Euroconference Editoria

IL GIURISTA DEL LAVORO

Il mensile di giurisprudenza e dottrina giuslavoristica per la gestione del contenzioso

Approfondimenti

La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la Riforma Fornero
Elia Notarangelo 2

L'effettività delle consultazioni sindacali e la crisi della forma
Evangelista Basile e Rosibetti Rubino 13

Dimissioni per fatti concludenti: Udine colpisce ancora (nel segno). Ma con *juicio*
Andrea Asnaghi 19

Il controllo esterno del lavoratore tramite agenzia investigativa: condizioni di legittimità e limiti
Evangelista Basile e Emilian Marku 26

Licenziamento per superamento del periodo di comporto: un'interessante sentenza della Cassazione
Elisa Vecchini 32

Clausole e accordi nel contratto di lavoro

Opportunità di sottoscrivere polizze assicurative a tutela del datore di lavoro – parte I
Cesare A. Mussi 43

La gestione delle controversie di lavoro

Organizzarsi bene, organizzarsi meglio: la responsabilità amministrativa degli enti *ex* D.Lgs. 231/2001 sussiste anche se il vantaggio è minimo
Roberta Zanino 50

L'osservatorio giurisprudenziale

L'osservatorio giurisprudenziale di novembre - Rassegna della Corte di Cassazione
Evangelista Basile 60

L'osservatorio giurisprudenziale di novembre - Rassegna della Corte Costituzionale
Evangelista Basile 69

L'osservatorio giurisprudenziale di novembre - Rassegna della Corte di Giustizia CE
Evangelista Basile 73

Il giurista del lavoro n. 11/2022

La prescrizione dei crediti di lavoro dopo la Riforma Fornero

Elia Notarangelo – avvocato

Con recente sentenza n. 26246/2022, la Corte di Cassazione ha espresso un principio di diritto destinato ad avere effetti potenzialmente dirompenti sui rapporti di lavoro assoggettati alla c.d. tutela reale; è stato stabilito che, dall'avvento della c.d. Legge Fornero, la decorrenza della prescrizione, per i crediti al tempo non ancora prescritti, comincia a decorrere solo dalla risoluzione del rapporto di lavoro.

Il caso esaminato

La Corte d'Appello di Brescia, come prima di essa il Tribunale, aveva respinto le domande di 2 lavoratrici per differenze retributive, proposte nei confronti di azienda assoggettata alla disciplina dell'articolo 18, L. 300/1970, per la parte eccedente la prescrizione quinquennale.

La Corte bresciana aveva ritenuto che la prescrizione decorresse durante il rapporto di lavoro, anche dopo la riforma apportata all'articolo 18, L. 300/1970, e la successiva riforma delle c.d. tutele crescenti, introdotta con il D.Lgs. 23/2015. Secondo i giudici di merito, infatti, le novelle legislative non avevano intaccato la permanenza della stabilità reale del rapporto di lavoro e non introducevano una condizione psicologica di timore (*metus*) del lavoratore, tale da indurlo a non avanzare pretese retributive nel corso del rapporto, per paura di reazioni del datore di lavoro comportanti la risoluzione del rapporto.

Le novelle, a dire della Corte territoriale, garantivano la tutela reintegratoria piena in caso di licenziamento intimato "*per ritorsione, e dunque discriminatorio*" o per motivo illecito determinante. Ciò, da un lato, garantiva specifica tutela avverso la condizione che avrebbe potuto far sorgere il *metus*; dall'altro lato, rendeva irrilevante l'attenuazione della tutela per un licenziamento fondato su giusta causa o giustificato motivo.

Con unico motivo di ricorso per cassazione, le lavoratrici deducevano una violazione delle norme sulla prescrizione; la Corte d'Appello avrebbe errato nel ritenere ancora sussistente il regime di stabilità reale dopo le novelle legislative citate. Le ricorrenti ritenevano irrilevante, ai fini di tale valutazione, la tutela accordata alle ipotesi di nullità o di inefficacia del licenziamento, in quanto previste anche nell'area di

applicabilità della L. 604/1966 (di tutela obbligatoria), che pacificamente non si riteneva assistita da un regime di stabilità reale.

Il regime delle prescrizioni dei crediti di lavoro e la giurisprudenza formatasi prima della c.d. Riforma Fornero

La prescrizione dei crediti di lavoro non riceve dall'ordinamento una disciplina speciale, per cui trova applicazione, con i limiti di cui appresso, la disciplina generale in materia di prescrizioni.

Essendo i crediti di lavoro comunemente pagati periodicamente in termini che non superano l'anno, essi si prescrivono nel termine di 5 anni. L'articolo 2948, n. 4), cod. civ., infatti, stabilisce la prescrizione breve di 5 anni per tutto ciò che deve pagarsi periodicamente ad anno o in termini più brevi. La giurisprudenza sul punto è consolidata[1].

Ai sensi dell'articolo 2948, n. 5), cod. civ., anche il Tfr si prescrive nel termine di 5 anni.

> Se il termine di prescrizione dei crediti di lavoro può dirsi ormai pacifico, si è invece registrata, già dagli anni '60, una notevole vivacità del dibattito sul *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione, ovvero sul momento dal quale far decorrere il termine quinquennale.

Con storica sentenza n. 63/1966, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 2948, n. 4, cod. civ. – oltre che degli articoli 2955, n. 2, e 2956, n. 1, relativi ai termini delle prescrizioni presuntive – "*limitatamente alla parte in cui consentono che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorra durante il rapporto di lavoro*".

La Consulta è giunta a tale conclusione sulla base del principio del c.d. *metus* (o timore) che affligge il lavoratore al quale non sia garantita, per legge, la stabilità del posto di lavoro:

> *"In un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico, il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti; dimodoché la rinuncia, quando è fatta durante quel rapporto, non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale e la sua invalidità è sancita dall'articolo 36, Costituzione: lo stesso articolo 2113, cod. civ., che la giurisprudenza ha già inquadrato nei principi costituzionali, ammette l'annullamento della rinuncia proprio se questa è intervenuta prima della cessazione del rapporto di lavoro o subito dopo. In sostanza si è voluto proteggere il contraente più debole contro la sua propria debolezza di soggetto interessato alla conservazione del rapporto".*

[1] Tra le innumerevoli, cfr. Cassazione n. 6614/1996.

Benché le norme non si riferiscano alla rinuncia, per i giudici della Corte Costituzionale l'assenza di ostacoli giuridici alla decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto si scontra con la presenza di

> *"ostacoli materiali, cioè la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento".*

La prescrizione decorrente durante il rapporto di lavoro, pertanto, è stata ritenuta contraria all'articolo 36, Costituzione, che vieta qualunque tipo di rinuncia,

> *"anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione".*

Sono seguiti, però, successivi interventi della Corte Costituzionale sul tema[2] e, in una di tali sentenze[3], è stato delimitato il principio espresso dalla sentenza n. 63/1966, alla luce delle riforme legislative sopraggiunte, che hanno introdotto il divieto di licenziamento in assenza di giusta causa e giustificato motivo (L. 604/1966) e, soprattutto, la tutela reintegratoria per i rapporti di lavoro alle dipendenze di datori che avessero certi requisiti occupazionali (articolo 18, L. 300/1970).

È stato sancito che l'inapplicabilità del principio espresso dalla sentenza n. 63/1966 riguardasse non solo i rapporti di pubblico impiego, ma anche tutti gli altri rapporti di lavoro privati che fossero dotati di garanzie equivalenti. A tale riguardo, è stata ritenuta fondamentale la previsione dell'articolo 18, St. Lav., che assicurava per la Corte Costituzionale una vera stabilità, garantendo l'annullamento del licenziamento non fondato su giusta causa o giustificato motivo e la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare.

Al contrario, nei rapporti rientranti nell'alveo della tutela c.d. obbligatoria e meramente indennitaria per il caso di licenziamento illegittimo, di cui all'articolo 8, L. 604/1966, è stato sancito che la prescrizione non decorresse in costanza di rapporto, ma solo dal termine di esso[4].

La giurisprudenza ha, altresì, ritenuto applicabile il principio costituzionale della decorrenza del termine di prescrizione solo dal momento della risoluzione del rapporto anche al rapporto di lavoro con il dirigente, in considerazione dell'assenza di una tutela reintegratoria[5].

---

[2] Cfr. Corte Costituzionale n. 143/1969, n. 86/1971, n. 174/1972 e n. 115/1975.
[3] Sentenza n. 174/1972.
[4] Cassazione n. 5232/1986: "*La mera stabilità obbligatoria - costituita dalla possibilità di una sentenza che, ritenendo illegittimo il licenziamento, importi per l'imprenditore soltanto l'obbligo di riassunzione in alternativa a quello del risarcimento in favore del lavoratore - non è parificabile alla (più ampia ed incisiva) tutela reale accordata dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e, pertanto, non vale a far decorrere la prescrizione quinquennale dei crediti del lavoratore anche in pendenza del rapporto di lavoro*".
[5] Cfr. Cassazione n. 9968/2003 e n. 22172/2017.

Dubbi sussistono, paradossalmente, in relazione ad altri rapporti esclusi dalla tutela avverso il licenziamento illegittimo, come il rapporto di lavoro domestico. Per alcuni giudici di merito, il fatto stesso che il lavoratore non possa ambire ad alcuna tutela, in caso di licenziamento, escluderebbe in radice la rilevanza giuridica di un *metus* e, quindi, comporterebbe la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto; per altri giudici, anche nel rapporto domestico la prescrizione decorre solo dalla cessazione del rapporto[6].

In definitiva, per la configurabilità di un rapporto di lavoro assistito dalla garanzia della stabilità – idonea a far decorrere la prescrizione in costanza di rapporto –

> *"è necessario che lo stesso sia regolato da una disciplina che, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della sua risoluzione alla sussistenza di circostanze oggettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo; il che deve essere riconosciuto allorquando il posto di lavoro - quale che sia la natura pubblica o privata del datore di lavoro - possa essere oggetto di una tutela reale. Detta tutela deve consentire, cioè, non soltanto il risarcimento del danno di fronte all'illegittimo licenziamento, ma anche la reintegrazione del lavoratore, ai sensi della L. 300/1970, articolo 18, ovvero di altre disposizioni che comunque garantiscano la stabilità"*[7].

La Corte di Cassazione, però, ha anche precisato che la tutela effettiva dell'articolo 36, Costituzione, passa necessariamente dalla verifica in concreto di una situazione di *metus*. In altre parole, è stato sancito che

> *"il problema inerente alla individuazione del presupposto della stabilità reale del rapporto … deve essere verificato in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto stesso e alla configurazione che di esso danno le parti nell'attualità del suo svolgimento (dipendendo da ciò l'esistenza, o meno, della effettiva situazione psicologica di metus del lavoratore) e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto, in astratto, regolare il rapporto ove questo fosse sorto, sin dall'inizio, con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente ex post, riconosce applicabili nella specie, con effetto retroattivo per il lavoratore"*[8].

Ad esempio, nel caso di rapporto sorto di fatto o formalmente qualificato come autonomo (quindi, senza alcuna tutela avverso il licenziamento illegittimo), il successivo accertamento giudiziale della natura

[6] Nel primo senso cfr. Tribunale Varese, 8 aprile 2011, citato da A. Tursi, *La prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti di lavoro "destabilizzati": l'insostenibile leggerezza del metus*, in "Diritto delle Relazioni Industriali", Giuffrè ed., n. 1/2022. Nel secondo senso cfr. Tribunale Perugia, sez. lav., n. 82/2019, su Dejure.it.

[7] Cfr. Cassazione n. 29774/2017, che richiama anche Cassazione n. 5494/1997 e n. 5934/2002 in motivazione.

[8] Cassazione n. 29774/2017, che a sua volta richiama, tra le tante, Cassazione SS.UU. n. 1147/2011, n. 4942/2012 e n. 12553/2014.

subordinata del rapporto lavorativo – alle dipendenze di azienda assoggettata all'articolo 18, St. Lav. – fa sì che il *metus* sia stato ritenuto in concreto esistente, con conseguente impossibilità di decorrenza del termine di prescrizione in costanza di rapporto[9].

L'intervento della c.d. Legge Fornero e il contrasto giurisprudenziale

La modifica dell'articolo 18, St. Lav., a opera della L. 92/2012 (c.d. Legge Fornero) ha introdotto una graduazione delle tutele, limitando la reintegra ad alcuni casi ed escludendola per altri; si è detto – almeno alla luce dell'originaria volontà legislativa – che la tutela reintegratoria resti l'eccezione, rispetto alla regola della mera tutela indennitaria.

Si è posto, dunque, il problema se il lavoratore, sotto il profilo del concreto atteggiarsi del rapporto, possa incorrere in quel *metus* di subire un licenziamento – a volte privato della possibilità giudiziale di rimuoverne gli effetti – che sospenda o impedisca la prescrizione in costanza di rapporto. Le prime sentenze e la dottrina, sul punto, si sono divise, dando vita a un contrasto.

Una prima tesi, propugnata inizialmente dal foro milanese, sostiene che

> *"la prescrizione dei crediti retributivi decorre dalla cessazione del rapporto e non in costanza di esso, anche per i lavoratori dipendenti da datori di lavoro a cui si applichi l'articolo 18, St. Lav., come novellato dalla L. 92/2012; tali lavoratori possono infatti incorrere nel timore del recesso nel far valere i propri diritti in costanza di rapporto a seguito della diminuita resistenza della propria stabilità"*[10].

Di recente, la Corte d'Appello milanese ha fatto proprio tale orientamento, salva un'isolata pronuncia di segno contrario (di seguito citata in nota), partendo dal presupposto che il quadro normativo introdotto dal novellato articolo 18, St. Lav., releghi la reintegrazione a ipotesi residuali, che fungono da eccezione rispetto alla tutela indennitaria:

> *"ne consegue che, nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo ex post nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale. È pertanto ravvisabile la sussistenza di quella condizione di metus che, in base ai consolidati principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, esclude il decorso del termine prescrizionale in costanza di rapporto di lavoro".*

[9] Cfr. Cassazione n. 35676/2021, in motivazione; Cassazione n. 22172/2017.
[10] Così Tribunale Milano, n. 10803/2015.

A supporto di questa soluzione è stata richiamata la giurisprudenza che valorizza il concreto atteggiarsi del rapporto ai fini dell'accertamento della situazione psicologica di *metus*[11].

La tesi opposta, invece, ritiene che la modifica normativa introdotta dalla Legge Fornero non abbia intaccato il nucleo di tutele "forti" apprestate per il lavoratore, con la facoltà giudiziale di rimuovere gli effetti del licenziamento, mediante reintegra, ancorché limitata ad alcune ipotesi. In particolare, la tutela reintegratoria è garantita proprio nei confronti del licenziamento ritorsivo, che potrebbe essere temuto dal lavoratore[12], nonché "*nelle ipotesi più gravi di recesso datoriale esercitato dal contraente più forte che si avvalga illecitamente della sua superiorità economica*"[13].

La decisione della Corte di Cassazione in commento

La Suprema Corte, con l'ordinanza in commento, si è per la prima volta pronunciata sul tema e ha aderito alla prima delle 2 tesi sopra citate, pronunciando il seguente principio di diritto:

> *"Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. 92/2012 e del D.Lgs. 23/2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. 92/2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli articoli 2948, n. 4 e 2935, cod. civ., dalla cessazione del rapporto di lavoro".*

Dopo aver ripercorso l'attuale disciplina della prescrizione dei crediti di lavoro, alla luce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, la Corte di Cassazione ha precisato che l'individuazione del corretto regime di prescrizione passa non solo dalla verifica della stabilità del rapporto di lavoro – che si fondi su una disciplina che, sul piano sostanziale, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obbiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo –, ma anche dalla necessità che

> *"sia garantita una conoscenza, in termini di generalità e di sicura predeterminazione, di quali siano le regole che presiedono all'accesso dei diritti, alla loro tutela e alla loro estinzione".*

In altre parole:

[11] Corte d'Appello Milano, n. 522/2019. In senso conforme, Corte d'Appello Milano, n. 324/2020; Tribunale di Brescia, n. 523/2021; Corte d'Appello Milano, n. 1352/2021 (in Bollettino ADAPT, n. 6/2022); Tribunale di Milano, n. 1990 dell'8 settembre 2022 (successiva all'ordinanza in commento, ma che non fa cenno a essa).
[12] Cfr. Tribunale Milano n. 1752/2017.
[13] Cfr. Tribunale Napoli n. 7343/2019; conforme: Corte d'Appello Milano n. 89/2020. Nel senso della decorrenza del termine di prescrizione in costanza di rapporto anche Tribunale Roma n. 4125/2018.

> *"il criterio di individuazione del dies a quo di decorrenza della prescrizione dei diritti del lavoratore deve soddisfare un'esigenza di conoscibilità chiara predeterminata e di semplice identificazione. Ciò presuppone che, fin dall'instaurazione del rapporto, ognuna delle parti sappia quali siano i diritti e soprattutto … quando e "fino a quando" possano essere esercitati".*

Per la Suprema Corte, il regime di stabilità o meno del rapporto lavorativo dev'essere conoscibile, in via di generale predeterminazione, fin dal momento della sua istituzione.

Passando all'esame dell'attuale testo e della portata dell'articolo 18, St. Lav. – ed esaminando, come *obiter dictum*, anche gli articoli 3 e 4, D.Lgs. 23/2015 – la Suprema Corte ha dato contezza di una

> *"applicazione selettiva delle tutele, in esito alla scansione delle due diverse fasi di qualificazione della fattispecie (di accertamento di legittimità o illegittimità del licenziamento intimato e della sua natura) e di scelta della sanzione applicabile (reintegratoria e risarcitoria ovvero soltanto risarcitoria), con una sua diversa commisurazione (se in misura c.d. "piena" o "forte", ovvero "attenuata" o "debole") assolutamente inedita".*

La sentenza commentata, riepilogando il processo logico e giuridico che il giudice deve affrontare per giungere ad accordare la tutela al caso di specie, ha opinato che la tutela reintegratoria, "*rispetto alla tutela indennitaria e tanto più per effetto degli D.Lgs. 23 del 2015 articoli 3 e 4, abbia ormai un carattere recessivo*".

La tutela reintegratoria, a dire della Suprema Corte, ha mantenuto un carattere recessivo anche a seguito delle recenti pronunce della Corte Costituzionale n. 59/2021 e n. 125/2022, che hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale del novellato testo dell'articolo 18, comma 7, L. 300/1970, nelle parti in cui prevedeva, ai fini di reintegrazione del lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo, l'insussistenza "*manifesta*" del fatto posto alla base del recesso e che il giudice potesse, ma non dovesse, disporre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. La reintegra, infatti, non è divenuta, per effetto di tali interventi, "*la forma ordinaria di tutela "contro ogni forma illegittima di risoluzione"*".

La Corte di Cassazione ha concluso che la tutela oggi accordata contro i licenziamenti illegittimi, in entrambi i sistemi normativi coesistenti (articolo 18, St. Lav., e D.Lgs. 23/2015), non garantisce un'adeguata stabilità del rapporto di lavoro, rispetto al passato.

In particolare, non costituisce garanzia sufficiente il mantenimento della tutela reintegratoria, tanto con l'articolo 18, comma 1, (come modificato dalla L. 92/2012), tanto con il D.Lgs. 23/2015 (articolo 2, comma 1), per il licenziamento ritorsivo. La Corte di Cassazione, infatti, punta l'attenzione sul rischio che un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo possa mascherare ragioni ritorsive. In tali

casi, l'individuazione del regime di stabilità sopraggiungerebbe solo all'esito dell'accertamento compiuto dal giudice, *ex post*. Difetterebbero, quindi, i presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e soprattutto di una loro tutela adeguata.

> Al termine del complesso passaggio motivo, la Suprema Corte ha, altresì, chiarito che l'assenza di stabilità sottesa al nuovo articolo 18, L. 300/1970 (e ancor più alle c.d. tutele crescenti), comporta non già la sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione, a norma dell'articolo 2941, cod. civ., bensì la decorrenza originaria del termine di prescrizione, a norma del combinato disposto degli articoli 2935 e 2948, n. 4, cod. civ., dalla cessazione del rapporto di lavoro per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della L. 92/2012.
> Ciò impedisce di prendere in considerazione, dopo la risoluzione del rapporto, i termini di prescrizione decorsi, ma non esauriti prima del luglio 2007. Nel concreto, per tutti i crediti non prescritti a tale ultima data, i termini di prescrizione inizieranno a decorrere solo dalla cessazione del rapporto.

Osservazioni critiche

Probabilmente la sentenza della Corte di Cassazione oggetto di commento non sopirà nell'immediato i contrasti, quantomeno non quelli dottrinari, sul delicato equilibrio tra 2 interessi confliggenti:

a) da un lato, l'esigenza di certezza del diritto, garantita dall'istituto della prescrizione;

2. dall'altro lato, l'esigenza di adattamento del regime prescrizionale ai casi concreti e alla situazione di potenziale (o effettiva) debolezza contrattuale di una delle parti, al fine di garantire la ricerca della giustizia calata il più possibile al caso concreto[14].

L'orientamento che propende per la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto spinge a considerare la difficoltà, dal lato del datore di lavoro, di poter gestire un rapporto di lavoro pluriennale senza alcuna garanzia della certezza del diritto, difficoltà per giunta legata a una valutazione di un concetto tanto soggettivo e labile quale il *metus* del lavoratore, da verificare volta per volta, in base al concreto atteggiarsi del rapporto[15].

È stato evidenziato il grave *vulnus* che la tesi contraria provocherebbe nel sistema:

> *"il regime di prescrizione, cioè di un istituto che, come ricorda uno dei padri del codice civile, è "posto per ragioni di ordine pubblico" e che "adempie a questa funzione nel generale interesse di ristabilire*

[14] Per un approfondimento sul tema, si legga l'interessantissima relazione del prof. O. Mazzotta dal titolo "*Prescrizione dei crediti di lavoro e stabilità: attualità di un dibattito antico*", per un convegno di formazione organizzato dalla Suprema Corte in data 27 gennaio 2022, su www.cortedicassazione.it.

[15] Cfr. T. Zappia, *Prescrizione dei crediti retributivi: l'instabilità del rapporto trova ulteriore conferma a Milano*, in "Il Giuslavorista", Giuffrè Lefebvre.

> *la certezza nei rapporti giuridici" si muove oggi su un terreno di totale incertezza rimesso com'è alla sensibilità del singolo decidente"*[16].

Si deve dare atto, inoltre, della paradossale situazione in cui, da un lato, la tutela reintegratoria accordata dall'articolo 18, St. Lav. (e perfino, in minima parte, la tutela di cui all'articolo 3, D.Lgs. 23/2015), continua a vivere un'espansione applicativa di fonte giurisprudenziale, mentre, dall'altro lato, si nega la prescrizione dei crediti di lavoro in corso di rapporto. Francamente, è azzardato sostenere oggi che la tutela reintegratoria di cui all'articolo 18, L. 300/1970, sia recessiva ed eccezionale rispetto alla tutela indennitaria. Si consideri, al riguardo, che gli arresti giurisprudenziali hanno eliminato la differenza tra manifesta insussistenza e insussistenza del giustificato motivo oggettivo; hanno attribuito la tutela reintegratoria nell'ipotesi di violazione dell'onere di *repêchage*; hanno garantito la tutela reintegratoria a fronte di licenziamenti disciplinari, in presenza di clausole disciplinari elastiche del Ccnl.

A voler essere attenti, non è nemmeno facile coordinare la sentenza commentata con le diverse conclusioni cui la Suprema Corte giunge in materia di prescrizione dei crediti retributivi nei rapporti a tempo determinato, in caso di successione di più contratti a termine. In tal caso, infatti, si afferma, ancora di recente, che

> *"Nel caso in cui tra le stesse parti si succedano due o più contratti di lavoro a termine, ciascuno dei quali legittimo ed efficace, il termine prescrizionale dei crediti retributivi, di cui agli articoli 2948, n. 4, 2955, n. 2, e 2956, n. 1, cod. civ., inizia a decorrere, per i crediti che sorgono nel corso del rapporto lavorativo dal giorno della loro insorgenza e, per quelli che si maturano alla cessazione del rapporto, a partire da tale momento, dovendo – ai fini della decorrenza della prescrizione – i crediti scaturenti da ciascun contratto considerarsi autonomamente e distintamente da quelli derivanti dagli altri e non potendo assumere alcuna efficacia sospensiva della prescrizione gli intervalli di tempo correnti tra un rapporto lavorativo e quello successivo, stante la tassatività della elencazione delle cause sospensive previste dagli articoli 2941 e 2942, cod. civ., e la conseguente impossibilità di estendere tali cause al di là delle fattispecie da quest'ultime norme espressamente previste. Pertanto, nel contratto a termine legittimamente stipulato, poiché il lavoratore ha solo diritto a che il rapporto venga mantenuto in vita sino alla scadenza concordata e l'eventuale risoluzione ante tempus non fa venir meno alcuno dei diritti derivanti dal contratto, non è configurabile quel metus costituente ragione giustificatrice della*

[16] G. Pacchiana Parravicini, *La decorrenza della prescrizione e le tutele da licenziamento illegittimo: finché riforma non ci separi?*, in RIDL, n. 2/2020, pag. 269 ss., Giuffrè editore.

> *regolamentazione della prescrizione nel rapporto a tempo indeterminato non assistito dal regime di stabilità reale"*[17].

Se la tesi della mancata decorrenza della prescrizione è legata al *metus*, appare incomprensibile la valutazione di tale elemento legata al singolo rapporto di lavoro a termine. Infatti, il lavoratore sa che il suo contratto a termine è destinato a cessare alla scadenza, ma è altrettanto vero, in concreto, che la speranza di successivi rinnovi contrattuali, in ipotesi di successione, e la paura di perdere tale occasione, spingono il lavoratore a non esercitare i propri diritti.

Le considerazioni dei sostenitori della tesi sopra accennata, però, sono state confutate dai sostenitori della tesi opposta e, in parte, dalla stessa sentenza commentata.

In primo luogo, la certezza del diritto non è un valore di rango costituzionale o, comunque, non è tale da prevalere su diritti costituzionali; l'invalidità della rinuncia ai propri diritti retributivi, da parte del lavoratore, invece, trova fondamento nell'articolo 36, Costituzione. Inoltre, il regime di prescrizione non è affatto idoneo a perseguire la certezza del diritto a ogni costo, in favore del debitore. L'articolo 2935, cod. civ., le norme sulla sospensione della prescrizione e la non rilevabilità d'ufficio della prescrizione inducono a ritenere che – nel gioco dei contrapposti interessi – la certezza del diritto è sussidiaria alla tutela del creditore. Non è un caso che si parli di ordine pubblico solo nei rari casi di prescrizione rilevabile d'ufficio, come la prescrizione del diritto degli enti previdenziali alla riscossione dei contributi.

L'espansione giurisprudenziale dei casi di tutela reintegratoria, dopo la c.d. Riforma Fornero, è stata espressamente analizzata dall'ordinanza commentata, ma è stata ritenuta irrilevante. Durante la vigenza del rapporto di lavoro, il lavoratore non ha alcuna garanzia che la tutela che gli verrà accordata, in caso di licenziamento, sia quella reintegratoria, potendo egli verificare tale eventualità solo all'esito del giudizio di impugnazione del licenziamento, non *ex ante*.

La tutela contro i licenziamenti ritorsivi non è stata ritenuta sufficiente a garantire la stabilità imposta dalla Corte Costituzionale quale condizione per la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto. La garanzia della rimozione degli effetti di un licenziamento anche solo illegittimo è stata ritenuta indispensabile dalla Consulta perché potesse parlarsi di stabilità equiparabile a quella del pubblico impiego. Del resto, la tutela contro il licenziamento nullo perché ritorsivo era già accordata, prima della c.d. Riforma Fornero, anche ai rapporti caratterizzati dalla generale tutela c.d. obbligatoria, ma ciò non è valso a modificare il regime della prescrizione, decorrente, in tali casi, solo dalla risoluzione del rapporto.

[17] Cassazione n. 22170/2022.

L'apparente conflitto concettuale tra il regime giurisprudenziale della prescrizione dei rapporti a tempo indeterminato e quello applicato ai rapporti a tempo determinato potrebbe portare, *re melius perpensa*, all'espansione del generale divieto di prescrizione in costanza di rapporto anche a tale ultima categoria di rapporti, non viceversa.

> Resta, comunque, un dato di fatto, che la sentenza in commento avrà un effetto nomofilattico tale da creare non pochi problemi dal punto di vista pragmatico.
> Tutti i datori di lavoro, infatti, indipendentemente dai requisiti occupazionali, saranno esposti alla possibilità di rivendicazioni economiche entro 5 anni dalla risoluzione del rapporto, per l'intera durata dei rapporti lavorativi (quanto ai datori rientranti nell'alveo della c.d. tutela reale, limitatamente ai crediti non prescritti a luglio 2007). Per aziende con centinaia o migliaia di dipendenti, il rischio e il costo che esso produce sono incommensurabili.

Ciò imporrà, quantomeno, di conservare la documentazione aziendale per lunghi anni e di raccogliere e conservare cautelativamente elementi di prova per moltissimo tempo. Molte altre, però, saranno le problematiche legate alla mancata decorrenza dei termini prescrizionali.

Ad esempio, tra i primi immediati effetti dell'ordinanza della Suprema Corte qui commentata, si segnala la nota n. 1959/2022 diffusa dall'INL il 30 settembre scorso, con la quale – prendendo atto del nuovo orientamento espresso dall'ordinanza della Corte di Cassazione – il personale ispettivo è stato invitato a estendere la diffida accertativa, ex articolo 12, D.Lgs. 124/2004, ai

> *"crediti (certi, liquidi ed esigibili) di cui il lavoratore dipendente è titolare tenuto conto che il dies a quo del termine di prescrizione quinquennale inizierà a decorrere solo dalla cessazione del rapporto di lavoro"*.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

L'effettività delle consultazioni sindacali e la crisi della forma

Evangelista Basile – avvocato – partner Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati
e Rosibetti Rubino – avvocato - collaboratrice Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

Lo scorso 23 settembre 2022 il Tribunale di Trieste ha dichiarato l'antisindacalità della condotta posta in essere da Wartsila per non aver informato i sindacati dell'andamento occupazionale prima della comunicazione di cui all'articolo 1, comma 224, L. 234/2021, e ha condannato la società alla revoca della suddetta comunicazione e al risarcimento del danno all'immagine subìto dalle organizzazioni sindacali ricorrenti. Ma se il rispetto formale delle procedure non è sufficiente, cosa bisogna fare?

L'articolo 28, St. Lav., e la procedura per la repressione delle condotte antisindacali

In linea generale e astratta, nel nostro ordinamento giuridico non esiste un diritto assoluto di informazione a favore del sindacato e delle sue rappresentanze aziendali. Pertanto, in mancanza di un simile riconoscimento, il sindacato che non ottenga risposta alle proprie richieste può solamente far ricorso alla propria forza e agli strumenti di lotta di cui dispone (primo tra tutti, lo sciopero), per indurre il datore di lavoro a rendere le informazioni richieste.

> Vi sono, però, dei casi in cui è specificamente previsto l'obbligo del datore di lavoro di rendere certe informazioni al sindacato o alla sua rappresentanza aziendale.

Questi casi sono, innanzitutto, contemplati dalla legge, che – per esempio – prevede il diritto di informazione a fronte della decisione del datore di lavoro di adottare provvedimenti a forte impatto sui lavoratori: ciò accade, tra l'altro, nel caso in cui il datore di lavoro intenda mettere i lavoratori in mobilità o sospenderli in cassa integrazione o, ancora, trasferire la propria azienda o un ramo autonomo di essa. Altri diritti di informazione sono, invece, previsti dalla contrattazione collettiva, in particolare quella di categoria. I diritti di informazione di origine contrattuale sono, dunque, inevitabilmente piuttosto numerosi, se si pensa che praticamente tutti i contratti collettivi si aprono con una sostanziosa parte dedicata allo sviluppo delle relazioni industriali, che passa inevitabilmente per il tramite del continuo confronto fra le parti e, dunque, del circolo delle informazioni.

> In tutti i casi in cui il sindacato, o la sua rappresentanza aziendale, sia titolare di un diritto di informazione, a prescindere dal fatto che esso derivi dalla legge o dal contratto, il datore di lavoro è, quindi, obbligato a renderla.

La sanzione prevista dall'ordinamento nei confronti del datore di lavoro inadempiente è la condanna per condotta antisindacale, prevista dall'articolo 28, L. 300/1970.

Infatti, si ritiene che la violazione di un diritto del sindacato possegga, di per sé, quella caratteristica, tanto più se si considera che, a seguito della violazione dell'obbligo in questione, il sindacato perde in credibilità agli occhi dei propri rappresentati e, comunque, gli si preclude in radice di svolgere il ruolo di interlocutore del datore di lavoro in un caso in cui la stessa legge, o il contratto collettivo, lo impone come tale. Naturalmente, la condanna per condotta antisindacale non è fine a sé stessa, ma ha importanti conseguenze finalizzate a salvaguardare il diritto che era stato leso.

Infatti, il già citato articolo 28, St. Lav., dispone che il giudice del lavoro, accertata la natura antisindacale di un certo comportamento, disponga anche la rimozione dei suoi effetti. Ciò, nel caso di cui si sta parlando, in particolare, significa che il giudice del lavoro può ordinare al datore di lavoro di rendere le informazioni che erano state negate.

In alcuni casi, la conseguenza è ancora più efficace, dal momento che il giudice del lavoro può addirittura revocare il provvedimento che era stato adottato in assenza della preventiva informazione.

In particolare, è stato ritenuto antisindacale il comportamento che incida, in modo diretto, su diritti sindacali espressamente riconosciuti dai contratti collettivi di lavoro, dalla legge o, addirittura, dalla Costituzione.

La giurisprudenza ha, però, avuto modo di precisare come la violazione dei diritti esplicitamente stabiliti da norme legali o contrattuali non esaurisca l'ambito dei comportamenti antisindacali; infatti, si ritiene che il procedimento citato sia destinato a tutelare il sindacato da tutti quei comportamenti del datore di lavoro tali da ledere, ingiustificatamente, le prerogative del sindacato stesso, danneggiandone l'immagine. Una volta aperta una trattativa tra il sindacato e il datore di lavoro, infatti, entrambe le parti sono tenute a condurre tali trattative con correttezza e buona fede e anche la violazione di questi obblighi può condurre all'accertamento di una condotta antisindacale.

La procedura sindacale della L. 234/2021

All'articolo 1, comma 224, L. 234/2021, il Legislatore ha introdotto una procedura sindacale appositamente pensata per le c.d. delocalizzazioni, poi modificata con il D.L. 144/2022, noto come Decreto Aiuti-*ter*, così statuendo:

> *"Al fine di garantire la salvaguardia del tessuto occupazionale e produttivo, il datore di lavoro in possesso dei requisiti dimensionali di cui al comma 225 che intenda procedere alla chiusura di una sede, di uno stabilimento, di una filiale, o di un ufficio o reparto autonomo situato nel territorio nazionale, con cessazione definitiva della relativa attività e con licenziamento di un numero di lavoratori non inferiore a 50, è tenuto a dare comunicazione per iscritto dell'intenzione di procedere alla chiusura alle rappresentanze sindacali aziendali o alla rappresentanza sindacale unitaria nonché alle sedi territoriali delle associazioni sindacali di categoria comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e, contestualmente, alle Regioni interessate, al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, al Ministero dello sviluppo economico e all'Agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (Anpal). La comunicazione può essere effettuata tramite l'associazione dei datori di lavoro alla quale l'impresa aderisce o conferisce mandato".*

In buona sostanza, il datore di lavoro (che occupi almeno 250 dipendenti) che intenda licenziare un numero di lavoratori non inferiore a 50 è tenuto a dare comunicazione per iscritto almeno 90 giorni prima dell'avvio della formale procedura di licenziamento collettivo a una serie di soggetti, e così, in particolare:

– alle Rsa o alla Rsu;

– alle sedi territoriali delle associazioni sindacali di categoria più rappresentative a livello nazionale;

– alle "*Regioni interessate*" (con ciò intendendosi le relative Agenzie regionali per il lavoro);

– al Ministero del lavoro e delle politiche sociali;

– al Mise;

– all'Anpal.

La comunicazione può essere effettuata anche tramite l'associazione dei datori di lavoro alla quale l'impresa aderisce, come di prassi.

Tale comunicazione deve indicare:

– le ragioni della chiusura;

– il numero e i profili professionali del personale occupato;

– il termine entro cui è prevista la chiusura.

Entro 60 giorni dalla predetta comunicazione, il datore di lavoro deve elaborare un piano per contenere le ricadute occupazionali ed economiche derivanti dalla chiusura, da presentare alle rappresentanze sindacali, alle Regioni interessate ai Ministeri del lavoro e dello sviluppo economico nonché all'Anpal, il quale deve contenere:

– le azioni programmate per la salvaguardia dei livelli occupazionali e gli interventi per la gestione non traumatica dei possibili esuberi, quali il ricorso ad ammortizzatori sociali, la ricollocazione presso altro datore di lavoro e le misure di incentivo all'esodo;

– le azioni finalizzate alla rioccupazione o all'autoimpiego, quali formazione e riqualificazione professionale, anche ricorrendo ai Fondi interprofessionali;

– le prospettive di cessione dell'azienda o di rami d'azienda con finalità di continuazione dell'attività, anche mediante cessione dell'azienda, o di suoi rami, ai lavoratori o a cooperative da essi costituite;

– gli eventuali progetti di riconversione del sito produttivo, anche per finalità socio-culturali a favore del territorio interessato;

– i tempi e le modalità di attuazione delle azioni previste.

Il predetto piano deve anche avere una durata predefinita, ossia non deve superare un orizzonte temporale di 12 mesi.

Dopo aver presentato tale piano, è prevista l'apertura delle discussioni con i sindacati e le istituzioni.

La procedura che, dunque, impatta anche sulla disciplina del licenziamento collettivo di cui alla L. 223/1991, può – com'è ovvio – concludersi con il raggiungimento o meno di un accordo sindacale.

In caso di accordo sindacale, pertanto, verrà sottoscritto il piano, attraverso cui il datore di lavoro si impegna a realizzare le azioni in esso contenute nei tempi e con le modalità programmate e/o concordate con i sindacati. In tal caso, il datore di lavoro, fermo l'obbligo di comunicare mensilmente ai soggetti sopra indicati lo stato di attuazione del piano, dando evidenza del rispetto dei tempi e delle modalità di attuazione nonché dei risultati delle azioni intraprese, sarà libero di avviare la procedura di licenziamento collettivo nei termini definiti dall'accordo sindacale.

Il caso di specie

> Con decreto del 23 settembre 2022, il Tribunale di Trieste ha dichiarato l'antisindacalità della condotta posta in essere da Wartsila per non aver informato i sindacati dell'andamento occupazionale prima della comunicazione di cui all'articolo 1, comma 224, L. 234/2021, e ha condannato la società alla revoca della suddetta comunicazione e al risarcimento del danno all'immagine subito dalle organizzazioni sindacali ricorrenti.

Nel caso di specie, Wartsila avrebbe, così, di fatto esperito tale procedura, inviando una comunicazione alle OO.SS., in cui dava atto dell'imminente chiusura dell'intero stabilimento produttivo della Provincia di Trieste.

Ciononostante, con ricorso *ex* articolo 28, St. Lav., i sindacati hanno lamentato la violazione da parte della società di tutti gli ulteriori obblighi di comunicazione previsti dal Ccnl Metalmeccanica e dal contratto integrativo aziendale applicato.

Sostanzialmente, a detta del sindacato, nonostante fossero previsti diversi oneri contrattuali di comunicazione circa l'andamento dell'occupazione, la società avrebbe di punto in bianco comunicato la chiusura dello stabilimento e, quindi, preannunciato l'esubero di oltre 500 persone.

> A detta del giudice, la procedura prevista dalla L. 234/2021 non può "*assorbire*" le ulteriori consultazioni a cui la società si è obbligata contrattualmente e, pertanto, l'azienda era tenuta comunque a informare i sindacati circa l'andamento dell'attività produttiva, perché proprio in questa fase iniziale si esplica quel condizionamento virtuoso delle scelte aziendali che è la finalità ultima delle norme contrattuali relative allo sviluppo delle relazioni industriali.

Pertanto, secondo il Tribunale, sarebbe "*evidente ed eclatante*" la lesione del principio di buona fede contrattuale che deve permeare le relazioni tra datore di lavoro e sindacati, posto che questi ultimi si sarebbero ritrovati a essere avvisati a fatto compiuto, ledendo così irrimediabilmente le prerogative sindacali (che trovano, fra l'altro, il proprio riconoscimento diretto già in Costituzione).

> Secondo il giudice, infine, conseguenza di tale lesione non è soltanto la revoca della comunicazione *ex* L. 234/2021 – e, dunque, il riavvio di tutta la procedura nel cui ambito la concertazione dovrà essere "*effettiva*" – ma anche il diritto per i sindacati a essere risarciti del danno all'immagine provocato dalla società, stabilito in via equitativa in 50.000 euro per ogni sigla ricorrente.

Il comportamento datoriale, infatti, sarebbe stato particolarmente "*offensivo*", poiché i sindacati, privati di ogni funzione all'interno del processo decisionale, sarebbero risultati agli occhi dei lavoratori – e in considerazione anche dell'attenzione mediatica sulla vicenda e degli importanti riflessi occupazionali, anche dei cittadini – non in grado di rappresentare le proprie istanze.

La vicenda è, dunque, interessante non solo perché vede una delle prime applicazioni della nuova normativa (ancora non recepita né richiamata in sede di contrattazione collettiva), ma perché le conseguenze di tali violazioni, in un contesto di sempre più frequenti delocalizzazioni, divengono sempre più gravi.

D'altro canto, mentre è più comune che tali cause si risolvano con la condanna del datore di lavoro a un obbligo di fare o non fare (nel caso di specie, la revoca della comunicazione), è più raro il riconoscimento di un diritto di risarcimento del danno all'immagine del sindacato ricorrente, condanna che sta prendendo sempre più piede negli ultimi tempi dopo la sentenza n. 20819/2021 della

Cassazione (in cui, peraltro, il risarcimento in via equitativa era stato stabilito, come in questo caso, in 50.000 euro).

Conclusioni

Come spesso accade, nei momenti di crisi (aziendale ma anche generalizzata, come purtroppo è in questo momento storico) viene sempre più in rilievo la necessità di un confronto costruttivo tra le parti sociali.

Non si può nascondere che, invece, fino a oggi, pur avendo le parti sociali, sia OO.SS. che datori di lavoro, inserito nella contrattazione collettiva i diversi obblighi di informativa di cui si è detto, poi in concreto è noto che, quantomeno in Italia, sia stato sempre privilegiato un atteggiamento di "scontro" anziché di dialogo consultivo da entrambe le parti coinvolte. In un siffatto contesto, è evidente che gli obblighi informativi rischiano di rimanere solo su carta. Non è da escludere, dunque, che l'intervento normativo si ponga proprio nel solco di quel processo di implementazione delle informazioni collettive che troppo spesso è stato sottovalutato dalle parti sociali e che non possiamo più permetterci di ignorare se vogliamo far fronte alle nuove e inevitabili istanze che il mondo di lavoro ci sottopone.

Al netto del caso specifico e dei torti e delle ragioni, quindi, bisognerebbe compiere uno sforzo, sia lato sindacati che lato datoriale, verso un approccio più onesto e meno manicheistico alle trattative, al fine di raggiungere quell'obiettivo condiviso che è l'unico sostenibile sia per la forza lavoro che per l'azienda.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Dimissioni per fatti concludenti: Udine colpisce ancora (nel segno). Ma con *juicio*

Andrea Asnaghi – consulente del lavoro

Con ordinanza del 26 maggio 2022, il Tribunale di Udine torna a occuparsi delle dimissioni per fatti concludenti, in una maniera ancora più incisiva rispetto a precedenti sentenze di merito, anche dello stesso foro, con un'interessante valorizzazione giuridica della legge delega e della sua funzione ed efficacia. Le conclusioni a cui giunge la sentenza sono ampiamente condivisibili; forse, però, è ancora presto per scorgere un orientamento preciso e inequivoco che indirizzi in tal senso i comportamenti datoriali.

I fatti di causa

Il Tribunale di Udine, dopo il 2019, viene chiamato nuovamente a decidere una questione inerente alle dimissioni di fatto, cioè non formalizzate secondo quanto previsto dall'articolo 26, D.Lgs. 151/2015, sviluppando un interessante *iter* argomentativo.

Crediamo sia utile partire preventivamente da un succinto inquadramento della vicenda.

Una lavoratrice ricorre per vedere annullate le dimissioni e il provvedimento di scioglimento del rapporto di lavoro da parte del datore. La lavoratrice, assentatasi ininterrottamente e ingiustificatamente (cioè senza dare più alcuna nozione di sé all'azienda) per un lungo periodo (dal 14 dicembre del 2019 sino alla data della cessazione, avvenuta nel luglio dell'anno successivo), in questo lasso di tempo veniva sollecitata più volte dall'azienda a riprendere il lavoro, con comunicazioni formali ricevute dalla lavoratrice, ma rimaste dalla stessa completamente inesitate.

Con un'ultimativa[1] comunicazione del 12 giugno 2020 l'azienda invitava la lavoratrice a dimettersi utilizzando la procedura di legge (invio del modulo telematico) e, a fronte del mancato riscontro anche di tale missiva, comunque ricevuta dalla lavoratrice, procedeva a comunicare al Centro per l'impiego, il 6 luglio 2020, lo scioglimento del rapporto di lavoro con causale "*dimissioni*", considerando il rapporto risolto per esclusiva volontà della lavoratrice e, in ogni caso, per fatti concludenti (il "silenzio" della lavoratrice per oltre 6 mesi).

[1] Oltre all'invito a dimettersi, con allegato un modulo apposito da reinviare all'azienda, la lavoratrice veniva avvertita che, in caso di ulteriore mancanza di cenni da parte sua parte, sarebbe stata comunque considerata dimissionaria.

Contro tale decisione la lavoratrice ricorreva, eccependo (oltre a motivazioni personali asseritamente giustificanti il suo disinteresse) la mancanza di un atto formale di dimissioni e richiedendo, pertanto, la continuazione del rapporto e le relative contribuzioni e retribuzioni dalla data del ricorso e sino alla riammissione in servizio, vedendo, però, respinte le sue richieste nella sede giudiziale adita.

Una buona e ben motivata sentenza, anche se su aspetti critici

La sentenza si muove anzitutto su un'accurata ricostruzione dei fatti, con una lunga indagine sugli accadimenti e con l'ascolto delle parti e dei testi. Pertanto, come si dirà nelle considerazioni conclusive, molto è dipeso dall'atteggiarsi concreto della questione specifica desumibile dai comportamenti messi (o non messi) in atto, dal datore di lavoro ma soprattutto dalla lavoratrice.

> Il punto giuridico su cui concentrare il dibattuto caso è, tuttavia, abbastanza specifico, ed è il seguente: dopo l'articolo 26, D.Lgs. 151/2015, parlare di dimissioni per fatti concludenti è ancora possibile?

In succinta sintesi dell'evoluzione della materia[2], il Legislatore è più volte intervenuto per contrastare il fenomeno delle c.d. dimissioni in bianco con numerose norme che, ad avviso dello scrivente, hanno avuto (e hanno tuttora) come contraltare dell'iniziale buona intenzione un irrigidimento burocratico[3], che porta svantaggi e incertezze nella gestione della fase conclusiva di un rapporto, incertezze che (a ogni buon conto) a volte mettono a rischio anche il lavoratore. Da ultimo, la scrittura della norma tuttora in vigore è stata ipotizzata dalla L. 183/2014, poi scaturita nel predetto articolo 26, D.Lgs. 151/2015, e nel D.M. attuativo del 15 dicembre 2015, che hanno individuato la nota e ormai usuale pratica del modello telematico, obbligatorio per rendere le dimissioni del lavoratore dal 12 marzo 2016. In riferimento a esso, si tratta, secondo una determinata lettura, di una forma specifica individuata per legge per un determinato atto (articoli 1325 e 1350, cod. civ.). A onor del vero, la norma in questione usa un'espressione più sfumata ("*a pena di inefficacia*"), che lascerebbe spazio, secondo una differente linea interpretativa, alla possibilità che le dimissioni del lavoratore, a determinate condizioni, possano ritenersi valide anche in assenza della prevista formalizzazione telematica.

> È questo un primo argomento che il giudice friulano risolve in modo non del tutto condivisibile (non tanto nell'economia del processo qui in commento, ma come principio generale). Secondo la sentenza in commento, infatti, seguendo "*la più attenta dottrina*", le dimissioni potrebbero

[2] Per un approccio ricostruttivo: A.C. Scacco, *La tutela contro le dimissioni "in bianco": evoluzione (o involuzione?) della disciplina*, in "Working paper Adapt" n. 186/2015.
[3] Per una critica "a caldo" delle disposizioni in argomento, insieme a una loro completa disamina, sia concesso il rinvio ad A. Asnaghi, *Dimission impossible 2: dopo 8 anni ritorna il fantasma delle dimissioni telematiche*, in "La circolare di lavoro e previdenza" n. 4/2016.

essere valide "*almeno in ipotesi specifiche*" senza la formalizzazione telematica, restando "*immutata la facoltà di libero recesso prevista dall'articolo 2118*". Con un'interpretazione quasi teleologica, lo scopo della norma del 2015 disciplinerebbe, infatti, unicamente "*la sola eventualità in cui la volontà del lavoratore si concretizzi in una manifestazione istantanea*". Detto in altre parole, secondo questa linea, il fine ultimo dell'articolo 26, D.Lgs. 151/2015, sarebbe soltanto quello di arginare il fenomeno delle c.d. dimissioni in bianco, ma superato questo problema la volontà del lavoratore potrebbe anche essere desunta da un comportamento da esso tenuto nel tempo idoneo ad assicurare la genuinità del suo intento recessivo.

Il principio da sé solo può tuttavia – a ben vedere e uscendo dal caso in argomento – essere equivoco e portare pericolosamente molto lontano, perché introduce in una legge fatta male, ma (almeno) chiara, possibilità infinite di digressione. Tanto per fare un esempio, dato che è previsto che le dimissioni non telematiche siano inefficaci (ma che, secondo questa tesi, il libero recesso è sempre consentito), da quando far decorrere il preavviso di un dimissionario? Da una comunicazione semplice a cui poi segue nel tempo il modello telematico oppure dalla data di ricezione del modello telematico e non prima? Oppure, se un lavoratore smette di lavorare per un'azienda e va a lavorare per un'altra, è un chiaro sintomo di dimissioni oppure no? E se sì, dopo quanto tempo?

Quello che la norma drammaticamente "dimentica" è il principio di efficacia e di decorrenza delle dimissioni, quale atto unilaterale recettizio, tanto che già ora la possibilità di revoca delle dimissioni da parte del lavoratore nei 7 giorni successivi all'invio telematico mette il datore di lavoro in una condizione iniziale di incertezza sull'effettiva volontà del lavoratore (e quindi su cosa fare, cosa aspettarsi). Figurarsi se a questa incertezza dovessimo aggiungere anche quella di domandarsi ogni volta se il comportamento "informale" (cioè non formalizzato secondo le regole) del dipendente sia comunque idoneo o meno a manifestarne la volontà (sulla base di parametri estremamente soggettivi e valutabili caso per caso)! Con una serie di problemi collaterali, ad esempio, da quando far decorrere il mancato preavviso (non dato dal lavoratore) anche ai fini del calcolo della relativa trattenuta.

Si noti che quest'ultima questione non è stata nemmeno sfiorata nel caso sottoposto al giudice udinese: forse, comunque, per il sollievo dell'azienda dell'essersi liberata di un simile problema. La stessa ha accettato di buon grado la qualificazione del recesso operata dal magistrato quale "*risoluzione consensuale*", tuttavia, è innegabile che almeno nella fase iniziale (ma, a ben vedere, ancor peggio nel proseguo del non-rapporto) il comportamento della lavoratrice abbia rappresentato un *vulnus* per

l'azienda e per la sua organizzazione[4]. Sempre il foro di Udine era intervenuto già qualche tempo prima (sentenza n. 106/2020) su un caso analogo con un atteggiamento più *soft*, ma orientato sui danni sostenuti dal datore di lavoro, sostenendo il diritto del datore di lavoro di essere risarcito dal lavoratore per il costo del *ticket* licenziamento corrisposto all'Inps a fronte di un recesso intimato per assenza ingiustificata molto prolungata e strumentale.

La seconda argomentazione della sentenza, in parallelo con la prima, è, invece, più fondante e ripercorre la genesi del D.Lgs. 151/2015, noto anche come Decreto Semplificazioni (benché a cotanto nome non sia corrisposto analogo destino). La L. 183/2014 aveva, infatti, incaricato il Legislatore di istituire

> *"modalità semplificate per garantire data certa nonché l'autenticità della manifestazione di volontà della lavoratrice o del lavoratore in relazione alle dimissioni o alla risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, anche tenuto conto della necessità di assicurare la certezza della cessazione del rapporto nel caso di comportamento concludente in tal senso della lavoratrice o del lavoratore"* (la sottolineatura è a nostra cura ma il passaggio è stato evidenziato in tal modo anche nella sentenza).

Richiamandosi a una sentenza della Corte Costituzionale (sentenza n. 224/1990), seppur applicata a differente contesto, viene valorizzato il ruolo della legge delegante non come atto puramente formale (di mera delega, appunto), ma come processo di legiferazione ordinaria a sé stante, pertanto idoneo a porre norme efficaci costitutive dell'ordinamento giuridico e, quindi, cogenti.

Detto in altri termini, la legge delegante non si annulla nel decreto attuativo, ma rimane come statuizione concreta atta a indirizzare e a dare criteri come qualsiasi altra norma.

> Nel rapporto così delineato fra la delega e l'attuazione, nel caso dell'articolo 26, D.Lgs. 151/2015, la mancata traduzione dell'inciso (trascurato dal Legislatore delegato) che voleva assicurare "*la certezza del rapporto in caso di comportamento concludente del lavoratore*" non impedisce all'interprete di valorizzarlo[5]. D'altronde, così non fosse, l'inerzia del lavoratore a formalizzare dimissioni che di fatto sono intervenute e palesi non potrebbe portare alla soluzione di considerare valida per il datore solo l'opzione di procedere al licenziamento.

Infatti, questo esito forzato, prosegue il magistrato friulano, avrebbe anche 2 profili di dubbia costituzionalità:

[4] Stiamo, in fondo, dando un consiglio a un lavoratore che voglia liberarsi del rapporto di lavoro senza oneri di preavviso, quello di attuare comportamenti fattuali da cui ricavare se non il licenziamento quantomeno un reciproco lasciarsi per sfinimento? A ben vedere vi è più di una connessione fra dimissioni di fatto e licenziamento per giusta causa, in particolare quando il comportamento del lavoratore, anche diverso da un'assenza ingiustificata, sia artatamente posto in essere per ottenere strumentalmente il licenziamento. Si permetta, a tal proposito, il rimando alle riflessioni scaturite in una proposta normativa: A. Asnaghi, *Il licenziamento per giusta causa e le dimissioni di fatto: riflessioni e proposte a partire da un'interessante sentenza,* in "Sintesi", ottobre 2020, ove si commenta anche la sentenza del Tribunale di Udine n. 106/2020.

[5] Sull'argomento si veda C. Mogavero, *Nuova procedura delle dimissioni on line. Una diversa lettura delle norme* in "Bollettino Adapt", 15 marzo 2016.

a) con riferimento all'articolo 41, Costituzione, si limiterebbe l'autonomia e la libertà imprenditoriale, costringendo il datore di lavoro a costi (il contributo NASpI) e rischi (l'eventuale impugnazione del licenziamento e l'incardinamento di un contenzioso) per effetto della volontà del dipendente di risolvere il rapporto di lavoro (gestita dal lavoratore con astuzia o malafede);

b) con riferimento all'articolo 38, Costituzione, si porrebbero a carico della collettività risorse che, normalmente destinate a soccorrere il lavoratore involontariamente disoccupato, verrebbero ingiustamente sottratte a tale scopo sociale con l'assegnazione a un dipendente che avrebbe, invece, sollecitato strumentalmente un licenziamento (mentre il recesso sarebbe l'esito di una sua libera scelta, e, pertanto, volontario).

> Questa seconda linea argomentativa ha certamente , anche per l'apprezzabile ampiezza costituzionale, una tenuta giuridica ben più forte della prima**,** a cui però, a ben vedere, si sposa inscindibilmente: si resta**,** infatti**,** nuovamente ancorati all'incertezza (contro la certezza che il Decreto Semplificazioni avrebbe dovuto assicurare)**,** in quanto non viene definito nessun parametro o contesto (nemmeno in linea presuntiva) per valutare il comportamento concludente del lavoratore, che ancora**,** pertanto**,** sarà soggetto al mero apprezzamento giudiziale.

Se si esce da una disquisizione puramente dottrinale, per quanto apprezzabile, è, pertanto, tutt'altro che piana l'applicazione del principio delegante, che, in assenza di una scrittura più precisa ed esplicitato solo in termini generici, può trovare riscontro solo su una puntuale ricostruzione sul campo dai confini estremamente aleatori.

Conclusioni

La questione affrontata può sembrare banale o residuale, ma qualsiasi operatore sul campo sa bene essere di notevole interesse, data la sempre più frequente tendenza di diversi lavoratori ad attuare comportamenti volti a "ottenere" il licenziamento (e con esso il trattamento NASpI, che non è solo l'indennità, ma anche la corrispondente copertura previdenziale); di questi, l'assenza ingiustificata è il più ricorrente, anche se non l'unico.

Un senso di ingiustizia subita pervade, in tali casi, il datore di lavoro e chi lo assiste (spesso impotenti) e, per questo motivo, non si può che salutare con soddisfazione l'esisto della sentenza in commento.

La perspicace e condivisibile statuizione del giudice friulano non deve, però, dare la stura, a parere di chi scrive, a facili ottimismi o a cantar vittoria per il ristabilimento (dopo la mancanza palese del Legislatore delegato) di un minimo di equità e buon senso in merito alla questione qui affrontata; è,

infatti, il caso di essere particolarmente prudenti e meticolosi qualora si volesse seguire la strada dell'azienda risultata vittoriosa in giudizio[6].

È la stessa sentenza a consigliare, infatti, un approccio cauto a situazioni analoghe, sottolineando, con apprezzabile equilibrio, che (sottolineature nostre)

> *"con riferimento alla possibilità di concepire una risoluzione per fatti concludenti nell'ambito di un rapporto di lavoro… l'inerzia protratta nel tempo non è certo idonea, se isolatamente considerata, a manifestare una volontà abdicativa, dovendo tale inerzia inserirsi (…) in un contesto idoneo ad ingenerare un valido affidamento"*.

Vengono, infatti, citati precedenti di legittimità (Cassazione n. 6900/2016 e n. 8215/2019), che, in senso contrario a una possibile applicazione automatica, osservano come "*l'assenza dal lavoro ingiustificata di per sé sola non presenta il carattere della univocità tale da consentire di ravvisarvi la volontà di dimissioni*", invocando a tal fine un'indagine giudiziale "*particolarmente rigorosa in considerazione della rilevanza dell'interesse oggetto della disposizione*".

Scorrendo, infatti, nello svolgimento della sentenza, il dipanarsi dell'accaduto, è possibile rilevare l'estrema prudenza del datore di lavoro, che giunge alla conclusione del rapporto dopo circa 7 mesi(!) dall'inizio dell'assenza ingiustificata e dopo avere compiuto reiterati inviti alla lavoratrice. D'altra parte, la stessa posizione della lavoratrice, senza nulla togliere all'*iter* argomentativo e procedurale aziendale e alla limpidezza della decisione, si connota particolarmente per la più assoluta mancanza di una qualsiasi strategia processuale, risolvendosi in una marchiana e plateale confessione (e sconfessione delle richieste), laddove, a più riprese, in causa la stessa candidamente ammette *apertis verbis* di non avere avuto alcun interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro sin dall'inizio dell'assenza, iniziata e protratta proprio con la pretesa di essere prima o poi licenziata. Sia consentito osservare che nemmeno in uno di quei giochi di ruolo talvolta esercitati in qualche contesto formativo, oppure in un racconto smaccatamente didascalico, si sarebbe potuta immaginare una rappresentazione più lineare e convinta (oserei dire, quasi "macchiettistica") del disinteresse al rapporto di lavoro e della volontà di non più avervi parte. Il che, sicuramente, ha agevolato il "vincere facile" datoriale, che, a ben vedere dalle osservazioni che precedono, resta comunque tutt'altro che scontato. Senza contare il rischio che in tale lungo periodo un datore di lavoro si assume: cosa sarebbe successo se all'assenza si fossero intervallati periodi di malattia (magari giustificati dallo *stress* denunciato dalla lavoratrice per le condizioni di lavoro) oppure fosse comparsa una sapiente (e spesso strumentale) certificazione medica

[6] Si noti che, anche in sede di ripartizione delle spese processuali, le stesse vengono compensate fra le parti in ragione della "*registrata presenza, in materia, di contrasti nella giurisprudenza di merito*".

– chi opera sul campo sa bene di cosa si stia parlando – che, in ragione dello *stress* lavorativo, addebitasse all'azienda una condizione psicologica tale da ingenerare un rifiuto mentale[7] al lavoro, così forte da trascurare anche elementari doveri come la giustificazione di un'assenza? O ancora, che sarebbe successo se durante quel lungo periodo la lavoratrice avesse concepito, o adottato, un figlio, o avesse contratto matrimonio, entrando così in lunghi periodi protetti in cui le dimissioni avrebbero dovuto "*a pena di nullità*" essere convalidate e ove un licenziamento, a quel punto, avrebbe potuto connotarsi addirittura come discriminatorio?

E quelli che precedono sono solo alcuni esempi di come il cammino verso il riconoscimento di dimissioni di fatto sia arduo e costellato di rischi per l'azienda; il che, ancora una volta, porta ad accusare l'ignava (e colpevole, perché cosciente) inerzia del Legislatore del 2015, che non ha voluto dare corso alla delega ricevuta disciplinando la materia in modo da darle un indirizzo, almeno presuntivo, ma chiaro per le parti in gioco ed equilibrato dei rispettivi interessi.

Ma per i datori amanti del rischio, che scommettono di trovare almeno un equo "*giudice a Berlino*" (e una rappresentazione degli interessi di controparte altrettanto insipiente e contraddittoria come quella del caso qui commentato) tratteggiamo i punti più salienti della *road map* obbligatoria che si troveranno a perseguire:

– un apprezzabile lasso di tempo (parliamo almeno di qualche mese) di assenza ingiustificata;

– reiterati e periodici inviti a riprendere il lavoro, correttamente ricevuti dal lavoratore assente;

– un invito ultimativo, con l'avviso dell'incombenza della considerazione della volontà abdicativa del lavoratore, ancorché inespressa, ma ricavabile fattualmente;

– altri elementi che possano corroborare tale quadro astratto (dichiarazioni del lavoratore al datore a terzi, suoi comportamenti paralleli all'assenza, etc.);

– un *iter* giudiziale (o anche amministrativo, ove fosse coinvolto pure l'Inps quale decisore dell'erogazione della NASpI) più o meno controverso e faticoso.

Rispetto a quest'ultimo punto, è amara la considerazione (e il *vulnus* dell'articolo 41, Costituzione, rimane tutto intero) che, per vedere rispettato il proprio diritto di principio, l'azienda in questione (anche al di là del rischio) avrà sicuramente speso in costi processuali (e in tempo e attenzione) ben di più del *ticket* di un licenziamento, che sarebbe stato motivatissimo. Certo, in tal caso avrebbe scaricato il costo finale sulla collettività, come giustamente ha argomentato il giudice udinese; forse, per interesse di tutti, è davvero il caso di rimettere mano anche a questa norma.

[7] A un certo punto è la lavoratrice che sostiene: "*stavo girando come una trottola e non ci stavo più con la testa*".

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Il controllo esterno del lavoratore tramite agenzia investigativa: condizioni di legittimità e limiti

Evangelista Basile - avvocato – partner Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati
e Emilian Marku - avvocato - collaboratore Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

Con l'ordinanza n. 25287/2022 la Corte di Cassazione è tornata a chiarire le condizioni di legittimità dei controlli esterni sul lavoratore disposti dal datore tramite agenzia investigativa. Nel ribadire la piena legittimità dei controlli in questione, la Suprema Corte ha, però, precisato che essi non possono riguardare, in nessun caso, né l'adempimento né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore di prestare la propria opera, essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'inadempimento, all'attività lavorativa, che è sottratta a tale vigilanza.

La fattispecie concreta e l'esito del giudizio

Il caso affrontato dalla Cassazione aveva a oggetto l'impugnazione del licenziamento intimato da un istituto bancario a un suo lavoratore, la cui attività era connotata da una certa flessibilità riguardo all'orario e alla sede di svolgimento della prestazione lavorativa.

Al lavoratore in questione era stato contestato di essersi allontanato dal luogo di lavoro, durante l'orario lavorativo, per compiti estranei al suo inquadramento professionale, essendo stati registrati, mediante controlli effettuati da agenzia investigativa, incontri estranei all'area o sede di lavoro (supermercati e palestre), non connessi all'attività lavorativa, in luoghi distanti anche decine di chilometri dalla sede di lavoro.

La Corte d'Appello – confermando la decisione del giudice di prime cure – riteneva legittimi i controlli effettuati mediante agenzia investigativa, in considerazione della posizione del lavoratore, dipendente di una banca, nell'ambito di un rapporto richiedente un più rigoroso rispetto dell'obbligo di fedeltà, e dei correlati canoni di diligenza e correttezza, nonché in relazione alla circostanza che le investigazioni che avevano interessato il lavoratore erano sorte nell'ambito della più ampia indagine avente a oggetto la violazione dei permessi ai sensi dell'articolo 33, L. 104/1992, da parte di una collega con la quale il lavoratore in questione era stato ripreso più volte.

Peraltro, la Corte di merito, nel respingere l'impugnativa del lavoratore, rigettava, altresì, le sue censure circa il mancato rispetto da parte datoriale dell'obbligo di consegna – nella fase del procedimento disciplinare – della documentazione posta alla base degli addebiti elevati, mancanza che avrebbe pregiudicato, secondo la tesi del lavoratore, il suo diritto di difesa.

Avverso la sentenza della Corte territoriale il lavoratore proponeva ricorso per cassazione, lamentando, da un lato, la violazione degli articoli 2, 3 e 4, St. Lav., in relazione al controllo della prestazione lavorativa mediante agenzia investigativa esterna, dall'altro lato, dolendosi per la violazione del proprio diritto di difesa garantito dall'articolo 24, Costituzione, e articolo 7, St. Lav..

> La Suprema Corte ha accolto entrambi i profili di censura sollevati dal lavoratore e ha cassato la sentenza del Collegio di merito, in quanto esso era incorso – secondo la Cassazione – in un errore di sussunzione della fattispecie concreta nella norma astratta, poiché l'attività investigativa mediante controllo esterno, ancorché occasionata da analogo, pur legittimo, controllo nei confronti di altro dipendente, esplicandosi nell'orario di lavoro del ricorrente, cioè durante l'espletamento dell'attività lavorativa da parte sua, era finita con l'incidere direttamente e, quindi, al di fuori dei limiti consentiti, su detta attività.
>
> Per quanto riguarda, poi, il rispetto del diritto di difesa del lavoratore nel procedimento disciplinare, la Cassazione ha riconosciuto che il datore di lavoro, pur non essendo obbligato dall'articolo 7, St. Lav., a mettere a disposizione del lavoratore il materiale su cui fonda la contestazione degli addebiti, tuttavia, in esecuzione dei principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, il medesimo è tenuto a offrire all'incolpato la documentazione occorrente qualora ciò sia necessario per consentirgli un'adeguata difesa.

Il potere datoriale di controllo e vigilanza sul lavoratore: generalità

La legge non attribuisce espressamente al datore di lavoro il potere di controllare l'attività dei propri dipendenti. Ciò nonostante, si ritiene comunemente che tale potere di controllo (o di vigilanza) sia enucleabile dagli articoli 2086 e 2104, cod. civ., essendo esso correlato al potere direttivo datoriale, potere, quest'ultimo, che implica necessariamente la verifica che l'esecuzione dell'attività lavorativa sia effettuata conformemente alle modalità stabilite dal datore. Il potere di controllo datoriale non è, però, senza limiti, dovendo contemperarsi con la necessità di proteggere i beni della libertà, dignità e riservatezza del prestatore di lavoro. E, precisamente, tali limiti si rinvengono negli articoli 2-6, St. Lav.[1].

[1] La giurisprudenza della Suprema Corte ha messo in luce che le disposizioni statutarie – e segnatamente l'articolo 4 – fanno parte della complessa normativa diretta a contenere in vario modo le manifestazioni del potere organizzativo e direttivo del datore di lavoro, che, per le

L'articolo 2, St. Lav., disciplina l'attività delle guardie giurate, le quali possono essere impiegate soltanto per scopi di tutela del patrimonio aziendale, ma non possono essere adibite alla vigilanza sull'attività lavorativa e non possono accedere (se non per specifiche e motivate esigenze attinenti ai loro compiti) ai locali nei quali si svolge tale attività e durante lo svolgimento della stessa.

L'articolo 3, St. Lav., prevede, invece, che il datore di lavoro possa nominare apposito personale per vigilare sull'attività lavorativa, purché i nominativi e le mansioni specifiche di tale personale siano comunicati ai lavoratori interessati. La norma si riferisce esclusivamente ai soggetti che vengano appositamente addetti alla vigilanza, sicché essa non riguarda coloro le cui mansioni contemplino il controllo e l'organizzazione del lavoro e lo stesso datore di lavoro.

L'articolo 4, St. Lav., riscritto a opera del D.Lgs. 151/2015, regola l'impiego di impianti audiovisivi e di altri strumenti idonei al controllo a distanza dell'attività lavorativa, stabilendone le condizioni per la loro installazione e l'utilizzazione dei dati raccolti da tali strumenti.

L'articolo 5, St. Lav., stabilisce il divieto per il datore di lavoro di eseguire direttamente accertamenti sanitari sull'idoneità e sull'infermità per malattia o infortunio del lavoratore dipendente. Tali accertamenti possono effettuarsi esclusivamente tramite le strutture pubbliche preposte.

Infine, l'articolo 6, St. Lav., vieta le c.d. visite personali di controllo (perquisizioni), salvo che esse risultino indispensabili ai fini della tutela del patrimonio aziendale, in relazione alla qualità degli strumenti di lavoro, delle materie prime impiegate oppure dei prodotti aziendali.

Il controllo esterno tramite agenzia investigativa

Il reticolato normativo sopra sommariamente passato in rassegna si riferisce quasi esclusivamente ai controlli e alla vigilanza eseguibili sul luogo di lavoro nei locali aziendali o comunque nelle immediate vicinanze di esso. Ne fanno eccezione i controlli da remoto consentiti dalle moderne tecnologie, a cui fa riferimento l'articolo 4, St. Lav., e i controlli delle assenze per infermità, che può essere eseguito soltanto attraverso gli appositi servizi ispettivi.

Nessun riferimento, invece, si rinviene nella legge alle agenzie investigative e ai controlli che tramite esse il datore di lavoro può disporre sull'attività o sulla condotta del lavoratore, durante o fuori dall'orario di lavoro, nei locali aziendali o fuori da essi, in modo palese od occulto.

modalità di attuazione incidenti nella sfera della persona, si ritengono lesive della dignità e della riservatezza del lavoratore, sul presupposto – espressamente precisato nella relazione ministeriale – che la vigilanza sul lavoro, ancorché necessaria nell'organizzazione produttiva, vada mantenuta in una dimensione umana, e cioè non esasperata dall'uso di tecnologie che possono rendere la vigilanza stessa continua e anelastica, eliminando ogni zona di riservatezza e di autonomia nello svolgimento del lavoro (cfr. da ultima Cassazione n. 25732/2021).

Nonostante il silenzio della legge – e pur in presenza dei plurimi divieti e restrizioni sopra accennati al potere di controllo datoriale – la giurisprudenza della Suprema Corte ha sviluppato la categoria dei c.d. controlli difensivi, onde consentire al datore di lavoro di contrastare comportamenti illeciti del personale pregiudizievoli al patrimonio o all'immagine aziendale.

Originariamente, l'elaborazione della categoria dei poteri in questione andava incontro, principalmente, all'esigenza di consentire al datore di lavoro di tutelare il patrimonio aziendale tramite l'installazione di apparecchiature di controllo a distanza indipendentemente dalla necessità di ottenere un accordo sindacale o un'autorizzazione amministrativa, formalità, invece, prescritte dall'articolo 4, St. Lav.[2].

Ben presto, però, i c.d. controlli difensivi sono stati interpretati nel senso di comprendere (oltre alla facoltà di installare apparecchiature tecnologiche) anche il potere imprenditoriale di ricorrere alla collaborazione di soggetti esterni – come l'agenzia investigativa – per l'accertamento di atti illeciti commessi dai lavoratori, sia dentro[3] che fuori dai locali aziendali[4].

In particolare, per quanto riguarda i controlli esterni disposti tramite agenzia investigativa, si segnalano nella prassi i seguenti casi, la cui legittimità è già stata più volte ribadita dalla Suprema Corte:

– per verificare l'eventuale svolgimento da parte del lavoratore di prestazioni lavorative a favore di terzi concorrenti[5];

– per accertare circostanze di fatto atte a dimostrare l'insussistenza della malattia o la sua non idoneità a determinare uno stato di incapacità lavorativa[6];

[2] Si veda, *ex multis*, Cassazione n. 13266/2018: "*In tema di controlli a distanza, esulano dall'ambito di applicazione dell'articolo 4, comma 2, St. Lav. (nel testo anteriore alle modifiche di cui all'art. 23, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2015) e non richiedono l'osservanza delle garanzie ivi previste, i controlli difensivi da parte del datore se diretti ad accertare comportamenti illeciti e lesivi del patrimonio e dell'immagine aziendale, tanto più se disposti "ex post", ossia dopo l'attuazione del comportamento in addebito, così da prescindere dalla mera sorveglianza sull'esecuzione della prestazione lavorativa*".

[3] Cfr. Cassazione n. 13789/2011, che ha ritenuto la legittimità dei controlli svolti tramite agenzia investigativa volti all'accertamento di comportamenti illeciti del lavoratore benché realizzati nel corso di espletamento delle mansioni. Nello stesso senso, già Cassazione n. 9167/2003).

[4] È stato, infatti, precisato anche di recente (cfr. Cassazione n. 15094/2018) che gli articoli 2 e 3, St. Lav. – i quali delimitano, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, in coerenza con disposizioni e principi costituzionali, la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei propri interessi, e cioè per scopi di tutela del patrimonio aziendale (articolo 2) e di vigilanza dell'attività lavorativa (articolo 3) –, non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti (come, nella specie, un'agenzia investigativa) diversi dalla guardie particolari giurate per la tutela del patrimonio aziendale, né, rispettivamente, di controllare l'adempimento delle prestazioni lavorative e, quindi, di accertare mancanze specifiche dei dipendenti, ai sensi degli articoli 2086 e 2104, cod. civ., direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica.

[5] Cassazione n. 14383/2000: "*La prestazione d'opera del lavoratore subordinato a favore di terzi concorrenti costituisce violazione dell'obbligo di fedeltà, che è irrilevante sotto il profilo penale se compiuta fuori del normale orario di lavoro, mentre integra gli estremi del delitto di truffa se è esercitata, da parte di un soggetto che lucra la retribuzione fingendo di svolgere il lavoro che gli è stato affidato, durante l'orario in cui dovrebbe svolgersi la prestazione concordata. Ne consegue che, ove sorga il dubbio che un dipendente incaricato di mansioni da espletare al di fuori dei locali dell'azienda in realtà si renda responsabile di un comportamento illecito di tal genere, è giustificato il ricorso alla collaborazione di investigatori privati per verifiche al riguardo, dato che queste non sono rivolte ad accertare la diligenza del dipendente nello svolgimento dell'attività lavorative potendo, in dette circostanze, il datore di lavoro avvalersi dell'opera di dipendenti di un'agenzia investigativa*". Più recentemente, nello stesso senso, Cassazione n. 12810/2017.

[6] Cassazione n. 18507/2016.

– per accertare lo svolgimento da parte del lavoratore durante la malattia di altra attività – lavorative o non – atte a pregiudicare o ritardare la guarigione e quindi la ripresa del lavoro[7];

– per accertare l'indebita fruizione da parte del lavoratore di vari permessi previsti dalla legge o dal contratto collettivo (permessi *ex* articolo 33, L. 104/1992, permessi sindacali, etc.)[8].

Nell'ammettere la possibilità dei c.d. controlli difensivi, anche esterni e occulti, disposti tramite agenzie investigative, la giurisprudenza della Cassazione ha, però, stabilito alcune condizioni di legittimità, il mancato rispetto delle quali determina l'inutilizzabilità del materiale illecitamente raccolto, nonché – ove previsto – altre sanzioni di natura civile, amministrativa e penale.

> Tali condizioni di liceità, che devono essere tutte cumulativamente presenti, sono le seguenti:
> 1. il controllo datoriale deve avere la finalità di accertare determinati atti o comportamenti illeciti – civili, amministrativi o penali – del lavoratore;
> 2. gli atti o i comportamenti in questione devono essere lesivi del patrimonio o dell'immagine aziendale;
> 3. il controllo dev'essere disposto *ex post*, ossia dopo l'attuazione del comportamento illecito o anche laddove vi sia un sospetto o la mera ipotesi che atti illeciti siano in corso di esecuzione;
> 4. il controllo non può mai riguardare l'attività lavorativa, il suo adempimento o inadempimento.

Conclusioni

Con l'ordinanza n. 25287/2022 qui in commento la Suprema Corte ha pienamente confermato l'indirizzo giurisprudenziale formatosi in materia di controlli esterni occulti eseguiti tramite agenzia investigativa: quindi, se da un lato ha ribadito le condizioni di liceità al ricorso del controllo in questione, dall'altro lato ha disposto l'annullamento della sentenza d'appello proprio perché nel caso concreto – secondo l'accertamento del fatto compiuto dal giudice di merito – mancava una delle condizioni legittimanti, ossia si era in presenza di un controllo che si era tradotto nella mera verifica circa il corretto adempimento della prestazione lavorativa, in assenza di qualsiasi altro illecito (anche solo sospettato) di natura civile, penale o amministrativa.

Il fatto che i controlli in questione fossero stati disposti originariamente nei confronti di un lavoratore per verificare il corretto utilizzo da parte di questi dei permessi *ex* articolo 33, L. 104/1992 – e che tali controlli fossero, quindi, pienamente leciti –, non è valso a salvare i dati raccolti, preterintenzionalmente, sullo svolgimento della prestazione lavorativa di altro dipendente.

[7] Cassazione n. 17514/2018.
[8] Cassazione n. 4984/2014 e n. 9749/2016.

Sempre in tema di indagine svolte tramite agenzia investigativa, appare importante anche l'altra questione – sopra riferita – risolta dalla decisione in commento e vertente sul diritto d'accesso del lavoratore al materiale informativo raccolto dalle agenzie investigative. Il datore di lavoro, dopo la contestazione dell'illecito disciplinare la cui scoperta è stata resa possibile proprio dalle indagini dell'agenzia incaricata, dovrà valutare attentamente le richieste e le esigenze di difesa del lavoratore e, se del caso, dovrà mettere a disposizione di questi la documentazione occorrente (e, quindi, eventualmente, anche il materiale raccolto dall'agenzia) per la sua adeguata difesa.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Licenziamento per superamento del periodo di comporto: un'interessante sentenza della Cassazione

Elisa Vecchini – avvocato

In tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto, è necessario che il limite stabilito dalla contrattazione collettiva sia effettivamente decorso, dovendosi ritenere nullo quello intimato antecedentemente. Il rifiuto alla concessione delle ferie dev'essere motivato da esigenze aziendali inderogabili e inconciliabili con le esigenze del lavoratore.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 23764/2022

La sentenza n. 23674/2022, seppure nella sua brevità, conferma alcuni principi in tema di licenziamento per superamento del periodo di comporto già oggetto di esame da parte delle Sezioni Unite.

In particolare, origina la pronuncia in commento il caso di una lavoratrice che, nell'intento di evitare il superamento del periodo di comporto, chiedeva al datore di lavoro di poter fruire di un periodo di ferie. L'azienda ne rigettava la richiesta e, a fronte del perdurare dell'assenza, licenziava la collaboratrice l'ultimo giorno del periodo di comporto, precisando che l'estromissione avrebbe avuto decorrenza dal giorno successivo.

In primo grado il Tribunale dichiarava l'illegittimità del licenziamento operato dall'azienda, non sulla scorta dell'erroneità del conteggio effettuato del periodo di comporto, bensì in rapporto alla negazione del periodo di ferie.

A fronte dell'impugnazione del provvedimento da parte dell'azienda, la Corte d'Appello riformava la sentenza di primo grado in relazione all'inesistenza di una manifesta volontà della dipendente di chiedere un periodo di ferie.

Riteneva il Collegio, pertanto, superata e assorbita ogni altra questione – tra cui il conteggio dei giorni utili ai fini della maturazione del comporto – e confermava la bontà dell'azione datoriale, con conseguente pronuncia di legittimità del licenziamento.

Ricorreva in Cassazione la lavoratrice, ritenendo erroneo l'assunto contenuto nella sentenza della Corte d'Appello in relazione al conteggio del periodo di comporto; in parallelo, la dipendente ribadiva di aver chiesto chiaramente di fruire di un periodo di ferie.

La Suprema Corte, discostandosi dalle precedenti pronunce circa l'*iter* logico-giuridico seguito per motivare il proprio convincimento, valutava l'operato aziendale, focalizzando l'attenzione su un elemento che il giudice di prime cure, prima, e il Collegio, poi, avevano esaminato solo superficialmente: la data dell'invio della lettera di licenziamento in rapporto al superamento (o meno) del periodo di comporto.

Nella sentenza, esordivano i giudicanti evidenziando che:

> *"È pacifico tra le parti ... che l'ultimo giorno del periodo di comporto della ricorrente era il 22 marzo 2016 e che il licenziamento veniva irrogato il 22 marzo 2016 con decorrenza 23 marzo 2016".*

La Suprema Corte tralasciava, in prima battuta, l'esame della richiesta del periodo di ferie, concentrando l'attenzione, appunto, sul giorno di invio della lettera di licenziamento.

Alla luce di ciò richiamava i principi già espressi dalle Sezioni Unite.

> Con un rimando alla sentenza n. 12568/2018 delle Sezioni Unite, la Cassazione confermava che il licenziamento per superamento del periodo di comporto deve considerarsi nullo qualora sia intimato solo per il protrarsi delle assenze dal lavoro, ma prima ancora che il comporto risulti scaduto.

Nel caso di specie, l'azienda aveva provveduto a licenziare la dipendente senza attendere il superamento del periodo di comporto.

> La Cassazione, sulla scorta dell'orientamento maggioritario, dichiarava nullo il provvedimento assunto e sanciva il diritto della lavoratrice alle tutele previste dall'articolo 18, St. Lav..

Quando s'intende maturato il periodo di comporto: l'esame di Cassazione SS.UU. n. 12568/2018

Seppur breve, nel testo della sentenza in commento, si ravvisano importanti spunti di riflessione, tra i quali appare prioritario verificare – secondo la ricostruzione degli accadimenti evidenziata dai giudici di legittimità – il momento nel quale si debba considerare maturato il periodo di comporto e, quindi, sia possibile effettuare il licenziamento.

A tal proposito soccorre il contenuto della sentenza n. 12568/2018 delle Sezioni Unite della Cassazione, che definisce i confini relativi al momento di maturazione del periodo di comporto.

> *"Ammettere come valido (sebbene momentaneamente inefficace) il licenziamento intimato ancor prima che le assenze del lavoratore abbiano esaurito il periodo massimo di comporto significherebbe*

> *consentire un licenziamento che, all'atto della sua intimazione, è ancora sprovvisto di giusta causa o giustificato motivo e non è sussumibile in altra fattispecie legittimante. …*
> *Sarebbe – questo – un modo per aggirare l'interpretazione … dell'articolo 2110, comma 2, cod. civ. e di ignorare la ratio, che è cioè quella di garantire al lavoratore un ragionevole arco temporale di assenza per malattia od infortunio senza per ciò solo perdere l'occupazione".*

Le affermazioni della Corte non lasciano spazio circa l'eventualità di inviare una lettera di licenziamento prima che il periodo di comporto stabilito dalla contrattazione collettiva sia decorso, neppure quando effettuato l'ultimo giorno del comporto.

Ciò nonostante, ritengo sia necessario approfondire ulteriormente.

> È opportuno interrogarsi sul significato di "*all'atto della sua intimazione*" contenuto nella sentenza, cercando di individuare se tale accezione debba valutarsi in rapporto al momento dell'invio della comunicazione o alla sua ricezione.

Il licenziamento è un atto unilaterale recettizio, produce, infatti, i suoi effetti nel momento in cui avviene il ricevimento da parte del destinatario (per una giurisprudenza costante si richiama quanto dedotto dalla Cassazione n. 8136/2017).

Sembrerebbe, così, che il decorso del periodo di comporto debba considerarsi compiuto nel momento del ricevimento della lettera (o della disponibilità al ritiro della stessa). Ma così non è.

Nel caso del superamento del periodo di comporto è determinante valutare 2 distinti momenti di "formazione" del licenziamento: quello che rende applicabile la fattispecie (e quindi il superamento del limite specificato dal Ccnl o dagli usi) e quello a partire dal quale il dipendente debba considerarsi estromesso dell'azienda.

Così come implicitamente si rileva nella sentenza delle Sezioni Unite:

> *"L'opzione ermeneutica della mera inefficacia non può suffragarsi neppure adducendo che, ad ogni modo, la fattispecie legittimante il recetto (vale a dire il superamento del periodo di comporto) si potrebbe realizzare successivamente: a ciò è agevole obiettare che i requisiti di validità del negozio vanno valutati al momento in cui viene posto in essere … e non già al momento della produzione degli effetti".*

> Alla luce di quanto espresso, si ribadisce che il limite per il comporto stabilito dalla contrattazione collettiva deve già essere effettivamente superato al momento dell'invio della lettera di licenziamento, risultando, quindi, ininfluente la data successiva indicata per la decorrenza dello stesso, che, invero, determinerà unicamente il giorno dell'effettiva estromissione.

Volendo esprimere il concetto in altre parole: il superamento del comporto costituisce una situazione autonomamente giustificatrice del recesso, che deve, perciò, esistere già anteriormente alla comunicazione dello stesso, per legittimare il datore di lavoro al compimento di questo atto, ove di esso costituisca il solo motivo (Cassazione n. 9869/1991, n. 12031/1999 e n. 24525/2014).

Superamento del periodo di comporto: tempestività

Seppure non espressamente richiamata nella sentenza in commento, vale la pena proporre una breve digressione, sempre afferente al tema del periodo di comporto, relativa alla tempestività del licenziamento.

Se, infatti, si è visto come il datore di lavoro non possa procedere all'estromissione del dipendente prima del compimento del periodo stabilito dalla contrattazione collettiva, in parallelo è altrettanto determinante che l'imprenditore valuti tempestivamente (dopo il superamento) se continuare a utilizzare la prestazione del lavoratore.

Sul punto l'interpretazione giurisprudenziale ha colmato la lacuna legislativa che, contrariamente al periodo di conservazione del posto di lavoro, non pone, invece, alcun limite temporale (dopo il decorrere del periodo di comporto) per comminare il licenziamento.

La tesi più accreditata mira (come spesso accade) al bilanciamento dei contrapposti interessi: quello del datore di lavoro a non procrastinare oltre misura il diritto all'ottenimento di una prestazione da parte del collaboratore e quello del lavoratore alla tutela del bene primario della salute.

> *"Il requisito di tempestività non può risolversi in un dato cronologico fisso e predeterminato, ma costituisce oggetto di una valutazione di congruità, non sindacabile in cassazione ove adeguatamente motivata, che il giudice di merito deve operare caso per caso, con riferimento all'intero contesto delle circostanze significative. Sarà il lavoratore invece a dover provare che l'intervallo temporale tra il superamento del periodo di comporto e la comunicazione di recesso ha superato i limiti di adeguatezza e ragionevolezza, sì da far ritenere la sussistenza di una volontà tacita del datore di lavoro di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto. A differenza del licenziamento disciplinare, che postula l'immediatezza del recesso a garanzia della pienezza del diritto di difesa all'incolpato, del licenziamento per superamento del periodo di comporto per malattia, l'interesse del lavoratore alla certezza della vicenda contrattuale va contemperato con quello del datore di lavoro a disporre di un ragionevole "spatium deliberandi", in cui valutare convenientemente la sequenza di episodi morbosi del lavoratore, ai fini di una prognosi di sostenibilità delle sue assenze in rapporto agli interessi aziendali. In tale caso, il giudizio sulla tempestività del recesso non può conseguire alla rigida*

applicazione di criteri cronologici prestabiliti, ma costituisce valutazione di congruità che il giudice deve compiere caso per caso, apprezzando ogni circostanza al riguardo significativa (cfr. Cass. 12/10/2018 n. 25535 e anche Cass. 28/03/2011 n. 7037).

Nel caso in esame il giudice di appello ha dato conto con chiarezza delle ragioni per le quali il tempo trascorso tra il formale compimento del periodo di comporto ed il licenziamento non era significativo di una volontà tacita, manifestata per fatti concludenti, di rinunciare alla facoltà di recedere dal rapporto ma era piuttosto finalizzata a verificare in concreto l'esistenza di margini residui di persistente utilizzabilità della prestazione con un equilibrato bilanciamento dei concorrenti interessi delle parti … Né il datore di lavoro, in mancanza di un obbligo contrattuale in tal senso, era tenuto a comunicare al lavoratore l'approssimarsi del compimento del comporto ovvero ad indicare strumenti alternativi all'assenza per malattia. (Cass. Civ. n. 18960 del 11.09.2020)".

La giurisprudenza, nella sentenza richiamata e in altre di analogo filone interpretativo, suddivide ulteriormente, ai fini della corretta valutazione della tempestività del licenziamento, tra estromissioni effettuate in costanza di malattia (nelle quali il datore di lavoro, a fronte del superamento del comporto e del perdurare della malattia, decide di rinunciare alla prestazione del dipendente) e quelle effettuate al momento del rientro in azienda (seppure dopo il compimento del superamento del comporto).

Nel primo caso ci si trova di fronte a un datore di lavoro che, ignaro dei motivi della lunga malattia ai sensi dell'articolo 5, St. Lav. (a meno che non si verifichi la situazione già descritta nella sentenza del Tribunale di Milano del 2 maggio 2022 relativa a malattia invalidante), non ha l'imminenza di poter utilizzare l'opera del dipendente.

In detta situazione numerose pronunce consentono al datore di lavoro un maggiore lasso temporale, dopo il superamento del comporto, per riflettere circa l'opportunità di attendere il termine della malattia per il ritorno/licenziamento del dipendente; il requisito di tempestività viene, quindi, interpretato con una maggiore flessibilità, proprio per consentire all'imprenditore di essere certo dell'inutilizzabilità della prestazione del dipendente (Cassazione n. 24899/2011 e n. 18411/2016).

Il *favor*, in questo caso, diventa di entrambi, consentendo al lavoratore di incrementare le proprie assenze giustificate e al datore di lavoro di non vedersi recriminata la mancata tempestività del licenziamento.

In altri termini, il datore di lavoro che attende un ulteriore mese dopo il superamento del comporto per licenziare il dipendente che perdura nello stato morbigeno non è tacciato di aver manifestato per fatti concludenti la volontarietà di mantenimento dell'occupazione, considerato

> che la sua attesa potrebbe, invero, ascriversi a verificare se effettivamente il dipendente sarebbe presto rientrato.

Nel secondo caso, quello del dipendente che supera il periodo di comporto ma che rientra poco dopo per svolgere la prestazione, la giurisprudenza impone al datore di lavoro una valutazione più stringente, onerandolo di decidere entro pochi giorni se licenziare il lavoratore o continuare a utilizzare la sua prestazione.

La *ratio* di una tempestività così perentoria risiede nel diritto del collaboratore alla certezza della propria posizione giuridica, evitando di illudersi in una situazione solo apparentemente definita.

Conseguenze del licenziamento intimato prima del superamento del comporto: nullità

Come già espresso, la Suprema Corte sentenziava la nullità del licenziamento intimato dall'azienda, sulla scorta delle considerazioni già formulate dalle Sezioni Unite in rapporto al disposto dell'articolo 2110, cod. civ., in combinato all'articolo 1418, cod. civ.:

L'imperatività di una norma discende dalla valutazione circa l'impatto della stessa relativamente alla salvaguardia dei valori morali o sociali propri di un dato ordinamento giuridico, da ricondursi al rispetto dei precetti costituzionalmente sanciti.

Ora, la *ratio* dell'articolo 2110, cod. civ., è quella di tutelare i contrapposti diritti alla libera iniziativa economica dell'imprenditore e, di più, alla tutela della salute del prestatore di cui all'articolo 32, Costituzione.

In conseguenza di ciò, la salute non può dirsi adeguatamente protetta se non con la previsione di un tempo minimo entro il quale il lavoratore, ammalatosi o infortunatosi, può avvalersi delle opportune terapie senza il timore di perdere, nelle more, il proprio posto di lavoro.

Per tale motivo, non paiono, quindi, esservi dubbi che il caso oggi esaminato debba essere annoverato tra quelli per cui sia prevista, in caso di licenziamento, la nullità.

Né è impedita a tale sussunzione l'assegnazione della tutela per la violazione dell'articolo 2110, comma 2, cod. civ., all'articolo 18, comma 7 anziché nel comma 1 (ove sono richiamate le altre ipotesi di nullità previste dalla legge), L. 300/1970 (come novellato *ex* L. 92/2012), con conseguente applicazione del regime reintegratorio attenuato anziché pieno.

Ci ricordano le Sezioni Unite che:

> *"Infatti, in considerazione d'un minor giudizio di riprovazione dell'atto assunto in violazione di norma imperativa, ben può il Legislatore graduare diversamente il rimedio ripristinatorio pur in presenza della medesima sanzione di nullità, di guisa che la citata previsione del comma 7 dell'articolo 18 si pone*

come norma speciale rispetto a quella generale contenuta, nel comma 1 là dove si parla di altri casi di nullità previsti dalla legge".

C'è, tuttavia, chi non manca di sottolineare come solo le fattispecie descritte dall'articolo 18, comma 1, St. Lav., siano suscettibili di applicazione generalizzata a tutte le aziende, indipendentemente dal requisito dimensionale; ciò, invece, non accadrebbe per il comma 7 (e, quindi, anche nel caso del superamento del periodo di comporto), che non sembrerebbe possibile adottare al di fuori dei rigidi limiti del numero dei dipendenti impiegati (superiore a 15).

Anche in questo caso l'orientamento costante della Suprema Corte contribuisce a dipanare ogni dubbio. Secondo tale indirizzo, l'articolo 8, L. 604/1966, disciplinerebbe unicamente conseguenze del licenziamento illegittimo perché intimato in difetto di giusta causa o giustificato motivo e solo in queste situazioni si applicherebbe la tutela c.d. obbligatoria.

Pertanto, alla luce di tale orientamento, che ci si sente di condividere, in caso di licenziamento intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, cod. civ., da datore di lavoro privo dei requisiti occupazionali, è escluso che gli effetti del licenziamento dichiarato nullo, perché intimato in mancanza del superamento del periodo di comporto, siano regolati, in via di estensione analogica, dalla disciplina dettata dall'articolo 8, L. 604/1966, che riguarda esclusivamente la diversa ipotesi dell'annullamento del licenziamento intimato senza giusta causa o giustificato motivo (Cassazione n. 27334/2022 e dello stesso avviso Cassazione n. 19661/2019).

La scelta di applicare, nel caso del superamento del periodo di comporto, la nullità e le conseguenze della c.d. tutela reintegratoria attenuata anche per il datore di lavoro privo dei requisiti occupazionali di cui all'articolo 18, St. Lav., sono, quindi, il frutto di un'operazione di *favor* verso il datore di lavoro.

La collocazione della disciplina del licenziamento intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, cod. civ., nel comma 7, anziché nel comma 1, dell'articolo 18, St. Lav., non implica l'attribuzione della sola "illegittimità" del recesso (con conseguente annullabilità), ma è espressione della scelta di sanzionare con minor rigore il licenziamento in esame, attraverso una "norma speciale rispetto a quella generale contenuta nel comma 1".

Infatti, il licenziamento in violazione dell'articolo 2110, cod. civ., pur rientrando tra gli "altri casi di nullità previsti dalla legge" di cui al comma 1, è inserito nel comma 7 soltanto al fine di applicare una tutela meno rigorosa, quale è la tutela reintegratoria attenuata.

"La commistione, all'interno del comma 7, di fattispecie di licenziamento nullo e di licenziamento annullabile e l'espresso rinvio alla disciplina di cui al comma 4, relativa alla annullabilità del

> *licenziamento, non intaccano la natura giuridica del vizio del recesso per mancato superamento del comporto che deve ritenersi comunque incluso nella previsione dell'articolo 18, comma 1, eccetto che per il rimedio individuato, invero, nei comma 7 e 4*" (Cassazione n. 27334/2022).

La rilevanza degli interessi contrapposti nell'ambito del licenziamento per superamento del comporto impone, per quanto già espresso, una valutazione di nullità e non solamente di annullabilità e, per tale motivo, diventa trascurabile il criterio del numero dei dipendenti, che, se può giustificare livelli diversi di tutela in ipotesi di licenziamento annullabile, non può legittimare una diversificazione delle conseguenze del licenziamento nullo.

Rinnovazione del licenziamento

La perentorietà, in caso di palesi violazioni delle prescrizioni dell'articolo 2110, cod. civ., di pronuncia di nullità del licenziamento, non contrasta, invero, con la possibilità di rinnovazione del licenziamento. Se, infatti, alla nullità consegue il ripristino del rapporto di lavoro *tanquam non esset*, l'azienda, al superamento effettivo del comporto – come, ad esempio, nel caso esaminato –, ben potrebbe procedere con l'avvio di una nuova procedura di licenziamento.

La pronuncia delle Sezioni Unite viene in supporto anche di tale evenienza.

> *"Infatti, all'interno della stessa giurisprudenza che afferma la nullità - e non la mera inefficacia - del licenziamento intimato prima che il periodo di comporto si sia esaurito, emerge altresì la statuizione che consente il rinnovo dell'atto di recesso una volta che sopraggiunga la scadenza del temine massimo di comporto, atteso che il nuovo licenziamento, risolvendosi in un negozio diverso dal precedente, esula dal divieto di cui all'articolo 1423 cod. civ. (cfr. Cass. civ. n. 24525/14, "che è norma diretta ad impedire la sanatoria di un negozio nullo con effetto ex tunc e non a comprimere la libertà delle parti di reiterare la manifestazione della propria autonomia negoziale")".*

La rinnovazione del licenziamento nullo viene consentita, infatti, non solo nel caso del mancato superamento del periodo di comporto, ma è stata statuita anche nell'ambito disciplinare quando ciò avvenga per un vizio di forma e purché nel nuovo atto siano adottate tutte le modalità prescritte, quand'anche in base agli stessi motivi sostanziali determinativi del precedente recesso (Cassazione n. 23641/2006 e n. 6773/2013).

Richiesta di ferie

Nella sentenza in commento la Suprema Corte, soffermandosi al difetto *ab origine* del licenziamento, non esaminava l'esistenza o meno della richiesta di ferie da parte della lavoratrice nonché l'eventuale correttezza del diniego datoriale. Sennonché, proprio perché dette considerazioni erano state oggetto dei precedenti giudizi, appare interessante approfondirle.

Accade, spesso, che il lavoratore, per ovviare al superamento del periodo di comporto, stante l'imminenza della cessazione dell'effetto morbigeno o per l'approssimarsi dell'azzeramento del periodo (per l'inizio di un nuovo anno solare, nei casi in cui il Ccnl lo preveda), chieda all'azienda di poter fruire di un periodo di ferie.

Sul punto, la giurisprudenza, sempre nell'ottica di contemperamento delle diverse esigenze, ha avuto un indirizzo costante nel considerare determinanti le ragioni a fondamento dell'eventuale diniego aziendale:

> *"Secondo il più recente indirizzo di legittimità, dovendo ritenersi prevalente l'interesse del lavoratore alla prosecuzione del rapporto, Cass. 11 maggio 2000, n. 6043, Cass. 17 febbraio 2000, n. 1774; Cass. 26 ottobre 1999, n. 12031, Cass. 15 dicembre 2008 n. 29317, Cass. 3 marzo 2009 n. 5078, questi ha la facoltà di sostituire alla malattia a fruizione delle ferie, maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, gravando quindi sul datore di lavoro, cui è generalmente riservato il diritto di scelta del tempo delle ferie, dimostrare - ove sia stato investito di tale richiesta - di aver tenuto conto, nell'assumere la relativa decisione, del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza dei periodo di comporto. (Cass. civ. n. 19062 del 14.09.2020)".*

O, ancora:

> *"È stato osservato che in tali casi non sarebbe, invero, costituzionalmente corretto precludere il diritto alle ferie in ragione delle condizioni psico-fisiche inidonee al loro pieno godimento - non potendo operare, a causa della probabile perdita del posto di lavoro conseguente al superamento del comporto, il criterio della sospensione delle stesse e del loro spostamento al termine della malattia - perché si renderebbe così impossibile la effettiva fruizione delle ferie e che spetti, poi, al datore di lavoro, cui è generalmente riservato il diritto di scelta del tempo delle ferie, dimostrare - ove sia stato investito di tale richiesta - di aver tenuto conto, nell'assumere la relativa decisione, del rilevante e fondamentale interesse del lavoratore ad evitare in tal modo la possibile perdita del posto di lavoro per scadenza del periodo di comporto (cfr. Cass. 5078/2009 cit. e, nello stesso senso, Cass. 9 aprile 2003 n. 5521). È*

stato evidenziato, altresì, che un tale obbligo del datore non è configurabile solo allorquando il lavoratore possa usufruire di altre regolamentazioni legali o contrattuali che gli consentano di evitare la risoluzione del rapporto per superamento del periodo di comporto, e in particolare del collocamento in aspettativa, ancorché non retribuita (Cass. 8 novembre 2000 n. 14490).

Tale aggravamento dell'onere probatorio non è in linea con le finalità evidenziate dalla giurisprudenza di legittimità richiamata, che valorizza anche in tale ambito gli "obblighi di buona fede e correttezza" cui sono tenute le parti, obblighi che trovano la relativa formulazione positiva nell'articolo 1175 cod. civ., a tenore del quale "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza" ed un ulteriore supporto nel successivo articolo 1375 cod. civ., ove si sancisce che "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede". Nel caso concreto, il giudice d'appello, pur dando atto correttamente che non esisteva nessuna norma che imponesse l'accoglimento delle ferie - rimesse ad una vantazione discrezionale del datore di lavoro chiamato a bilanciare esigenze contrapposte -, non ha, tuttavia, considerato che, al fine di evitare il licenziamento, e quindi la perdita del posto di lavoro, fonte di reddito per il T. e la sua famiglia, l'ordinamento, in ossequio alle clausole generali della correttezza di buona, fede e correttezza, avrebbe imposto alla società di venire incontro alla richiesta del lavoratore, una volta ponderati i contrapposti interessi. Sotto quest'ultimo profilo, la Corte d'appello non ha proceduto in modo congruo a valutare se il comportamento della società fosse stato improntato all'applicazione del criterio del bilanciamento, ritenendo, in modo assorbente, che la necessità di esplicitazione delle esigenze aziendali ostative alla fruizione delle ferie residue fosse conseguenza unicamente di una specifica contestazione del lavoratore, nella specie non avanzata dall'interessato. (Cass. civ. n. 14471 del 7.06.2013)".

L'orientamento della Suprema Corte, che impone e obbliga il datore di lavoro che rifiuta la concessione delle ferie a motivare in che misura abbia contemperato le opposte esigenze delle parti, nell'ottica del mantenimento del posto di lavoro e della profittabilità d'impresa, non appare, tuttavia, più unicamente applicabile al caso del superamento del periodo di comporto.

Si sottolinea come, infatti, con la recente ordinanza n. 24977/2022, la Cassazione abbia ritenuto preponderante, nell'ambito della concessione di un periodo di ferie c.d. ordinarie, porre attenzione anche alle esigenze del lavoratore.

Nella pronuncia, si trova la conferma che l'esatta determinazione del periodo feriale (presupponendo una valutazione comparativa di diverse esigenze) spetta unicamente all'imprenditore, mentre al lavoratore compete soltanto la mera facoltà di indicare il periodo entro il quale intende fruire del riposo annuale. Ma - e qui è la novità - la scelta datoriale

> dev'essere espressa entro limiti temporali congrui, che consentano veramente al lavoratore di ottenere il soddisfacimento del beneficio del recupero delle energie psicofisiche che le ferie consentono.

Considerazioni conclusive

Il caso esaminato ha offerto lo spunto per tornare a comprendere come, nei rapporti di lavoro, i principi di buona fede e correttezza debbano essere prioritari per il datore di lavoro nella valutazione delle possibili soluzioni per il licenziamento (o meno) di un dipendente.

La giurisprudenza, dal canto suo, sempre più aggancia l'applicazione dei principi giuridici al necessario bilanciamento delle esigenze imprenditoriali con quelle dei lavoratori e, in particolare, con il diritto al lavoro (e quindi all'occupazione) costituzionalmente sancito.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Opportunità di sottoscrivere polizze assicurative a tutela del datore di lavoro – parte I

Cesare A. Mussi – avvocato – *associate* Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

Qualsiasi impresa è soggetta a una moltitudine di rischi interni ed esterni: pertanto, è quantomai opportuno per il datore di lavoro sottoscrivere polizze assicurative nel mondo del lavoro, in un'ottica di bilanciamento tra costi e benefici.
Con il presente contributo, volto a ricostruire i fondamenti del contratto di assicurazione, si dà il via a un approfondimento monografico in tre puntate sul tema.

Il contratto di assicurazione

Qualsiasi individuo potrebbe legittimamente interrogarsi sull'opportunità o meno di sottoscrivere polizze assicurative a propria tutela. A maggior ragione, l'interrogativo potrebbe divenire più pressante per coloro che svolgono attività d'impresa, spinti dalla necessità di comprendere su cosa e come assicurarsi.

La soluzione di tale problema passa inizialmente dalla comprensione di cosa sia l'assicurazione.

Con questo contratto, una parte (assicuratore), verso il pagamento di una somma, detta premio, si obbliga a rivalere l'assicurato, entro i limiti convenuti, del danno da esso prodotto da un sinistro (ad esempio, l'incendio di un immobile), ovvero a pagare un capitale o una rendita al verificarsi di un evento attinente alla vita umana (ad esempio, morte di una persona), ovvero a risarcire a terzi il danno che dovrebbe essere risarcito dall'assicurato (il danno provocato dal proprio dipendente).

Il contratto di assicurazione è disciplinato dal Titolo III, Capo XX, cod. civ., articolo 1882 ss.; appartiene alla categoria dei contrati aleatori, la sua causa è il trasferimento di un'alea economica.

Il rischio costituisce il suo elemento essenziale. Tuttavia, l'assicuratore non può procurarsi in autonomia le notizie necessarie per la stima del rischio e deve rimettersi alla lealtà dell'altro contraente. Pertanto, l'inesistenza del rischio è causa di nullità del contratto, la sua cessazione dà luogo allo scioglimento del contratto stesso, la sua inesatta conoscenza da parte dell'assicuratore costituisce causa di annullamento del contratto o di risoluzione o di rettifica.

Il contratto di assicurazione costituisce un atto di previdenza per l'assicurato e un'operazione economica per l'impresa di assicurazione: il rischio viene trasferito dalla sfera dell'assicurato all'assicuratore, il quale potrà farvi fronte. Quest'ultimo, infatti, si trova in una posizione di miglior favore rispetto all'assicurato: il calcolo delle probabilità gli consente si ripartire sull'ammontare complessivo dei premi incassati dall'insieme di tutti gli assicurati esposti al medesimo rischio l'onere dei sinistri che si realizzano, nonché di cercare di ricavarne un lucro.

Al momento della stipulazione del contratto di assicurazione, che richiede la forma scritta *ad probationem*, l'assicuratore è obbligato a rilasciare al contraente un documento: la polizza, che contiene (alla stessa vengono allegate) clausole contrattuali a stampa (ossia le condizioni generali di contratto), ragione per cui l'assicurazione viene anche considerata un contratto per adesione.

> Il nostro Legislatore offre una prima distinzione tra i contratti di assicurazione. Per quanto rileva in questa sede, si ricordano l'assicurazione contro i danni e quella della responsabilità civile.
> La prima trasferisce all'assicuratore, dietro pagamento del premio, il rischio connesso ai danni subiti da cose o, più in generale, da diritti patrimoniali dell'assicurato, con il pagamento dell'indennità prevista. È il caso dell'assicurazione contro i furti e gli incendi in azienda.
> Con la seconda si obbliga a tenere indenne l'assicurato di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione, deve pagare a un terzo, in dipendenza della responsabilità dedotta nel contratto. È il caso dei danni provocati ai terzi dai dipendenti.

All'interno dell'assicurazione per la responsabilità civile, molto spesso vengono inserite clausole c.d. *claims made*, che prevedono che l'assicuratore tenga indenne l'assicurato dalle pretese risarcitorie di terzi pervenute durante il tempo di vigenza del contratto di assicurazione. La conseguenza, pertanto, è che l'assicurazione opera anche se il fatto dannoso sia stato commesso prima della conclusione del contratto, ma non copre i danni conseguenti a fatti commessi durante la vigenza del contratto se la richiesta del danneggiato dovesse pervenire successivamente. Si è a lungo dibattuto sulla nullità ipotetica di tali clausole; le Sezioni Unite ne hanno, però, confermato la validità (sentenza n. 9140/2016)[1].

[1] Al riguardo si veda, però, quanto di più di recente affermato dalla Cassazione a SS.UU. nella sentenza n. 22437/2018, in Resp. civ. e prev., 1, 2019, con nota critica di G. Miotto, *Per le Sezioni Unite la Claims made è (sempre stata) «atipica», ma …*, che ha ritenuto come la clausola in questione (pure se conforme al modello legislativo, nei casi di assicurazione obbligatoria) debba essere sottoposta a un esame di validità riguardante la sua "*conformazione genetica*", con riferimento alla sua adeguatezza a soddisfare l'interesse dell'assicurato *ex* articolo 2, Costituzione e della clausola generale di buonafede, ma anche la fase delle trattative precontrattuali (obblighi informativi dell'assicuratore) e quella dell'esecuzione del contratto (clausole di recesso in caso di sinistro). Un orientamento, da ultimo confermato da Cassazione n. 12981/2022, che – secondo alcuna dottrina – rischia di far venire meno la distinzione tra regole di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto, confondendone la causa con l'oggetto e riducendo indebitamente l'autonomia contrattuale.

> Ad oggi, visto che la tendenza delle compagnie è sempre quella di inserire clausole *claims made*, per evitare periodi di "scopertura" assicurativa è consigliabile per le aziende prevedere l'inserimento nella polizza di clausole c.d. di ultrattività della polizza, tali da estendere l'efficacia della stessa oltre un certo periodo, creando una sequenza di coperture assicurative senza soluzione di continuità.

Nei contratti di assicurazione vige il principio indennitario, in base al quale l'assicuratore è tenuto a indennizzare chi ha sofferto il danno. Il principio indennitario previene la degenerazione funzionale del contratto, che si avrebbe se all'assicurato fosse concesso di sfruttare l'occasione di trarre indebiti profitti dalla copertura assicurativa, oppure qualora egli avesse l'incentivo a favorire (se non a cagionare) l'accadimento coperto dalla garanzia prestata dall'impresa di assicurazioni.

Nella negoziazione tra le parti quasi sempre accade che vengano inserite nel contratto specifiche clausole di esonero. Per esempio, sono considerate valide le clausole di esonero di taluni rischi o di una parte del danno fino a un certo ammontare (c.d. franchigia semplice) ovvero di abbattimento fisso in ogni caso (c.d. franchigia assoluta). Si tratta di clausole che non limitano la responsabilità, ma l'oggetto del contratto e, in tal senso, non violano l'articolo 1229, cod. civ., e non possono essere considerate vessatorie.

Tra i patti *ad hoc* che le parti hanno facoltà di concordare, preordinati a limitare l'indennizzo, vi è anche la clausola di scoperto obbligatorio, con cui si stabilisce che una porzione del danno (pari, ad esempio, al 10%) debba essere necessariamente sopportata dall'assicurato.

L'obbligo dell'assicuratore non è mai illimitato, ma contenuto nei limiti di un importo stabilito dal contratto: il c.d. massimale, che a sua volta è determinato in funzione dell'entità del rischio e dell'ammontare del premio pagato.

Le diverse tipologie di contratto di assicurazione sono soggette a una disciplina loro propria, e subiscono un'ulteriore scrematura in relazione alle diverse esigenze che possono manifestarsi sul mercato.

Siccome il contratto di assicurazione è incentrato sul principio indennitario, l'indennità che dovrà essere corrisposta non potrà superare il danno; per tale ragione le parti possono pattuire per iscritto (con forma *ad substantiam*) la c.d. polizza stimata con cui al momento della conclusione del contratto viene concordato il valore delle cose assicurate. Tuttavia, può talvolta accadere che le parti possano pattuire l'indennizzabilità non solo del danno emergente (come accade di regola), ma anche del lucro cessante, ossia il c.d. profitto sperato. Oppure i contraenti possono concludere un'assicurazione con la c.d. clausola di valore a nuovo, in base alla quale l'assicuratore è tenuto a versare a titolo di indennità una

somma necessaria per riacquistare sul mercato la cosa perita o danneggiata a seguito del sinistro, indipendentemente dal valore che la stessa aveva a quel momento. Sussiste anche l'ipotesi della sottoassicurazione, se il valore assicurato fosse inferiore a quello reale per accordo intervenuto tra le parti al momento della stipula del contratto ovvero perché successivamente il valore della cosa assicurata è aumentato. Le parti possono, però, limitare gli effetti di questa soluzione contrattuale stipulando la c.d. assicurazione a primo rischio, che prevede il pagamento di un'indennità corrispondente all'effettivo danno subito, ma entro un tetto massimo predeterminato, sicché l'eventuale eccedenza resterà a carico dell'assicurato, a meno che egli abbia deciso di fronteggiare il rischio stipulando un'assicurazione di secondo rischio: questa pattuizione viene soprattutto raggiunta quando l'assicurato ritiene altamente probabile il verificarsi sinistri soltanto parziali (ad esempio, è possibile prevedere che sia suscettibile di depredazione unicamente una parte delle cose esistenti: soltanto i mezzi di trasporto dell'azienda).

Esistono anche limiti legali o contrattuali all'indennizzo. Si pensi, ad esempio, ai casi in cui l'assicuratore non è obbligato per i danni determinati da terremoti, guerre, insurrezioni o tumulti popolari, terrorismo, e così via. Un'ipotesi particolare di limitazione si ha in caso di coassicurazione, quando la medesima assicurazione o l'assicurazione di rischi relativi alla stessa cosa viene ripartita tra più assicuratori per quote determinate: in tal caso, l'assicuratore è tenuto al pagamento dell'indennità assicurata soltanto in proporzione alla rispettiva quota. Diversa ancora è la c.d. assicurazione cumulativa o plurima, che l'assicurato contrae presso diversi assicuratori con riguardo allo stesso interesse ovvero contro un medesimo rischio, senza alcun accordo tra i vari assicuratori e, quindi, senza nessuna previa divisione convenzionale tra gli stessi del rischio in quote: in questo caso l'assicurato è obbligato a dare avviso di tutte le assicurazioni a ciascun assicuratore.

Senza dubbio, accanto alle ipotesi assicurative poc'anzi indicate, che potremmo considerare come assicurazioni di carattere privatistico, si pongono le c.d. assicurazioni sociali, che hanno natura pubblicistica, in quanto obbligatorie e regolate tipicamente dalle leggi speciali senza nessuno spazio per l'autonomia privata. Tali assicurazioni sono alla base del complesso sistema previdenziale che assicura i lavoratori dipendenti contro la morte, l'invalidità, gli infortuni sul lavoro e garantisce loro una pensione. Ciò non implica, però, che anche il datore di lavoro possa rivolgersi al mercato assicurativo privato per tutelarsi contro il verificarsi di questi eventi, anche solo sotto il profilo del danno differenziale (si veda *infra*).

Surrogazione dell'assicuratore

La surrogazione dell'assicuratore si verifica dopo il pagamento dell'indennità. A norma dell'articolo 1916, cod. civ., l'assicuratore il quale abbia pagato l'indennizzo assicurato è surrogato nei diritti di quest'ultimo contro il terzo responsabile dell'evento dannoso entro il limite dell'indennità pagata.

Il diritto di surrogazione si prefigge lo scopo di impedire il cumulo nello stesso soggetto (assicurato) della pretesa risarcitoria verso il terzo responsabile e del diritto all'indennizzo nei confronti dell'impresa assicurativa. Insomma, il fine è quello di porre un argine alla moltiplicazione delle pretese patrimoniali (risarcitorie o indennitarie) correlate all'unico fatto generatore del danno.

La surroga dell'assicuratore nei diritti dell'assicurato verso il responsabile comporta l'acquisto a titolo derivativo di tali diritti nel medesimo stato (con lo stesso contenuto e gli identici limiti).

> L'articolo 1916, comma 4, cod. civ., stabilisce espressamente che le disposizioni sul diritto di surrogazione dell'assicuratore si applichino anche alle assicurazioni contro gli infortuni sul lavoro e contro le disgrazie accidentali. Il datore di lavoro potrebbe richiedere alla propria compagnia di assicurazione di essere tenuto indenne da questa particolare azione di rivalsa prevista *ex lege*.

Il rischio d'impresa

Si è visto che il rischio è al centro dell'intera vicenda assicurativa, rappresentandone l'elemento essenziale e imprescindibile.

> Il rischio d'impresa non coincide con il rischio assicurativo. Tali figure potranno divenire tra loro sovrapponibili se e soltanto se l'imprenditore e datore di lavoro decida di assicurarsi per far fronte alle evenienze negative prodotte dal concretizzarsi di quel particolare rischio dell'impresa.

Ogni imprenditore, nell'esercizio della propria attività, compie determinate scelte: non esiste un'azienda senza rischi, ma è anche vero che non tutti i rischi possono essere porsi sullo stesso piano; eppure, l'imprenditore deve essere in grado di tenere conto di tutti questi fattori.

Innanzitutto, occorre distinguere tra rischi positivi (o speculativi) e rischi negativi (o puri). Nel primo caso il rischio fa riferimento a tutti i fattori che sono in grado di far crescere il valore di un'impresa: il lancio di un nuovo prodotto o l'ingresso di una nuova azienda sul mercato. Nel secondo caso, il rischio è connesso a fattori ed eventuali imprevisti che possono incidere sul valore dell'impresa: è il caso degli infortuni sul lavoro o degli incendi della struttura aziendale.

Al di fuori di questo primo approccio – per così dire – statico, se ne affaccia un altro dinamico, forse più rilevante, strettamente connaturato alla vita dell'impresa, che consente di enucleare ulteriori categorie di rischi.

Il rischio operativo ha origine nei processi, nelle procedure e nei sistemi di un'organizzazione, che hanno un impatto potenzialmente significativo; questo riguarda i sistemi informativi, il settore amministrazione e finanza, la produzione, le risorse umane, e via dicendo.

I rischi di *compliance* sono connessi al mancato rispetto di leggi, normative e regolamenti che possono portare all'imposizione di sanzioni, multe, revoche di autorizzazioni e anche, eventualmente, alla sospensione dell'attività. Il peso specifico di tale rischio è direttamente proporzionale alla crescente regolamentazione dei vari settori e ambiti di vita di un'azienda, in ambito sia pubblico sia privato. Al fine di prevenire la violazione di tali assetti normativi e, quindi, il compimento di atti o lo svolgimento di attività illeciti, l'impresa – a prescindere dalle sue dimensioni e natura – dovrà predisporre un presidio per osservare l'adempimento alla normativa vigente e alla vigilanza sulle potenziali conseguenze in caso di sua violazione.

Il rischio finanziario è legato a quei fattori che traggono origine nella finanza aziendale e che sono sostanzialmente correlati alla disponibilità finanziaria: il rischio di credito, legato alla possibilità che una controparte non rispetti gli obblighi di pagamento contrattualmente assunti; il rischio di mercato, connesso alle perdite dovute a movimenti sfavorevoli dei prezzi che influenzano l'intero mercato finanziario (variazione dei prezzi delle materie prime, tassi di cambio, tassi di interesse e titoli azionari); il rischio di liquidità, legato all'incapacità dell'azienda di rispettare le scadenze di pagamento.

Infine, i rischi strategici impediscono all'azienda di raggiungere i profitti preventivati e diminuiscono il valore dell'azienda; sono generalmente legati al tipo di *business* e mercato in cui l'azienda opera; quello prevalente è dato dalla concentrazione del portafogli clienti o fornitori.

La mappatura dei rischi aziendali[2]

> Per poter determinare quali siano i rischi potenziali e concreti a cui un'impresa va incontro nell'esercizio della propria attività, occorre:
>
> 1. individuare le tipologie di rischio (positivo o negativo) che colpiscono l'azienda;
> 2. circoscrivere il rischio specifico (operativo, finanziario, e così via) al fine di individuare le azioni di prevenzione e contenimento più opportune;

[2] Cfr. la ricostruzione svolta da Assolombarda "*Monografia Assicurazioni – Dal rischio alla sua copertura*", consultabile sul sito *internet*: https://www.assolombarda.it/servizi/credito-finanza-e-incentivi/monografie/monografia-assicurazioni-dal-rischio-alla-sua-copertura.

> 3. individuare quali rischi debbano essere gestiti in modo prioritario.

Tale attività dovrebbe essere costante e, soprattutto, mirata a offrire una fotografia dei processi aziendali, delle loro interazioni, del loro sviluppo; divenendo, cioè, utile e funzionale a prevenire la loro concretizzazione e/o avveramento. In questi termini, si parla della c.d. mappatura del rischio aziendale. Tale attività deve intendersi, però, preliminare e propedeutica alla conclusione di un contratto di assicurazione: si pone solo a valle di un percorso che ha visto a monte la preventiva individuazione dei rischi.

> La polizza non previene il rischio, ma offre un sostegno, una copertura appunto, contro gli eventuali danni causati all'azienda da eventi di natura accidentale sia sotto il profilo del capitale economico-finanziario sia di quello umano.

Qualsiasi impresa dovrebbe mirare a sfruttare le opportunità di *business* per favorirne l'aumento in futuro o proteggere quello creato dal rischio di perdite patrimoniali. Nessuna azienda e nessun datore di lavoro, a prescindere dal settore produttivo di cui fa parte, dovrebbero ritenersi immuni da rischi legati alla propria produzione e all'ambiente lavorativo.

Senza ombra di dubbio, l'ambiente lavorativo è contrassegnato da 2 ipotesi prevalenti di rischio legati alla persona del lavoratore: tutti quei casi in cui questi può subire nell'ambiente di lavoro o a causa del lavoro, oppure provocare un danno a terzi. Ebbene riguardo a queste ipotesi non sembra peregrino poter sostenere che stipulare un contratto di assicurazione che protegga il datore di lavoro imprenditore contro il verificarsi di questi eventi, pur non essendo obbligatorio, sia quantomai necessario.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Organizzarsi bene, organizzarsi meglio: la responsabilità amministrativa degli enti *ex* D.Lgs. 231/2001 sussiste anche se il vantaggio è minimo

Roberta Zanino - avvocato

Nel caso di infortunio sul lavoro, sempre più spesso il PM tenta di dimostrare la responsabilità amministrativa dell'ente ex D.Lgs. 231/2001. Vediamo quali sono gli elementi essenziali perché si configuri tale responsabilità e analizziamo le possibili difese. Attenzione: non basta sostenere che il vantaggio per l'ente è assai contenuto. Sul punto, vediamo cos'ha ritenuto la Suprema Corte.

Premessa

Le persone giuridiche, le società e le associazioni anche prive di personalità giuridica possono essere chiamate a rispondere a titolo di illecito amministrativo qualora le persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale, nonché le persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso o i preposti, commettano reati consistenti in omicidio colposo e lesioni colpose gravi e gravissime commessi con violazione delle norme antinfortunistiche, a vantaggio o nell'interesse dell'ente.

Questo è quanto è previsto dal combinato disposto degli articoli 5 e 25-*septies*, D.Lgs. 231/2001.

> L'ente non risponde per un fatto altrui, bensì per un fatto proprio e colpevole, la cui responsabilità è stata definita come una vera e propria responsabilità da colpa di organizzazione. Essa è caratterizzata da malfunzionamento della struttura organizzativa dell'ente, la quale dovrebbe essere volta, mediante adeguati modelli, a prevenire la commissione del reato presupposto.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno affermato che, in tema di responsabilità da reato degli enti, la colpa di organizzazione, da intendersi in senso normativo, è fondata sul rimprovero derivante dall'inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele, organizzative e gestionali,

necessarie a prevenire la commissione dei reati previsti tra quelli idonei a fondare la responsabilità del soggetto collettivo, dovendo tali accorgimenti essere consacrati in un documento che individui i rischi e delinei le misure atte a contrastarli.

Ma esaminiamo ora in cosa consistono l'interesse o il vantaggio per l'ente che fondano la violazione amministrativa in presenza di un infortunio sul lavoro.

L'interesse e il vantaggio per l'ente. Differenze

L'interesse ricorre quando la persona fisica, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha consapevolmente agito allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica; ciò accade, ad esempio, quando la mancata adozione delle cautele antinfortunistiche risulti essere l'esito di una scelta finalisticamente orientata a risparmiare sui costi d'impresa: pur non volendo il verificarsi dell'infortunio, l'autore del reato viola consapevolmente la normativa cautelare allo scopo di soddisfare un interesse dell'ente, ad esempio far ottenere alla società un risparmio sui costi in materia di prevenzione, oppure interesse a mantenere i rapporti lavorativi/contrattuali, come committente o come appaltatore, con soggetti privi dei requisiti relativi alla sicurezza, ma che permettono di ottenere maggiori ricavi.

> L'interesse è un criterio soggettivo, il quale rappresenta l'intento del reo di portare un beneficio all'ente mediante la commissione del reato. Per questo, l'interesse è indagabile solamente *ex ante* ed è del tutto irrilevante che si sia o meno realizzato il profitto sperato. Ebbene, è evidente che, nei reati colposi d'evento, affinché l'interesse per l'ente sussista, sarà certamente necessaria la consapevolezza della violazione delle norme antinfortunistiche, in quanto è proprio da tale violazione che la persona fisica ritiene di poter trarre un beneficio economico per l'ente (vale a dire un risparmio di spesa).

L'interesse può sussistere anche in relazione a una trasgressione isolata, dovuta a un'iniziativa estemporanea, senza la necessità di provare la natura sistematica delle violazioni antinfortunistiche, allorché altre evidenze fattuali dimostrino il collegamento finalistico tra la violazione e l'interesse dell'ente.

> Il vantaggio ricorre, invece, quando la persona fisica, agendo per conto dell'ente, pur non volendo il verificarsi dell'evento morte o lesioni del lavoratore, ha violato sistematicamente le norme prevenzionistiche, e, dunque ha realizzato una politica d'impresa disattenta alla materia della sicurezza sul lavoro, consentendo una riduzione dei costi e un contenimento della spesa con conseguente massimizzazione del profitto. Esso è un criterio oggettivo, legato all'effettiva

> realizzazione di un profitto in capo all'ente quale conseguenza della commissione del reato. Per questo dev'essere analizzato, a differenza dell'interesse, *ex post*.

In tale schema, marcatamente obiettivo, non è necessario che il reo abbia volontariamente violato le regole cautelari al fine di risparmiare, in quanto la mancanza di tale volontà rappresenta la sostanziale differenza rispetto all'interesse, ma solamente che risulti integrata la violazione delle regole cautelari contestate. Il vantaggio può consistere nel risparmio di risorse economiche conseguente alla mancata predisposizione dei procedimenti e dei presidi di sicurezza o nell'incremento economico conseguente all'incremento della produttività non ostacolata dal rispetto della normativa prevenzionale. Così il vantaggio per la società può consistere nella mancata fornitura di un'adeguata preparazione professionale. In tal caso, infatti, vi è un risparmio dell'ente, che non deve sostenere costi aggiuntivi per i corsi e per le relative giornate non lavorate, con la conseguenza di immettere nell'attività produttiva lavoratori non adeguatamente formati e allertati delle possibili insidie che il luogo di lavoro può sempre presentare.

La Cassazione ha ritenuto sussistente il vantaggio nel caso in cui nessun modello organizzativo era stato adottato ed efficacemente attuato dagli organi dirigenti della società idoneo a prevenire reati della specie di quello che si era verificato. Proprio la mancanza della previsione del rischio specifico, di idonee istruzioni e di disposizioni precise agli operai sulla corretta gestione da seguire per eliminare l'inconveniente che ricorreva frequentemente nel ciclo produttivo, la mancata formazione e istruzione del lavoratore, in uno con il sistema dell'insufflazione ad aria compressa, utilizzato di fatto dai lavoratori mediante una prassi avallata da lungo tempo, aveva portato a un risparmio di spesa e un minor dispendio dei tempi di esecuzione oltre che dei materiali rispetto alla procedura corretta, la c.d. canottatura, che implicava il taglio delle forcine di rame otturate, con conseguente necessità di procedere di nuovo alla saldatura (Cassazione, sentenza n. 48779/2019. In senso analogo Cassazione, sentenza n. 30231/2021).

> Perciò l'interesse richiede la consapevolezza, da parte del reo, di violare una norma antinfortunistica e la volontà di assicurare un vantaggio per l'ente, essendo, invece, irrilevante che l'ente ottenga effettivamente un beneficio.
> Il vantaggio, invece, non richiede la volontà da parte del reo di violare una norma antinfortunistica per assicurare un beneficio all'ente, ma è necessario che l'ente consegua in concreto il beneficio.

Un risparmio di modesto valore esclude la responsabilità dell'ente?

Va esente da responsabilità l'ente ove il vantaggio economico sia minimo, in quanto il risparmio di spesa si rilevi modesto rispetto agli investimenti effettuati dall'azienda in materia antinfortunistica?

La risposta fornita dalla giurisprudenza è in senso negativo.

La Corte di Cassazione ha ritenuto che un risparmio di spesa pari a 1.860 euro (pari al costo della griglia di sicurezza la cui mancanza aveva comportato le lesioni personali patite dal lavoratore), a fronte dell'investimento di oltre 100.000 euro a tutela della sicurezza dei lavoratori, non costituisse un vantaggio irrisorio (Cassazione, sentenza n. 33976/2022).

> Infatti, a parere della Suprema Corte, l'esiguità del risparmio può rilevare per escludere il profilo dell'interesse e/o del vantaggio, e, quindi, la responsabilità dell'ente, soltanto ove la violazione si collochi in un contesto di generale osservanza da parte dell'impresa delle disposizioni in materia di sicurezza.

Ma perché ciò possa sostenersi è pur sempre necessario che la violazione non insista su un'area di rischio di rilievo, perché diversamente risulta impraticabile sostenere l'assenza della colpa di organizzazione, rispetto a una violazione di una regola cautelare essenziale per il buon funzionamento del sistema di sicurezza.

Nel caso di specie la violazione riguardava la mancata apposizione della griglia su una grossa vasca di raccolta dell'uva funzionale all'attività dell'ente, consistente nella lavorazione dell'uva al fine della successiva commercializzazione dei relativi prodotti.

Inoltre, l'addebito era giustificato non soltanto dall'oggettivo risparmio di spesa pari a 1.860 euro, ma anche dalla politica antinfortunistica carente, dalla riduzione dei costi per gli oneri di consulenza necessari per un adeguato modello organizzativo e per il risparmio dovuto all'omessa attività di formazione e informazione dei lavoratori, compresi quelli stagionali come la persona offesa.

> In altri termini, è risultata accertata la prevalenza delle esigenze della produzione e del profitto su quelle dalla tutela dei lavoratori, quale conseguenza delle cautele omesse.

Da qui la rilevanza dell'addebito di "organizzazione" e la dimostrazione del collegamento oggettivo della condotta del reo e il vantaggio, pur patrimonialmente esiguo, per l'ente, che giustificano l'addebito.

> Perciò, attenzione: il modico valore del risparmio ricercato o ottenuto non esonera l'ente da responsabilità ove la violazione riguardi un'area di rischio relativa a un settore di rilievo (e cioè attinente al *core business*) e sia accompagnata da un contesto di generale inosservanza di norme antinfortunistiche.

Il mancato rispetto del DVR e le sue conseguenze

Occorre, poi, fare molta attenzione ai casi in cui le cautele sono previste nel DVR (documento di valutazione del rischio) ma non vengono poste in essere. In tal senso illuminante è la pronuncia della Corte di Cassazione n. 13218/2022.

Nel caso di specie, un lavoratore si era infortunato mentre operava con un muletto in un piazzale privo di segnaletica stradale orizzontale. Il DVR prevedeva espressamente la realizzazione di una segnaletica orizzontale volta a delimitare l'area adibita alla movimentazione dei mezzi, ma questa misura di prevenzione, che lo stesso datore di lavoro aveva individuato come doverosa, non era mai stata attuata, se non in epoca successiva all'infortunio.

Le modalità organizzative adottate dal datore di lavoro, in particolare la scelta di non predisporre segnaletica orizzontale in un piazzale nel quale erano accumulate grandi quantità di merci e vi erano numerosi spostamenti in contemporanea di uomini e mezzi, erano sicuramente molto meno dispendiose e finalizzate, quindi, a un risparmio di spesa.

A fronte di quanto emerso, risultava del tutto irrilevante che il risparmio fosse stato "*esiguo*" se raffrontato alle spese che ordinariamente la società sosteneva per la manutenzione (documentate dalle schede contabili prodotte dal difensore dell'ente).

Infatti, il "risparmio" per l'impresa, nel quale si concretizza il criterio di imputazione oggettiva rappresentato dall'interesse, può consistere anche nella sola riduzione dei tempi di lavorazione (in tal senso anche Cassazione n. 3299/2022) e un tale risparmio si può realizzare anche consentendo lo spostamento simultaneo di uomini e mezzi senza delimitare le rispettive aree di azione.

La Corte di Cassazione ha ritenuto non applicabile il principio secondo il quale, ove il giudice accerti l'esiguità del risparmio di spesa derivante dall'omissione delle cautele dovute, per poter affermare che il reato è stato realizzato nell'interesse dell'ente, è necessaria la prova dell'oggettiva prevalenza delle esigenze della produzione e del profitto su quelle della tutela dei lavoratori. Infatti, posto che tale principio, come già sopra ricordato, può operare soltanto in un contesto di generale osservanza da parte dell'impresa delle disposizioni in materia di sicurezza del lavoro e in mancanza di altra prova che la persona fisica, omettendo di adottare determinate cautele, abbia agito proprio allo scopo di conseguire un'utilità per la persona giuridica, non può trovare applicazione laddove, come nel caso di specie, quel rischio sia stato valutato esistente dallo stesso datore di lavoro, e le misure per prevenirlo, indicate nel DVR, siano state poi consapevolmente disattese per un lungo periodo di tempo.

Così, ancora, in un caso in cui un lavoratore in quota si era sganciato dalla linea vita e, dopo essere scivolato sulla tavola in legno predisposta per il camminamento, era precipitato in mancanza di idonee

protezioni collettive, la Cassazione ha rigettato il ricorso dell'ente che lamentava che la sentenza impugnata avrebbe omesso di indicare in che cosa sarebbe consistito il "*risparmio*" conseguito dalla società, non provvedendo a collocare la rete sotto la falda ove si era prodotto l'infortunio.

A parere della difesa la sentenza non avrebbe tenuto in considerazione che le reti erano state utilizzate per lo svolgimento dei lavori in altre parti del medesimo capannone e che, quindi, erano a disposizione, non essendo state posizionate in quel luogo solo perché ciò non era possibile. Nessun vantaggio o interesse poteva dirsi perseguito dalla società, anche perché aveva a disposizione gli strumenti di protezione collettivi, non utilizzabili in quel frangente, e aveva fornito ai lavoratori quelli individuali, peraltro curando l'informazione, la formazione e l'addestramento dei dipendenti.

La Cassazione ha osservato che, nel caso di specie, sussisteva la non occasionalità dell'omissione di tutele, posto che non solo non era stata collocata la rete anticaduta, ma erano mancati financo presidi individuali idonei, tanto che anche le cinture di sicurezza si erano dimostrate inadeguate (senza il doppio cordino) e che, anziché predisporre camminamenti con tavole ponte, era stata utilizzata una sola tavola per tutta la copertura, dalla quale, poi, era caduta la persona offesa. La sottovalutazione sistematica dei rischi era un chiaro sintomo di scelte imprenditoriali volte a ottenere risparmi sui costi a dispetto degli obblighi di sicurezza gravanti sull'imprenditore a tutela della salute dei lavoratori.

In altri termini, ancora una volta, proprio la considerazione da parte dell'impresa della necessità dell'apposizione della rete anticaduta (posta in altri punti del capannone) e, peraltro, la sua mancanza laddove era scivolato il lavoratore, dimostravano la prevalenza delle esigenze della produzione e del profitto su quelle della tutela dei lavoratori.

Occorre, quindi, segnalare che anche laddove i presidi collettivi e individuali siano presenti e conformi alla normativa che ne regola le caratteristiche e i lavoratori siano stati correttamente formati, ma poi le lavorazioni in concreto si svolgano senza prevedere l'applicazione e il controllo dell'utilizzo degli strumenti in dotazione, al fine di conseguire il risultato di una riduzione dei tempi, si realizza quell'intento di far perseguire alla persona giuridica un'utilità, descritto dalla norma incriminatrice, come interesse (Cassazione, sentenza n. 16598/2019).

> Perciò l'omessa adozione di misure di sicurezza indicate nel DVR costituisce, di per sé, prova dell'interesse o vantaggio economico conseguito dall'ente e giustifica l'irrogazione della sanzione.

Il rispetto di un DVR il più possibile completo

La redazione di un DVR il più possibile completo e aggiornato e il suo rispetto rendono più agevole dimostrare la mancata responsabilità dell'ente in caso di infortunio.

In un'altra fattispecie analizzata dalla Suprema Corte si trattava di un infortunio occorso a un dipendente urtato da un muletto. La responsabilità del datore di lavoro era stata riconosciuta in quanto le lesioni erano state ritenute conseguenti alla mancata organizzazione di una viabilità sicura regolamentata con cartellonistica e segnaletica orizzontale, separando le corsie di marcia, indicando i luoghi di stoccaggio e le corsie destinate ai carrelli elevatori e ai pedoni, nonché le aree di manovra dei mezzi. Il giudice del merito aveva ritenuto sussistente il vantaggio.

La società impugnava la sentenza di merito nella parte in cui aveva ritenuto ravvisabile un risparmio della spesa con riferimento alla consulenza necessaria a colmare la carenza del modello organizzativo, lamentando l'omessa considerazione del fatto che la società si era avvalsa di una consulenza per redigere il DVR, nel quale erano stati contemplati il rischio di investimento dei pedoni nel piazzale e le misure per prevenirlo, da cui era desumibile che la mancata previsione delle diverse misure indicate dagli ispettori dell'Asl non aveva determinato alcun risparmio di spesa.

La sentenza era parimenti contestata nella parte in cui aveva ritenuto in modo apodittico che la mancata predisposizione delle cautele avesse velocizzato i tempi e i ritmi del processo produttivo. Con il medesimo atto di appello la sussistenza del requisito del vantaggio era stata, inoltre, contestata sotto il profilo dell'omessa considerazione che la politica della società era stata sempre improntata a estremo rigore nel settore della sicurezza e del rispetto della normativa antinfortunistica, dato, questo, desumibile anche dal fatto che all'autista del muletto era stata impartita una formazione specifica per la guida di tali mezzi.

La Corte di Cassazione ha accolto il ricorso, ritenendo che la sentenza non avesse adeguatamente motivato la ritenuta sussistenza del vantaggio derivato all'ente dall'omessa previsione e adozione delle cautele ritenute dovute, sotto il profilo dell'asserito risparmio di spesa, non avendo dato conto né delle ragioni per le quali, nonostante il ricorso da parte della società a un consulente per la predisposizione del DUVRI (nel quale erano stati contemplati il rischio di investimento dei pedoni nel piazzale e le misure per prevenirlo), la previsione della misura omessa avrebbe comportato una spesa ulteriore, stante il compenso comunque corrisposto al consulente, né dei costi per l'esecuzione delle misure omesse, considerato il loro limitato importo.

Quanto all'accelerazione dei tempi e ritmi del ciclo produttivo derivanti dalla mancata adozione della cautela dovuta, il giudice del merito si era limitato a rilevare che tale misura avrebbe comportato un

percorso obbligato per i carrelli elevatori, tale da non consentire loro "*di optare per il tragitto nell'immediato più breve, ma meno sicuro per l'incolumità delle persone*", facendo implicitamente ricorso all'applicazione di una massima di esperienza secondo cui un percorso obbligato è comunemente più lungo di un percorso "*libero*", ma senza fornire alcuna indicazione in ordine all'entità della riduzione dei tempi di lavorazione connessa all'omessa adozione della cautela (Cassazione, sentenza n. 22256/2021).

> Perciò la redazione e il rispetto di un DVR il più possibile esaustivo e la formazione del personale rendono difficile per l'accusa dimostrare la presenza di un vantaggio per l'ente in caso di infortunio.

Regime della prova ed esimenti di responsabilità

> Il regime probatorio si declina in modo differente a seconda che il reato presupposto sia stato commesso da un soggetto in posizione apicale o da un soggetto in posizione subordinata (ad esempio preposto).

Nel primo caso, infatti, l'ente, per potere andare esente da responsabilità, deve dimostrare di avere adottato e attuato, prima della commissione del reato, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenirlo e di avere vigilato per il loro rispetto e che il reato è stato commesso dal soggetto in posizione apicale, in quanto lo stesso ha eluso fraudolentemente i controlli previsti dal modello organizzativo (cfr. articolo 6, D.Lgs. 231/2001, in combinato disposto con l'articolo 30, D.Lgs. 81/2008). Per dimostrare l'elusione fraudolenta è necessario disporre di documentazione dalla quale risulti che, nel corso del tempo, sono stati effettuati controlli e non si sono mai riscontrate non conformità e che, pertanto, il modello organizzativo aveva sempre funzionato, con il che è evidente che il reo ha eluso fraudolentemente il modello organizzativo.

> In altri termini, se un soggetto apicale commette il reato, vi è una presunzione di non conformità del modello organizzativo ed è, pertanto, onere della società dimostrare l'efficacia del modello. Se, invece, il reato è commesso da un soggetto subordinato (*facility manager*, preposto, etc.) vige comunque una presunzione di efficacia del modello organizzativo ed è onere del giudice dimostrare che il modello è inefficace e che la vigilanza non è stata sufficiente.

L'articolo 30, D.Lgs. 81/2008, individua i requisiti che deve possedere il modello per avere efficacia esimente:

– assicurare un sistema aziendale per gli adempimenti degli obblighi di legge;

– prevedere idonee modalità di registrazione di tali adempimenti (ad esempio DVR, autorizzazioni, manutenzioni, visite periodiche);

– assicurare la verifica, la valutazione, la gestione e il controllo del rischio;

– prevedere un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello.

Il modello di organizzazione e di gestione idoneo ad avere efficacia esimente della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche dev'essere adottato ed efficacemente attuato, assicurando un sistema aziendale per l'adempimento di tutti gli obblighi giuridici relativi:

a) al rispetto degli *standard* tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici, fisici e biologici;

b) alle attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione conseguenti;

c) alle attività di natura organizzativa, quali emergenze, primo soccorso, gestione degli appalti, riunioni periodiche di sicurezza, consultazioni dei rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza;

d) alle attività di sorveglianza sanitaria;

e) alle attività di informazione e formazione dei lavoratori;

f) alle attività di vigilanza con riferimento al rispetto delle procedure e delle istruzioni di lavoro in sicurezza da parte dei lavoratori;

g) all'acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie di legge;

h) alle periodiche verifiche dell'applicazione e dell'efficacia delle procedure adottate.

È opportuno segnalare che le procedure, per poter essere effettive e funzionanti, devono indicare:

– i ruoli;

– i compiti;

– le responsabilità.

> Soltanto con una chiara individuazione di chi debba fare che cosa e delle sanzioni per le violazioni commesse è possibile rendere effettivo un modello organizzativo.

Conclusioni

La responsabilità in cui può incorrere l'ente in caso di reato commesso dal soggetto in posizione apicale o dal preposto non viene meno per il solo fatto che l'ente abbia tratto un modico risparmio quale conseguenza della commissione del reato.

È necessario, infatti, che la violazione si collochi in un contesto di generale osservanza da parte dell'impresa delle disposizioni in materia di sicurezza e che non insista su un'area di rischio di rilievo. Inoltre, è necessario provare che il modello di organizzazione e di gestione è efficace e che il reo ha eluso fraudolentemente i controlli previsti dal modello organizzativo: al datore di lavoro (e a chi lo tutela) l'arduo compito di difendersi, dimostrando la correttezza dell'operato aziendale.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Rassegna della Corte di Cassazione

Evangelista Basile - avvocato - socio Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

CONTRATTO DI LAVORO

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 6 ottobre 2022, n. 29059

Forti divergenze sul luogo di lavoro – straining – esclusione – normale stress sul lavoro – configurabilità – violazione articolo 2087, cod. civ. – toni inurbani e vessatori – prova – necessità

Massima

In tema di straining, forti divergenze sul luogo di lavoro e un'accesa conflittualità tra le parti non sono sufficienti a determinare una situazione di nocività a connotazione stressogena e, dunque, fonte di responsabilità datoriale ex articolo 2087, cod. civ., perché il rapporto interpersonale, specie se inserito in una relazione gerarchica continuativa, è in sé possibile fonte di tensioni, che, tuttavia, non sfociano in una malattia del lavoratore se non vi sia esorbitanza nei modi rispetto a quelli appropriati per il confronto umano.

Commento

Il caso sul quale si è pronunciata la Corte di Cassazione è relativo al ricorso di una lavoratrice che lamentava una dequalificazione professionale e proponeva domanda di risarcimento dei danni per *mobbing*, sostenendo di aver subito una pluralità di condotte vessatorie. La domanda giudiziale veniva respinta in entrambi i giudizi di merito, considerato che quella emersa in sede di accertamento era semplicemente un'accesa conflittualità tra le parti, non trasmodata in un comportamento persecutorio. La lavoratrice proponeva ricorso per cassazione, lamentando che, pur in mancanza di un intento persecutorio, i giudici di merito avrebbero dovuto valutare l'attuarsi di condizioni stressogene di lavoro e di nocività dell'ambiente aziendale, riconducibili alla fattispecie del c.d. *straining*, da ricostruire anche in via presuntiva e comunque valutando il disagio lavorativo e il demansionamento quali fonti di danni non patrimoniali maturati in pregiudizio della dipendente stessa. La Corte di Cassazione ha respinto l'unico motivo di ricorso, affermando che un'accesa conflittualità non costituisce indice sintomatico di un ambiente di lavoro non sicuro, né genera di per sé una responsabilità datoriale per condizioni lavorative stressogene. Per gli Ermellini, infatti, non è sufficiente che l'ambiente di lavoro possa indurre

un disagio, né che questa condizione sia possibile fonte di forte tensione, per generare una responsabilità dell'impresa, in base all'articolo 2087, cod. civ., per omessa tutela dell'integrità psicofisica e della personalità dei lavoratori. La Suprema Corte afferma che una situazione fortemente conflittuale tra colleghi può essere fisiologica e rappresentare un elemento tipico negli ambienti di lavoro in cui le relazioni non intercorrono su un piano orizzontale, ma sono caratterizzate da ruoli e gerarchie. In tal caso, non è corretto concludere che vi sia una situazione di nocività ambientale o condizioni stressogene tali da comportare una responsabilità dell'azienda per *straining* verso un dipendente. L'ambiente di lavoro è un naturale recettore di divergenze tra i lavoratori, che possono anche assumere i tratti di "*forti divergenze*" e di "*accesa conflittualità*", senza che sul datore ricada una qualsivoglia responsabilità per non avere garantito condizioni di lavoro sicure. Il disagio lamentato dal dipendente non genera una forma di *straining* perché una pur accesa condizione di conflittualità tra colleghi non integra gli estremi di una condotta vessatoria di uno o più aggressori verso una vittima. La Corte di legittimità, discostandosi dal precedente indirizzo consolidatosi in materia di conflittualità sull'ambiente di lavoro, pur non avendo accolto le domande della lavoratrice, non ha negato il disagio lavorativo della stessa, riconducendolo, tuttavia, nell'ambito di una dialettica di forte conflittualità che è compatibile con un ambiente di lavoro sicuro.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 2676/2021 Cassazione, n. 3291/2016	**Contrari**

CONTROLLI SUL LAVORATORE

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 24 agosto 2022, n. 25287

Rapporto di lavoro – licenziamento per giusta causa – obbligo di fedeltà – controlli mediante agenzia investigativa – attività di vigilanza – articoli 2-4, L. 300/1970

Massima

Il datore di lavoro può rivolgersi a soggetti terzi per lo svolgimento di attività di controllo sui lavoratori dipendenti, ma solo nei limiti relativi all'accertamento di eventuali illeciti. Il controllo esterno non può riguardare l'adempimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente, soggetto all'esclusivo potere

di sorveglianza diretta del datore di lavoro: il controllo esterno, quindi, deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione.

Commento

Nel caso in esame, la Corte territoriale ha confermato la decisione del giudice di prime cure, che aveva rigetto il ricorso del lavoratore volto a far accertare l'illegittimità del licenziamento intimato dalla banca *ex* datrice di lavoro per motivi disciplinari. In particolare, al ricorrente era stato contestato di essersi allontanato dal luogo di lavoro, in orario lavorativo, per compiti estranei alle sue mansioni, essendo stati registrati, mediante controlli effettuati da un'agenzia investigativa appositamente incaricata, incontri estranei alla sede di lavoro, non connessi all'attività lavorativa. Il collegio giudicante, in sede d'Appello, ha ritenuto legittimi i controlli effettuati mediante agenzia investigativa e, dunque, ha confermato gli addebiti disciplinari fondanti il licenziamento per giusta causa irrogato dal datore di lavoro. Avverso la sentenza ha proposto ricorso per cassazione il lavoratore sulla base di 4 motivi. La Suprema Corte, in accoglimento dei primi 3 motivi di ricorso, ha affermato, in ordine alla portata degli articoli 2 e 3, L. 300/1970, i quali delimitano, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei propri interessi, e cioè per scopi di tutela del patrimonio aziendale (articolo 2) e di vigilanza dell'attività lavorativa (articolo 3) - che essi non precludono il potere dell'imprenditore di ricorrere alla collaborazione di soggetti, esterni (come, nella specie, un'agenzia investigativa), ancorché il controllo non possa riguardare, in nessun caso, né l'adempimento né l'inadempimento dell'obbligazione contrattuale del lavoratore, essendo l'inadempimento stesso riconducibile, come l'adempimento, all'attività lavorativa, che è sottratta a tale vigilanza. Il controllo esterno, quindi, deve limitarsi agli atti illeciti del lavoratore non riconducibili al mero inadempimento dell'obbligazione. In buona sostanza, secondo i giudici di legittimità, le agenzie investigative, per operare lecitamente, non devono sconfinare nella vigilanza dell'attività lavorativa vera e propria, riservata, dall'articolo 3, St. Lav., direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori. Ne resta giustificato l'intervento, pertanto, solo per l'avvenuta perpetrazione di illeciti e l'esigenza di verificarne il contenuto, anche laddove vi sia un sospetto o la mera ipotesi che illeciti siano in corso di esecuzione.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 23732/2021	**Contrari**

Cassazione, n. 15094/2018 Cassazione, n. 15867/2017	

MALATTIA, MATERNITÀ E CONGEDI

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza 11 ottobre 2022, n. 29611

Malattia professionale – stress lavorativo – danno biologico – Inail – indennizzabilità – rischio specifico proprio e improprio – T.U. infortuni sul lavoro e delle malattie professionali – obblighi di protezione

Massima

Nell'ambito del sistema del T.U. sicurezza, sono indennizzabili tutte le malattie di natura fisica o psichica la cui origine sia riconducibile al rischio del lavoro, sia che riguardi la lavorazione, sia che riguardi l'organizzazione del lavoro e le modalità della sua esplicazione, dovendosi ritenere incongrua una qualsiasi distinzione in tal senso, posto che il lavoro coinvolge la persona in tutte le sue dimensioni, sottoponendola a rischi rilevanti sia per la sfera fisica che psichica (come peraltro prevede oggi a fini preventivi l'articolo 28, comma 1, D.Lgs. 81/2008); in conclusione, ogni forma di tecnopatia che possa ritenersi conseguenza di attività lavorativa risulta assicurata all'Inail, anche se non è compresa tra le malattie tabellate o tra i rischi tabellati, dovendo, in tale caso, il lavoratore dimostrare soltanto il nesso di causa tra la lavorazione patogena e la malattia diagnosticata. È, quindi, stata cassata, nella specie, la decisione della Corte d'Appello che aveva negato l'indennizzabilità della malattia professionale non tabellata di natura psichica dipendente dal c.d. stress lavorativo.

Commento

Nella vicenda oggetto della sentenza in commento, un lavoratore agiva in giudizio al fine di ottenere la condanna dell'Inail a erogare l'indennizzo a titolo di danno biologico conseguente alla malattia professionale e causato dal disturbo dell'adattamento con umore depresso e ansia derivante dalla situazione lavorativa avversa. La Corte di Cassazione, disattendendo quanto sostenuto dalla Corte d'Appello – ovvero l'estraneità della tecnopatia di natura psichica dalla copertura assicurativa dell'Inail – accoglieva il ricorso proposto dal lavoratore, ritenendo che ogni malattia professionale conseguente ad attività lavorativa deve risultare indennizzabile dall'Inail. In particolare, la Cassazione si soffermava sulla rilevanza del c.d. rischio specifico improprio, ovvero quel rischio anche solo collegato con lo svolgimento della prestazione lavorativa. Seguendo una tale impostazione, pertanto, purché sia provata

la causa di lavoro, devono considerarsi malattie professionali coperte dall'assicurazione Inail tutte le malattie, a prescindere dall'inclusione delle stesse nelle tabelle allegate al T.U. sicurezza nei luoghi di lavoro e da quelle causate da una lavorazione specificata o da un agente patogeno indicato nelle medesime tabelle. Di conseguenza, non può che ritenersi indennizzabile la malattia, anche se di natura psichica, derivante dall'attività lavorativa. Ciò appare condivisibile anche attraverso una lettura costituzionalmente orientata del fondamento della tutela assicurativa che rinviene la propria *ratio* nella protezione del bisogno a favore del lavoratore, considerato in quanto persona, con lo scopo di garantire efficacemente la tutela fisica e sanitaria dei lavoratori. Alla luce di dette considerazioni, la Corte ritiene spettante al lavoratore l'indennizzo derivante da malattia professionale sia fisica che psichica, purché il richiedente fornisca la prova del nesso di causalità tra la lavorazione patogena e la malattia diagnosticata.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 20774/2018	**Contrari**

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza, 16 settembre 2022, n. 27334

Licenziamento per superamento del periodo di comporto – mancato superamento del comporto – nullità ex articolo 2110, comma 2, cod. civ. – tutela applicabile – articolo 18, commi 4 e 7, L. 300/1970 (post Legge Fornero) – mancanza del requisito dimensionale – irrilevanza

Massima

Nel sistema delineato dall'articolo 18, L. 300/1970, come modificato dalla L. 92/2012, il licenziamento intimato in violazione dell'articolo 2110, comma 2, cod. civ., è nullo e le sue conseguenze sono disciplinate, secondo un regime sanzionatorio speciale, dal comma 7, che a sua volta rinvia al comma 4, del medesimo articolo 18, quale che sia il numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro.

Commento

Nella vicenda in commento, un'azienda con meno di 15 dipendenti intimava il licenziamento per superamento del periodo di comporto avverso una lavoratrice che risultava assente dal lavoro per malattia per un numero di giorni complessivamente superiori al periodo di comporto previsto dal Ccnl

applicato. La lavoratrice impugnava il licenziamento, contestando all'azienda datrice di lavoro di aver computato nel comporto alcuni giorni di assenza imputabili, invece, al solo datore di lavoro e chiedeva, pertanto, la reintegrazione nel posto di lavoro. Durante la trattazione della causa, era emerso che alcune delle assenze per malattia della lavoratrice erano, in realtà, riconducibili a un infortunio sul lavoro imputabile alla responsabilità del solo datore di lavoro e, pertanto, i relativi giorni di assenza non potevano essere computati nel calcolo del periodo di comporto. I giudici di merito ritenevano, quindi, il periodo di comporto non superato e, conseguentemente, dichiaravano ingiustificato il licenziamento intimato alla lavoratrice, riconoscendo, tuttavia, alla stessa la sola tutela risarcitoria prevista dall'articolo 8, L. 604/1966, quantificando il risarcimento nella misura di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in ragione delle ridotte dimensioni del datore di lavoro, che impiegava alle proprie dipendenze meno di 15 lavoratori. La Corte di Cassazione, chiamata a individuare le corrette conseguenze sanzionatorie applicabili al licenziamento per superamento del periodo di comporto confermato illegittimo, ha evidenziato che la violazione dell'articolo 2110, cod. civ. – che inibisce al datore di lavoro l'esercizio del diritto di recedere dal contratto di lavoro prima della scadenza del periodo di comporto – integra una fattispecie di nullità del licenziamento espressamente tipizzata dall'articolo 18, L. 300/1970, come modificato dalla L. 92/2012. In punto di regime di tutela applicabile, la Suprema Corte ha precisato che le conseguenze sono disciplinate in particolare, secondo un regime sanzionatorio speciale, dall'articolo 18, comma 7, L. 300/1970, che, a sua volta, rinvia al comma 4, che prevede, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro, la sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, in misura non superiore a 12 mensilità. Ciò comporta, pertanto, l'irrilevanza del criterio selettivo basato sul numero dei dipendenti, che, se può giustificare livelli diversi di tutela in ipotesi di licenziamento annullabile, non può legittimare una diversificazione delle conseguenze del licenziamento nullo. Trattandosi della sola interpretazione compatibile con l'esigenza di garantire razionalità e armonia al sistema delle tutele nel caso di licenziamento, la Suprema Corte, sulla scorta di tale ragionamento, ha accolto il ricorso proposto dalla lavoratrice.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 9548/2019 Cassazione, SS.UU., n. 12568/2018	**Contrari**

Cassazione civile, Sezione Lavoro, sentenza 7 settembre 2022, n. 26395

Licenziamento ritorsivo – motivo illecito esclusivo e determinante – trasferimento del lavoratore illegittimo – onere della prova – comparazione con altri motivi del recesso – esclusione

Massima

Per accogliere la domanda di accertamento della nullità del licenziamento, in quanto fondato su motivo illecito, occorre che l'intento ritorsivo datoriale – il cui onere è a carico del lavoratore – abbia avuto efficacia determinativa esclusiva della volontà di recedere dal rapporto di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, dovendosi escludere la necessità di procedere a un giudizio di comparazione fra le diverse ragioni causative del recesso, ossia quelle riconducibili a una ritorsione e quelle connesse, oggettivamente, ad altri fattori idonei a giustificare il licenziamento.

Commento

La vicenda sottoposta al vaglio della Corte trae origine dal ricorso di un lavoratore che contestava la legittimità del provvedimento espulsivo intimatogli, in virtù del suo rifiuto di ottemperare all'ordine di trasferimento considerato illegittimo in quanto ritorsivo. Mentre in primo grado il lavoratore risultava soccombente, la Corte d'Appello dichiarava la nullità del licenziamento intimato e condannava la società datrice di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro del dipendente nonché al pagamento di un'indennità risarcitoria. Per la Corte territoriale, l'assenza del lavoratore, posta alla base del licenziamento, non poteva qualificarsi come ingiustificata, in quanto costituiva espressione del legittimo esercizio da parte dello stesso dipendente del suo potere di autotutela contrattuale rispetto al provvedimento di trasferimento, il cui carattere ritorsivo risultava da determinati indici presuntivi. Proprio da questi caratteri presuntivi, il giudice di secondo grado ha, altresì, dedotto che tale intento illecito era stato determinante anche nella conseguente scelta datoriale di procedere al licenziamento del dipendente. La Corte di Cassazione, confermando la sentenza dei giudici di secondo grado, ha confermato che il licenziamento ritorsivo si configura qualora l'intento ritorsivo datoriale abbia avuto efficacia determinante esclusiva della volontà di recedere dal rapporto di lavoro, anche rispetto ad altri fatti rilevanti ai fini della configurazione di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, concretizzandosi in un'ingiusta e arbitraria reazione del datore – essenzialmente di natura vendicativa – a un comportamento legittimo del lavoratore e inerente a diritti a lui derivanti dal rapporto di lavoro o a questo comunque connessi. Il licenziamento per ritorsione, pertanto, è sempre nullo, a patto che il

motivo ritorsivo, e quindi illecito, sia stato determinante per il recesso, e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni. Sul punto, la Suprema Corte ha, difatti, precisato che l'onere di provare la natura ritorsiva determinante del licenziamento grava sul lavoratore, in base all'articolo 2697, cod. civ., ma esso può essere assolto anche mediante presunzioni, come nel caso in esame. Ciò considerato, la Corte di legittimità ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale prevalente, secondo cui il trasferimento predisposto *contra legem* non giustifica automaticamente il rifiuto del lavoratore all'osservanza del provvedimento, ciò in quanto l'inottemperanza del lavoratore al provvedimento di trasferimento illegittimo dev'essere valutata alla luce del disposto dell'articolo 1460, comma 2, cod. civ., secondo il quale, nei contratti a prestazioni corrispettive, la parte non inadempiente non può rifiutare l'esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario a buona fede.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 13895/2022 Cassazione, n. 14928/2015 Cassazione, n. 17087/2011	**Contrari**

Cassazione civile, Sezione Lavoro, ordinanza 6 settembre 2022, n. 26198

Natura del rapporto di lavoro – lavoro subordinato – disciplina del licenziamento – vizio processuale

Massima

È legittimo il licenziamento comminato dal datore di lavoro nei confronti del prestatore che usufruisce di un giorno di permesso sindacale per dedicarsi ad attività personali, non riconducibili alla funzione per cui il permesso era stato riconosciuto, a nulla rilevando, per tali ipotesi, che per l'assenza ingiustificata di un giorno o per l'abbandono della postazione di lavoro il contratto collettivo preveda una mera sanzione conservativa. Tanto poiché l'indebito utilizzo del permesso sindacale ha rilievo sul piano disciplinare, integrando gli estremi dell'abuso del diritto e, pertanto, non può essere esaminato nella più ridotta prospettiva delle sole giornate di assenza ingiustificata.

Commento

Nella vicenda in commento, un dipendente, che ricopriva la carica di rappresentante sindacale era stato licenziato per giusta causa dalla società datrice di lavoro, per aver indebitamente fruito di una giornata

di permesso sindacale garantito dall'articolo 30, St. Lav., utilizzandolo per finalità personali del tutto estranee alla carica ricoperta. Il dipendente aveva impugnato giudizialmente il licenziamento irrogatogli dalla società, poiché, infatti, riteneva che la datrice di lavoro avesse errato nell'applicazione della disciplina del contratto collettivo applicabile, che prevedeva una sanzione conservativa in caso di assenza ingiustificata di un giorno e il licenziamento solo per un'assenza ingiustificata superiore a 5 giorni. La Corte d'Appello aveva rigettato la domanda del ricorrente, ritenendo che la condotta allo stesso addebitata fosse riconducibile non tanto alla fattispecie dell'assenza ingiustificata, quanto alla più grave fattispecie dell'abuso del diritto.

La Corte di Cassazione, confermando la sentenza impugnata, ha ritenuto corretta la qualificazione del comportamento del ricorrente, operata dai giudici del merito, nei termini dell'abuso del diritto. Secondo i giudici di legittimità, tale valutazione era, infatti, coerente con l'accertamento in concreto della vicenda, in quanto era emersa non la mera assenza dal lavoro, ma un comportamento del lavoratore ritenuto più grave, in quanto caratterizzato da un *quid pluris* rispetto alla sola assenza ingiustificata, ovvero dall'utilizzazione del permesso sindacale per finalità diverse da quelle istituzionali. La Suprema Corte ha ritenuto, pertanto, che ciò fosse idoneo a escludere la riconducibilità della condotta ascritta al lavoratore nella norma del contratto collettivo, che commina una sanzione conservativa all'assenza dal lavoro, alla mancata presentazione o all'abbandono ingiustificato del posto di lavoro. Sulla scorta di tale ragionamento, la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso avanzato dal lavoratore, confermando la legittimità del licenziamento irrogatogli.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi Cassazione, n. 7426/2018 Cassazione, n. 25144/2010	**Contrari**

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Rassegna della Corte Costituzionale

di Evangelista Basile - avvocato - socio Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

RISOLUZIONE DEL CONTRATTO

Corte Costituzionale, sentenza 22 luglio 2022, n. 183

Questione di legittimità costituzionale – articolo 9, comma 1, D.Lgs. 23/2015 – requisiti dimensionali – Statuto dei lavoratori – tutela indennitaria – illegittimità del licenziamento

Massima

Va dichiarata inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 1, D.Lgs. 23/2015, che regola l'indennità spettante nel caso di licenziamento illegittimo intimato da datori di lavoro che non possiedono i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, commi 8 e 9, L. 300/1970. Il limitato scarto tra il minimo e il massimo determinati dalla legge conferisce un rilievo preponderante, se non esclusivo, al numero dei dipendenti. Tale criterio, in un quadro dominato dall'incessante evoluzione della tecnologia e dalla trasformazione dei processi produttivi, non è indicativo dell'effettiva forza economica del datore di lavoro e non offre neppure elementi significativi per determinare l'ammontare dell'indennità secondo le peculiarità di ogni singola vicenda. Tuttavia, spetta alla valutazione discrezionale del Legislatore, e non alla Corte Costituzionale, la scelta delle soluzioni più appropriate per garantire tutele adeguate.

Commento

La pronuncia in esame trae origine dalla questione di legittimità costituzionale dell'articolo 9, comma 1, D.Lgs. 23/2015, proposta per contrasto con gli articoli 3, comma 1, 4, 35, comma 1, e 117, comma 1, Costituzione, quest'ultimo in relazione all'articolo 24, Carta sociale europea. Nello specifico, il Tribunale di Roma - in merito a un giudizio di impugnazione di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo - sollevava la suddetta questione di legittimità costituzionale ritenendo inidonea l'esigua indennità economica, compresa tra 3 e 6 mensilità, che la legge riserva al lavoratore nel caso di licenziamento illegittimo intimato da un datore di lavoro che non possieda i requisiti dimensionali previsti dall'articolo 18, commi 8 e 9, L. 300/1970. Secondo la Consulta, considerate le caratteristiche del mercato del lavoro contemporaneo, determinare il *quantum* dell'indennità in base alle soglie dimensionali della società

non è più in grado di rispondere all'esigenza di non gravare di costi sproporzionati le realtà produttive, apparendo il numero dei lavoratori assunti non più indicativo della concreta forza economica del datore di lavoro. Infatti, al fine di rispettare le esigenze di effettività e adeguatezza della tutela - senz'altro operanti anche per i licenziamenti intimati dalle piccole imprese - la Corte Costituzionale ha riconosciuto che costringere entro la ridotta forbice di 3-6 mensilità l'entità del risarcimento per licenziamento illegittimo e far dipendere questa disciplina solo dal numero di dipendenti occupati sembra irragionevole, oltre a non consentire al giudice di tenere adeguatamente conto delle circostanze del caso concreto. In un simile contesto, la previsione legislativa non appare idonea a garantire un equilibrato bilanciamento tra i contrapposti interessi, senza, dunque, fornire la prospettiva di un congruo ristoro del pregiudizio sofferto per il lavoratore licenziato e svolgere efficacemente la necessaria funzione deterrente nei confronti del datore di lavoro. La Corte Costituzionale ha, però, ritenuto di non poter provvedere direttamente a una dichiarazione di illegittimità costituzionale, segnalando, in ogni caso, la necessità che sia il Legislatore a correggere le disarmonie del sistema attraverso la ricerca di criteri distintivi per l'applicazione dei vari regimi alle diverse tipologie datoriali, ammonendo sull'intollerabilità di un'ulteriore inerzia legislativa.

SICUREZZA DEL LAVORO

Corte Costituzionale, sentenza 28 luglio 2022, n. 202

Questione di legittimità costituzionale – infortuni sul lavoro e malattie professionali – assicurazione contro gli infortuni in ambito domestico – inammissibilità delle questioni – articolo 6, L. 493/1999

Massima

Vanno dichiarate inammissibili le questioni di legittimità di costituzionale dell'articolo 6, comma 2, lettera b), L. 493/1999 (Norme per la tutela della salute nelle abitazioni e istituzione dell'assicurazione contro gli infortuni domestici), sollevate in riferimento agli articoli 2, 3, 29, 35, 38 e 117, comma 1, Costituzione, nella parte in cui la predetta norma limita l'"ambito domestico" - all'interno del quale opera l'assicurazione di chi svolge, senza vincolo di subordinazione e a titolo gratuito, "attività finalizzate alla cura delle persone e dell'ambiente domestico" - al solo "insieme degli immobili di civile abitazione e delle relative pertinenze ove dimora il nucleo familiare dell'assicurato", ivi incluse le eventuali parti comuni condominiali, senza inclusione degli altri immobili di civile abitazione nei quali le suddette attività vengano prestate in favore di stretti familiari non conviventi, per quanto bisognosi di assistenza domestica. L'estensione della copertura assicurativa auspicata dall'ordinanza di rimessione richiederebbe una riforma di sistema, inibita alla Corte e

rimessa alle scelte discrezionali del Legislatore: la molteplicità delle soluzioni praticabili quanto a soggetti e contesti assicurabili, non contenuta e univocamente veicolata, nella sua composizione, dalle esigenze di cura e assistenza dell'altro, non può essere assunta come grandezza o misura di riferimento, con la conseguenza che il sollecitato intervento si denuncia, come tale, inammissibile, dovendo, invece, ricadere sul Legislatore la scelta dei mezzi più idonei a realizzare la tutela del fine costituzionalmente necessario.

Commento

La vicenda in commento trae origine dall'impugnazione della sentenza emanata dal Tribunale locale avanti la Corte d'Appello di Salerno, riguardante il caso di una rendita da infortunio domestico richiesta dal marito di una donna morta per un incidente verificatosi nell'abitazione dei genitori, dove si era recata per prestare assistenza. In particolare, il Tribunale aveva respinto il ricorso sul rilievo che l'infortunio era occorso presso l'abitazione dei genitori dell'assicurata e non presso la sua casa coniugale, e che era rimasto non provato che la stessa dimorasse abitualmente presso i genitori. La Corte rimettente, dunque, investita dell'appello avverso la decisione di primo grado, aveva argomentato a sostegno della rilevanza della questione di legittimità costituzionale, specie con riguardo all'accertamento operato dal Tribunale circa la non convivenza dell'infortunata con i genitori. In punto di non manifesta infondatezza, il giudice *a quo* aveva ipotizzato il contrasto della disposizione censurata - l'articolo 6, comma 2, lettera b), L. 493/1999 - con una pluralità di parametri costituzionali: l'articolo 3, per la disciplina irragionevolmente differenziata di situazioni sostanzialmente eguali; gli articoli 2 e 29, per la violazione dei doveri di solidarietà su cui si conformano i rapporti tra genitori e figli all'interno della famiglia; gli articoli 35 e 38, per la lesione della tutela riservata dalla Costituzione al lavoro in tutte le sue forme e applicazioni e al diritto dei lavoratori a godere degli strumenti previdenziali e assicurativi adeguati alle loro esigenze di vita; l'articolo 117, comma 1, per il *vulnus* ai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 202/2022, ha dichiarato inammissibile la questione volta a includere nella copertura assicurativa prevista dall'articolo 6, L. 493/1999, anche eventi verificatisi al di fuori della dimora del nucleo familiare, presso l'abitazione di "*stretti familiari non conviventi per quanto bisognosi di assistenza domestica*". La Consulta ha affermato di non poter estendere l'ambito dell'assicurazione contro il rischio infortunistico per invalidità permanente causata dalle attività di cura delle persone e dell'ambiente domestico. Nella sentenza si afferma che l'estensione della copertura assicurativa auspicata dall'ordinanza di rimessione richiederebbe una riforma di sistema, rimessa alle scelte discrezionali del Legislatore. La Corte ha sottolineato che il piano sul quale opera la legge in questione è quello dello

strumento assicurativo a tutela di posizioni previdenziali insorte in ambito domestico-familiare, e non quello delle politiche di *welfare* statale, volte a tutelare il benessere della popolazione, anche attraverso il sostegno dei *caregivers*, impegnati in modo gratuito in favore delle persone non autosufficienti. Secondo la Consulta, nel senso di una conclusione di inammissibilità della sollevata questione, converge la necessità di operare una "*revisione organica della materia in esame*" nella composizione della pluralità degli interessi in gioco, altrimenti affidata a scelte eccessivamente manipolative di questa Corte, destinate a incidere sulla stessa funzionalità dell'assetto previsto dalla norma, con conseguenti disarmonie di sistema. Conclude, poi, la Corte affermando che la doverosa attenzione e sensibilità ai temi della solidarietà e dell'aiuto rende necessario un forte richiamo al Legislatore affinché la rete sociale sia rinsaldata attraverso l'individuazione dei più idonei strumenti e delle più adeguate modalità di fruizione delle prestazioni di cui si tratta.

Il giurista del lavoro n. 11/2022

Rassegna della Corte di Giustizia CE

di Evangelista Basile - avvocato - socio Studio Legale Ichino Brugnatelli e Associati

CONTRATTO DI LAVORO

Corte di Giustizia CE, sentenza 13 ottobre 2022, C-344/20

Religione e convinzioni personali – Direttiva 200/78/CE – divieto di discriminazione – discriminazione diretta e indiretta – occupazione e condizioni di lavoro – principio della parità di trattamento

Massima

L'articolo 2, § 2, lettera a), Direttiva 2000/78/CE, dev'essere interpretato nel senso che una disposizione di un regolamento di lavoro di un'impresa che vieta ai dipendenti di manifestare verbalmente, con l'abbigliamento o in qualsiasi altro modo, le loro convinzioni religiose o filosofiche, di qualsiasi tipo, non costituisce, nei confronti dei dipendenti che intendono esercitare la loro libertà di religione e di coscienza indossando visibilmente un segno o un indumento con connotazione religiosa, una discriminazione diretta "basata sulla religione o sulle convinzioni personali", ai sensi di tale Direttiva, a condizione che tale disposizione sia applicata in maniera generale e indiscriminata.

Commento

La questione affrontata dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea prende le mosse dalle vicende di una lavoratrice di religione musulmana, che, a causa del rifiuto di rimuovere il velo e conformarsi alla politica di rigorosa neutralità presente all'interno dell'azienda, si è vista negare la conclusione di un contratto di tirocinio, nonostante il parere positivo ricevuto rispetto alla sua candidatura. La lavoratrice agiva giudizialmente, ritenendo la mancata instaurazione del rapporto lavorativo fondata direttamente o indirettamente sulla sua convinzione religiosa e, dunque, in violazione della normativa contro la discriminazione. Il giudice nazionale si rivolgeva, in sede di rinvio pregiudiziale, al giudice comunitario, chiedendo chiarimenti in punto di applicazione dell'articolo 2, § 2, lettera a), Direttiva 2000/78/CE, sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro. Più precisamente, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di ritenere fonte di discriminazione diretta o indiretta un

regolamento aziendale che preveda il divieto di manifestare in qualsiasi modo, compreso l'abbigliamento, le convinzioni religiose, filosofiche o politiche dei lavoratori. I giudici comunitari si sono espressi considerando che la richiesta di neutralità di abbigliamento - tale da vietare di indossare sul luogo di lavoro qualsiasi segno visibile di convinzioni religiose - sia inidonea a costituire una discriminazione, a condizione che la previsione aziendale sia rivolta a qualsiasi manifestazione e tratti in maniera identica tutti i dipendenti. La Corte, inoltre, sottolinea che una siffatta disposizione aziendale potrebbe comportare una discriminazione indiretta nel caso in cui dovesse concretamente creare uno svantaggio per le persone aderenti a una determinata religione o ideologia, ma ciò solo in assenza di finalità legittime e di mezzi appropriati e necessari. Nello specifico, la Corte ritiene legittima la realizzazione di una politica di neutralità perseguita dal datore di lavoro, pur rimanendo in capo a quest'ultimo dimostrare la sussistenza di un'esigenza concreta che giustifichi una differenza di trattamento basata sulla religione. In conclusione, l'inibizione di simboli religiosi può essere considerata lecita se applicata in modo generale e indiscriminato, tale da evitare una disparità di trattamento.

Principali precedenti giurisprudenziali	
Conformi CGE, causa C-804/18 CGE, causa C-341/19	**Contrari**

Corte di Giustizia CE, sentenza 17 marzo 2022, C-232/20

Rinvio pregiudiziale – Direttiva 2008/104/CE – somministrazione di lavoro – somministrazione abusiva – temporaneità della prestazione – missione presso l'impresa utilizzatrice

Massima

L'articolo 1, § 1, e l'articolo 5, § 5, Direttiva 2008/104/CE devono essere interpretati nel senso che costituisce un ricorso abusivo all'assegnazione di missioni successive a un lavoratore tramite agenzia interinale il rinnovo di tali missioni su uno stesso posto presso un'impresa utilizzatrice per la durata di 55 mesi, nell'ipotesi in cui le missioni successive dello stesso lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa impresa utilizzatrice conducano a una durata dell'attività, presso quest'ultima impresa, più lunga di quella che può essere ragionevolmente qualificata "temporanea", alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che comprendono, in particolare, le specificità del settore, e nel contesto del quadro normativo nazionale, senza che sia fornita alcuna spiegazione obiettiva al fatto che l'impresa utilizzatrice interessata ricorre a una serie

di contratti di lavoro tramite agenzia interinale successivi, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare.

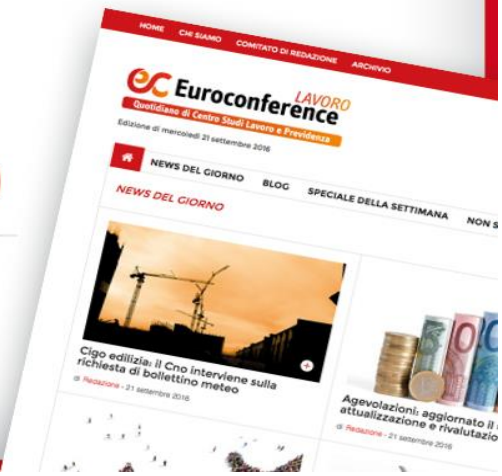
Commento

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la sentenza depositata il 17 marzo 2022 nella causa C-232/20, ha affrontato il caso riguardante una domanda di pronuncia pregiudiziale vertente sull'interpretazione della Direttiva 2008/104/CE, relativa al lavoro tramite agenzia interinale, in particolare del suo articolo 1, § 1. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia proposta da un lavoratore tedesco e volta all'accertamento dell'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze della società utilizzatrice, in quanto l'assegnazione presso tale società in qualità di lavoratore tramite agenzia interinale, data la sua durata, non avrebbe potuto essere qualificata come avvenuta "*temporaneamente*". Il giudice tedesco ha chiesto, anzitutto, alla Corte se l'espressione "*temporaneamente*", utilizzata dall'articolo 1, Direttiva, debba riferirsi anche all'ipotesi nella quale il lavoratore sia impiegato in un posto di lavoro permanente e non occupato per sostituzione. Sul punto, la Corte ha chiarito che il termine "*non ha lo scopo di limitare l'applicazione del lavoro interinale a posti non previsti come permanenti o che dovrebbero esser occupati per sostituzione*". Il termine, dunque, si riferisce alle modalità della messa a disposizione del lavoratore presso l'impresa e non al posto di lavoro da occuparsi presso quest'ultima. Con la seconda questione, invece, il giudice tedesco ha chiesto se il diritto dell'Unione imponga che la messa a disposizione di un lavoratore avviato dall'agenzia interinale debba necessariamente essere di natura temporanea e se la violazione di tale condizione imponga l'accoglimento della domanda di costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice. Sul punto, la Corte ha affermato quanto riportato nella massima sopra richiamata, precisando che la Direttiva in commento non impone in alcun modo la fissazione di un limite massimo della durata delle missioni né del numero delle stesse. Vero è, comunque, che gli Stati membri sono liberi di indicare la misura massima delle missioni e il limite della loro durata, al fine di stabilire quando si verifica un abuso, con l'avvertenza che tali indicazioni debbono "*necessariamente avere natura temporanea, vale a dire, secondo il significato di tale termine nel linguaggio corrente, essere limitata nel tempo*". Nell'ipotesi in cui lo Stato non si avvalga di tale facoltà, è compito dei giudici nazionali stabilirla caso per caso "*alla luce di tutte le circostanze pertinenti, che comprendono in particolare le specificità del settore*". Con riguardo agli ulteriori quesiti, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha osservato che la Direttiva 2008/104/CE dev'essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa nazionale che stabilisce una durata massima di messa a disposizione del medesimo lavoratore tramite agenzia interinale presso la stessa

impresa utilizzatrice, nell'ipotesi in cui tale normativa escluda, mediante una disposizione transitoria, ai fini del calcolo di tale durata, il computo dei periodi precedenti l'entrata in vigore di una siffatta normativa, non consentendo al giudice nazionale di prendere in considerazione la durata effettiva della messa a disposizione di un lavoratore tramite agenzia interinale al fine di determinare se tale messa a disposizione abbia avuto luogo "*temporaneamente*", ai sensi di tale Direttiva, circostanza che spetta a detto giudice determinare. Un giudice nazionale, investito di una controversia esclusivamente tra privati, non è tenuto, sulla sola base del diritto dell'Unione, a disapplicare una siffatta disposizione transitoria contraria al diritto dell'UE.

E, ancora: l'articolo 10, § 1, Direttiva 2008/104/CE, dev'essere interpretato nel senso che, in assenza di disposizioni di diritto nazionale dirette a sanzionare l'inosservanza di tale Direttiva da parte di agenzie interinali o imprese utilizzatrici, il lavoratore tramite agenzia interinale non può trarre dal diritto dell'Unione un diritto soggettivo alla costituzione di un rapporto di lavoro con l'impresa utilizzatrice.

Infine, osserva la Corte, la Direttiva 2008/104/CE dev'essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che autorizzi le parti sociali a derogare, a livello della categoria delle imprese utilizzatrici, alla durata massima di messa a disposizione di un lavoratore tramite agenzia interinale fissata da tale normativa.

Euroconference LAVORO
Il quotidiano di Centro Studi Lavoro e Previdenza
IL PORTALE DI AGGIORNAMENTO ON-LINE PER I CONSULENTI DEL LAVORO
IscriviTi alla mailing list e rimani informato su tutte le news
www.eclavoro.it


EDITORE E PROPRIETARIO
Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE
Fabio Garrini

DIREZIONE SCIENTIFICA
Francesco Natalini
Luca Vannoni

COMITATO DI REDAZIONE
Evangelista Basile
Marco Frisoni
Luca Vannoni

RESPONSABILE REDAZIONALE
Sara Cunego

Autorizzazione del tribunale di Verona n.878 del 21 novembre 2003

Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n. 28049

SERVIZIO CLIENTI
Per informazioni sull'abbonamento scrivere a:
servizio.spedizioni@cslavoro.it

SITO INTERNET
Per informazioni e ordini: www.euroconference.it/editoria

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE
Mensile
Vendita esclusiva per abbonamento
Pubblicazione telematica

ABBONAMENTO ANNUALE 2022
Euro 140,00 Iva esclusa

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal *link*: http://www.euroconference.it/area_riservata_login.
In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

ISSN: 2039-6716

Per i contenuti de "Il giurista del lavoro" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III, titolo III, L. 633/1941 e succ. mod..
Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.