

newsletter  
**SETTEMBRE 2015**



Studio  
**Arlati Ghislandi**

CONSULENZA  
DEL LAVORO E FISCALE

**2. Disciplina e prassi**

## 2. DISCIPLINA E PRASSI

### La legittimità della clausola di clawback

La clausola di clawback prevede la possibilità per il datore di lavoro di chiedere la restituzione, in tutto o in parte, di compensi erogati al lavoratore sulla base di risultati che si siano rivelati non effettivi o duraturi per effetto di condotte dolose o colpose dello stesso o di altri dipendenti della Società.

Pertanto, a seguito di valutazioni negative (avvenute ex post) delle performance aziendali o individuali, l'azienda è nella facoltà di rientrare in possesso delle somme erogate a titolo di premio aziendale.

L'istituto non è soggetto a specifica disciplina legale e/o contrattuale, bensì ha natura prettamente pattizia; per questo motivo risulta fondamentale verificarne la compatibilità con il principio di irriducibilità della retribuzione ex art. 2103 c.c.

Alla luce di ciò, i presupposti fattuali e giuridici che giustificano il diritto della Società di rientrare nella disponibilità degli importi premiali conferiti indebitamente, devono essere opportunamente individuati. Inoltre la clausola di clawback, in un'ottica di utilità e prudenza giudiziaria, viene preferibilmente interpretata come un'applicazione del principio dell'indebito oggettivo, per cui sta al datore di lavoro dimostrare che il pagamento sia stato effettuato indebitamente in quanto difettato di un errore manifesto, ovvero:

- quanto concretamente erogato sia significativamente apprezzabile dal punto di vista quantitativo rispetto a quanto sarebbe spettato se non ci fosse stato l'errore (significatività apprezzabile dell'errore);
- l'errore contestato presenti elementi obiettivi e certi (oggettività dell'errore).

---

### Riposi giornalieri della lavoratrice madre

La Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, con proprio interpello n. 23 del 24 settembre 2015 ha risposto ad un quesito in merito alla corretta interpretazione dell'art. 39, D.Lgs. n. 151/2001 afferente alla disciplina dei riposi giornalieri per la lavoratrice madre durante il primo anno di vita del bambino.

Nello specifico viene chiesto se, nelle ipotesi in cui la lavoratrice madre non intenda usufruire, spontaneamente e per proprie esigenze, dei permessi già richiesti al datore di lavoro ex art. 39 di cui sopra, possa trovare o meno applicazione nei confronti di quest'ultimo la sanzione contemplata dall'art. 46 del medesimo decreto legislativo il quale prevede che *"l'inosservanza delle disposizioni contenute negli artt. 39, 40 e 41 è punita con la sanzione amministrativa da lire un milione a lire cinque milioni"*.

Il Ministero preliminarmente chiarisce che alla luce del dettato normativo, il diritto di fruire dei riposi in questione ha natura di diritto potestativo, inteso quest'ultimo quale situazione giuridica soggettiva consistente nell'attribuzione di un potere alla lavoratrice madre cui corrisponde dal lato del datore una posizione giuridica passiva di soggezione e non di obbligo; il datore deve, infatti, consentire alla madre la fruizione dei permessi qualora la stessa presenti esplicita richiesta.

Pertanto nel caso in cui la lavoratrice madre decida di esercitare il sopracitato diritto e il datore di lavoro non le consenta il godimento dei periodi di riposo troverà applicazione la sanzione amministrativa pecuniaria stabilita dall'art. 46.

Diversamente, qualora la lavoratrice madre presenti una preventiva richiesta al datore di lavoro per il godimento dei permessi giornalieri e successivamente, in modo spontaneo e per proprie esigenze non usufruisca degli stessi per alcune giornate, non sembra ravvisabile la violazione dell'art. 39 e di conseguenza non potrà trovare applicazione la misura sanzionatoria ad essa collegata.

## **Certificato penale del casellario giudiziale e cambio di appalto**

Con interpello n. 22 del 24 settembre 2015 il Ministero ha fornito la propria interpretazione in merito alla necessità di richiedere il certificato penale del casellario giudiziale di cui al D.Lgs. n. 39/2014 anche nelle ipotesi di cambio appalto da parte dell'azienda subentrante obbligata ad assumere il personale dell'impresa uscente.

Preliminarmente il Ministero richiama precedenti interventi con cui era stato chiarito che l'adempimento in questione riguarda esclusivamente i nuovi rapporti di lavoro a decorrere dal 6 aprile 2014 (data di entrata in vigore del Decreto) e non si applica a tutti i rapporti già in essere a tale data. Inoltre l'obbligo di richiesta del certificato in capo al datore di lavoro è fissato nel momento in cui il ddl intende impiegare il lavoratore e dunque esclusivamente prima di effettuare l'assunzione.

La fattispecie del cambio appalto comporta la successione di diversi appaltatori nella esecuzione di un servizio per conto del medesimo committente, con il passaggio del personale impiegato nell'appalto dall'impresa uscente a quella subentrante *"in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d'appalto"*. Alla luce di ciò, considerato che nell'ambito del suddetto passaggio, il personale in questione risulta impegnato nella medesima attività, spesso senza soluzione di continuità, il Ministero ha chiarito che *"per il personale avente un contatto diretto e regolare con minori, il datore di lavoro/impresa subentrante non sia tenuto ad alcun adempimento ulteriore, nella misura in cui lo stesso abbia acquisito la documentazione di cui all'art. 2 D.Lgs. n. 39/2014 già in possesso del precedente datore di lavoro/appaltatore"*.

---

## **INPS: prime indicazioni sul decreto in materia di ammortizzatori sociali**

L'Inps, con il messaggio n. 5919 del 24 settembre 2015, fornisce le prime istruzioni applicative alla luce del nuovo decreto legislativo n. 148/2015, in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro.

Le domande per gli eventi di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa precedenti al 24 settembre 2015 (data di entrata in vigore del decreto), potranno continuare ad essere presentate dalle aziende con le consuete modalità, previste nella previgente disciplina.

Le domande per gli eventi di sospensione o riduzione verificatisi a partire dal 24 settembre 2015 dovranno, invece, seguire la nuova disciplina.

Al fine di consentire alle aziende di poter presentare le domande senza soluzione di continuità, l'elenco degli addetti alla Unità Produttiva potrà essere fornito anche in una fase successiva all'invio della domanda. Tutta la nuova disciplina, ivi compreso il passaggio tra vecchia e nuova normativa, le nuove modalità di presentazione della domanda, nonché le ulteriori disposizioni innovative contenute nella riforma, verrà illustrata in una prossima circolare dell'Istituto.