulato in forma scritta. Nel contratto deve essere necessariamente contenuto il riferimento al progetto individuale di inserimento che deve essere coerente con il tipo di attività lavorativa oggetto del contratto. Il progetto individuale di inserimento, ancorché distinto, è strettamente collegato al contratto integrandone il contenuto inderogabile. In mancanza di progetto di inserimento o di forma scritta il contratto è, infatti, nullo e il lavoratore si intende assunto a tempo indeterminato con decorrenza dalla data di costituzione del rapporto. L'accordo interconfederale del febbraio 2004 ha colto l'occasione per ribadire l'obbligatorietà della forma scritta quale requisito *ad substantiam* (con la conseguenza nullità in caso di conclusione verbale e riconduzione del rapporto nell'alveo dei contratti a tempo indeterminato). Ha, inoltre, previsto l'indicazione della durata del rapporto, dell'eventuale periodo di prova, dell'orario di lavoro e della categoria di inquadramento del lavoratore, che comunque non potrà essere inferiore di oltre due livelli di quella astrattamente prevedibile. Una sentenza del Tribunale di Milano, si è proprio pronunciata sulla mancanza del progetto e della relativa formazione. Infatti, in caso di mancata consegna del progetto formativo, il rapporto di lavoro è stato trasformato in un contratto a tempo indeterminato. È da ricordare che in precedenza, e cioè nel contratto di formazione lavoro, l'articolo 8, comma 7 della legge n. 407/1990 – nel prevedere la consegna della copia del contratto di formazione e del relativo progetto al lavoratore – non riportava alcun riferimento alla sanzione di mancata consegna della documentazione. La

giurisprudenza, prevalentemente, ha ritenuto che tale omissione non comportasse la nullità del contratto e la relativa trasformazione con contratto a tempo indeterminato. Un altro indirizzo, mutuato ora dal legislatore, ha sostenuto che la mancata consegna del progetto formativo comporta, invece, la trasformazione del contratto (Cass. n. 11463/1998).

Vi è poi da rilevare come il legislatore sanzioni con evidente durezza l'eventuale inadempimento, qualora sia esclusivamente imputabile alla parte datoriale, nella realizzazione del progetto di inserimento, sì da verificarne in concreto l'effettivo compimento. Anche in questo, nell'ipotesi di gravi inadempimenti nella realizzazione del progetto individuale di inserimento di cui sia esclusivamente responsabile il datore di lavoro e che siano tali da impedire la realizzazione della finalità del progetto medesimo, il datore di lavoro è tenuto a versare la differenza tra la contribuzione versata e quella dovuta con riferimento al livello di inquadramento contrattuale superiore che sarebbe stato raggiunto dal lavoratore al termine del periodo di inserimento, maggiorata del 100 per cento. La maggiorazione così stabilita esclude l'applicazione di qualsiasi altra sanzione prevista in caso di omessa contribuzione.

C'è però da aggiungere che a tale sanzione pecuniaria non conseguono ulteriori effetti sul rapporto lavorativo che conserva la sua natura temporanea; in tal senso si è espresso anche il Ministero del lavoro con la sua circolare n. 31 del 21 luglio 2004 in cui testualmente si legge «[...] non opera la sanzione della conversione del contratto in un contratto di lavoro a tempo indeterminato».

La formazione

La sentenza n. 11017 del 2003, nel confermare che il contratto di formazione e lavoro è un contratto con causa mista, puntualizza che lo stesso prevede, a fronte della prestazione di lavoro, l'obbligo datoriale di corrispondere una retribuzione e di fornire un addestramento finalizzato all'acquisizione della professionalità necessaria per una definitiva immissione del giovane nel mondo del lavoro. Ciò significa che tra i vari obblighi del datore di lavoro vi è proprio la formazione. Il datore stesso deve porre in essere gli opportuni accorgimenti previsti dal progetto formativo affinché il lavoratore sia in grado di svolgere la sua attività lavorativa cui la formazione è finalizzata. A dire il vero è stato ritenuto dalla giurisprudenza di legittimità che l'osservanza o meno dell'obbligo formativo non può, di regola, essere valutata all'inizio o nel corso del rapporto, in quanto vi è l'impossibilità di ravvisare prima della scadenza prevista il raggiungimento definitivo della formazione o consta-

tare con certezza che essa non sia più raggiungibile (Cass. 2 aprile 1992 n. 4056).

Proprio in tema di inadempimenti da parte del datore di lavoro la giurisprudenza aveva disposto che una divergenza anche di non lieve entità, fra obblighi previsti dal contratto di formazione e concreto svolgimento del rapporto non realizza inadempimento del datore di lavoro sanzionabile con la conversione dello stesso in rapporto a tempo indeterminato. Ciò accade ove detto svolgimento avvenga con modalità tali – secondo la valutazione del giudice di merito, che è incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivata – da non compromettere la funzione del suddetto contratto che, diversamente dall'apprendistato, tende non già alla mera acquisizione della professionalità ma all'attuazione di una sorta di ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro (Cass. 7 giugno 2003 n. 9158; Cass. 9 febbraio 2001 n. 1907; Cass. 5 novembre 1998 n. 11144; Cass. 18 febbraio 1995 n. 1745).

Inoltre, sempre in tema di obblighi formativi si ritiene opportuno segnalare due ulteriori aspetti: il primo concerne l'addestramento (pratico), il quale non deve essere un addestramento generico ma finalizzato alla qualifica professionale prevista (sentenze n. 4524/2000, n. 4015/1998); il secondo punto è in relazione alla congruità della formazione con l'attività da svolgere (sentenza n. 4313/2000 e n. 7554/1998).

Nel primo caso in esame la Cassazione civile, sezione Lavoro, 10 aprile 2000 n. 4524 ha ritenuto che nel contratto di formazione e lavoro l'attività di formazione – che è compresa nella causa del contratto e non deve essere finalizzata ad un generico affinamento professionale attraverso un altrettanto generico addestramento, ma al conseguimento della specifica qualificazione professionale prevista nel relativo progetto – è modulabile in relazione alla natura e alle caratteristiche delle mansioni che il lavoratore è chiamato a svolgere, potendo assumere maggiore o minore rilievo a seconda che si tratti di lavori di elevata professionalità o di semplici prestazioni di mera esecuzione, ma la sua distribuzione nel tempo non può essere esclusivamente rimessa alla discrezionalità del datore di lavoro qualora ciò comprometta l'attuazione dell'indicata funzione del contratto. La valutazione dell'adeguatezza dello svolgimento della formazione resa ad attuare lo scopo del contratto è rimessa al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità se congruamente motivata (nella specie la Suprema Corte ha confermato la sentenza impugnata che aveva dichiarato che il rapporto di lavoro oggetto della controversia era da considerare a tempo indeterminato in considerazione dell'inadempimento del datore di lavoro consistito nella mancata distribuzione nel corso del biennio di addestramento dei corsi teorici previsti e nella lo-

ro concentrazione nella terza parte del rapporto, la quale era disposta da una scelta discrezionale dello stesso datore di lavoro ed aveva determinato lo stravolgimento del progetto formativo, non consentendo l'acquisizione di quella ottimale qualificazione professionale che era stata auspicata nel progetto stesso).

La sentenza n. 4015/1998 si è, inoltre, così pronunciata: «Nel contratto di formazione e lavoro previsto dall'art. 3, decreto legge n. 726/1984, convertito in legge n. 863/1984, la funzione formativa, compresa nella causa del contratto, non consiste in un generico affinamento professionale attraverso un altrettanto generico addestramento, ma nel conseguimento di quella qualificazione professionale prevista dal progetto di formazione e lavoro di cui al citato art. 3, nei tempi e nei modi indicati dal medesimo. Ne consegue che, ove tale funzione formativa manchi fin dall'origine, per essere il lavoratore già in possesso della qualifica professionale al cui conseguimento la formazione era destinata, ovvero venga successivamente meno per non essere avvenuta l'attività formativa nei tempi e nei modi che il progetto comportava, il contratto deve considerarsi fin dall'inizio a tempo indeterminato».

Interessante, in tal senso, la sentenza della Cassazione sezione Lavoro 19 giugno 2006 n. 14097. Riportiamola nei passaggi più interessanti.

Un lavoratore è stato assunto alle dipendenze di una ditta con contratto biennale di formazione e lavoro come guardia giurata. Alla scadenza del biennio, l'azienda ha posto termine al rapporto. Il lavoratore si è rivolto al Pretore di Catania sostenendo la nullità del termine per scadenza del rapporto, in quanto la società non aveva adempiuto all'obbligo formativo, avendo concentrato in poche ore giornaliere all'inizio del rapporto la formazione teorica ed avendo omissso del tutto la formazione pratica dal momento che egli era stato adibito fin dall'inizio alle mansioni di guardia giurata. Pertanto egli ha chiesto l'annullamento del licenziamento. L'azienda si è difesa sostenendo, tra l'altro, che il lavoratore aveva ricevuto, sia presso la sede che presso i posti esterni di servizio, le prescritte nozioni formative sia teoriche che pratiche, dal legale rappresentante della società, dal capo servizio, da personale all'uopo delegato e da colleghi di maggiore anzianità. Il Tribunale di Catania, subentrato al Pretore, dopo avere svolto l'istruttoria, ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento ed ha ordinato la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Questa decisione è stata confermata dalla Corte di Appello di Palermo, che ha motivato la sua decisione rilevando che l'addestramento pratico proprio di un contratto di formazione e lavoro non può identificarsi con la fase iniziale di un normale rapporto a tempo indeterminato e che l'istruttoria aveva dimostrato un'attività di addestramento prati-

co non adeguata alla specifica professionalità richiesta per la qualifica indicata nel progetto formativo. L'esigenza formativa pratica – ha aggiunto la Corte di Palermo – non era soddisfatta dall'affiancamento al neo assunto di altri colleghi più anziani, per lo svolgimento di servizi che comunque dovevano essere svolti non da singoli; né dalle spiegazioni che il collega anziano poteva, durante il servizio operativo, dare al giovane; né poteva consistere nello scambio di esperienze fra i più giovani, gli anziani, il capo servizio e lo stesso amministratore, atteso che la specificità dell'obbligo formativo non può risolversi nell'adibire il giovane allo svolgimento delle mansioni proprie della categoria di assunzione, sia pure sotto la vigilanza dello stesso datore di lavoro o di un collaboratore. La ditta ha proposto ricorso per cassazione censurando la decisione della Corte di Palermo per vizi di motivazione e violazione di legge.

La Suprema Corte ha rigettato il ricorso in quanto ha ritenuto che la Corte di Palermo abbia adeguatamente motivato la sua decisione; va poi ribadito – ha aggiunto la Cassazione – che, in mancanza della predeterminazione legislativa di specifici modelli di formazione, il giudice, per accertare che non vi sia stato inadempimento degli obblighi formativi, può e deve fare riferimento al progetto formativo approvato, indipendentemente dal fatto che il lavoratore abbia o meno tempestivamente dedotto la mancanza di formazione anche in relazione al progetto.

Nel secondo caso preso in esame, e cioè sul fatto che le modalità di addestramento devono tener conto della natura e delle caratteristiche dell'attività da svolgere, la sentenza della Cassazione civile, sezione Lavoro, 01 agosto 1998 n. 7554 ha ravvisato che nel contratto di formazione e lavoro una divergenza anche di non lieve entità fra gli obblighi contrattuali del datore di lavoro e il concreto svolgimento del rapporto non realizza inadempimento sanzionabile con la conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato ove detto svolgimento avvenga con modalità tali da non compromettere la funzione dell'indicato contratto, il quale, (come già in precedenza illustrato), diversamente dall'apprendistato tende non già alla mera acquisizione della professionalità ma all'attuazione di una sorta di ingresso guidato del giovane nel mondo del lavoro. Le suddette modalità di addestramento, inoltre, non possono non tener conto della natura e delle caratteristiche dell'attività che il lavoratore è chiamato a svolgere, potendo assumere maggior o minore rilievo a seconda che si tratti di lavori di elevata professionalità o di semplici prestazioni di mera esecuzione, e potendo altresì modularsi con anticipazione della fase teorica rispetto a quelle praticate, o viceversa, in relazione alle caratteristiche della prestazione lavorativa, con conseguente legittimità di un insegnamento teorico impartito anche solo nella fase terminale del con-

11. Le ispezioni
in materia di t.f.r.

tratto, quando al lavoratore sia già stata comunicata la cessazione del rapporto. La Corte Suprema si spinge, quindi, ad affermare che né può addursi una incompatibilità tra addestramento e corsi teorici – svolti in prossimità del termine finale del contratto – e la causa del contratto di formazione e lavoro, specificando che «l’acquisizione di nozioni teoriche attraverso l’aprestamento di appositi corsi deve talvolta assumere natura propedeutica all’esecuzione del lavoro, talvolta può invece accompagnarsi a detta esecuzione mentre può, in altri casi, essere spiegato nella fase finale del contratto al fine di garantire al lavoratore – dopo il già svolto addestramento pratico – un effettivo arricchimento delle sue nozioni teoriche».

Dello stesso tenore la sentenza della Cassazione 6 aprile 2000 n. 4313, la quale ha confermato l’orientamento dominante, peraltro fino ad avallare la tesi della bontà della formazione effettuata anche nella fase terminale del rapporto.

Si è più volte sottolineato come l’attività di contrasto dell’attività ispettiva sarà opportunamente concentrata sul lavoro sommerso e su altri numerosi e complessi fenomeni di rilevante gravità come, ad esempio, la sicurezza sui luoghi di lavoro, la somministrazione e l’appalto illecito, il lavoro extracomunitario. Le diverse problematiche impongono una profonda conoscenza della realtà in cui si opera e non meno una profonda conoscenza degli aspetti normativi.

In un quadro così ampio, tuttavia, un discorso a parte, forse degno di attenzione per il futuro potrebbe riguardare il t.f.r., che ha assunto un riscoperto significato a seguito della riforma della previdenza complementare. In prospettiva e sempreché lo si riterrà opportuno, uno strumento di controllo sul t.f.r. potrebbe essere proprio quello della verifica degli organi ispettivi Inps, i quali si potrebbero concentrare su diverse aree di intervento che potrebbero essere:

- sulla informativa da rendere al lavoratore affinché sia messo in grado di effettuare una scelta consapevole circa la destinazione del t.f.r., anche quando la sua decisione venga presa col meccanismo del silenzio-assenso;
- sugli adempimenti legati all’Inps conseguenti al trasferimento del t.f.r. al Fondo di Tesoreria o ad un Fondo di Previdenza complementare;
- sulla corretta attuazione della disciplina del t.f.r. quando destinato al Fondo di Tesoreria Inps. In riferimento a questo aspetto, assume significativo rilievo il calcolo della retribuzione utile al calcolo del t.f.r., che, a seconda dei casi impone una attenta valutazione dei contratti collettivi e delle norme generali

dettate dal codice civile e interpretate negli anni dalla giurisprudenza.

Il personale ispettivo potrebbe intervenire in caso di mancato versamento al Fondo di Tesoreria o in caso di non corretta fruizione degli sgravi contributivi. In tutto questo, farebbe da sfondo all'intervento ispettivo in materia di t.f.r. e previdenza complementare la disciplina legale di questa indennità, contenuta negli articoli 2120 ss. c.c., e oggetto di interpretazione di numerose sentenze della Cassazione e della Corte Costituzionale che si sono succedute negli anni. Senza dimenticare la questione del computo dei 50 addetti che fa scattare il trasferimento del t.f.r. al Fondo di Tesoreria: tale calcolo dovrebbe tener conto della presenza di eventuali lavoratori in nero non conteggiati, ovviamente, dal datore di lavoro.

A tal proposito gli strumenti della vigilanza sono quelli messi a disposizione dal decreto legislativo n. 124/2004.

Una particolarità delle disposizioni contenute nel citato decreto, e ribadita dalla direttiva ministeriale e dalla circolare n. 20/2008, è che l'attività di vigilanza viene concepita non soltanto nella sua veste repressiva, ma anche nel contenuto di prevenzione degli illeciti, di promozione della conoscenza della normativa e di consulenza alle strutture oggetto di visita. Riteniamo che tale aspetto è pienamente confacente con il tema del conferimento del t.f.r. alla previdenza complementare e al Fondo di Tesoreria Inps. In questo senso è da notare che la disciplina del t.f.r., così come dettata dal codice civile, sebbene sia stata lasciata immutata dalle norme sopravvenute in materia di previdenza complementare, presenta tuttavia ancora numerosi aspetti di incertezza, come testimoniano gli interventi giurisprudenziali non di rado contrastanti. In più la novità della tutela in materia di t.f.r. e previdenza complementare è di per sé un convincente argomento per dare spazio al contenuto di promozione ed informazione contenuta nel decreto legislativo n. 124/2004.

Non appare superfluo, in tal senso, segnalare la pronuncia in materia di base imponibile del t.f.r. La Cassazione si esprime sulle divergenti conclusioni tra il Tribunale e la Corte di Appello sulla incidenza del lavoro straordinario continuativo sia sulla indennità di anzianità e sul t.f.r., sia sul computo delle voci della retribuzione indiretta, tredicesima, quattordicesima, e indennità di ferie. Il Tribunale aveva optato per la tesi affermativa su entrambi i fronti, affermando l'incidenza dello straordinario continuativo tanto su indennità di servizio e t.f.r. quanto sulla retribuzione indiretta. In tal modo il Tribunale negava valore al tenore letterale del patto individuale tra datore di lavoro e di-

12. Lo straordinario continuativo nei patti individuali: effetti sul t.f.r. e sulla tredicesima.
Premessa

12.1. La retribuzione
ai fini del calcolo del t.f.r.

pendente, che escludeva l'incidenza dello straordinario «sugli istituti contrattuali e legali».

La Corte di Appello aveva invece concluso per la tesi diametralmente opposta, interpretando la volontà delle parti come effettivamente intesa ad escludere qualsiasi effetto del compenso per lo straordinario su altre voci retributive. A fare chiarezza interviene la Cassazione che esamina dapprima il ruolo dei patti individuali sulla retribuzione utile al t.f.r. e poi sulla retribuzione indiretta.

In base all'articolo 2120, comma 2, c.c., tale retribuzione è quella prevista dal contratto collettivo. In mancanza di tale previsione, soccorrono i criteri enunciati nello stesso articolo. La retribuzione ai fini del t.f.r. può essere quindi individuata per mezzo di un duplice riferimento, l'autonomia privata o la nozione legale, quest'ultima nota come retribuzione onnicomprensiva ai fini del t.f.r.

La retribuzione utile al t.f.r. secondo il contratto collettivo

Le voci della retribuzione utile al t.f.r. sono quelle che emergono in maniera chiara e precisa dal contratto collettivo di lavoro, anche a livello aziendale. Spesso vi si ritrova un'apposita sezione con l'elenco delle voci da includere. L'autonomia collettiva delle parti è sovrana, nel senso che può includere, ma anche escludere, il compenso per straordinario continuativo dal calcolo del t.f.r. Ciò vale per lo straordinario come per qualsiasi altra voce retributiva. Rispetto alla previsione dell'accordo collettivo, il patto individuale ha valore soltanto a condizione che sia migliorativo per il lavoratore, secondo la previsione dell'articolo 2077 c.c. Quindi il patto individuale non può escludere lo straordinario dal calcolo del t.f.r., se il contratto collettivo lo ammette. Ed è esattamente questo il caso della sentenza in esame: il contratto dei metalmeccanici dichiara computabile lo straordinario ai fini del t.f.r. e nessun patto individuale ha sul punto un potere di deroga.

La retribuzione utile al t.f.r. secondo il codice

È la ricorrente nozione di retribuzione onnicomprensiva ai fini del t.f.r., la quale comprende, secondo la risposta del 3 ottobre 2008 del Ministero del lavoro all'interpello n. 43, «tutti gli emolumenti che trovano la loro causa tipica nel rapporto di lavoro [...] ancorché non connessi con la prestazione lavorativa» (ad esempio la gratifica di bilancio contrattualmente previ-

sta); sono esclusi i rimborsi spese e gli elementi occasionali, ossia «quelle somme rispetto alle quali il rapporto di lavoro si pone come una mera occasione contingente». In tutta evidenza lo straordinario continuativo è sempre un elemento utile al t.f.r., ed in questo caso un eventuale accordo individuale in senso diverso sarebbe irrilevante. Lo straordinario continuativo e la retribuzione indiretta. Se lo straordinario continuativo debba incidere su tredicesima, quattordicesima e indennità di ferie, lo decide soltanto l'autonoma volontà delle parti, attraverso il contratto collettivo o il patto individuale. Il caso più frequente è che il contratto collettivo descrive gli elementi della retribuzione globale di fatto, che servono anche a calcolare le voci della retribuzione indiretta. Nel caso della sentenza richiamata, il riferimento alla retribuzione globale di fatto era possibile, ma il ricorrente non lo ha fatto valere in giudizio. In mancanza di contrattazione collettiva, l'accordo individuale resta l'unico mezzo per affermare l'incidenza dello straordinario continuativo sugli istituti indiretti. Nel caso della sentenza richiamata, ed in assenza dell'indagine del giudice di merito, la Cassazione ha ritenuto che la prestazione di lavoro straordinario continuativo non fosse circostanza sufficiente a trasformarlo in prestazione ordinaria, e a renderlo così idoneo ad incidere sul calcolo delle mensilità aggiuntive e della indennità di ferie.

12.2. La retribuzione onnicomprensiva

Per valutare l'incidenza dello straordinario continuativo sulla retribuzione indiretta non può farsi ricorso, quando manca un accordo collettivo o individuale, ad una sorta di nozione legale di retribuzione. Su questo specifico punto, nella sentenza della Cassazione si afferma infatti che «manca nell'ordinamento un principio generale di onnicomprensività della retribuzione» che aiuti a valutare se lo straordinario continuativo debba o no incidere sugli istituti indiretti.

Per ragioni di chiarezza sull'uso dei termini, è opportuno sottolineare che nella sentenza in esame viene utilizzata una espressione, quella di retribuzione onnicomprensiva, che fa riferimento al calcolo della retribuzione delle voci delle mensilità aggiuntive e della indennità di ferie. Normalmente, tuttavia, la nozione di retribuzione onnicomprensiva viene utilizzata con riferimento al calcolo del t.f.r. e definita come visto sopra al secondo comma dell'articolo 2120 come l'insieme di tutti gli elementi retributivi da utilizzare nel computo del t.f.r.