

Aprile 2013



Consistenti del Lavoro
Consiglio Provinciale
dell'Ordine di Milano

Via Aurispa, 7 20122 Milano.

Tel: 02/58308188 - Fax: 02/58310605

e-mail: comm.centrostudi@consistentidellavoro.mi.it

Sintesi

Rassegna di giurisprudenza e di dottrina

SOMMARIO

- 2 - Il nuovo processo giudiziario sommario applicato al licenziamento disciplinare intimato nell'area di applicabilità dell'art. 18 della L. n. 300/1970
- 3 - La Suprema Corte di Cassazione con due diverse pronunce (la sentenza n.23807/2011 e la sentenza n.5963/2013) si è espressa in tema di repaceage, in particolare considerando l'onere in capo al datore di lavoro di attivare un percorso di formazione e di riqualificazione del lavoratore licenziato
- 4 - Legittimo il licenziamento per giusta causa di un lavoratore che ingiustificatamente si assenta e perdita della retribuzione per il periodo non lavorato
- 5 - Non è preclusa al datore di lavoro l'autonoma valutazione, ai fini disciplinari, del comportamento del lavoratore rispetto alla valutazione effettuata in sede penale
- 6 - Licenziamento per giustificato motivo oggettivo (per riduzione di personale)
- 6 - Non c'è demansionamento se l'impegno è circoscritto temporalmente
- 7 - Indennità di ferie non godute: la vexata questio della natura risarcitoria o reddituale
- 8 - Genuinità del contratto di associazione in partecipazione

IL PUNTO

È con viva soddisfazione che annunciamo l'attivazione del servizio di formazione in modalità e-learning. Si tratta della realizzazione di un progetto pensato e sviluppato in collaborazione tra il CSR dell'Ordine e l'U.P. ANCL di Milano, che permetterà di poter fruire di tanti servizi, in primis della Formazione A Distanza (FAD) sia in forma gratuita che a pagamento. Attualmente sono stati pubblicati due eventi gratuiti validi per la formazione continua obbligatoria in materia di ordinamento professionale e codice deontologico. Nell'immediato futuro verranno messi in linea altri eventi formativi di aggiornamento professionale che saranno comunicati tempestivamente a tutti i colleghi. Lo sforzo organizzativo ed economico per venire incontro alle sempre maggiori esigenze dei Colleghi e per stare al passo con i tempi, è stato notevole e il ringraziamento va a tutti coloro che si sono impegnati fattivamente per la realizzazione di questo progetto. Siamo sicuri che verrà accolto favorevolmente da tutti i Colleghi. Per usufruire dei due eventi formativi gratuiti bisogna accedere dal sito dell'ANCL Unione Provinciale di Milano www.ancl-mi.it e cliccare su "Formazione e-learning" nel box dedicato oppure cliccare su "Registrati gratuitamente al sito della formazione anclmi.namirial.com".

ARGOMENTO DI ALTO INTERESSE

A Milano parte l'e.learning. Leggi Il Punto

COMMISSIONE STUDI E RICERCHE DELL'ORDINE CONSULENTI DEL LAVORO
DELLA PROVINCIA DI MILANO

Presidente dell'Ordine: Giovanni Zingales

Coordinatore scientifico del CSR: Potito di Nunzio

Sezione Studi e Ricerche: Gilberto Asnaghi, Riccardo Bellocchio, Gianfranco Curci, Stefano Guglielmi, Nicoletta Marra, Morena Domenica Massaini, Erika Montelatici, Roberto Montelatici, Sabrina Pagani, Silvana Pagella, Fabio Pappalardo, Lalla Pollacchini Pagani, Laura Pozzi, Paola Rizzo

Sezione Semplificazione normativa: Andrea Asnaghi, Gianluca Belloni, Luca Bonati, Marco Cassini, Stella Crimi, Mariagrazia di Nunzio, Donatella Gerosa, Alessandro Graziano, Luca Insabato, Paolo Lavagna, Giuseppe Mastalli, Paolo Reja, Daniela Stochino

Sezione Scuola e Università: Gabriele Corraera, Anna De Lillo, Luciana Mari, Elena Piscitello, Alessandro Proia

Sezione Formazione e aggiornamento professionale: Alessandro Cornaggia, Isabella Di Molfetta, Luca Paone, Roberto Piccini, Enrico Vannicola

L'edizione di Sintesi è ad opera della Sezione Studi e Ricerche



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Trib. Napoli, Sez. Lav.,
26 febbraio 2013

“ IL NUOVO PROCESSO GIUDIZIARIO SOMMARIO applicato al licenziamento disciplinare intimato nell’area di applicabilità dell’art. 18 della L. n. 300/1970 ”

TESI-DECISIONE

La società datrice di lavoro addebita al lavoratore di avere fatto uso, dal computer d’ufficio, di software non autorizzati, tra i quali uno in particolare “in grado di decriptare le password”. Il lavoratore avrebbe così violato il regolamento aziendale che vieta l’utilizzo di programmi non espressamente autorizzati dalla società e le disposizioni in materia di trattamento di dati personali. Il lavoratore nega ogni addebito e afferma che nel giorno e nell’ora in cui si era verificato il fatto contestato, al suo computer si trovava il suo diretto superiore. E ancora: vi sarebbe stata una macchinazione dell’azienda ai suoi danni, finalizzata al suo licenziamento.

Infatti, la società procede al licenziamento disciplinare che viene impugnato, con ricorso in base al cd. “rito Fornero”, dal lavoratore il quale afferma che sia privo di giusta causa: ciò in quanto intimato in violazione delle procedure e della forma previste dalla legge e dalla contrattazione collettiva e comunque infondato in fatto e in diritto. In particolare, in virtù di tale impugnazione, il lavoratore chiede di essere immediatamente reintegrato nel posto di lavoro, con condanna della convenuta Società (datrice di lavoro) al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni maturate dal recesso alla reintegra.

Il ricorso viene respinto sulla base delle seguenti rilevazioni: per il Giudice, innan-

zitutto, l’istruttoria della prima fase del nuovo rito deve necessariamente distinguersi da quella della seconda fase (giudizio di opposizione). Mentre quest’ultima, infatti, è integrale, consiste cioè nell’assunzione di tutti i mezzi istruttori “ammissibili” e “rilevanti”, l’istruttoria della prima fase del nuovo processo consiste nell’assunzione dei soli mezzi istruttori necessari per consentire al giudice un giudizio di verosimiglianza circa l’esistenza o meno del vizio del licenziamento denunciato dal ricorrente.

Ciò premesso, all’esito dell’istruttoria, egli afferma la legittimità del licenziamento, ritenendo che la società, in base alle previsioni del nuovo rito “ha offerto prova rappresentativa adeguata dell’enunciato fattuale principale oggetto della lettera di contestazione” e che, alla luce delle deposizioni testimoniali e della documentazione prodotta, la condotta del lavoratore è risultata ascrivibile al ricorrente e idonea, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, a ledere in modo grave la fiducia del datore nel proprio dipendente.

E, aggiunge, il Giudice ha valutato che la condotta del dipendente sia stata di “sicura gravità” sotto il profilo oggettivo, “atteso che egli ha violato precise disposizioni aziendali finalizzate a preservare i sistemi informatici, il cui corretto funzionamento è essenziale per ogni impresa”.



QUESTIONE TRATTATA

“ **LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE CON DUE DIVERSE PRONUNCE** (la sentenza n.23807/2011 e la sentenza n.5963/2013) si è espressa in tema di *repechage*, in particolare considerando l'onere in capo al datore di lavoro di attivare un percorso di formazione e di riqualificazione del lavoratore licenziato ”

SENTENZA

Cass., 14 novembre 2011, n. 23807

Cass., 11 marzo 2013, n. 5963

TESI-DECISIONE

In un primo caso, la sentenza n. 23807/2011, tratta di una lavoratrice che, in legittima applicazione dell'art. 11, D.Lgs. n. 66 del 2003, dichiarava la sua indisponibilità a svolgere, in turno notturno, la mansione di pulizia dei macchinari aziendali. La Corte di Cassazione, confermando l'orientamento esposto della Corte Territoriale in relazione al contesto normativo di riferimento (come, nel caso de quo, la disciplina dettata dall'art. 11 del D.Lgs. n. 66 del 2003), ha stabilito che la valutazione circa la possibilità di ricollocazione non deve fondarsi sulle mansioni in concreto svolte, ma sulla qualifica contrattuale (nel caso di specie, la lavoratrice era un 5[^] livello e, quindi, poteva essere adibita a mansioni produttive, svolte anche da dipendenti inquadrati nel 5[^] livello) ed il datore di lavoro deve farsi carico di un eventuale breve percorso di qualificazione professionale.

Dopo aver affermato il suddetto principio, la Suprema Corte ha tenuto, tuttavia,

a precisare che la lavoratrice era stata adibita, saltuariamente, ad altre mansioni produttive (come emerso nel corso del giudizio dalle risultanze istruttorie), e, pertanto, il suo corredo professionale era comunque idoneo allo svolgimento di compiti diversi in ambito produttivo.

Nel secondo caso, la sentenza n. 5963/2013, tratta di un lavoratore licenziato per soppressione del reparto nel quale era addetto (reparto di manutenzione di carrozzerie dei veicoli). Il lavoratore impugnava il licenziamento intimogli per il mancato rispetto dell'obbligo di *repechage*, eccependo che, nel corso del rapporto di lavoro, egli era stato adibito, saltuariamente, a svolgere la mansione d'autista, qualifica per la quale il datore di lavoro aveva provveduto ad assunzioni in epoca successiva al licenziamento.

Tale circostanza eccepita dal lavoratore, successivamente emersa dalle risultanze istruttorie del processo, per la Corte Territoriale non era, comunque, >>>

>>> sufficiente per sostenere la tesi del lavoratore, vale a dire di poter essere ricollocato come autista.

La Corte di Cassazione, reputando non censurabile, in sede di legittimità, l'accertamento di fatto eseguito dalla Corte d'Appello, si è tuttavia espressa, in punto di diritto, circa l'onere del datore di lavoro di attivare un percorso formativo e di riqualificazione per il lavoratore.

La Suprema Corte ha osservato che "[...] L'obbligo di *repechage* va dunque riferito limitatamente alle attitudini ed alla formazione di cui il lavoratore è dotato al momento del licenziamento con esclu-

sione dell'obbligo del datore di lavoro a fornire tale lavoratore di un'ulteriore o diversa formazione per salvaguardare il suo posto di lavoro."

I divergenti orientamenti, espressi dalle sentenze sopra analizzate, inducono a rilevare, in seno alla giurisprudenza della stessa Corte di Cassazione, l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in tema di *repechage* del lavoratore licenziato.

La Corte di Cassazione, nella sentenza n. 5963/2013, ha manifestato la consapevolezza di tali incertezze interpretative, tant'è vero che ha concluso il giudizio compensando per l'intero le spese.

QUESTIONE TRATTATA

“ LEGITTIMO IL LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

di un lavoratore che ingiustificatamente
si assenta e perdita della retribuzione
per il periodo non lavorato ”

SENTENZA

Cass., 6 febbraio 2013,
n. 2760

TESI-DECISIONE

Una società intima, dopo aver invitato formalmente il lavoratore a riprendere l'attività dopo che non si era presentato al lavoro dopo il periodo di ferie, il licenziamento dello stesso assente per prolungata assenza senza giustificato motivo per i mesi da dicembre 1999 a gennaio 2000. La vicenda approda in Cassazione e in tale sede gli Ermellini affermano che non solo

il licenziamento per giusta causa è legittimo, ma anche che al dipendente che volontariamente sospenda la prestazione, fintanto che non rientri al lavoro, non è dovuta la retribuzione in quanto la retribuzione spetta solo se vi è prestazione di lavoro effettiva, salvo che il datore di lavoro versi in uno stato di "mora accipiendi" nei confronti del lavoratore.



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 8 gennaio 2013,
n. 206

“NON È PRECLUSA AL DATORE DI LAVORO L'AUTONOMA VALUTAZIONE, AI FINI DISCIPLINARI, del comportamento del lavoratore rispetto alla valutazione effettuata in sede penale”

TESI-DECISIONE

Nel caso in commento, il lavoratore era dipendente delle Agenzie delle Dogane licenziato con provvedimento del Direttore Regionale della sede di Milano in data 5 aprile 2007 per condotte che avevano costituito oggetto di procedimento penale definito con sentenza di proscioglimento “perché il fatto non costituisce reato”. Il lavoratore impugnava il licenziamento, sostenendo che al datore di lavoro era preclusa la valutazione in sede disciplinare dei fatti, per i quali era intervenuta la sentenza di proscioglimento con la suddetta formula.

L'art. 653 cod. proc. pen., recante disposizioni in tema di efficacia della sentenza penale nel giudizio disciplinare, stabilisce che *“La sentenza penale irrevocabile di assoluzione ha efficacia di giudicato nel giudizio per responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o costituisce illecito penale ovvero l'imputato non lo ha commesso.[...]”*

Nel caso de quo, il lavoratore propugnava un'interpretazione delle norme dei CCNL Ministeri 12/6/2003 e Agenzie fiscali 28/5/2004, sostenendo che al datore di lavoro era preclusa la valutazione in sede disciplinare dei fatti, per i quali era intervenuta la sentenza di proscioglimento con la suddetta formula.

La Corte di Cassazione, tuttavia, addiveva ad una diversa interpretazione.

Qualora, nell'ipotesi di assoluzione o proscioglimento con la formula “perché il fatto non costituisce illecito penale”, fosse preclusa la valutazione disciplinare del fatto e della condotta del lavoratore, si determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto a quei dipendenti, che, per condotte analoghe, non siano stati sottoposti al vaglio dell'autorità giudiziaria penale.

Tale interpretazione non può essere, quindi, accolta, in quanto sarebbero violati il principio di buon andamento e di imparzialità della pubblica amministrazione, il principio di uguaglianza, nonché le disposizioni collettive non supererebbero il vaglio di meritevolezza di tutela degli interessi realizzati nell'esercizio dell'autonomia privata delle parti collettive (art. 1322 cod.civ.).

Per concludere, nell'ipotesi di assoluzione o proscioglimento con la formula “perché il fatto non costituisce illecito penale” è esclusa la sola rilevanza penale del fatto, ma non la sua materialità e la sua riferibilità al dipendente, la cui condotta resta assoggettabile alla valutazione disciplinare.



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 11 gennaio 2013
n. 579

“ LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO (per riduzione di personale) ”

TESI-DECISIONE

La decisione in esame verte sulla legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo comminato da una società operante nel campo dell'assistenza agli anziani che nell'ottica di una riorganizzazione dell'attività licenziava la ricorrente per riduzione di personale.

La causa prende avvio dalla richiesta della lavoratrice di dichiarare illegittimo il licenziamento per riduzione del personale intimatole dalla datrice di lavoro in data 23 gennaio 2003. Sia in primo grado che in Appello le Corti territoriali di Catania, pur ritenendo applicabile la L.n. 604/66 stante il mancato superamento del requisito dimensionale previsto per la tutela reale, rigettano nel merito la domanda della lavoratrice non accogliendo la tesi della ricorrente la quale sosteneva che non si fosse ridotta l'attività, non essendo diminuito il numero di anziani

da assistere. Vieppiù l'attività da lei precedentemente posta in essere era svolta dalla legale rappresentante della società e dalla di lei figlia.

La Suprema Corte nel rigettare il ricorso conferma il proprio orientamento ai sensi del quale l'imprenditore ha la facoltà di modificare l'organizzazione lavorativa, anche con riduzione della forza lavoro, al fine di ottenere il migliore risultato economico. Al giudice è permesso il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, ma il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva deve essere valutato dal datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost..

QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 21 febbraio 2013,
n. 4301

“ NON C'È DEMANSIONAMENTO SE L'IMPEGNO è circoscritto temporalmente ”

TESI-DECISIONE

Nella sentenza in esame un dipendente lamenta di aver subito un demansionamento che gli avrebbe procurato un danno professionale, morale ed esistenziale. La Corte di Appello in totale riforma rispetto alla sentenza di primo grado, che aveva accolto la richiesta, ritiene possibile, per esigenze di servizio, adibire il lavoratore a mansioni inferiori purché sia assi-

curato in modo prevalente l'espletamento di quelle ordinarie. In particolare la Corte rileva che, ancorché dequalificanti, dette mansioni sono limitate ad un circoscritto arco temporale e non influiscono in alcun modo sulle sue mansioni di appartenenza che continuavano ad essere prevalenti. Il lavoratore impugna la sentenza di merito proponendo ricorso in Cassazione. >>>



>>> Tuttavia a più riprese viene chiarito dalla Corte di legittimità che la deduzione di un vizio di motivazione impugnato in Cassazione non conferisce al giudice il potere di riesaminare il merito dell'intera vicenda processuale.

Nel caso specifico la Corte di Appello ha offerto una motivazione coerente ed adeguata sottraendo la valutazione del merito al sindacato della Corte di Cassazio-

ne che può verificarne la sola legittimità. Secondo la Suprema Corte il ricorrente non tiene conto della *ratio* posta a base della sentenza impugnata, ossia che per esigenze di servizio e limitatamente ad un circoscritto impegno temporale, il lavoratore possa essere legittimamente assegnato al compimento di mansioni inferiori rispetto a quelle previste dal suo profilo di inquadramento.

QUESTIONE TRATTATA

“INDENNITÀ DI FERIE NON GODUTE: la vexata questio della natura risarcitoria o reddituale”

SENTENZA

Commissione Tributaria Regionale di Roma
29/01/2013,
n. 89/04/2013

TESI-DECISIONE

La vicenda riguarda il caso di un contribuente che ha chiesto (e ottenuto) il rimborso delle ritenute effettuate dal datore di lavoro sulle somme corrisposte a titolo di indennità per ferie non godute in quanto la stessa, avendo natura risarcitoria, non rappresenta materia imponibile. L'Agenzia delle Entrate, perdente in Commissione Tributaria Provinciale, ricorre in sede regionale, riproponendo il medesimo quesito: l'aliquota IRPEF deve essere applicata all'indennità di ferie non godute trattandosi di un compenso derivante da rapporto di lavoro e quindi assoggettabile all'art. 51 TUIR?

La Commissione Regionale respinge il ricorso spiegando che le norme devono essere interpretate in maniera costituzionalmente orientata e che le ferie annuali costituiscono un diritto insopprimibile del lavoratore.

Laddove il periodo di ferie non sia godu-

to, il lavoratore ha diritto a ricevere una indennità che sia in grado di fornire i mezzi necessari per superare lo stress fisico e psichico legato alla rinuncia al periodo di riposo.

L'indennità di ferie non godute ha dunque natura risarcitoria e non già reddituale mancando il requisito fondamentale, di quest'ultima fattispecie, della presenza di effettivo vantaggio economico conseguito dal percettore delle somme, e cioè il lavoratore.

La mancata fruizione delle ferie genera una diminuzione, in termini di salute, della qualità della vita che si traduce in un danno quantificabile e risarcibile.

Il TUIR (art. 6, comma 2) prevede la tassazione delle indennità conseguite a fronte di perdite di reddito (lucro cessante) e non di quelle volte a riparare un danno senza incremento reddituale (danno emergente).



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 28 gennaio 2013,
n. 1817

“ GENUINITÀ DEL CONTRATTO DI ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE ”

TESI-DECISIONE

Nella sentenza in oggetto la Corte di Cassazione affronta il problema della genuinità di un contratto di associazione in partecipazione regolarmente sottoscritto (caratterizzato nella specie dall'apporto di una prestazione lavorativa da parte dell'associato), ma che non avendo mai prodotto gli effetti tipici della richiamata fattispecie contrattuale, non ha efficacia tra le parti.

Un lavoratore, in servizio presso un' Azienda sin dal 1990, regolarizzava la sua posizione con la stessa solo nel 1996 attraverso la sottoscrizione di un contratto di associazione in partecipazione; nel 2004 veniva licenziato con comunicazione verbale.

Il lavoratore rivendica l'inefficacia del licenziamento verbale, la reintegra nel posto di lavoro nonché il vincolo di subordinazione dal 1990. Le richieste vengono accolte nei primi due gradi di giudizio e l'azienda propone ricorso in Cassazione. In particolare la parte datoriale lamenta la totale mancanza di valore attribuita dai Giudici di merito al contratto tra le parti, nonché la scarsa considerazione riservata al riconoscimento sugli utili percepiti dal lavoratore, quale indice rilevatore della genuinità del rapporto.

La Suprema Corte chiarisce che il contratto, ancorché regolarmente sottoscritto, qualora non sia sorretto da un comportamento fattuale ad esso corrispondente - nel caso specifico viene rilevata la totale assenza del rischio d'impresa in capo all'associato - non può regolamentare il rapporto tra le parti. Di fatto il contratto firmato nel 1996 non ha mai prodotto alcun effetto di novazione rispetto ad un rapporto di lavoro che lungo tutta la sua durata è stato sempre caratterizzato da indici tipici della subordinazione. Del pari non è stato ritenuto significativo ai fini del rischio la facoltà concessa al lavoratore di prendere visione del bilancio, poiché da ricondurre ad un rapporto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili.

La Corte conclude rilevando che laddove una prestazione lavorativa sia stabilmente inserita in un'organizzazione aziendale senza partecipazione al rischio d'impresa e senza ingerenza dell'associato nella gestione della stessa, si ricade in un rapporto di lavoro subordinato in virtù di un generale "favor" riconosciuto dall'art. 35 Cost. che tutela il lavoro "in tutte le sue forme". Per i suddetti motivi il ricorso viene rigettato.