

Sintesi

Rassegna di giurisprudenza e di dottrina

SOMMARIO

- 2 - Violazione dell'art. 2103 c.c. e natura ritorsiva del "cambio turno".**
- 2 - Rilevanza dell'orario di lavoro effettivo ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro a tempo parziale ovvero a tempo pieno.**
- 3 - Opzione tra reintegrazione e indennità sostitutiva della reintegrazione.**
- 3 - Accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro.**
- 4 - Il licenziamento della lavoratrice madre.**
- 4 - Adibizione del lavoratore disabile, a mansioni incompatibili con il suo stato: esclusione dei conseguenti periodi di malattia dal computo del periodo di computo.**
- 5 - Responsabilità del professionista in caso di errori causati da quadri normativi confusi.**

IL PUNTO

Con questo numero, Sintesi chiude il suo primo anno di attività.

Il Consiglio dell'Ordine, il Centro Studi e Ricerche e la Redazione, porgono a tutti i Colleghi i migliori auguri di Buon Natale e di uno splendido anno 2012.

Non sappiamo cosa realmente porterà l'anno nuovo; per quel che ci riguarda, sicuramente la riforma delle professioni e la riforma del nostro Ente di previdenza.

Sarà un anno difficile anche per l'economia e per la tenuta dei nostri conti pubblici. Speriamo che tengano almeno quelli privati, ma ne dubitiamo. Se aggiungiamo, per chi ci crede, che il prossimo anno è anche bisestile e secondo la profezia dei Maia dovrebbe anche essere l'ultimo della storia, c'è poco da stare allegri.

Ma noi che siamo degli inguaribili ottimisti, vediamo il futuro con occhi diversi e pensiamo che tutto può essere migliorato e può migliorare. Il nostro impegno andrà in questa direzione.

ARGOMENTO DI ALTO INTERESSE

Responsabilità del professionista in caso di errori causati da quadri normativi confusi.

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, Daniela Stochino

Sezione Scuola e Università: Gabriele Corraa,

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

Sezione Formazione e aggiornamento professionale:

Alessandro Cornaggia, Isabella Di Molfetta, Luca Paone,

Roberto Piceci, Enrico Vannicola



QUESTIONE TRATTATA

“VIOLAZIONE DELL’ART. 2103 C.C. e natura ritorsiva del “cambio turno”.

SENTENZA

Cass., 3 Ottobre 2011
n. 20196.

TESI-DECISIONE

Un operaio, dipendente di un’azienda del settore tessile, ricorreva al Giudice del Lavoro avverso il provvedimento di cambio turno adottato dal datore di lavoro, affinché, accertata l’invalidità del citato provvedimento, venisse nuovamente assegnato nel reparto tessitura al turno notturno.

In particolare, il lavoratore lamentava che:

- il cambio del turno, disposto dal datore di lavoro, avesse natura disciplinare e ritorsiva, non essendo giustificato da ragioni tecnico-organizzative,
- a causa di tale provvedimento, avesse contratto una patologia clinica da ansia, e subito un danno patrimoniale da riduzione salariale di circa trecento euro mensili, conseguente alla perdita della maggiorazione per il turno notturno.

In appello, la sentenza del giudice di 1° grado, che rigettava il ricorso del lavoratore, veniva riformata sul presupposto che:

- il cambio di turno fosse avvenuto in violazione dell’art. 2103 c.c.
- in violazione alla prassi consolidata, non fosse stato raggiunto con il delegato sindacale uno specifico accordo sindacale sulla possibilità di assegnare al dipendente un numero maggiore di telai, in caso di assenza per malattia o per ferie di altri lavoratori
- all’appellante, che controllava già undici telai, fosse stato richiesto di seguire, contemporaneamente e nella mezz’ora di pausa, ulteriori 5 telai.

Consequentemente il provvedimento di cambio turno veniva dichiarato illegittimo e il dipendente assegnato nuovamente al turno notturno. Con la sentenza in esame, la Cassazione rigetta il ricorso avverso la sentenza del Giudice di Appello, nel quale la Società ricorrente

deduceva che:

- il cambiamento di turno non rientrasse nell’ambito applicativo dell’art. 2103 c.c.
- l’art. 41 del CCNL Tessili all’epoca vigente non prevedesse il raggiungimento di un accordo con le OO.SS..

In particolare la Suprema Corte rileva che l’illegittimità dell’impugnato provvedimento datoriale di cambio turno avesse trovato il proprio fondamento in due distinte ragioni, ciascuna delle quali di per sé idonea a sostenere la decisione, costituita:

- la prima, dalla ritenuta insussistenza dei presupposti di cui all’art. 2103 c.c.,
- la seconda, dalla natura ritorsiva ed ontologicamente disciplinare del provvedimento aziendale.

In particolare, la Cassazione sostiene che la Corte d’Appello - basandosi su un “*complesso di considerazioni, nell’ambito delle quali il rapporto cronologico tra il rifiuto da parte del lavoratore della richiesta datoriale di aumento dell’assegnazione dei telai e il provvedimento impugnato veniva indicato come “fortemente indiziante”*” - avesse correttamente riconosciuto la natura ritorsiva e di sanzione disciplinare “atipica” del provvedimento di cambio turno. Infine, per quanto concerne l’obbligo imposto dal datore di lavoro di controllare un numero maggiore di telai, obbligando il lavoratore a rinunciare alla pausa, la Suprema Corte osserva che la sentenza di Appello avesse correttamente fondato l’illegittimità della richiesta sulla riscontrata esistenza di una prassi aziendale per la quale, prima di aumentare l’assegnazione del numero dei telai, doveva essere concluso con il delegato sindacale un apposito accordo.

QUESTIONE TRATTATA

“RILEVANZA DELL’ORARIO DI LAVORO effettivo ai fini della qualificazione del rapporto di lavoro a tempo parziale ovvero a tempo pieno.

SENTENZA

Cass., 19
luglio 2011,
n. 15774

TESI-DECISIONE

La Suprema Corte ha confermato che la richiesta di lavoro supplementare può configurare un’ipotesi di novazione oggettiva del rapporto. Per arrivare a tale conclusione è necessario valutare la concreta esecuzione del contratto di lavoro e non solo il negozio costitutivo del rapporto. Confermando l’orientamento precedente la Corte ha ritenuto che in un rapporto di lavoro nato a tempo parziale lo svolgimento di una prestazione di lavoro con orario pari a quello previsto per il lavoro a tempo pieno può comportare la trasformazione del rapporto di

lavoro a tempo parziale in un rapporto di lavoro a tempo pieno, nonostante la difforme, iniziale, manifestazione di volontà delle parti (ex plurimus. Cass. n. 5520/2004, Cass. n. 3228/2008, parzialmente difforme Cass. n. 6226/2009). Non è richiesta una volontà novativa della parti, ma è necessario dimostrare la costante effettuazione di un orario di lavoro prossimo a quello stabilito per il lavoro a tempo pieno, non potendosi richiamare la disciplina codicistica in tema di conversione del contratto nullo (Cass. n. 25891/2008).



QUESTIONE TRATTATA

OPZIONE TRA REINTEGRAZIONE E INDENNITA' sostitutiva della reintegrazione.

SENTENZA

Cass., 17 ottobre
2011, n. 21421

TESI-DECISIONE

La L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 5 stabilisce che, fermo restando il diritto al risarcimento del danno, al prestatore di lavoro illegittimamente licenziato e' data la facolta' di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennita' pari a quindici mensilita' della retribuzione globale di fatto (si versa nell'ambito della cd. tutela reale).

La giurisprudenza della Corte di Cassazione e' costante nell'affermare che, nel caso di scelta, da parte del lavoratore illegittimamente licenziato, dell'indennita' sostitutiva della reintegrazione, fino all'effettivo pagamento dell'indennita' il datore e' obbligato a pagare le retribuzioni globali di fatto (Cass. 6 marzo 2003 n. 3380, 28 luglio 2003 n. 11609, 16 marzo 2009 n. 6342).

Il sistema dell'art. 18 cit. (v. Cass. 16 novembre 2009 n. 24199)- si fonda sul principio di effettiva realizzazione dell'interesse del lavoratore a non subire, o a subire al minimo, i pregiudizi conseguenti al licenziamento illegittimo; principio che Cass. n. 6342 del 2009 chiama "di effettivita' dei rimedi". In applicazione di tale principio si impedisce al datore di lavoro di tardare nel pagamento dell'indennita' in questione assoggettandosi al solo pagamento di rivalutazione e interessi ex art. 429 c.p.c.. Il principio di effettivita' dei rimedi giurisdizionali, espressione dell'art. 24 Cost., significa che il rimedio risarcitorio, ossia del risarcimento del danno sopportato dal lavoratore per ritardato percepimento dell'indennita' sostitutiva ex art. 18 cit., deve ridurre il piú possibile il

pregiudizio subito dal lavoratore e, in corrispondenza, distogliere il datore di lavoro dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempiere l'obbligo indennitario. Cio' posto, va precisato che non v'è dubbio che la scelta dell'indennita' sostitutiva da parte del lavoratore sia irrevocabile e che il rapporto di lavoro non possa percio' essere ricostituito. Tuttavia l'ammontare del risarcimento del danno da ritardo dev'essere pari alle retribuzioni perdute, fino a che il lavoratore non venga effettivamente soddisfatto.

Nel caso di specie si trattava di lavoratori che avendo optato per l'indennita' sostitutiva di reintegra, e nulla ricevuto a tale titolo dalla societá (ex) datrice di lavoro, chiedevano il pagamento di tutte le competenze maturate dalla data del licenziamento e fino a quella di pagamento dell'indennita' sostitutiva della reintegra.

Le difese del datore di lavoro, nei vari gradi di giudizio, avevano sostenuto che con l'opzione dell'indennita' sostitutiva della reintegra, cessando l'obbligo della reintegra viene meno anche il conseguente obbligo risarcitorio. Contestava, in primis, la natura della fattispecie di obbligazione con facolta' alternativa dal lato creditore e secondariamente che sarebbe stato onere dei lavoratori offrire la propria prestazione (che, capziosamente, l'azienda non avrebbe potuto accettare poiché asserente che il rapporto era cessato con l'esercizio dell'opzione).

La Corte di Cassazione, sulla base dei principi esposti, rigetta pertanto il ricorso del datore di lavoro.

QUESTIONE TRATTATA

ACCERTAMENTO DELLA NATURA SUBORDINATA DEL RAPPORTO DI LAVORO.

SENTENZA

Cass., 26 luglio 2011,
n. 16254

TESI-DECISIONE

Ancora una volta si sottoponeva all'attenzione della Suprema Corte la richiesta di riesaminare il provvedimento di una corte territoriale avente ad oggetto il mancato riconoscimento della subordinazione in un rapporto di lavoro. Nel caso di specie la lavoratrice - ricorrente- sosteneva che data la natura della prestazione di lavoro, essenzialmente consistente in attività di "segreteria", la natura subordinata dovesse essere implicita data la "routinarietà" della stessa, anche in assenza di ordini e direttive specifiche del datore di lavoro, essendo sufficiente l'inserimento nella compa-

gine aziendale senza alcun rischio imprenditoriale.

La Corte disattende la tesi della ricorrente, e richiamando il proprio consolidato orientamento, ha confermato che la verifica della natura del rapporto di lavoro deve riferirsi a elementi fattuali; e che criterio qualificante il lavoro subordinato è l'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro mentre gli altri elementi (quali, ad esempio, l'assenza di rischio, l'osservanza di un orario, la forma della retribuzione) assumono valore meramente sussidiario (ex plurimis Cass. N. 12964 del 1998).



QUESTIONE TRATTATA

“ IL LICENZIAMENTO DELLA LAVORATRICE MADRE. ”

SENTENZA

Cass. 29 settembre 2011, n. 19912

TESI-DECISIONE

Lil licenziamento della lavoratrice madre deve essere determinato da colpa grave: questo è quanto emerge anche dalla sentenza n. 19912 del 2011 laddove la Corte di Cassazione rigetta il ricorso presentato dal datore di lavoro avverso la decisione della Corte di Appello che lo condannava al ripristino del rapporto di lavoro e al pagamento delle retribuzione alla lavoratrice madre licenziata prima del compimento dell'anno del bambino. In particolare veniva contestato dal ricorrente la violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 151/2001, art. 54, comma 3, Lett. a) con riferimento alla "colpa grave" della lavoratrice in ragione dell'assenza ingiustificata della stessa dal lavoro quale giusta causa di licenziamento. La Corte chiarisce che per il licenziamento della lavoratrice madre non è sufficiente la giusta causa, occorre che la colpa che motiva

il licenziamento sia qualificata come "grave". Nella fattispecie il ritardo di qualche giorno nella ripresa del lavoro non è stato considerato un elemento di gravità tale da giustificare il licenziamento in deroga al divieto stabilito dal T.U. del 2011.

In particolare, secondo un consolidato orientamento della Corte il concetto di "colpa grave" non può essere integrato nella giusta causa o nel giustificato motivo ma deve essere verificato di volta in volta dal Giudice di merito che ha il compito di accertare la sussistenza del requisito della gravità.

Per questo motivo la Corte puntualizza che il licenziamento intimato alla lavoratrice durante il periodo di divieto è nullo come previsto al comma 5 dell'art. 54, e ne consegue la prosecuzione del rapporto di lavoro e il diritto della lavoratrice alla retribuzione.

QUESTIONE TRATTATA

“ ADIBIZIONE DEL LAVORATORE DISABILE a mansioni incompatibili con il suo stato: esclusione dei conseguenti periodi di malattia dal computo del periodo di comporta. ”

SENTENZA

Cass, 29 agosto 2011, n. 17720

TESI-DECISIONE

La vicenda approdata in Corte di Cassazione riguarda un rapporto di lavoro iniziato il 19 gennaio 1998, con l'assunzione obbligatoria (ai sensi della allora vigente L. n. 482 del 1968) di una lavoratrice riconosciuta invalida civile nel 1993, con riduzione della capacità lavorativa dell'80% e conclusasi con la lettera del 31 maggio 2001, con la quale la società ha intimato alla lavoratrice il licenziamento per superamento del periodo di comporta per malattia.

Avverso il licenziamento la lavoratrice ha proposto ricorso al Tribunale, per sentirne dichiarare l'inefficacia o l'illegittimità, con le conseguenze di cui alla *L. n. 300 del 1970, art. 18* per errato conteggio delle assenze dovuto alla mancata considerazione: a) della incompatibilità delle mansioni affidatele rispetto alle proprie condizioni di salute; b) del conseguente collegamento delle patologie che avevano determinato le assenze dal lavoro

con le mansioni svolte.

Il caso, approdato in Cassazione, si risolve positivamente a favore della lavoratrice (a contrario di quanto accaduto nei due precedenti gradi di giudizio) e gli Ermellini confermano che non rientrano nel periodo di comporta i periodi di malattia collegati alla disabilità dell'invalido assunto ai sensi del collocamento obbligatorio se lo stesso viene adibito a mansioni incompatibili con la sua condizione. In un simile caso l'impossibilità della prestazione lavorativa deriva dalla violazione dell'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica del dipendente (art. 2087 c.c.). Grava sul lavoratore l'onere di provare gli elementi oggettivi della fattispecie - su cui si fonda la responsabilità contrattuale del datore di lavoro - dimostrando l'inadempimento datoriale, il nesso di causalità tra l'inadempimento stesso, il danno alla salute subito e le assenze dal lavoro, che ne conseguono.



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 20 ottobre 2011,
n. 7046

“RESPONSABILITÀ DEL PROFESSIONISTA in caso di errori causati da quadri normativi confusi.”

TESI-DECISIONE

La Cassazione si esprime circa la responsabilità di un Consulente del Lavoro che aveva fatto versare ad un Notaio, titolare di uno Studio professionale, contributi previdenziali relativi ad alcuni giovani assunti con Contratti di Formazione e Lavoro (di seguito CFL), in misura fissa, analogamente a quanto previsto per gli apprendisti.

Tuttavia, l'Inps richiede il versamento dei contributi parzialmente omessi maggiorati di sanzioni e interessi, in quanto la L. 29 dicembre 1990, n. 407, art. co. 2, riservava tale possibilità alle "imprese" con determinati requisiti, e, a parere dell'Istituto, lo "Studio professionale non poteva essere considerato "impresa".

Il Notaio chiede, ricorrendo al Tribunale di Roma, che gli importi rivendicati dall'Istituto previdenziale, oltre al risarcimento dei danni, venissero pagati dal Consulente del Lavoro per errata consulenza.

Il Tribunale condanna così il Consulente il quale ricorre in Appello. La Corte d'Appello rigetta la domanda di risarcimento e condanna il Notaio a pagare il saldo dei compensi al Consulente. Il Notaio ricorre in Cassazione. In tale sede i Giudici specificano che la responsabilità professionale del professionista va limitata ai soli casi di dolo e colpa grave a norma dell'art. 2236 c.c, il quale prevede che *"Se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni se non in caso di dolo o colpa grave"*.

L'accertamento se la prestazione professio-

nale in concreto eseguita implichi o meno la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà -specifica la Cassazione- è rimesso al giudice di merito ed il relativo giudizio è incensurabile in sede di legittimità, sempre che sia sorretto da motivazione congrua ed esente da vizi logici o da errori di diritto.

Con motivazione logica, che sfugge a tutte le censure di vizi motivazionali, la Corte territoriale ha preso in esame la particolare situazione posta a base delle richieste di risarcimento avanzate dal Notaio e ha concluso che la scelta di sottoporre le retribuzioni corrisposte ai giovani assunti con contratti di formazione e lavoro alla contribuzione ridotta, in misura fissa, così come previsto per i giovani assunti con contratto di apprendistato non era affatto azzardata ed era anzi in linea con la nozione di "impresa" assunta nel diritto comunitario che ricomprende in essa anche l'attività svolta dagli esercenti le professioni intellettuali.

La scelta operata dal Consulente dal Lavoro non poteva, dunque, dirsi abnorme, in quanto frutto di una interpretazione del tutto legittima del confuso quadro normativo.

Per questo motivo, conclude la Cassazione, è esclusa la colpa grave del professionista, ossia l'errore inescusabile in ragione della sua grossolanità, o l'ignoranza incompatibile con la preparazione media esigibile dal professionista o l'imprudenza, sintomatica di superficialità e disinteresse per i beni primari che il cliente ha affidato alla cura del professionista.