

Gennaio 2013



Consulenti del Lavoro  
Consiglio Provinciale  
dell'Ordine di Milano

Via Aurispa, 7 20122 Milano.

Tel: 02/58308188 - Fax: 02/58310605

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

# Sintesi

*Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*

## SOMMARIO

- 2 - **Rifiuto del lavoratore al trasferimento**
- 3 - **Configurabilità del lavoro notturno**
- 4 - **Infortunio in itinere, occasione di lavoro e ipotesi di truffa nei confronti dell'INAIL**
- 5 - **Valore probatorio del foglio presenze compilato dal lavoratore ai fini del lavoro straordinario**
- 6 - **Il licenziamento per soppressione della posizione è illegittimo se la crisi aziendale non è effettiva**
- 7 - **Mancata prestazione lavorativa in conseguenza dello stato di malattia: licenziamento illegittimo**
- 8 - **"Insubordinazione" del lavoratore sindacalista: illegittimo il licenziamento**
- 8 - **Trasformazione da tempo parziale a tempo pieno: diritto di scelta del lavoratore**

## IL PUNTO

**H**a riscosso un enorme successo il Forum degli Ordini milanesi svoltosi a Milano lo scorso 19 gennaio 2013. Davanti a una platea di oltre 700 professionisti il Prof. Luca Antonini, docente di Diritto costituzionale all'università di Padova, ha spiegato il contenuto del disegno di legge curato con l'aiuto degli **Ordini milanesi di avvocati, notai, dottori commercialisti e consulenti del lavoro**, che hanno organizzato il convegno. Il nostro Ordine è stato tra i più attivi per supportare e gestire la manifestazione. Un disegno di legge che ha l'obiettivo di introdurre una serie di semplificazioni burocratiche attraverso la sussidiarietà, e cioè permettere ai professionisti di svolgere attività di certificazione, accertamento e controllo che non sono strettamente giudiziarie e/o amministrative, ora esclusiva della pubblica amministrazione o dei tribunali. La burocrazia sta divorando letteralmente il nostro Paese soffocando la produttività e sviluppando il malcostume. I professionisti sono una risorsa per il Paese e si sono dichiarati disponibili a dare una mano allo Stato per snellire i procedimenti amministrativi. La fiducia nel sistema professionale, e quindi l'eventuale sistema di controllo, è stato uno degli argomenti che ha scaldato la tavola rotonda dei politici - presenti i senatori Pietro Ichino e Maurizio Sacconi, gli onorevoli Nicola Molteni e Alessia Mosca e, infine, Massimo Mucchetti - come anche la necessità di garantire al cittadino la facoltà di scegliere se rivolgersi al sistema pubblico o al professionista.

## ARGOMENTO DI ALTO INTERESSE

*Rifiuto del lavoratore al trasferimento*

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 Corra, Anna De Lillo, Luciana Mari, Elena Piscitello, Alessandro Proia

### Sezione Formazione e aggiornamento professionale:

Alessandro Cornaggia, Isabella Di Molfetta, Luca Paone, Roberto Picci, Enrico Vannicola



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 2 gennaio 2013,  
n. 6

## “RIFIUTO DEL LAVORATORE AL TRASFERIMENTO”

TESI-DECISIONE

I fatti narrano che con sentenza del 25/10/2007 la Corte d'Appello di Brescia ha confermato la sentenza del Tribunale di Bergamo che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento del maggio 2003 per giustificato motivo oggettivo di un dipendente della soc (...) spa ed inquadrata in livello B2.

La Corte d'Appello ha ritenuto che la società datrice di lavoro non avesse fornito la prova dell'impossibilità di ricollocare la lavoratrice in una delle sue aziende o stabilimenti (dove occupava più di 300 dipendenti) in mansioni equivalenti.

La società datrice di lavoro si era limitata ad affermare che vi era stata una sensibile contrazione dell'organico ( da 465 a 319 ) e che non vi erano state assunzioni dopo il licenziamento della ricorrente. Inoltre, era stato evidenziato che la lavoratrice aveva rifiutato l'offerta di ricollocazione presso altra società del gruppo. La Corte territoriale ha rilevato, invece che dall'esame del libro matricola erano risultate assunzioni sia prima che dopo il licenziamento assegnando mansioni che il dipendente licenziato avrebbe potuto svolgere.

La società non aveva allegato né provato alcuna ragione giustificativa della necessità di procedere a nuove assunzioni e dell'impossibilità di adibire alle stesse mansioni la lavoratrice.

La Corte ha poi rilevato che la società non avrebbe potuto invocare a giustificazione il rifiuto della lavoratrice ad essere licenziata dalla società e riassunta presso altra società controllata in Bergamo con meno di 15 dipendenti. Rileva infatti che la proposta era stata rifiutata per ragioni di convenienza non sindacabili ed era comunque, irrilevante essendo stata fatta un anno prima del licenziamento, mentre si doveva avere riguardo al momento del licenziamento. Osserva ancora la Corte che successivamente alla lavoratrice

non era stata fatta altra proposta e tanto meno le era stato rappresentato che la ricollocazione era legata alla necessità di sopprimere il suo posto di lavoro. Il datore di lavoro ricorre in Cassazione ritenendo che: a) il lavoratore ha l'onere di provare la resistenza del datore di lavoro ad una sua ricollocazione in un posto di lavoro disponibile in azienda, b) l'impossibilità di adibire il lavoratore a differenti mansioni deve essere valutata riferendosi all'organizzazione aziendale in essere al momento del licenziamento e che la lavoratrice aveva rifiutato un nuovo posto di lavoro offertole otto mesi prima del licenziamento.

La Suprema Corte respinge il ricorso poiché il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative, produttive è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacarne la scelta, ma - come da giurisprudenza costante - l'onere probatorio ricade interamente sul datore di lavoro unitamente alla prova di non aver a disposizione mansioni equivalenti.

La Corte d'Appello, per la sua decisione, ha valutato l'organizzazione aziendale al momento dei fatti e nei mesi subito successivi al licenziamento e pertanto ha coerentemente agito, secondo i principi espressi dalla Corte di Cassazione.

Infine, l'offerta alla lavoratrice di altro posto di lavoro risalente a otto mesi prima del licenziamento non è utilizzabile in quanto il datore di lavoro aveva ommesso di informarla che l'offerta fosse connessa alla soppressione del posto di lavoro.

E' stato altresì ritenuto indicativo della condotta contraddittoria dell'azienda la circostanza che si sia proceduto a nuove assunzioni dopo l'intimazione del recesso.

## QUESTIONE TRATTATA

### “ CONFIGURABILITÀ DEL LAVORO NOTTURNO ”

## SENTENZA

Cass., Sez. pen. III  
1 ottobre 2012,  
n. 37903

## TESI-DECISIONE

**S**i premette brevemente che secondo il D.Lgs. 26-11-1999 n. 532 si intende per:

a) lavoro notturno: l'attività svolta nel corso di un periodo di almeno sette ore consecutive comprendenti l'intervallo fra la mezzanotte e le cinque del mattino;

b) lavoratore notturno:

- 1) qualsiasi lavoratore che durante il periodo notturno svolga, in via non eccezionale, almeno tre ore del suo tempo di lavoro giornaliero;
- 2) qualsiasi lavoratore che svolga, in via non eccezionale, durante il periodo notturno almeno una parte del suo orario di lavoro normale secondo le norme definite dal contratto collettivo nazionale di lavoro. In difetto di disciplina collettiva è considerato lavoratore notturno qualsiasi lavoratore che svolga lavoro notturno per un minimo di ottanta giorni lavorativi all'anno; il suddetto limite minimo è riproporzionato in caso di lavoro a tempo parziale.

I contratti collettivi individuano le condizioni e i casi di eccezionalità nell'adibizione al lavoro notturno di cui alle lettere a) e b).

Richiamata alla mente la norma di cui si dibatte (ritenuta applicabile nel caso di specie), si annota come il percorso dei tre gradi di giudizio si snodi quasi esclusivamente lungo la questione della con-

figurabilità del lavoro notturno svolto da alcune lavoratrici impiegate in un bar. In particolare, si tratta di valutare la collocazione temporale degli 80 giorni di lavoro notturno di cui si fa menzione al punto b2) che precede.

Diverse sono le interpretazioni adottate dai vari Giudici:

- gli 80 giorni si collocano nei 365 giorni calcolati dalla data di inizio del rapporto di lavoro
- gli 80 giorni si collocano nel periodo temporale di 365 giorni mobili
- gli 80 giorni si collocano nell'anno civile (01/01 – 31/12).

Gli Ermellini decidono per l'annullamento della sentenza impugnata con rinvio al Tribunale di secondo grado (in diversa composizione): affermano che la ragione per cui il limite in questione è stato fissato è quella di tutelare la salute e la sicurezza del lavoratore in relazione all'attività da questo effettivamente svolta. Una tale tutela si realizza solo interpretando la disposizione in questione nel senso che il riferimento all'anno deve calcolarsi dall'inizio del rapporto di lavoro, in modo tale che per ogni effettivo anno di rapporto di lavoro, e non in relazione a periodi di tempo convenzionalmente considerati, il lavoratore abbia la garanzia di non dover prestare più di 80 giorni di lavoro notturno.



## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 29 novembre 2012  
n. 21249

### “ INFORTUNIO IN ITINERE, occasione di lavoro e ipotesi di truffa nei confronti dell'INAIL ”

#### TESI-DECISIONE

**L**a vicenda riguarda un lavoratore che, rimasto coinvolto in un sinistro stradale mentre veniva trasportato da un luogo di lavoro ad un altro a bordo del furgone guidato dal fratello (in data 18 giugno 1991), aveva richiesto e ottenuto dall'Inail l'indennizzo corrispondente. Egli, infatti, a seguito dell'infortunio aveva riportato, oltre un periodo di invalidità temporanea, postumi invalidanti permanenti.

L'Istituto assicuratore, tuttavia, in un secondo momento riteneva insussistente l'infortunio sul lavoro e proponeva querela nei confronti del ricorrente per truffa. Sosteneva l'Inail che il lavoratore avesse con dolo tratto in inganno l'ente sulla natura del sinistro. Ne conseguiva la sospensione dell'erogazione della rendita.

La sentenza in esame riforma la decisione della Corte di Appello di Perugia, la quale aveva ravvisato l'avvenuta interruzione del nesso causale tra lavoro e sinistro nell'infortunio occorso all'assicurato.

Il lavoratore, nel parallelo giudizio penale veniva nel frattempo assolto con formula piena dall'accusa dell'INAIL di truffa a carico dell'Istituto per aver falsamente denunciato l'infortunio come verificatosi in itinere sul lavoro (ma l'erogazione della rendita restava sospesa).

La Corte di Cassazione conferma:

- che l'assoluzione nel giudicato penale con

formula piena (per non aver commesso il fatto) dal reato di truffa impedisce che lo stesso fatto sia autonomamente valutato nel successivo giudizio civile

- e che l'infortunio in itinere è indennizzabile dall'INAIL anche quando occorso per motivi imprevedibili, atipici, e collegabili anche solo indirettamente allo svolgimento dell'attività lavorativa, con il solo limite del rischio elettivo, ovvero il rischio *“dovuto ad una scelta arbitraria del lavoratore che affronti volutamente ... una situazione diversa da quella inerente l'attività lavorativa”*, e che interrompa ogni nesso tra lavoro, rischio ed evento.

Nel caso specifico la Corte ha ritenuto che il nesso causale non fosse venuto meno perché in concreto l'INAIL non aveva indagato sulla partecipazione volontaria del lavoratore alla condotta rissosa del fratello conducente l'automezzo sul quale veniva trasportato, ma si era affidata alle dichiarazioni di terze parti.

La sentenza viene cassata e rinviata alla corte di appello di Perugia affinché (dopo 21 anni dall'evento!) sulla base della riservatezza agli atti, si accerti se la condotta del lavoratore abbia contribuito (o meno) al verificarsi dell'incidente e quindi se ai fini della sua indennizzabilità possa ritenersi sussistente (o meno) il nesso di causalità tra infortunio e attività lavorativa.



## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 30 ottobre 2012,  
n. 18643

## “ VALORE PROBATORIO DEL FOGLIO PRESENZE compilato dal lavoratore ai fini del lavoro straordinario ”

### TESI-DECISIONE

**U**n lavoratore, licenziato da un hotel dove svolgeva attività di segretario di ricevimento e portiere, presenta ricorso innanzi al Tribunale di Roma, in funzione di giudice del lavoro.

Il lavoratore richiede la declaratoria di illegittimità del licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro, oltre al pagamento delle differenze retributive dovute per lavoro straordinario e festivo, il pagamento delle ferie e 13° mensilità.

Con sentenza del 26 marzo 2003, il giudice adito rigettava la domanda di declaratoria di illegittimità del licenziamento, ma riconosceva la domanda relativa alle differenze retributive nella misura di € 12.000,00, importo stabilito in via equitativa.

Contro tale decisione il lavoratore proponeva appello alla Corte di Roma chiedendo il riconoscimento di quanto richiesto in primo grado, anche con riguardo al lavoro straordinario svolto.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza pubblicata il 2 marzo 2009, condannava il datore di lavoro al pagamento di ulteriori somme anche per differenze retributive, per lavoro straordinario e per tredicesima mensilità.

In particolare le ore di lavoro straordinario, non andavano individuate in via equitativa ma, una volta determinato il loro ammontare, dovevano essere pagate sulla base degli importi definiti dalla contrattazione collettiva.

L'importo delle ore di lavoro straordinario,

era stato determinato sulla base del foglio presenze compilato direttamente dal lavoratore e tale dato era stato a sua volta confermato da alcune prove testimoniali.

L'unico motivo di ricorso del datore di lavoro, deduce la omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un fatto controverso o decisivo.

In particolare viene detto che i dati contenuti nel foglio presenze preso a riferimento come prova per la rideterminazione dell'orario di lavoro del lavoratore, non vengono confermati da alcune prove testimoniali, ragion per cui la motivazione che assumeva la prova di un fatto era omessa o apparente.

Viene contestato inoltre che nella sentenza non viene fatto riferimento alle ragioni alla base della scelta di una valutazione che preferiva alcune prove testimoniali rispetto alle altre, in presenza di evidenti contraddizioni.

La Corte di Cassazione, preliminarmente, richiama la distinzione tra omessa o insufficiente motivazione e il vizio di contraddittoria motivazione.

Il primo caso ricorre ogni qualvolta emerga una deficienza del processo logico che ha condotto il giudice a raggiungere il proprio convincimento, mentre il vizio di contraddittoria motivazione sussiste nelle ipotesi in cui la decisione si basi su presupposti sbagliati o non rispondenti al vero o addirittura contraddittori, che spingono ad >>>



>>> allontanare il giudice dalla cosiddetta *ratio decidendi*.

Spetta al giudice, ricorda la Corte, individuare le fonti del proprio convincimento, valutare le prove, controllare l'autenticità e la concludenza (v. Cass. 29 settembre 2009, n.20.844; 6 marzo 2008 n. 6064; SU 11 giugno 1998, n. 18885).

In particolare, nella sentenza in esame, viene riconosciuta come adeguatamente motivata la prova fornita dal lavoratore riguar-

do lo svolgimento da parte sua di lavoro straordinario, consistente nelle risultanze del foglio presenze, così come confermate anche da una serie di testimoni ritenuti più attendibili di altri.

Pertanto anche un documento redatto direttamente da una parte, in questo caso il lavoratore, può essere acquisito come elemento di prova in suo favore, se adeguatamente confermato da altre fonti di prova, in questo caso, di tipo testimoniale.

## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 4 dicembre 2012, n. 21712

### “ IL LICENZIAMENTO PER SOPPRESSIONE

della posizione è illegittimo  
se la crisi aziendale non è effettiva ”

#### TESI-DECISIONE

**L**a sentenza in commento riguarda due lavoratori addetti al magazzino che adivano il Tribunale di Napoli per: (a) vedere dichiarata l'illegittimità dei licenziamenti agli stessi intimati per asserita eccedenza di personale determinata da calo di fatturato, per necessaria soppressione della posizione di "addetto al magazzino" nonché per impossibilità di ricollocazione dei dipendenti nel contesto aziendale; (b) ottenere la condanna della Società, datrice di lavoro, alla reintegra nel posto di lavoro; (c) ricevere il pagamento di tutte le spettanze, anche risarcitorie, dovute. Nel merito, il giudice di prime cure, accogliendo parzialmente il ricorso, affermava l'inefficacia dei licenziamenti e ordinava la reintegrazione nel posto di lavoro, oltre al risarcimento del danno e alla regolarizzazione contributiva. La Corte d'Appello di Napoli, adita dalla Società, confermava l'impugnata decisione. Ciò, in quanto - non essendo stata fornita prova che il calo di fatturato era effettivo e non contingente né che tale contesto

comprometteva l'attività demandata ai magazzinieri né, tantomeno, che i lavoratori non potevano essere utilmente adibiti ad altre mansioni - non ricorreva il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. La Società ha proposto ricorso per la cassazione di detta sentenza mentre i dipendenti hanno resistito con controricorso. La Suprema Corte, dichiarando inammissibili e privi di fondamento i motivi di gravame, ha rigettato il ricorso, confermando così la decisione del giudice di secondo grado. Quest'ultimo, infatti, è risultato aver legittimamente considerato non giustificati i licenziamenti in esame, avendo accertato, nei limiti del sindacato che gli è proprio, la non effettività delle ragioni addotte a motivo della dedotta soppressione del posto di lavoro (non sussistenza di calo di fatturato, non impossibilità di una diversa utilizzazione dei dipendenti nel contesto aziendale e, addirittura, ricorso al lavoro straordinario da parte della Società nel periodo in questione).



## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 6 dicembre 2012,  
n. 21938

### “ MANCATA PRESTAZIONE LAVORATIVA IN CONSEGUENZA DELLO STATO DI MALATTIA: licenziamento illegittimo ”

#### TESI-DECISIONE

**L**o svolgimento di attività fisica del dipendente durante il periodo di assenza per malattia non legittima il licenziamento intimato dal datore di lavoro se non si dimostra che l'attività svolta sia sufficiente a far presumere la fraudolenta simulazione dello stato morbosso ovvero che l'esecuzione della stessa possa realmente pregiudicare lo stato di salute ritardandone la guarigione. Tale principio emerge dalle motivazioni esposte in sede di giudizio dalla Corte di Cassazione, chiamata con sentenza n. 21938 del 6 dicembre 2012 a decidere sul ricorso presentato da un'azienda a cui era stato annullato, in sede di Appello, il licenziamento intimato ad un lavoratore che aveva svolto attività edile per il suo fondo e sul terreno circostante, durante il periodo di assenza per malattia certificata dal 24 giugno al 9 luglio 2005. In particolare l'azienda contestava al lavoratore la violazione dei doveri di correttezza e buona fede con riferimento agli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà.

La Corte di Cassazione rigetta il ricorso, chiarendo che lo svolgimento di attività fisica durante la malattia non può essere valutata aprioristicamente quale causa certa e ineludibile del peggioramento dello stato di salute o del prolungamento del periodo di guarigione, ma di volta in

volta deve essere considerata l'attinenza tra lo svolgimento dell'attività prestata e i riflessi che l'esecuzione della stessa può determinare in relazione alla natura della patologia di cui soffre il lavoratore.

Nel caso specifico non trovano fondamento le censure attraverso le quali la ricorrente tenta una inammissibile rivisitazione del merito probatorio, correttamente valutato dal giudice d'Appello, poiché, in seguito all'analisi del verbale investigativo presentato dall'azienda, alla certificazione scritta del medico ASL e al tempestivo rientro in servizio del lavoratore a conclusione del periodo di malattia, è stato escluso che l'attività svolta avesse concretamente messo in pericolo il suo equilibrio fisico e la sua capacità di adempiere alla prestazione lavorativa.

Respinta anche l'istanza con cui la ricorrente chiedeva "l'applicazione dello ius superveniens rappresentato dalla legge n. 92/2012 ed in particolare la sua disposizione modificativa della disciplina delle conseguenze dell'accertata illegittimità del licenziamento, in quanto tale norma non è applicabile "ratione temporis" alla fattispecie in esame che è stata decisa nel vigore della precedente formulazione dell'articolo 18 della legge n. 300/70".



## QUESTIONE TRATTATA

### “INSUBORDINAZIONE” DEL LAVORATORE SINDACALISTA: illegittimo il licenziamento

#### SENTENZA

Cass., 11 settembre 2012,  
n. 15165

#### TESI-DECISIONE

La vicenda riguarda il licenziamento di un lavoratore - che aveva un incarico sindacale - in quanto questi si era rifiutato di ricevere della documentazione utile a porre in essere le procedure di mobilità e inoltre aveva apostrofato l'Amministratore Unico dell'azienda - datore di lavoro - come "sbruffone". Fatti ritenuti idonei, secondo l'azienda, a ledere il rapporto di fiducia che intercorre tra lavoratore e datore di lavoro. La Cassazione, rigettando il ricorso del datore di lavoro, conferma che i fatti contestati al dipendente non integrano gli estremi di una insubordinazione, atteso che il comportamento di quest'ultimo non era colle-

gibile ai doveri della prestazione lavorativa ed era stato posto in essere, seppur in maniera aspra, nel contesto dell'esercizio di prerogative sindacali.

Inoltre, i giudici hanno ritenuto il provvedimento del licenziamento non proporzionato ai fatti che si sono verificati: l'appellativo di "sbruffone" utilizzato nei confronti del rappresentante del datore di lavoro, è stato considerato dalla Corte, un elemento non così grave - essendosi trattato di una semplice reazione emotiva scevra da intenti di minaccia - da poter giustificare un provvedimento disciplinare con effetto risolutorio, come il licenziamento.

## QUESTIONE TRATTATA

### “TRASFORMAZIONE DA TEMPO PARZIALE A TEMPO PIENO: diritto di scelta del lavoratore

#### SENTENZA

Cass., 15 novembre 2012,  
n. 20016

#### TESI-DECISIONE

Una lavoratrice ricorre avverso il licenziamento intimato a seguito del suo rifiuto alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo parziale in rapporto di lavoro a tempo pieno.

I tre gradi di giudizio si concludono tutti a favore.

La Suprema Corte, nel confermare l'accoglimento del ricorso della lavoratrice disposto sia in primo grado che in appello ribadisce come le esigenze produttive sopravvenute integranti il requisito del

giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966, se, da un lato, non richiedono per la loro legittima sussistenza la necessaria soppressione della posizione lavorativa, dall'altro, non possono tradursi in determinazioni arbitrarie e/o discrezionali del datore di lavoro dettate da ragioni di mera convenienza economica, come nel caso in esame (difficoltà di ricorrere ad un nuovo contratto a tempo parziale per sole due ore in più di lavoro).