

# Approfondimenti

Normative regionali

## Tirocini e rischio di subordinazione

Stefano Malandrini - Confindustria Bergamo

### Tirocini e prestazioni di lavoro

L'avvenuto adeguamento delle normative regionali, in tema di tirocini formativi e di orientamento, alle linee guida introdotte dalla Conferenza Stato-Regioni con Accordo 25 maggio 2017, in applicazione del rinvio presente nell'art. 1, comma 34, legge n. 92 del 28 giugno 2012, ha reso oramai operativa una nuova regolamentazione complessiva dei rapporti tra soggetti promotori, soggetti ospitanti e tirocinanti. In particolare, le formulazioni introdotte dall'Accordo, declinate nelle normative regionali, perseguono anche il fine di *“qualificare l'istituto e di limitarne gli abusi”* ovvero di garantire la genuinità del rapporto di tirocinio. Già al primo alinea della premessa all'Accordo è infatti rinvenibile la duplice precisazione che: a) *“il tirocinio non può essere utilizzato per tipologie di attività lavorative per le quali non sia necessario un periodo formativo”*; b) *“i tirocinanti non possono sostituire i lavoratori con contratti a termine nei periodi di picco delle attività e non possono essere utilizzati per sostituire il personale del soggetto ospitante nei periodi di malattia, maternità o ferie né per ricoprire ruoli necessari all'organizzazione dello stesso”*. L'allegato all'Accordo, che concretizza le linee guida, prevede poi un quadro regolatorio generale delle convenzioni di tirocinio, finalizzato anche a prevenire comportamenti contrastanti con l'obiettivo dichiarato della *“tutela e garanzia del tirocinante”*, rispetto al potenziale rischio di sfruttamento della prestazione lavorativa resa in attuazione del piano formativo assegnato.

Peraltro la compatibilità tra la prestazione di lavoro subordinato - ammessa in costanza di tirocinio già dall'art. 18, comma 1, legge n. 196 del 24 giugno 1997, ancorché con formulazione generica - e le finalità formative del rapporto svolto presso il soggetto ospitante, rappresenta da sem-

pre un tema complesso, in quanto non affrontato esaustivamente né dalle disposizioni di legge succedutesi nel tempo né dalla prassi amministrativa ad oggi intervenuta. La tecnica regolatoria adottata nella produzione normativa afferente l'istituto, riscontrabile anche nell'Accordo 25 maggio 2017, sembra infatti privilegiare la definizione dei contenuti formativi del rapporto. Più specificamente, sebbene l'art. 1, comma 34, legge n. 92/2012 deferisca ad una intesa Stato-Regioni, poi concretizzatasi nell'Accordo del 25 maggio 2017, il compito di *“prevenire e contrastare un uso distorto dell'istituto **anche attraverso la puntuale individuazione delle modalità con cui il tirocinante presta la propria attività**”* nonché di individuare gli *“elementi qualificanti del tirocinio”*, le linee guida non dettagliano le modalità di gestione del rapporto, ma indicano semplicemente - oltre ai criteri di impostazione dei piani formativi - una serie di divieti di utilizzo del tirocinante. Inoltre, solo alcuni di questi divieti sembrano avere una oggettiva specificità, quali l'identificazione dell'ambito di applicazione dell'istituto (elencazione dei soggetti coinvolgibili come tirocinanti, ospitanti e promotori), il regime di durata, i limiti numerici, l'indennità di partecipazione. Quelli concernenti le modalità di esecuzione della prestazione risultano meno precisi e possono frequentemente indurre incertezza. In particolare rilevano:

- il divieto di assegnazione del tirocinante ad attività *“equivalenti”* a quelle per cui si è proceduto a licenziamenti individuali o collettivi, nella medesima unità operativa, nei 12 mesi precedenti, senza che la nozione di equivalenza sia ulteriormente specificata (par. 4, Accordo 25 maggio 2017);

- il divieto di *“ricoprire ruoli o posizioni proprie dell'organizzazione del soggetto ospitante”*, sen-

za che l'ampiezza del riferimento sia meglio precisata (par. 5, Accordo 25 maggio 2017);

- il divieto di sostituire il personale *“nei periodi di picco delle attività”*, che inevitabilmente risulta condizionato dalle dinamiche produttive e non agevolmente circoscrivibile.

Le discipline regionali, incaricate di dare attuazione alle linee guida nazionali con facoltà *“di fissare disposizioni di maggior tutela”*, come precisato dal par. 1, dell'Accordo 25 maggio 2017, non sembrano avere introdotto formulazioni di più certa applicazione. Ad esempio la DGR 20 novembre 2017, n. 7403 di Regione Lombardia, ha semplicemente escluso al paragrafo 3.2 l'attivazione di tirocini extracurricolari *“per tipologie di attività lavorative elementari”* e per *“ruoli necessari all'organizzazione”*, mentre al par. 3.3 ha vietato le attività per *“l'acquisizione di professionalità elementari, connotate da compiti generici e ripetitivi (...) ovvero riconducibili alla sfera privata”*, rinviando, ma solo a titolo esemplificativo, alle *“competenze referenziate a European qualification framework - Eqf - livello 1”*.

Analogamente per quanto attiene la tutorship aziendale l'Accordo del 25 maggio 2017 si limita a prevedere la nomina di un tutor, da parte del soggetto ospitante il tirocinio, per l'esecuzione di alcune attività a supporto dell'inserimento del tirocinante, in aggiunta a quello nominato dal soggetto promotore, da svolgere in parte in autonomia e in parte in collaborazione con il tutor del soggetto promotore. Il par. 10 dell'Accordo dispone che il tutor del soggetto ospitante possieda *“esperienze e competenze professionali adeguate per garantire il raggiungimento degli obiettivi del tirocinio”*, senza meglio specificarle. Requisiti più dettagliati potrebbero essere introdotti dalle disposizioni regionali attuative, ma la mancanza nell'Accordo di un'indicazione precettiva in tal senso consente l'adozione di formule di carattere generico. Il par. 2.3 del citato DGR 20 novembre 2017 di Regione Lombardia ad esempio si limita a riprodurre l'indicazione riportata dall'Accordo e a fornire alcune indicazioni operative quali il n° massimo di tirocinanti che possono essere contemporaneamente accompagnati dal medesimo tutor e l'individuazione obbligatoria di un sostituto *“dotato di requisiti analoghi”* in caso di prolungata assenza del tutor.

Complessivamente quindi i margini di praticabilità dei tirocini, al fine di evitare contenziosi afferenti la genuinità degli stessi ossia escludere la configurazione di fatto di un rapporto di lavoro subordinato, non sembrano compiutamente precisati nel dettato normativo, in quanto mancano previsioni riferite direttamente alle modalità di gestione del rapporto e alle prestazioni di lavoro eseguibili/non eseguibili, inoltre è poco dettagliata la regolamentazione afferente i soggetti preposti all'affiancamento dei tirocinanti durante l'attività lavorativa.

## Genuinità del rapporto

Si consideri poi che anche la parte della disciplina dei tirocini concernente l'apparato sanzionatorio, proposta dalle linee guida nazionali, pur prescrivendo l'adozione, a livello regionale, di specifici provvedimenti in caso di ricorso a tirocini non genuini, non sembra dirimere le problematiche applicative sopra richiamate. Le disposizioni rinvenibili nel par. 14 dell'Accordo 25 maggio 2017, concernenti le *“misure di vigilanza, controllo ispettivo e disciplina sanzionatoria”*, si limitano infatti a deferire alle norme regionali il compito di interdire l'attivazione di nuovi tirocini, nell'ipotesi di inadempienze comportanti violazioni, sanabili o non sanabili, delle regolamentazioni adottate localmente. L'elencazione dettagliata delle violazioni riscontrabili, alle quali vengono sostanzialmente correlati periodi di interdizione di differente durata, che precludono la stipula di ulteriori convenzioni di tirocinio, non sono accompagnate da specifiche indicazioni sulle circostanze che possono determinare la non genuinità del rapporto. In merito a tale aspetto, l'Accordo si limita a precisare che il regime sanzionatorio definito dalle regolamentazioni regionali opera *“ferme restando le competenze statali in materia di vigilanza in ordine alla corretta qualificazione dei rapporti di tirocinio”*. Con formulazione programmatica si prevede inoltre che *“le Regioni e le Province autonome si impegnano ad operare per promuovere il corretto utilizzo dei tirocini anche mediante la stipula di appositi protocolli di collaborazione con le sedi territoriali del INL (Ispettorato Nazionale del Lavoro - ndr)”* affinché possano essere approntate, con tale modalità *“opportune misure atte a favorire il conseguimento delle finalità dello*

# Approfondimenti

*strumento*". Viene quindi sostanzialmente ribadita la competenza dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro in merito al controllo della regolarità dei tirocini per quanto attiene la loro genuinità. Ad oggi, l'unico riferimento interpretativo rilevante è quindi rinvenibile nelle indicazioni fornite proprio dal INL al Personale Ispettivo con circolare n. 8 del 18 aprile 2018, per la *"verifica della genuinità dei rapporti formativi"*. L'Ispettorato, oltre a confermare che *"l'organizzazione dell'attività dei tirocinanti - benché finalizzata all'apprendimento on the job - può presentare aspetti coincidenti con i profili dell'eterodirezione che tipicamente connotano i rapporti di lavoro subordinato"*, fornisce sostanzialmente due indicazioni. La prima, di carattere generale, è la necessaria funzionalità dell'attività svolta dal tirocinante all'apprendimento, in alternativa all'esercizio *"di una mera prestazione lavorativa"*, sicché l'individuazione di rapporti di tirocinio non genuini consegue sostanzialmente all'assenza di tale effettiva caratteristica del rapporto desumibile dalle modalità di gestione dello stesso. La seconda riguarda il rilievo conferito ai contenuti delle normative regionali applicative delle linee guida nazionali, il cui riscontro *"può risultare dirimente"* anche se non rappresenta l'elemento esclusivo di valutazione. Più specificamente la prima indicazione è declinata nella circolare n. 8 tramite l'elencazione esemplificativa di possibili violazioni della normativa regionale idonee a inficiare la funzionalità formativa del rapporto di tirocinio. Vengono richiamati sia alcuni elementi oggettivi facilmente verificabili, quali l'assenza di convenzione o di piano formativo, la durata inferiore a quella minima prevista dalla legge regionale, l'eccedenza rispetto al numero massimo di tirocini consentito *ex lege*, ecc., sia alcuni elementi di più difficile accertamento quali la sussistenza di *"esigenze organizzative del soggetto ospitante"*, l'essenzialità e non complementarietà dell'attività svolta con continuità ed esclusività dal tirocinante, la non necessità di un periodo formativo prodromico all'esecuzione della prestazione, ecc. La seconda indicazione viene declinata attribuendo, anche in assenza di violazioni specifiche della normativa regionale, particolare rilievo alla verifica dell'assoggettamento del tirocinante *"alle medesime regole vigenti per il personale dipendente"*, quali vincoli rigidi di orario o standard di rendimento. Considerato che

non viene attribuita prevalenza ad alcuno degli elementi succitati, riferibili alla prima o alla seconda indicazione interpretativa, sembra che l'analisi debba essere condotta dagli ispettori con modalità seriale ovvero verificando tutti gli indicatori esemplificati nella circolare, per accertare l'esistenza di uno o più elementi contrastanti con la genuinità del rapporto. Solo nell'ipotesi di *"superamento della durata massima del tirocinio stabilita dalla legge regionale"* è previsto che la prosecuzione di fatto del rapporto *"non potrà che essere ricondotta ad una prestazione lavorativa"*, senza che rilevi la verifica di ulteriori circostanze.

Occorre peraltro considerare che le valutazioni espresse nella circolare n. 8/2018 hanno la sola finalità di orientare l'attività istruttoria degli ispettori, in occasione degli accessi ispettivi, nonché l'emanazione dei conseguenti provvedimenti sanzionatori. Rappresentano quindi semplicemente una esemplificazione, ad uso dei servizi ispettivi territoriali, di circostanze ed elementi che, se riscontrati, possono rivelare la non genuinità di un rapporto di tirocinio, ma non determinano - né potrebbero farlo, in quanto riportate in un semplice pronunciamento amministrativo - una presunzione assoluta di subordinazione. La riquilificazione del rapporto di tirocinio resta di per sé sostanzialmente riferibile ai consueti orientamenti, propri della prevalente giurisprudenza di legittimità, in tema di subordinazione. In particolare, secondo tali orientamenti è da considerarsi elemento prioritario di valutazione per accertare la presenza/assenza di un rapporto di dipendenza, l'assoggettamento diretto al datore di lavoro, la cui identificazione è da sola idonea a dirimere eventuali dubbi concernenti possibili situazioni elusive della disciplina del lavoro subordinato. Peraltro tale criterio generale è espressamente richiamato anche dalla circolare n. 8/2018, allorché viene specificato, in relazione ai rischi di non genuinità del rapporto, che *"l'organizzazione dell'attività dei tirocinanti - benché finalizzata all'apprendimento on the job - può presentare aspetti coincidenti con i profili dell'eterodirezione che tipicamente connotano i rapporti di lavoro subordinato"*. Il riferimento all'eterodirezione richiama infatti il dettato dell'art. 2094 c.c., ai sensi del quale *"è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga (...) prestando il proprio lavoro (...) alle dipendenze e sotto la direzione"*

*del datore di lavoro*". Con plurimi pronunciamenti (cfr. di recente Cass. n. 3303 del 19 febbraio 2016 e n. 2931 del 7 febbraio 2013), la Corte di Cassazione ha da tempo interpretato il dettato codicistico individuando "*l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e gerarchico del datore di lavoro*" come elemento di per sé costitutivo del nesso di dipendenza, mentre alcune circostanze di fatto riscontrabili nella gestione del rapporto, quali l'osservanza di un orario rigido di lavoro, la continuità della prestazione, l'applicazione di richiami di tipo disciplinare etc. hanno carattere sussidiario ossia rilevano solo in caso di perdurante incertezza interpretativa. Lo stesso schema interpretativo sembra pertanto applicabile alla fattispecie in esame, sicché l'elencazione riportata nella circolare n. 8/2018 sostanzialmente prevede una serie articolata di elementi che rappresentano indici sussidiari di non genuinità del rapporto di tirocinio, fermo restando il maggiore rilievo da attribuire all'eterodirezione, il cui riscontro comporta a prescindere l'attribuzione del carattere subordinato al rapporto.

## Accorgimenti operativi - conclusione

Al fine di prevenire contestazioni in merito alla genuinità del rapporto di tirocinio, potrebbero allora risultare opportuni, nelle situazioni di maggiore incertezza, due accorgimenti operativi prudenziali.

Il primo consiste nel valorizzare l'assenza di una eterodirezione nell'impostazione generale del rapporto di tirocinio, attraverso la redazione di un documento aggiuntivo alla convenzione di tirocinio e al progetto formativo individuale, solitamente compilati in base a schemi standardizzati definiti dalle normative regionali e non agevolmente e/o legittimamente alterabili/integrabili. Potrebbe in particolare risultare utile la predisposizione e sottoscrizione, da parte del tirocinante e del soggetto ospitante, di una nota integrativa separata, non prevista ma non preclusa dalle linee guida nazionali di cui all'Accordo del 25 maggio 2017, che evidenzia:

a) la volontà di escludere la natura subordinata del rapporto in riferimento alle prestazioni svolte in esecuzione del piano formativo. L'intendimento delle parti rappresenta infatti, per alcuni orientamenti ricorrenti di giurisprudenza, un indice

sussidiario di verifica della assenza di subordinazione e può quindi acquisire rilievo in situazioni di incertezza interpretativa;

b) alcuni elementi di autonomia operativa e decisionale, incompatibili con un ordinario rapporto di dipendenza, riferiti ai periodi di esecuzione, nei reparti/uffici aziendali, delle prestazioni lavorative richieste durante le fasi di addestramento on the job. Si dovrebbe trattare di precisazioni in merito alle modalità di esecuzione dell'attività lavorativa idonee di per sé ad escludere la sussistenza di un assoggettamento a direttive, scelte organizzative o potere gerarchico del datore di lavoro ossia le tre principali declinazioni che - semplificando valutazioni certamente più articolate e complesse - la giurisprudenza prevalente ritiene espressione dell'eterodirezione prevista dall'art. 2094 c.c. A titolo esemplificativo, la nota potrebbe prevedere che:

"le parti sottoscrittrici la convenzione del .../.../... si danno reciprocamente atto della comune volontà di instaurare un genuino rapporto di tirocinio, risultando reciprocamente escluso l'intendimento di svolgere mere prestazioni di lavoro subordinato. In particolare, in esecuzione della formazione on the job, il tirocinante: a) svolgerà esclusivamente attività lavorative corrispondenti ai contenuti del piano formativo e potrà pertanto rifiutare prestazioni diverse; b) varierà tempi, mansioni e luoghi di esecuzione dell'attività lavorativa solo previa verifica di corrispondenza delle variazioni con i contenuti del piano formativo; c) non sarà destinatario di alcun provvedimento di carattere disciplinare ma potranno essere espressi, solo dal tutor aziendale, richiami esclusivamente non disciplinari funzionali al processo di apprendimento".

Il diritto sub a) di rifiutare la prestazione ritenuta non conforme al piano formativo, il diritto sub b) alla verifica della congruità della variazione di orario/prestazione/postazione, l'assenza sub c) di conseguenze disciplinari di qualsiasi tipo (anche meri richiami disciplinari verbali) per eventuali inadempienze, agevolano la dimostrazione della mancata attribuzione al datore di lavoro rispettivamente di un potere direttivo, organizzativo e gerarchico.

Il secondo consiste nell'impostazione di un sistema di rendicontazione periodica che permetta di dimostrare - in caso di accertamento ispettivo o di contenzioso - l'avvenuto mantenimento, nei

# Approfondimenti

periodi di esecuzione della formazione on the job, di modalità di gestione non contrastanti con la natura non subordinata del rapporto. È ipotizzabile a tal fine una rilevazione periodica della sussistenza di elementi asseverativi della genuinità del tirocinio, concernenti circostanze di fatto che possano rilevare quali indici di tipo sussidiario, integrando all'occorrenza la dimostrazione dell'eterodirezione, oggetto della formula che concretizza il primo accorgimento operativo. In particolare si potrebbe registrare in una specifica scheda, con periodicità congrua (settimanale o bisettimanale o mensile) rispetto alla durata del tirocinio, una dichiarazione congiunta del lavoratore e del tutor aziendale che, in relazione al periodo di prestazione svolta nell'arco temporale considerato, riscontri l'assenza delle possibili criticità, concernenti le modalità di esecuzione della prestazione, riportate nell'elencazione della circolare n. 8 del 18 aprile 2018.

Più specificamente:

- in riferimento al divieto di assegnazione ad *“attività del tutto elementari e ripetitive”* (circolare n. 8, paragrafo *“riqualificazione del rapporto”*, punto primo), la dichiarazione potrebbe esplicitare l'adeguatezza del contenuto professionale della prestazione rispetto al piano formativo, nonché l'articolazione della mansione.

Es. “si conferma che, nelle settimane dal ... al ... è stata svolta attività di ... che, qualora eseguita non in affiancamento, presupporrebbe una competenza ascrivibile al ... livello del Ccnl applicato in azienda, ritenuta dal tirocinante congrua rispetto agli obiettivi del piano formativo e con utilizzo di varie strumentazioni/postazioni di seguito elencate: ...”;

- in riferimento al divieto di sostituzione di *“lavoratori subordinati nei periodi di picco delle attività e personale in malattia, maternità o ferie”* (circolare n. 8, paragrafo *“riqualificazione del rapporto”*, punto ottavo), la dichiarazione attesterebbe l'assenza di una motivazione sostitutiva.

Es. “si conferma altresì che, come dichiarato dal responsabile di reparto/ufficio ..., l'attività non è avvenuta per gestire un picco di attività né in sostituzione di altro personale e che il tirocinante, per quanto direttamente verificabile dallo stesso, non ha riscontrato tali situazioni”;

- in riferimento al divieto di esecuzione di attività *“per un numero di ore superiore rispetto a quello indicato nel PFI, in modo continuativo e sistematico durante l'arco temporale di svolgimento del rapporto”* (circolare n. 8, paragrafo *“riqualificazione del rapporto”*, punto tredicesimo), la dichiarazione attesterebbe il rispetto del quantitativo orario concordato.

Es. “si conferma altresì che è stato rispettato il limite orario dedotto nel piano formativo”;

- in riferimento al divieto di *“difformità tra quanto previsto dal Pfi in termini di attività previste come oggetto del tirocinio e quanto effettivamente svolto dal tirocinante presso il soggetto ospitante”* (circolare n. 8, paragrafo *“riqualificazione del rapporto”*, punto quattordicesimo), la dichiarazione attesterebbe l'effettiva esecuzione di attività corrispondenti alle previsioni del piano formativo.

Es. “si conferma altresì che i contenuti della prestazione sono funzionali al piano formativo assegnato al tirocinante”.

La scheda che riporta la registrazione periodica delle dichiarazioni, datata e firmata dal tirocinante e dal tutor aziendale, verrebbe conservata in azienda ed esibita all'occorrenza come scrittura privata asseverativa dell'assenza di elementi propri della subordinazione.

I due accorgimenti operativi succitati, tra loro complementari, agevolerebbero pertanto sia la dimostrazione di una impostazione generale del rapporto di tirocinio priva dell'elemento della dipendenza previsto dall'art. 2094 c.c., sia - in subordine - una modalità di svolgimento delle prestazioni assegnate non connotata dalle caratteristiche proprie del lavoro subordinato. Si ricordi poi che sembra anche possibile, in situazioni di particolare incertezza, attivare la procedura di “certificazione” del tirocinio prevista dagli artt. 75 e ss., D.Lgs. n. 276 del 10 settembre 2003. L'intervento di una commissione di certificazione, scelta tra quelle contemplate dall'art. 76 (enti bilaterali, ispettorati territoriali del lavoro, università, Ministero del lavoro, consigli provinciali dei consulenti del lavoro), è infatti consentito dall'art. 75 in riferimento a tutti i *“contratti in*

*cui sia dedotta direttamente o indirettamente una prestazione di lavoro”* sicché - pur in assenza di un esplicito riferimento ai tirocini nell’articolato legislativo sulla certificazione - dovrebbe essere sottoponibile alla commissione anche la convenzione di tirocinio, in quanto atto contrattuale che comporta attività lavorativa. Ai sensi dell’art. 80 la certificazione risulta impugnabile per *“erronea qualificazione del contratto oppure per difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione”*, sicché non garantisce di per sé la genuinità del tirocinio. L’attivazione della procedura offre comunque un’importante e maggiore tutela in quanto permette, in corso di

certificazione o in fase prodromica alla stessa (nelle forme contemplate dalle singole regolamentazioni), la verifica dei contenuti e delle modalità di esecuzione del rapporto, prevenendo errori di impostazione. Si determina inoltre un rilevante effetto processuale in quanto, ai sensi dell’art. 79, comma 1, la certificazione in caso di contenzioso produce l’inversione dell’onere della prova, poiché *“gli effetti dell’accertamento dell’organo preposto alla certificazione del contratto di lavoro permangono, anche verso terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito”* un eventuale ricorso giurisdizionale.