

Febbraio 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 - **Patto di non concorrenza: illegittima la possibilità per il datore di lavoro di liberarsi dal vincolo**
- 3 - **L'utilizzo di documentazione riservata da parte del dipendente per fare valere propri diritti non ne giustifica il licenziamento**
- 4 - **Licenziamento per mancata comunicazione del godimento dell'astensione facoltativa: legittimo**
- 5 - **Lavoro in somministrazione: profili applicativi dell'art. 32 del Collegato Lavoro 2010**
- 7 - **La detenzione di stupefacenti: non legittima il licenziamento**
- 8 - **Il licenziamento del dirigente è legittimo se sussistono mere ragioni oggettive concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale**
- 9 - **Prestazioni discontinue o di semplice attesa: fissazione del limite massimo della prestazione**
- 10 - **Licenziamento di dipendente pubblico operante nel settore sanità per inidoneità alla mansione**

## IL PUNTO

Oltre 100 sedi collegate da tutta Italia, centinaia di migliaia di professionisti a confronto con il mondo della politica e delle istituzioni. Si è svolto a Roma il 19 febbraio 2013, all'Auditorium della Conciliazione, la seconda edizione del 'Professional Day', organizzato da Cup, Adepp e Pat. I professionisti di Milano hanno partecipato in collegamento dal Cinema Odeon.

"Le professioni – dice **Marina Calderone, presidente del Cup e del nostro Consiglio nazionale** - altro non sono che un attore sociale importantissimo che mette a disposizione 2 milioni e 300mila professionisti, con 4 milioni di persone dell'indotto". Con l'iniziativa di oggi, i professionisti puntano a "farsi portavoce delle istanze di chi non ha voce" conclude Calderone, e indurre la politica a fare delle riflessioni di sistema e di lungo periodo, perché certamente l'Italia non ha bisogno di facili promesse, ma invece dell'impegno di tutti gli attori sociali".

"Dal 'Professional day' un impegno della politica a sal->>>

## ARGOMENTO DI ALTO INTERESSE

*Patto di non concorrenza: illegittima la possibilità per il datore di lavoro di liberarsi dal vincolo*

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 Asnagli, 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 Asnagli, 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

>>> vaguardare il sistema ordinistico, incrementando le attività sussidiarie svolte dai professionisti ordinistici in favore dei cittadini. I lavori, ai quali hanno partecipato rappresentanti di tutti i partiti, sono stati caratterizzati da una serie di proposte formulate dai vari ordini, mirati alla risoluzione dei gravi problemi che affliggono il Paese". E' quanto si legge in una nota del Cup.

Sono state formulate e discusse una serie di proposte delle categorie professionali intellettuali: dalla necessità di ridurre il costo del lavoro per il rilancio immediato dell'economia

fino ad arrivare al problema del sovraffollamento delle carceri. Ma anche lo snellimento dell'attività nel settore delle autorizzazioni attraverso l'assunzione di responsabilità dei professionisti che si sostituirebbero al rilascio dei pareri, o il contributo nella telematizzazione delle procedure di Giustizia.

"Sono emerse", ha dichiarato Marina Calderone, "idee interessanti e tutti gli intervenuti si sono dimostrati disponibili nell'affrontare un nuovo percorso nel rapporto politica-professioni."

Vedremo se le promesse pre-elettorali avranno seguito.

## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 8 gennaio 2013, n. 212

### “ PATTO DI NON CONCORRENZA: illegittima la possibilità per il datore di lavoro di liberarsi dal vincolo ”

#### TESI-DECISIONE

I fatti narrano di un datore di lavoro che alla cessazione del rapporto comunica al lavoratore di non volersi avvalere della clausola di non concorrenza e di non voler pertanto corrispondere la relativa indennità.

La vertenza promossa dal lavoratore passa per i vari gradi di giudizio per arrivare in Cassazione con esito favorevole all'ex dipendente e rinvio alla Corte d'Appello di Roma in diversa composizione per l'applicazione dei principi di diritto enunciati.

In particolare, la Suprema Corte, conformemente all'orientamento prevalente, ritiene che la risoluzione del patto di non concorrenza rimessa all'arbitrio del datore di lavoro realizzi una clausola nulla per contrasto con norme imperative (cfr, Cass., nn. 9491/2003; e 15952/2004), con ciò superando un precedente e contrario orientamento (cfr, Cass., nn. 1686/1978; 1968/1980, e Cass., n. 3625/1983).

L'obbligo di non concorrenza, per quanto sia operante per il periodo successivo alla fine del rapporto, si perfeziona con la predisposizione del patto di non concorrenza, con la conseguenza che il lavoratore è notevolmente limi-

tato nel progettare il proprio futuro lavorativo. Non è ammissibile, pertanto, che sia attribuito al datore di lavoro il potere di incidere unilateralmente sulla durata temporale del vincolo e sulla relativa attribuzione del compenso, addirittura potendolo far venire meno completamente. La limitazione alla propria libertà di impiego risulta compatibile soltanto con un vincolo stabile, che si presume accettato dal lavoratore all'esito di una valutazione della sua convenienza, sulla quale fonda determinate programmazioni della sua attività dopo la cessazione del rapporto.

Nel caso di specie l'obbligo di non concorrenza, ancorchè operante per il periodo successivo alla fine del rapporto, si era già perfezionato con la relativa pattuizione, il che impediva al lavoratore di progettare per questa parte il proprio futuro lavorativo e comprimeva la sua libertà; ma detta compressione, appunto ai sensi dell'art. 2125 c.c., non poteva avvenire senza l'obbligo di un corrispettivo da parte del datore, corrispettivo che nella specie finirebbe con l'essere escluso ove al datore stesso venisse concesso di liberarsi ex post dal vincolo.

QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

16 novembre 2012,  
n. 20163

## “ L'UTILIZZO DI DOCUMENTAZIONE RISERVATA DA PARTE DEL DIPENDENTE per fare valere propri diritti non ne giustifica il licenziamento ”

TESI-DECISIONE

**L**a Suprema Corte affronta nuovamente il tema della legittimità del licenziamento di un dipendente, impegnato sindacalmente, motivata dall'abusivo impossessamento di copia di corrispondenza riservata, intercorsa fra alcuni responsabili della Banca datrice di lavoro, nonché di documentazione bancaria riservata, e dal successivo utilizzo di tale documentazione per una denuncia penale presentata contro tali suoi colleghi in giudizi intrapresi dal lavoratore. Giudizi che, per altro, si erano conclusi con l'assoluzione degli imputati ma dai quali era emerso che fossero responsabili di specifici comportamenti emulativi quali addebiti inesistenti e formulazioni di ingiuste valutazioni professionali negative, poi annullate in sede giudiziale.

Entrambi i gradi di merito vedevano la Società soccombente e condannata alla reintegra del lavoratore.

Parte datoriale propone ricorso per Cassazione, ma i Supremi giudici rigettano tale richiesta alla luce delle seguenti considerazioni.

Preliminarmente, sottolineano, il datore di lavoro aveva rinunciato a contestare l'abusivo impossessamento della documentazione, posto che in sede di comunicazione delle ragioni del licenziamento non erano state riportate le originarie contestazioni di abusivo impossessamento. Vieppiù l'azienda non aveva dimostrato il carattere illecito

della detenzione dei documenti.

Il lavoratore, inoltre, aveva posto tale documentazione a fondamento di una denuncia proposta al fine di far valere i propri diritti, nonché a far emergere, anche per il suo ruolo di sindacalista attivo all'interno dell'azienda, condotte inadempienti e antisindacali da parte della Società datrice di lavoro. Valutazione, questa, che conduce a conclusioni del tutto conformi ai più recenti e consolidati orientamenti della giurisprudenza, secondo cui non integra violazione dell'obbligo di fedeltà l'utilizzazione di documenti aziendali finalizzata all'esercizio di diritti (Cass. n. 3038 del 2011; n. 12528 del 2004; n. 22923 del 2004).

La società contestava, inoltre, che le Corti di merito avessero posto a fondamento della propria decisione risultanze emerse nel giudizio penale, non allegare col ricorso introduttivo, senza però ammettere la Società ad alcuna controprova e senza sottoporre le risultanze ad alcun vaglio critico e di compatibilità con i criteri civilistici in materia di prova. Sul punto la Suprema Corte ribadiva che il giudice civile, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, può accertare autonomamente, con pienezza di cognizione, i fatti dedotti in giudizio e pervenire a soluzioni e qualificazioni non vincolate all'esito del processo penale. Non vi è alcuna >>>

>>> preclusione nella possibilità di utilizzare come fonte del proprio convincimento le prove raccolte in un giudizio penale già definito con sentenza e di fondare il proprio giudizio su elementi e circostanze già acquisiti con le garanzie di legge in quella sede, procedendo a tal fine a diretto esame del contenuto del materiale proba-

torio ovvero ricavandoli dalla sentenza penale o, se necessario, dagli atti del relativo processo, in modo da individuare esattamente i fatti materiali accertati per poi sottoporli al proprio vaglio critico svincolato dalla interpretazione e dalla valutazione che ne abbia dato il giudice penale (Cass. n. 11483 del 2004).

## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 2 ottobre 2012,  
n. 16746

### “ LICENZIAMENTO PER MANCATA COMUNICAZIONE DEL GODIMENTO DELL'ASTENSIONE FACOLTATIVA: legittimo ”

#### TESI-DECISIONE

**L**a lavoratrice ha proposto ricorso in Cassazione riguardo una sentenza della Corte di Appello che aveva riformato la sentenza di primo grado del Tribunale.

In primo grado il Tribunale aveva considerato illegittimo il licenziamento della lavoratrice disposto dal datore di lavoro che, decorso il periodo di astensione obbligatoria della lavoratrice, non aveva ricevuto alcuna richiesta di astensione facoltativa, pur non presentandosi la lavoratrice sul posto di lavoro.

La sentenza della Suprema Corte ha confermato la decisione della Corte di Appello, che ha considerato legittimo il licenziamento della lavoratrice madre.

In primo luogo, è opportuno fare riferimento al testo normativo del D.Lvo n. 151/2001, art. 32 (nella formulazione al tempo vigente): " .... il genitore è tenuto, salvo casi di oggettiva impossibilità, a preavvisare il datore secondo le modalità e i criteri definiti dai contratti collettivi, e comunque con un periodo di preavviso non inferiore a quindici giorni".

Il tenore letterale del precetto appena richiamato, evidenzia quindi in capo alla lavoratrice madre, *rectius* ai genitori, un obbligo

di informare il proprio datore di lavoro della facoltà di usufruire il periodo di congedo parentale ulteriore rispetto al periodo di astensione obbligatoria per maternità.

La sentenza ha ritenuto che la condotta della ricorrente lavoratrice madre abbia configurato una fattispecie di colpa grave e che abbia leso gravemente il rapporto fiduciario. A riguardo la Suprema Corte ha evidenziato che la colpa grave deve essere considerata nel caso specifico. Nel caso in esame, l'analisi del comportamento complessivo della ricorrente ha evidenziato "l'inaffidabilità" della stessa in relazione all'omissione "di un adempimento finalizzato anche a consentire al datore di lavoro di organizzarsi per sostituire la lavoratrice". La ricorrente con la sua condotta, valutata dagli atti processuali, ha mostrato "indifferenza per il diritto di controparte". La Suprema Corte ha confermato l'interpretazione di tale condotta nello stesso modo della Corte d'appello, ossia deducendone l'esistenza di "elementi che valgono sicuramente a troncamento del rapporto di fiducia tra datore e prestatore di lavoro".



## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 17 gennaio 2013,  
n. 1148

### “LAVORO IN SOMMINISTRAZIONE: profili applicativi dell'art. 32 del Collegato Lavoro 2010”

#### TESI-DECISIONE

**S**i premette che la sentenza in esame si riferisce alla precedente ed ora abrogata disciplina in tema di lavoro interinale di cui al D.lgs. n. 196/97, ma si ritiene che presenti profili di rilievo anche oggi in vigore del d.lgs. n. 276 del 2003 che regola la somministrazione di lavoro, ispiratasi alla medesima *ratio*.

Poste italiane SpA chiede l'annullamento della sentenza della Corte d'appello di Milano, pubblicata il 17 dicembre 2009, che ha confermato la decisione di primo grado, con la quale il Tribunale di Milano aveva accolto il ricorso del lavoratore C.F.. Poste italiane spa stipulò con la Ali spa un contratto di fornitura di lavoro temporaneo, ai sensi della L. n. 196 del 1997. La società fornitrice, in base a tale contratto, avviò al lavoro presso Poste italiane SpA il lavoratore per il periodo dal 4 gennaio al 30 aprile 2003; il rapporto fu prorogato due volte sino al termine finale del 14 gennaio 2004.

Il C.F. - lavoratore in somministrazione - agì in giudizio sostenendo l'illegittimità del contratto per genericità della causale. Il Tribunale di Milano accolse il ricorso: dichiarò la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato direttamente tra il C.F. e Poste italiane spa, condannò la società al ripristino del rapporto e, per il passato, al pagamento delle retribuzio-

ni maturate dalla messa in mora, detratto quanto percepito dal lavoratore presso altri datori di lavoro.

La Corte d'appello ha confermato il giudizio del Tribunale sulla genericità della causale, così indicata nel contratto di fornitura, e Poste Italiane decide per il ricorso in Cassazione.

Gli Ermellini così argomentano:

- a.**La genericità della causale indicata nel contratto rende il contratto illegittimo per violazione dell'art. 1 c. 1 e 2 della Legge 196/1997 (tale, infatti, e' la norma di riferimento), non potendosi riprodurre il mero contenuto della previsione normativa.
- b.**L'illegittimità del contratto di fornitura comporta le conseguenze previste dalla legge sul divieto di intermediazione e interposizione nelle prestazioni di lavoro e quindi l'instaurazione del rapporto di lavoro con il fruitore della prestazione, il datore di lavoro effettivo.
- c.**Alla conversione soggettiva del rapporto, si aggiunge la conversione dello stesso da lavoro a tempo determinato in lavoro a tempo indeterminato, per intrinseca carenza dei requisiti richiesti dal decreto legislativo 368 del 2001 ai fini della legittimità del lavoro a tempo determinato tra l'utilizzatore ed il lavoratore. >>>



>>> **d.**L'effetto finale è la conversione del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo in un ordinario contratto di lavoro a tempo indeterminato tra l'utilizzatore della prestazione, datore di lavoro effettivo, e il lavoratore.

Pertanto, la conclusione cui sono giunti il Tribunale e la Corte d'appello di Milano è pienamente conforme alla legge.

In ordine alla questione del risarcimento del danno relativo al periodo precedente la sentenza che ha disposto la conversione del rapporto, i Giudici richiamano l'art. 32 comma 5 della Legge 183/2010, ove si prevede che nei casi di conversione di contratto a tempo determinato il giudice condanni il datore di lavoro al risarcimento del lavoratore con una indennità omnicomprensiva da 2,5 a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il problema interpretativo che si è posto è quello di stabilire se la formula "casi di conversione del contratto a tempo determinato", riguardi esclusivamente i contratti a termine o anche i contratti di lavoro temporaneo.

Al problema la giurisprudenza di merito ha dato soluzioni diverse, nessuna delle quali può dirsi prevalente. Anche la Corte costituzionale ha dato un'indicazione, ma non vincolante e limitata ad un inciso, peraltro riguardante il contratto di somministrazione, in una sentenza focalizzata su altro problema.

In sede nomofilattica deve ritenersi che il comma 5, dell'art. 32 cit. riguardi anche il contratto per prestazioni di lavoro temporaneo previsto dalla L. 24 giugno 1997, n. 196, art. 3, comma 1, lett. a).

Si evidenzia, tuttavia, che la legge prevede due categorie di contratti per prestazioni

di lavoro temporaneo: a tempo determinato e a tempo indeterminato. Il contratto di lavoro temporaneo della prima categoria è espressamente qualificato dal legislatore come una forma di contratto di lavoro a tempo determinato. Il contratto oggetto della presente controversia è di quel tipo. Il problema diviene allora quello di stabilire se, quando il contratto in esame rientri nella lett. a) (sia stato stipulato a tempo determinato) e ricorrano le ipotesi di illegittimità previste dall'art. 10, i meccanismi sanzionatori previsti dalla legge integrino o meno un fenomeno qualificabile come "conversione".

L'ampiezza della formula utilizzata dalla norma e la mancanza di ulteriori precisazioni da parte del Legislatore rendono irrilevante che in alcuni di questi casi, la conversione del contratto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato sia preceduta da una conversione soggettiva del rapporto. La norma richiede solo che si sia in presenza di uno dei "casi di conversione del contratto a tempo determinato".

Nè rileva che il vizio che determina il meccanismo sanzionatorio possa riguardare anche il contratto di fornitura, cioè il contratto commerciale che sta a monte del contratto per prestazione di lavoro temporaneo. Anche questo elemento, come si è visto, non esclude che l'esito sia la conversione del rapporto a tempo determinato in contratto a tempo indeterminato.

L'espressione "casi di conversione del contratto di lavoro a tempo determinato", senza ulteriori precisazioni, non esclude, in conclusione, che il fenomeno di conversione possa avvenire nei confronti dell'utilizzatore effettivo della prestazione, nè che possa essere l'effetto sanzionatorio >>>

>>> di un vizio concernente il contratto di fornitura.

Così argomentando, la Suprema Corte condanna il datore di lavoro al pagamento al lavoratore dell'indennità di cui all'art. 32 comma 5 Legge 183/2010, che ristora per intero il pregiudizio subito dal lavoratore, comprese le conseguenze retributive e contributive relative al periodo compreso tra la scadenza del termine e la pronuncia del provvedimento con il quale il giudice abbia ordinato la ricostituzione del rapporto di lavoro.

Così facendo la Corte fissa un limite al risarcimento (forfettario) dovuto.

Aggiungono, tuttavia, gli Ermellini che l'indennità in oggetto non è compatibile con la detrazione delle somme percepite a titolo di "aliunde perceptum" dal lavoratore disposta dai giudici di merito (cfr. sul punto, in particolare, Cass. 7 settembre 2012 n. 14996).

Nel condannare la società al pagamento della indennità, il giudice di rinvio non dovrà pertanto disporre la sottrazione di tali somme.

## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 6 dicembre 2012, n. 21940

## “ LA DETENZIONE DI STUPEFACENTI: NON LEGITTIMA IL LICENZIAMENTO ”

### TESI-DECISIONE

**I**l datore di lavoro – Poste Italiane – ha provveduto a licenziare un proprio dipendente, che era stato arrestato nel gennaio del 2003 per detenzione e spaccio di sostanze stupefacenti, al termine del procedimento penale, conclusosi con un patteggiamento (ove il reato veniva derubricato in semplice detenzione per uso personale).

Ricorre in giudizio il dipendente sia in primo che in secondo grado ove ottiene soddisfazione; ricorre il datore di lavoro in Cassazione ove però soccombe in quanto gli Ermellini confermano in buona so-

stanza la posizione espressa dai colleghi nei precedenti gradi di giudizio.

In particolare, la Corte ritiene che il reato commesso dal lavoratore attiene a una "situazione privata extra lavorativa" dello stesso, e non è di "gravità tale da incidere sull'elemento fiduciario".

In relazione alle conclusioni appena sopra indicate, il lavoratore è stato reintegrato, e il datore di lavoro condannato a pagare allo stesso le retribuzioni dalla data del licenziamento alla data della reintegra del lavoratore.

## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 26 novembre 2012,  
n. 20856

**“IL LICENZIAMENTO DEL DIRIGENTE È LEGITTIMO se sussistono mere ragioni oggettive concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale”**

## TESI-DECISIONE

**L**a sentenza in commento discerne del tema del licenziamento intimato ad un dirigente per crisi aziendale e, in particolare, per soppressione della posizione dallo stesso ricoperta. Nel fatto, il dipendente aveva adito il Tribunale di Milano, in primo grado, e la Corte d'Appello di Milano, in secondo grado, per ottenere la declaratoria di ingiustificatezza del licenziamento intimatogli e la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità supplementare nonché di altri importi trattenuti indebitamente ovvero dovuti a titolo di differenze economiche per incidenza di voci retributive su istituti contrattuali o di bonus. I giudici di merito - essendo risultata provata la soppressione definitiva della posizione di direttore commerciale a seguito di un generale snellimento della struttura organizzativa finalizzato a ridurre i costi nonché l'attribuzione delle mansioni di vendita ad altri lavoratori e collaboratori - hanno ritenuto il licenziamento non caratterizzato da intento discriminatorio ovvero da motivo illecito ed i fatti idonei ad escludere l'arbitrarietà e la pretestuosità del recesso. Per la cassazione di tale decisione ricorreva il lavoratore mentre resisteva il datore con controricorso.

La Suprema Corte ha respinto il gravame, evidenziando, in particolare, come

il licenziamento individuale del dirigente possa fondarsi su mere ragioni oggettive concernenti esigenze di riorganizzazione aziendale, non necessariamente coincidenti con l'impossibilità della continuazione del rapporto o con una situazione di crisi tale da rendere particolarmente onerosa detta continuazione. Ciò, dato che il principio di correttezza e buona fede, che costituisce il parametro su cui misurare la legittimità del licenziamento, deve essere coordinato con la libertà di iniziativa economica, garantita dall'art. 41 Cost.

Inoltre, per stabilire se sia o meno giustificato il licenziamento di un dirigente per ragioni di ristrutturazione aziendale non è dirimente la circostanza che le mansioni da questi precedentemente svolte vengano affidate ad altro dirigente in aggiunta a quelle sue proprie, in quanto quel che rileva è che presso l'azienda non esista più una posizione lavorativa esattamente sovrapponibile a quella del lavoratore licenziato, dovendo altresì considerarsi che, poiché il licenziamento del dirigente non richiede necessariamente un giustificato motivo oggettivo, esso è consentito in tutti i casi in cui sia stato adottato in funzione di una ristrutturazione aziendale dettata da scelte imprenditoriali non arbitrarie, non pretestuose e non persecutorie.





## QUESTIONE TRATTATA

## SENTENZA

Cass., 24 ottobre 2012,  
n. 18211

### “PRESTAZIONI DISCONTINUE O DI SEMPLICE ATTESA: fissazione del limite massimo della prestazione”

#### TESI-DECISIONE

**L**a vicenda riguarda un portiere di notte che a seguito di richiesta di passaggio al turno diurno a causa delle sue condizioni di salute, viene licenziato in quanto in azienda non si rinvengono possibilità di adibirlo ad altre mansioni. Il lavoratore conviene il datore di lavoro in giudizio presso il Tribunale di Roma: il giudice adito accerta la legittimità del licenziamento, dopo aver rilevato che la società aveva altri due portieri diurni, per cui non avrebbe potuto collocare utilmente il ricorrente nell'organico; il giudicante ritiene, invece, fondata la sola domanda per differenze retributive non prescritte dovute a titolo di straordinario notturno e ferie e condanna la società al pagamento della somma di € 47.000 circa, oltre che a quella di € 25.000 per danno biologico accertato nella misura del 15%; infine, respinge l'opposizione della società al decreto ingiuntivo. A seguito di impugnazione principale della società e di impugnazione incidentale del lavoratore, la Corte d'appello di Roma, con sentenza del 18/3/08 - 23/2/09, ha respinto il gravame proposto dalla società e ha accolto parzialmente quello formulato in via incidentale dall'ex dipendente, condannando la società al pagamento dell'ulteriore somma di € 1292,00 a titolo di differenze retributive accertate sulla base di una nuova consulenza tecnica d'ufficio, confermando nel resto l'appellata decisione.

La vicenda approda in Cassazione: nella fattispecie, così si esprimono gli Ermellini, la Corte di merito ha fatto corretta applicazione dei principi in materia di lavoro

discontinuo dopo aver verificato, all'esito dell'esame delle deposizioni testimoniali, adeguatamente valutate con argomentazioni immuni da vizi di carattere logico-giuridico, che era risultato provato lo svolgimento dell'orario indicato in ricorso, cioè dalle ore 21,00 alle ore 9,00 del mattino seguente e che era stato, altresì, dimostrato che durante tale turno il lavoratore era addetto, quale portiere notturno, alla ricezione ed all'accoglienza dei clienti, oltre che alla custodia dei valori in cassaforte, mettendo completamente a disposizione della datrice di lavoro le proprie energie lavorative anche nei momenti di minor traffico, per cui le stesse *non potevano non essere considerate effettive*.

Ne consegue che era risultato lo svolgimento di un orario di lavoro superiore a quello ordinario, tale da dover essere remunerato come straordinario.

Inoltre, la Corte d'appello ha adeguatamente valutato il superamento del limite della ragionevolezza della durata giornaliera dell'orario di lavoro ai fini che qui interessano, avendo appurato che il datore di lavoro non poteva ignorare il fatto che i ritmi lavorativi del portiere erano stati caratterizzati da turni notturni di dodici ore per molti anni e ha spiegato di aver tenuto conto delle deposizioni di tutti i testi, alcuni dei quali avevano ammesso di aver visto il portiere all'inizio del turno ed altri alla fine, con la conseguenza che dalle deposizioni complessivamente valutate erano stati provati gli elementi di fatto posti a fondamento della domanda.



QUESTIONE TRATTATA

SENTENZA

Cass., 18 dicembre 2012,  
n. 23330

## “ LICENZIAMENTO DI DIPENDENTE PUBBLICO OPERANTE nel settore sanità per inidoneità alla mansione ”

TESI-DECISIONE

**L**a Corte di appello di Milano, con sentenza del 9 giugno – 26 settembre 2009 conferma la decisione del Giudice di primo grado che aveva considerato illegittimo il licenziamento di un dirigente medico radiologo da parte dell'azienda ospedaliera datrice di lavoro, affetto da disturbi di ansia.

Dato tale stato di salute, che comportava la necessità che il dottore dovesse essere affiancato nella sua attività e esentato dalla "reperibilità", il datore di lavoro ha ritenuto che fosse sopravvenuta l'oggettiva impossibilità di poter ricevere la prestazione lavorativa del lavoratore. I Giudici di primo e secondo grado hanno condannato il datore di lavoro al pagamento di una somma di euro 100.000,00 a titolo di indennità supplementare, considerando illegittimo il provvedimento del datore di lavoro, ma escludendo l'applicazione del regime della tutela reale ex art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, in quanto il datore di lavoro non avrebbe dimostrato la impossibilità di adibire il radiologo ad altre mansioni.

Ricorre in Cassazione il medico che lamenta la mancata applicazione dell'art. 18 della legge 300/70: egli afferma che la somma attribuita a seguito della vit-

toria nei due gradi di giudizio non sarebbe equivalente a quella che avrebbe ottenuto se i giudici avessero applicato l'art. 18 della legge 300/70. In base a tale norma, infatti, sarebbero spettate le retribuzioni decorrenti dal giorno della cessazione del rapporto di lavoro fino alla data della effettiva reintegrazione.

Gli Ermellini cassano la sentenza e rinviavano le parti innanzi al Giudice indicato in dispositivo ai fini della determinazione del risarcimento ex art. 18 St. Lav. con ciò confermando la illegittimità del licenziamento in quanto l'azienda non aveva valutato l'utilizzo alternativo del dipendente; avrebbe dovuto costituire oggetto di prova la impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse e l'azienda avrebbe dovuto altresì dimostrare che una diversa collocazione del medico avrebbe comportato un'alterazione dell'organico o dell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dal datore di lavoro.

Confermano così la propria posizione in materia ( Cass., 1 febbraio 2007 n. 2233, Cass., 13 giugno 2012, n. 9651) che depone per l'applicazione dell'art. 18 della legge n. 300/70, con i relativi "effetti reintegratori", nel caso di licenziamento di dirigente pubblico.