

Giugno 2011



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 Attività della Sezione Semplificazione del Centro Studi**
- 3 Compatibilità tra malattia e lavoro**
- 3 Compatibilità tra congedo parentale e lavoro**
- 4 La giurisprudenza sulla somministrazione a termine**
- 4 Trasformazione di un rapporto a tempo pieno per fatti concludenti**
- 5 Le invenzioni del lavoratore e l'equo premio**
- 6 Azione disciplinare in pendenza di un giudizio penale**
- 7 L'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa**

IL PUNTO

Si è conclusa a Treia, splendida cittadina in provincia di Macerata, la seconda edizione del Festival del Lavoro organizzata dal Consiglio Nazionale dell'Ordine. Lavoro, Legalità e Sviluppo, il tema portante del Festival. Un programma ricco di interessanti incontri di studio e di dibattiti che ha risaltato ancor di più la figura ed il ruolo del Consulente del Lavoro. L'Ordine di Milano ha partecipato ai lavori presentando un proprio progetto "I Consistenti del Lavoro per il Sociale" per favorire il soddisfacimento dei bisogni dei lavoratori delle piccole aziende (dal welfare interaziendale alle strutture di utilità sociale). In questo progetto saranno coinvolti tutti i Consistenti del Lavoro iscritti all'Ordine e quanto prima sarà reso noto con specifica comunicazione. Milano sarà il laboratorio, coinvolgendo anche l'intera regione, nel quale si cercherà di dare concretezza all'idea di prestare attenzione ai bisogni dei lavoratori delle piccole e medie imprese e dei nostri studi professionali al fine di realizzarne il soddisfacimento.

ARGOMENTO DI ALTO INTERESSE

*Attività della Sezione Semplificazione
del Centro Studi dell'Ordine di Milano*

COMMISSIONE STUDI E RICERCHE DELL'ORDINE CONSISTENTI 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,

Stefano Guglielmi, Greta Leoni, Morena

Domenica Massani, Roberto Montelatici, Sabrina

Pagani, Silvana Pagella, Fabio Pappalardo, Lalla

Pollacchini Pagani, Pozzi Laura, 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

Sezione Scuola e Università: Gabriele Corra, Anna De Lillo, Elena Piscitello, Alessandro Proia

Sezione Formazione e aggiornamento

professionale: Alessandro Cornaggia, Isabella Di

Molfetta, Luca Paone, Roberto Piccini, Enrico Vannicola



Attività della Sezione Semplificazione del Centro Studi e Ricerche del CPO di Milano

I colleghi della SEZIONE SEMPLIFICAZIONE del Centro Studi e Ricerche hanno predisposto una prima serie di istanze e di interpellanti. Si tratta di semplificazioni a costo zero per la Pubblica Amministrazione che portano chiarezza nella quotidiana operatività di noi Consulenti del Lavoro e certezza per le imprese e i lavoratori. I lavori sono stati inviati al Consiglio Nazionale che, anche tramite la Fondazione Studi, saprà veicolarli e seguirli con cura e determinazione.

Qui di seguito l'illustrazione sintetica dei contenuti:

1) richiesta di abolizione del modello Q (contratto di soggiorno), in quanto trattasi di duplicazione di adempimento già effettuato con il modello UNILAV. La richiesta è stata predisposta sotto forma di Istanza al Ministero del Lavoro e al Ministero dell'Interno;

2) verifica del rispetto dei limiti di orario massimo previsti dall'art. 14 DPR 394/1999 nel caso di lavoratore extracomunitario in possesso del permesso di soggiorno per studio o formazione, nel caso di contratto diverso da quello per lavoro subordinato. La richiesta è stata predisposta sotto forma di Interpello al Ministero del Lavoro;

3) richiesta di eliminazione del riferimento alla sottoscrizione dei prospetti paga nel verbale di primo accesso ispettivo e, nell'ottica di una maggiore semplificazione, richiesta al Ministero del Lavoro di adoperarsi per promuovere una modifica degli artt. 3 e 5 della Legge 4/1953 al fine di eliminare il legame tra l'obbligo di consegna del prospetto paga e il momento di pagamento della retribuzione, prevedendo, al contrario, l'erogazione di una sanzione al datore di lavoro solo nel caso in cui il lavoratore richieda ufficialmente il prospetto retributivo e lo stesso

non adempia a tale richiesta. Diversamente il prospetto paga si ritiene correttamente consegnato. La richiesta è stata predisposta sotto forma di Interpello al Ministero del Lavoro;

4) richiesta di intervento di regolamentazione e indirizzo per la standardizzazione e semplificazione delle modalità di versamento e trasmissione dei dati alle forme pensionistiche complementari e ai fondi integrativi del servizio sanitario nazionale. La richiesta è stata predisposta sotto forma di Istanza al Ministero del Lavoro, al Ministero della Salute e alla COVIP;

5) richiesta di modifica da apportare al modello UNILAV. La richiesta è stata predisposta sotto forma di Istanza al Ministero del Lavoro;

6) proposta di modifica di legge per lo spostamento della scadenza del criterio di cassa allargato dal 12 gennaio al 16 gennaio per armonizzare le date al LUL. La richiesta è da inviare al Ministero dell'Economia e Finanze e in copia al Ministero del Lavoro;

7) mancato riconoscimento dell'indennità economica di malattia ad un amministratore di srl;

8) richiesta di inserimento di una casella nei modelli CUD e 730, denominata "reddito utile ai fini degli ANF", affinché il contribuente, riportando tale dato sia certo di indicare correttamente il reddito utile ai fini ANF nel Modello ANF/Dip- cod. SR16, includendo altresì i redditi assoggettati ad imposta sostitutiva IRPEF.

Chi volesse leggere le istanze e gli interpellanti, può farne richiesta alla segreteria dell'Ordine. Si informa, tuttavia, che a breve sarà attivata una specifica sezione del nostro sito internet nella quale sarà possibile prendere visione di tutti i lavori prodotti dal Centro Studi e Ricerche.



QUESTIONE TRATTATA

COMPATIBILITÀ DELLO STATO DI MALATTIA DEL LAVORATORE con contestuale svolgimento di (altre) attività

SENTENZA

Cassazione Civile Sez.Lav.
21 marzo 2011 n. 6375

TESI-DECISIONE

La vicenda processuale riguarda il licenziamento intimato ad un lavoratore, in astensione dal lavoro per infortunio (distorsione alla caviglia), a seguito di una contestazione disciplinare, per aver tenuto un comportamento incompatibile con la verosimile sussistenza dello stato patologico "ovvero pregiudizievole per un buono e rapido recupero della integrità ed efficienza fisica".

Il lavoratore, il cui stato di invalidità era stato in più occasioni e sedi accertato dalle certificazioni mediche anche provenienti dall'Inail, aveva impugnato il licenziamento, sostenendo che il comportamento di cui si era reso responsabile, che si sostanziava in uscite dalla propria abitazione per attuare mere attività della vita privata, si uniformava tra l'altro alle prescrizioni del suo medico curante. La domanda del lavoratore veniva accolta nei due gradi di merito e nel grado di legittimità e il datore di lavoro veniva condannato alla reintegra del dipendente e al risarcimento del danno.

In particolare, i giudici hanno evidenziato che la ripresa di alcune attività della vita privata (quali spostamenti a piedi per acquisti) e non lo svolgimento di altra attività lavorativa (che non era emerso tra l'altro dalle indagini investigative richieste dal datore di lavoro), non costituisce una violazione dei doveri del lavoratore il cui stato perdurante di inabilità rispetto all'attività lavorativa era certo.

Inoltre, i Giudici richiamano nella sentenza l'affermato principio per cui non è necessario per il datore di lavoro attivare controlli sul lavoratore ex art. 5 St. Lav. (visite di controllo) per dimostrare circostanze di fatto evidenzianti l'insussistenza della malattia, della incapacità lavorativa o l'adozione di comportamenti in violazione del dovere del lavoratore di astenersi dal pregiudicare/rallentare la guarigione. I Giudici ricordano altresì come spetti al lavoratore dimostrare la compatibilità della malattia con lo svolgimento di attività nelle more della stessa (accertata dal datore di lavoro).

QUESTIONE TRATTATA

LEGITTIMITÀ DELLO SVOLGIMENTO DI ATTIVITÀ LAVORATIVA durante il periodo di congedo parentale

SENTENZA

Sent. Cass. 25 marzo 2011,
n. 07021

TESI-DECISIONE

La sentenza tratta il caso di un lavoratore marittimo dipendente di Tirrenia Navigazione S.p.a. che durante il congedo parentale aveva svolto attività per conto terzi (per la durata di 4 giorni) e, scoperto dal datore di lavoro, licenziato per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali (prestazione lavorativa seppur in presenza di divieto per previsione di legge) e per lesione del vincolo fiduciario.

La Corte di Cassazione dichiara illegittimo il licenziamento, argomentando come segue.

L'inosservanza da parte del lavoratore in congedo parentale del divieto di svolgere qualsivoglia attività lavorativa non consente di ritenere di per sé illegittimo, e quindi tale da giustificare l'adozione di una sanzione espulsiva, il comportamento del dipendente. L'elemento psicologico, argomenta la Cassazione,

doveva essere attenuato durante il periodo di congedo, in quanto sono sospese le principali obbligazioni derivanti dal contratto di lavoro (prestazione lavorativa a fronte di retribuzione), anche in considerazione della necessità di percepire una retribuzione assente durante il congedo.

Per quanto riguarda la violazione dell'obbligo di fedeltà, questo ricorre -specifica la Cassazione- solo qualora l'attività svolta rientri in qualificate prestazioni connotate dall'utilizzo del bagaglio acquisito con il datore di lavoro, mentre nel caso di specie si trattò di semplici mansioni manuali, peraltro maggiormente compatibili con gli impegni di assistenza familiare per i quali venne chiesto il congedo rispetto alle mansioni svolte per la Società Tirrenia Navigazione S.p.a. di servizio a bordo con turni continuativi.

QUESTIONE TRATTATA

“ LA GIURISPRUDENZA DAL 2003 AD OGGI sulla somministrazione a tempo determinato ”

TESI-DECISIONE

SENTENZA

L. Ratti,
Somministrazione
di lavoro a tempo
determinato e requisito
della “temporaneità”
delle esigenze
dell’impresa,
ne Il Lavoro nella
Giurisprudenza, 7/2010

L'intervento si apprezza per avere ripercorso con puntiglio gli interventi giurisprudenziali emersi a seguito della disciplina introdotta dal D. Lgs 276/2003 sulla somministrazione a termine, soffermandosi in particolare sul requisito di “temporaneità” della causale giustificativa del lavoro somministrato a termine, come noto ammesso “a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all’ordinaria attività dell’utilizzatore”

La nota richiama inoltre i criteri di distinzione tra temporaneità dell’esigenza dell’impresa e straordinarietà della stessa, quest’ultima sicuramente non richiesta nella somministrazione a tempo determinato.

Sono infine analizzate le conseguenze sanzionatorie in caso di accertamento di somministrazione irregolare.

Nello specifico si annota in questa sede come l’Autore, anzitutto riassunte le caratteristiche distintive tra somministrazione a termine e a tempo indeterminato, aderisca all’orientamento giurisprudenziale (maggioritario) che in analogia a quanto previsto per il contratto a termine ritiene che la temporaneità (ancorché effettivamente non richiesta dal letterale testo normativo, ndr) sia caratteristica ontologica della somministrazione a termine - e quindi questa sia irregolare se ad esempio riferita a coperture di carattere strutturale dell’impresa - rigettando il contrario orientamento che ai fini della legittimità ritiene sufficiente la sussistenza di oggettive ragioni di carattere tecnico organizzativo produttivo sostitutivo.

Dette esigenze debbono essere oggetto sia di puntuale indicazione contrattuale che di prova specifica da parte del soggetto utilizzatore, in relazione al singolo lavoratore

in somministrazione.

Il giudice chiamato ad accertare la regolarità del contratto di somministrazione, senza entrare nel merito delle scelte imprenditoriali, dovrà pertanto verificare sia la sufficiente specificazione di tali esigenze nel contratto di (lavoro in) somministrazione, che la corrispondenza tra ragioni indicate e singola somministrazione.

Ove sia accertata l’irregolarità della somministrazione, talché ai sensi dell’art 27 D.Lgs n. 276/2003 il lavoratore con ricorso giudiziale può chiedere la costituzione del rapporto alle dipendenze dell’utilizzatore con effetto dall’inizio della somministrazione, l’avvenuta disdetta del rapporto di lavoro in somministrazione allo scadere del termine inizialmente previsto non può essere assimilata al licenziamento illegittimo (con le conseguenze previste dall’art 18 L. n. 300/70). Ciò in quanto l’atto con cui il datore di lavoro si limita a comunicare la scadenza del termine costituisce una mera informativa, finalizzata ad evitare la rinnovazione del contratto, non configurabile per difetto dei requisiti di forma e di sostanza ad un negozio giuridico di recesso.

Ne consegue che l’azione del lavoratore, diretta a far valere con la messa a disposizione della prestazione di lavoro la continuità del rapporto di lavoro, non introduce un’azione di impugnazione del licenziamento, bensì di accertamento dell’effettiva situazione derivante dalla nullità del termine. Pertanto, nel caso in cui la prestazione manchi per causa imputabile al datore di lavoro, il lavoratore può ottenere ai sensi dell’art. 1223 c.c. il risarcimento del danno per inadempimento contrattuale.

QUESTIONE TRATTATA

“ TRASFORMAZIONE DI UN RAPPORTO a tempo parziale in rapporto a tempo pieno per fatti concludenti ”

TESI-DECISIONE

SENTENZA

Cassazione Civile Sez. Lav.
13/10/2010 n. 21160

La Cassazione Civile ha dichiarato, conformandosi ad un consolidato orientamento (Cass. n. 19771/2009, n. 6226/2009 n. 25891/2008, n. 3228/2008), che nel caso di continuativa prestazione lavorativa ad orario normale o addirittura superiore al normale, il contratto di lavoro a tempo par-

ziale è trasformato in rapporto a tempo pieno

La trasformazione avviene con la semplice constatazione di fatti concludenti senza la necessità di alcun requisito formale e nonostante la difforme, iniziale, espressione di volontà delle parti.



QUESTIONE TRATTATA

“ IL RICONOSCIMENTO DI UNA RETRIBUZIONE anche in forma straordinaria (equo premio), a favore del dipendente- inventore e le modalità per conseguirlo ”

AUTORE

Sanseverino G.,
Il conseguimento del brevetto
e la disciplina delle invenzioni
dei dipendenti, MGL, 11/2010

TESI-DECISIONE

L'Autore analizza il tema delle invenzioni del lavoratore partendo da una sentenza del Tribunale di Taranto sez. lav. 4 luglio 2008 n 6908. Nel caso di specie (infrequente, così lo definisce l'Autore) si trattava di un dipendente-inventore che ricorreva contro la società datrice di lavoro per vedersi riconoscere l'equo premio, o il pagamento del prezzo, in relazione ad un brevetto (realmente conseguito ed attuato sul mercato per diversi anni) depositato - anche con riconoscimento della paternità in suo favore - non dalla società datrice di lavoro del ricorrente ma dalla società capogruppo controllante quest'ultima. L'episodio giudiziario si concludeva con la negazione dei diritti patrimoniali del lavoratore sul ritrovato in virtù del fatto che il brevetto - ancorché annotato per la paternità a suo favore - non era stato da lui conseguito personalmente.

L'analisi condotta enuclea i principi cardine della dottrina e della giurisprudenza in tema di invenzioni contenuto nel Decreto Legislativo 10 febbraio 2005 n 30 recante codice della proprietà industriale(d'ora in poi c.p.i.) all'art. 64. Asse portante della normativa è il riconoscimento al datore di lavoro di ogni conseguenza della capacità produttiva del lavoratore, attraverso i concetti di fedeltà ed esclusività della prestazione anche in tema di invenzione. Queste considerazioni si rivelano ancora più opportune se si fa riferimento al fatto che l'invenzione non è più il risultato dello sforzo di un isolato artefice, e che vi è la necessità di evitare che la concorrenza possa utilizzare il bagaglio di conoscenze tecnologiche del lavoratore a svantaggio dell'imprenditore che ha organizzato i fattori economici ed umani prodromici alla soluzione creativa. In secondo luogo l'inventore-dipendente è portatore essenzialmente dell'interesse ad un'adeguata remunerazione del suo la-

voro; suo preciso interesse è anche evitare che la propria invenzione rimanga inattuata. Infatti, una lettura attenta dell'insieme della giurisprudenza di legittimità lascia scorgere come tali decisioni spesso manifestino, esclusivamente ed apertamente, il proposito del Giudice di Cassazione a non veder spogliata la giusta retribuzione al lavoratore.

All'interno di queste esigenze contrapposte il c.p.i. ha previsto tre fattispecie. La prima (c.d. "invenzione di servizio" - art. 64, co. 1) prevede che "quando l'invenzione industriale è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o d'impiego, in cui l'attività inventiva è prevista come oggetto del contratto o del rapporto e a tale scopo retribuita, i diritti derivanti dall'invenzione stessa appartengono al datore di lavoro, salvo il diritto spettante all'inventore di esserne riconosciuto autore". La seconda (c.d. "invenzione d'azienda" - art. 64, co.2) ,invece, stabilisce che "se non è prevista e stabilita una retribuzione, in compenso dell'attività inventiva, e l'invenzione è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o di impiego, i diritti derivanti dall'invenzione appartengono al datore di lavoro, ma all'inventore, salvo sempre il diritto di essere riconosciuto autore, spetta, qualora il datore di lavoro ottenga il brevetto, un equo premio per la determinazione del quale si terrà conto dell'importanza della protezione conferita all'invenzione dal brevetto, delle mansioni svolte e della retribuzione percepita dall'inventore, nonché del contributo che questi ha ricevuto dall'organizzazione del datore di lavoro", in ultimo, quindi, il co. 3 dell'art. 64 c.p.i. regola la fattispecie della c.d. "invenzione occasionale" ovvero quella che deriva "qualora non ricorrano le condizioni previste nei co. 1 e 2 e si tratti di

invenzione industriale che rientri nel campo di attività del datore di lavoro, quest'ultimo ha il diritto di opzione per l'uso, esclusivo o non esclusivo dell'invenzione o per l'acquisto del brevetto, nonché per la facoltà di chiedere o acquistare, per la medesima invenzione, brevetti all'estero verso corresponsione del canone del prezzo, da fissarsi con deduzione di una somma corrispondente agli aiuti che l'inventore abbia comunque ricevuti dal datore di lavoro per pervenire all'invenzione. Il datore di lavoro potrà esercitare il diritto di opzione entro tre mesi dalla data di ricevimento della comunicazione dell'avvenuto deposito della domanda di brevetto".

Nella prima fattispecie, quindi, il lavoratore non avrà diritto ad alcun premio aggiuntivo per l'invenzione svolta, mentre condizione fondamentale per aver diritto ad un premio commisurato alla diretta dipendenza del monopolio economico e sostanziale ricavabile dal datore di lavoro sul mercato; nel secondo caso, è la brevettazione dell'invenzione. Nella c.d. "invenzione occasionale" il conseguimento del brevetto, sia esso avvenuto direttamente nelle mani del lavoratore-inventore piuttosto che da parte del datore di lavoro o di terzi a causa di eventuale tra-

sferimento dei diritti, non ha invece alcun rilievo. In questo caso il datore di lavoro ha solo "il diritto di opzione per l'uso esclusivo, o non esclusivo, dell'invenzione, o per l'acquisto del brevetto nonché per la facoltà di chiedere, od acquistare, per la medesima invenzione, brevetti all'estero; diritto di opzione che può essere esercitato dal datore di lavoro in ogni fase e momento (in modo esclusivo o no) a partire dall'istante in cui la creazione inventiva viene raggiunta. Quindi, ed in definitiva, il raggiungimento di un risultato inventivo in quest'ultima fattispecie vincola l'inventore a offrire in anticipo, e a preferire il datore di lavoro in base a requisiti economicamente meno vantaggiosi di quelli ricavabili dai terzi, poiché l'ultima parte della norma prevede che dal canone o prezzo dell'opzione venga detratta "una somma corrispondente agli aiuti che l'inventore abbia comunque ricevuti dal datore di lavoro per pervenire all'invenzione. Ritenerne invece, come afferma la sentenza del Tribunale di Taranto cit. che anche nella fattispecie della c.d. "invenzione occasionale", sia requisito essenziale la brevettabilità dell'invenzione conseguita personalmente da parte del lavoratore, appare in totale distonia con la dottrina e la giurisprudenza.

QUESTIONE TRATTATA

“ LICENZIAMENTO DISCIPLINARE: tempestività dell'azione disciplinare in pendenza di un giudizio penale per un medesimo fatto ”

SENTENZA

Cass. Civ. Sez. lavoro, 7 aprile 2011, n. 7951

TESI-DECISIONE

Al verificarsi di un fatto che abbia contemporaneamente rilevanza penale e rilevanza ai fini disciplinari in ambito di rapporto di lavoro, il datore di lavoro non può dare avvio al procedimento disciplinare, una volta iniziata l'azione penale, per l'effetto sospensivo ex art. 117 del D.P.R. n. 3 del 1957.

Il principio dell'immediatezza della contestazione, che presiede alla tutela del lavoratore, non si considera violato quando il lasso di tempo trascorso tra il fatto e la conclusione del procedimento penale sia particolarmente breve (nella fattispecie erano intercorsi circa due mesi). Va rilevato che la semplice denuncia presentata all'au-

torità giudiziaria non è di per sé sufficiente a determinare la pendenza del procedimento penale. L'atto che determina la sospensione dell'azione disciplinare è il decreto di citazione poiché esso conferma l'avviamento dell'azione penale.

Inoltre, va comunque considerato valida ed efficace la procedura disciplinare avviata dopo l'esito del procedimento penale anche là ove, per fatti concludenti, si evidenzia un accertamento oggettivo dei fatti tale da rendere "colpevole" il lavoratore anche per il datore di lavoro che da corso alla procedura disciplinare dopo la pronuncia della sentenza.

QUESTIONE TRATTATA

“ CONFIGURABILITÀ DELL'IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA DELLA PRESTAZIONE LAVORATIVA quale ipotesi di risoluzione automatica del contratto ex art. 1463 e ss. c.c. ovvero quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento ex art. 3 l. n. 604/1966, e definizione della disciplina applicabile al recesso ”

AUTORE

Bavasso E., Impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa tra risoluzione automatica del contratto e licenziamento per giustificato motivo oggettivo, MGL, 1-2/2011

SENTENZA

(Cassazione Civile
Sezione Lavoro
29/03/2010 n. 7531)

TESI-DECISIONE

Merita di essere ricordata in apertura la vicenda che ha dato luogo alla pronuncia della Corte di Cassazione che si intende riproporre. Il caso ha riguardato un pilota d'aereo che viene dichiarato definitivamente inidoneo al volo e licenziato per giustificato motivo oggettivo, essendo, quella del volo, l'unica mansione prevista dal proprio contratto collettivo di categoria. Di conseguenza, non sono disponibili compiti alternativi.

La Cassazione afferma, in ossequio a precedenti proprie pronunce, che la sopravvenuta inidoneità del lavoratore alle proprie mansioni deve essere considerata quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento, tale da legittimare il datore di lavoro al recesso ex art. 3 l. n. 604/1966 e nel rispetto delle regole ivi previste. Tuttavia, quando l'oggetto del contratto di lavoro sia un'unica prestazione lavorativa (per il pilota, appunto, quella del volo), la disciplina dettata dall'art. 3 l. n. 604/1966 subisce delle modifiche. Ne consegue che il datore di lavoro non può pretendere dal lavoratore lo svolgimento di mansioni diverse da quelle contrattuali, neppure durante il solo periodo del preavviso di licenziamento, e, dunque, egli rimane sottratto all'onere di *repêchage*. Non solo, ma l'inidoneità all'unica mansione dedotta in contratto determina anche una risoluzione immediata del rapporto di lavoro, non essendo possibile una sua prosecuzione neppure provvisoria, con l'esclusione, dunque, della applicabilità dell'istituto del preavviso di cui all'art. 2118 c.c.

Molteplici sono i temi affrontati dalla Corte. *In primis*, il difficile rapporto tra il diritto civile e il diritto

del lavoro. In caso di sopravvenuta impossibilità alla prestazione lavorativa la giurisprudenza si è divisa in due orientamenti che si differenziano tra loro per il riconoscimento o meno della specialità del diritto del lavoro e, quindi, la sua prevalenza sul diritto civile quale diritto comune con particolare riguardo al momento della risoluzione del contratto.

La sentenza in esame aderisce all'orientamento maggioritario in base al quale le ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per *factum principis* o per altra ragione non imputabile alle parti contrattuali, lungi dal risolvere automaticamente il rapporto di lavoro, devono essere esclusivamente fatte valere, e avranno i loro effetti sul rapporto di lavoro, attraverso la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e le sue regole (preavviso di licenziamento, obbligo di *repechage*). Ciò in particolare per tutelare quelle esigenze di certezza e stabilità dell'occupazione che caratterizzano la materia del lavoro. Tuttavia, la Cassazione afferma che le peculiarità del caso concreto, come nella situazione all'esame, possono essere tali da condizionare fortemente l'operatività degli istituti del preavviso di licenziamento e dell'onere di *repêchage*, al punto addirittura da escluderli.

Si rammenta che l'altro orientamento, minoritario, sostiene invece l'applicabilità del diritto comune (artt. 1256, 1463 e 1464 c.c.) in virtù del quale si avrebbe la risoluzione automatica del contratto senza necessità di formalità alcuna e senza preavviso. Ciò in quanto il rapporto di lavoro è caratte-

rizzato dalla sinallagmaticità della prestazione che tipicizza il rapporto di lavoro.

L'impossibilità non colpevole di rendere la prestazione lavorativa, non essendo causa imputabile al lavoratore, non può configurare giusta causa o giustificato motivo soggettivo. Ne' si può configurare il giustificato motivo oggettivo poiché l'impossibilità sopravvenuta alla prestazione è estranea a ragioni attinenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro.

Questo orientamento ritiene applicabile l'art 1463 c.c. con la conseguenza che il rapporto si risolve *ex lege* e quindi l'azienda non deve attuare il *repechage*, ne' formalizzare l'atto di recesso, ne dare il preavviso.

La seconda questione affrontata è la seguente ed è strettamente connessa all'operatività dell'onere di *repêchage*: la qualificazione della inidoneità sopravvenuta alla mansione come impossibilità parziale ovvero totale della prestazione lavorativa.

La giurisprudenza ha elaborato due diversi orientamenti rispetto alla qualificazione della sopravvenuta impossibilità alla prestazione:

Un primo orientamento la qualifica sempre come assoluta *ex art. 1463 c.c.* – quindi il datore di lavoro è sempre legittimato a risolvere il rapporto senza avere l'obbligo di *repechage*. Si ritiene che la mansione dedotta in contratto sia specifica e, come tale, non ammetta l'esistenza di un interesse del datore di lavoro a ricevere una prestazione diversa.

Un secondo e diverso orientamento la ritiene sempre parziale. Questa tesi, dominante, partendo dal concetto di *ius variandi* sancito dall'art 2103 c.c. ritiene che la mansione dedotta in contratto non sia specifica ma comprenda anche, di fatto, le mansioni equivalenti. Da qui deriverebbe l'insorgenza dell'obbligo di *repechage* salvo il residuo apprezzabile interesse del datore di lavoro a ricevere la prestazione.

Nell'ambito di questa giurisprudenza prevalente, sono poi state elaborate due correnti. La prima sostiene che l'apprezzabile interesse alla prestazione del datore di lavoro debba essere letto all'interno dell'art. 1464 c.c. (impossibilità parziale), la cui mancanza consente l'automatica risoluzione (qui si ha una valutazione soggettiva dell'interesse), mentre un diverso orientamento ritiene, partendo

dal licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3 legge n. 604/1966) che la valutazione della residua utilità datoriale all'adempimento subisca delle variazioni in base alla situazione concreta valutata attraverso un giudizio *ex ante*.

La dottrina, sempre in ambito di obbligo di *repechage*, ha elaborato altre teorie:

a) l'onere di *repechage* sussiste solo nel caso di licenziamento con motivazioni connesse all'attività dell'impresa poiché, qui ritiene la dottrina, il licenziamento sarebbe causato dagli effetti negativi che i fatti legati alla persona del lavoratore producono sul sistema impresa e non dalla soppressione di mansione. Questa parte della dottrina ritiene poi che l'obbligo di *repechage* non sia generico (e quindi esclude l'estensione analogica), ma che il nostro ordinamento lo preveda in specifici casi espressamente determinati

b) una diversa teoria dottrinale ritiene che l'obbligo non emerga in caso di motivazioni legate a fatti incolpevoli del lavoratore (esempio tipico è l'incolpevole sopravvenuta inidoneità) e ritiene che sia presente in tutti i casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Questa elaborazione prende avvio dall'analisi dell'art. 2103 c.c. ed in particolare dal diritto all'utilizzabilità aliunde del lavoratore. All'interno di questa dottrina vi sono però sostenitori di eccezioni al generale obbligo di *repechage* in particolare in quei casi che rendono impossibile pretendere la prestazione quali carcerazione, perdita di patente o altre licenze eccetera.

La sentenza qui analizzata, pur rientrando nella corrente giurisprudenziale prevalente, ha affermato che l'istituto del preavviso ha efficacia reale sul rapporto nel senso che il rapporto (e tutte le obbligazioni connesse) permane in essere fino alla sua scadenza.

Nel caso specifico oggetto del giudizio, la prestazione era unica e non estendibile a mansioni equivalenti. La sopraggiunta incolpevole inidoneità al lavoro, pur determinando un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in virtù della peculiarità della mansione dedotta in contratto che il lavoratore non può più rendere, facendo decadere il vincolo sinallagmatico, determina l'immediata risoluzione del rapporto senza preavviso.