

Centro Studi Cafasso

del Dr. Nino Carmine Cafasso

Consulenza Amministrativa del Lavoro

80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15

Tel. 081/2461068 - Fax 081/2404414 - Email info@cafassoefigli.it

Napoli, li 4 giugno 2010

Circolare informativa n° 26/2010

**A tutte le Aziende Assistite
LORO SEDI**

Pillole di Cassazione – 3/2010

ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE: DISTINZIONE COL LAVORO SUBORDINATO

La *Suprema Corte* con sentenza n.1584/2010 ha fornito ulteriori chiarimenti in materia di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione legata agli utili.

Sarà onere del Giudice di merito ricondurre il rapporto in uno schema piuttosto che in un altro, sulla base di opportune indagini atte a rilevare la "prevalenza", in considerazione delle reali modalità di svolgimento del rapporto, degli elementi peculiari che caratterizzano i due contratti e partendo dalla considerazione che il primo (*associazione in partecipazione*) comporta il rendiconto periodico dell'associante e la sussistenza in capo all'associato del rischio d'impresa, mentre il secondo (*rapporto di lavoro subordinato*) comporta l'assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico e disciplinare del datore che si concretizza in un vincolo di subordinazione che è cosa ben diversa del potere generico dell'associante di dettare istruzioni.

DEMANSSIONAMENTO E PROVA PER PRESUNZIONE

L'art. 2103 del c.c. "Mansioni del lavoratore" sancisce che "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte senza diminuzione della retribuzione.

Egli non può essere trasferito da un'unità operativa ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive".

La *Cassazione* con sentenza n.8893/2010 ha sottolineato che, in caso di demansionamento professionale del lavoratore così da violare il disposto dell'art.2103 del c.c., il Giudice di merito può evincere l'esistenza del danno e determinarne anche l'entità, attraverso un procedimento di natura giuridica concernente la formazione della prova sulla base dell'analisi dei seguenti elementi: qualità e quantità del lavoro pregresso, professionalità acquisita e colpita da demansionamento, durata di quest'ultimo, ulteriori circostanze del caso.

Secondo la Giurisprudenza vale il seguente principio: il danno da demansionamento va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi convenuti dal nostro ordinamento, al tempo stesso assume

particolare rilevanza la “*prova per presunzioni*”, in base alla quale da un’analisi attenta di precisi elementi e da una ponderata valutazione degli stessi, si può risalire al fatto ignoto ovvero, all’esistenza del danno.

LICENZIAMENTO PER SCARSO RENDIMENTO: ONERE DELLA PROVA

Con sentenza n.7398/2010 la *Suprema Corte* ha fornito delle delucidazioni in ordine al licenziamento per scarso rendimento, precisando che lo stesso rientra nel novero del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, e che il datore di lavoro non deve limitarsi esclusivamente a provare il mancato raggiungimento degli obiettivi prefissati, bensì deve provare la condotta negligente e colpevole del lavoratore nello svolgimento della prestazione lavorativa.

Pertanto, nella valutazione si dovrà tener conto:

- Del rispetto dei principi sanciti dalla Costituzione di cui agli artt. 4 e 41;
- Del grado di diligenza richiesta per l’esecuzione della prestazione lavorativa;
- Del grado di diligenza effettivamente usato dal lavoratore;
- Dell’incidenza dell’organizzazione aziendale e dei fattori socio-ambientali.

LICENZIABILE PER MOTIVI DISCIPLINARI IL LAVORATORE CHE RIFIUTA IL TRASFERIMENTO

La Cassazione con sentenza n.7045/2010 ha sottolineato come il lavoratore che rifiuta di presentarsi presso una nuova sede lavorativa in un’altra città può essere licenziato per motivi disciplinari.

Secondo la Giurisprudenza, il licenziamento giustificato da una condotta colposa segue l’*iter procedurale* del licenziamento di natura disciplinare con la garanzia di tutte le tutele sindacali.

LICENZIAMENTO COLLETTIVO: I CRITERI DI SCELTA, UNA VOLTA DETERMINATI NON POSSONO ESSERE MODIFICATI

La Suprema Corte con sentenza n.6841/2010 ha ribadito che, i criteri di scelta adottati per porre in Cassa Integrazione dei lavoratori dipendenti, laddove utilizzati nel rispetto della Legge n.223/1991 “*Norme in materia di cassa integrazione, mobilità e trattamenti di disoccupazione*” non possono essere modificati e ciò onde evitare che la scelta dei lavoratori su cui far ricadere gli effetti del provvedimenti sia lasciata alla libera iniziativa ed al potere discrezionale del datore di lavoro.

La Giurisprudenza sottolinea come la politica di gestione della mobilità e della riduzione del personale deve rispondere ai criteri della trasparenza ed affidabilità e non può essere il risultato di una scelta logica e funzionale da parte del datore di lavoro.

L’INIDONEITA’ ALLA PRESTAZIONE LAVORATIVA CHE COMPORTA L’IMPOSSIBILITA’ ALLA PRESTAZIONE NON DA’ DIRITTO AL LICENZIAMENTO CON PREAVVISO

Con sentenza n.7531/2010 la *Suprema Corte* ha stabilito che, l’incapacità di ordine fisico all’esecuzione della prestazione lavorativa comporta lo scioglimento del rapporto di lavoro laddove la prestazione in esame sia l’unica possibile.

Una tale circostanza, produce la risoluzione del rapporto senza la possibilità di applicare l’istituto del licenziamento con preavviso.

LA DETERMINAZIONE DEL CONTRATTO COLLETTIVO APPLICABILE IN AZIENDA

L'art.2070 del c.c. dispone "Ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, l'appartenenza alla categoria professionale si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore".

La **Cassazione** con sentenza n.16340/2009 ha precisato che quanto deliberato dalla disposizione civilistica non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, la cui efficacia vincolante limita esclusivamente gli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti.

Per tali motivi, laddove il contratto di lavoro sia disciplinato dal contratto collettivo di diritto comune relativo ad un settore non del tutto confacente a quello dell'attività svolta dal datore di lavoro, il lavoratore non può avanzare alcuna pretesa circa l'applicazione di un contratto collettivo difforme, essendo il datore di lavoro non vincolato per appartenenza sindacale.

Il lavoratore può rifarsi alla normativa di categoria ai fini della determinazione della retribuzione sulla base del disposto di cui all'art.36 della Costituzione "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro ed in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

LIMITI AL MUTAMENTO DI MANSIONI

Con sentenza n.13173/2009 la **Suprema Corte** ha precisato che la corrispondenza fra le nuove mansioni e le antecedenti, le quali giustificano lo *jus variandi* del datore va interpretata non solo da un punto di vista oggettivo nel senso di uguale valore professionale, bensì anche quale propensione delle nuove funzioni a convenire l'arricchimento del patrimonio professionale maturando nuove esperienze.

LA COLPA DEL LAVORATORE ED IL RISCHIO ELETTIVO NELLA DINAMICA INFORTUNISTICA

La **Corte di Cassazione** con sentenza n.21113/2009 è intervenuta in materia infortunistica, fornendo opportune precisazioni in ordine all'allocazione dei rischi qualora alle origini di un infortunio vi sia da una parte la negligenza del datore di lavoro circa l'applicazione delle norme in materia infortunistica e dall'altra vi sia la colpa del lavoratore.

Và precisato che, ai fini della normativa in materia infortunistica circa l'indennizzabilità dell'infortunio è essenziale che vi sia una connessione fra attività lavorativa e rischio.

Altresì in tema di prevenzione, le norme sono volte a tutelare il lavoratore sia dagli incidenti ascrivibili ad una propria distrazione e sia da quelli ascrivibili ad imperizia ed imprudenza.

Pertanto, il datore di lavoro risulta sempre responsabile dell'infortunio sia nel caso in cui trascuri di adottare le misure infortunistiche previste e sia nel caso in cui non controlli in modo vigile che il lavoratore faccia concretamente uso di tali misure.

Vi è solo un caso che libera la responsabilità del datore ed è il c.d. *rischio elettivo*, inteso quale comportamento arbitrario del lavoratore che interrompere il nesso fra lavoro, rischio ed evento.

Secondo la Giurisprudenza, il *rischio elettivo* va interpretato quale atteggiamento volontario, arbitrario e difforme alle ordinarie modalità lavorative e tali da comportare rischi differenti da quelli consueti.

Tale rischio si caratterizza per:

- L'esistenza di un comportamento estraneo ad ogni finalità di ordine produttivo;
- L'assenza di nesso logico con lo svolgimento della prestazione lavorativa.

RIASSETTO ORGANIZZATIVO: LA SOPPRESSIONE DEL POSTO E' UN VALIDO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO

Con sentenza n.22648/2009 la **Suprema Corte** ha nuovamente ribadito che, il licenziamento motivato da ragioni di carattere produttivo quali ad esempio riorganizzazione dell'assetto aziendale

per una migliore politica di gestione dell'azienda rientra tra le scelte del datore-imprenditore e pertanto il giudice non può sindacare tali modalità di management.

In conclusione, non è in alcun modo sindacabile nei profili di congruità ed opportunità la decisione imprenditoriale con la quale si sia proceduto alla chiusura del ramo lavorativo o, del reparto cui era addetto il lavoratore licenziato sempreché non venga dimostrata la pretestuosità della politica aziendale attivata.

LICENZIAMENTO PER GRAVE INADEMPIMENTO

La Corte di Cassazione con sentenza n.25306/2009 ha fornito delle precisazioni in ordine al licenziamento per grave inadempimento.

Il licenziamento rappresenta la sanzione più grave che si può comminare al lavoratore in considerazione degli effetti che produce, pertanto prima di adottare un tale provvedimento è necessario valutare il comportamento del lavoratore nella sua *oggettività e concretezza* e nella sua *soggettività* intesa come dolo o colpa, così da proporzionare la sanzione alla illiceità dell'infrazione commessa.

Laddove la condotta del lavoratore assuma i caratteri della negligenza, trascuratezza e disattenzione e tali caratteristiche oltre a perdurare, identifichino un atteggiamento ben radicato e tale da comportare la perdita dell'affidabilità del datore, è legittima la sanzione di natura espulsiva.

DATORE DI LAVORO APPARENTE E CONTRIBUZIONE VALIDA

La Suprema Corte con sentenza n.8451/2010 ha sottolineato che l'eventuale versamento dei contributi da parte del datore di lavoro apparente comporta, in ogni caso l'estinzione del debito di natura contributiva da parte del datore di lavoro effettivo.

Altresì, è da precisare che i contributi versati sono "*irripetibili*", nel senso che non è possibile, seppur in un'ottica di maggior tutela da accordare al lavoratore, cancellare la posizione contributiva aperta dal datore apparente.

PERMESSI RETRIBUITI ED ASSISTENZA AL PARENTE PORTATORE DI HANDICAP

Con sentenza n.9557/2010 la *Cassazione* ha precisato che, per quanto concerne l'utilizzo dei permessi retribuiti è indispensabile l'assistenza continuativa ed esclusiva al parente portatore di handicap.

Per tali motivi, è ininfluenza l'assistenza limitata a semplici telefonate e ad indicazioni di tipo logistico, oltreché non durature nel tempo.

LICENZIAMENTO DI UN LAVORATORE IN DISTACCO

La *Suprema Corte* con sentenza n.5403/2010 ha sottolineato che, laddove vi sia la chiusura della società distaccataria il lavoratore in distacco non può essere licenziato sulla base del "*giustificato motivo oggettivo*", bensì occorre dimostrare che il lavoratore non può essere adoperato in nessuna delle mansioni attive presso l'impresa distaccante.

INFORTUNIO IN ITINERE: I LIMITI DELLA CONFIGURABILITA'

La Corte di Cassazione con sentenza n.10028/2010 ha sottolineato che l'infortunio *in itinere* richiede, per il suo configurarsi ai fini della risarcibilità da parte dell'INAIL, che si sia verificato in una pubblica strada ed in ogni caso in luoghi che non siano identificabili in quelli di proprietà esclusiva o comune (*scale condominiali, vialetti interni del complesso residenziale del lavoratore infortunato*).

L'INAIL esclude l'assicurazione dell'infortunio in luoghi in cui il lavoratore può intervenire per eliminare o ridurre i rischi per la propria salute e sicurezza.

LICENZIAMENTO ILLEGITTIMO E RETRIBUZIONE GLOBALE DI FATTO

Con sentenza n.19956/2009 la *Cassazione* ha sottolineato che in materia di risarcimento del danno di cui al lavoratore illegittimamente licenziato, nella definizione di “*retribuzione globale di fatto*” vanno indicate le somme spettanti in ragione del rapporto di lavoro ed in correlazione alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa.

Tutto ciò, allo scopo di ricostruire il compenso effettivamente spettante se non fosse intervenuto il licenziamento illegittimo.

Come di consueto, il nostro è unicamente un documento di aggiornamento sui recenti sviluppi giurisprudenziali del mondo del lavoro.

Cordiali saluti

Centro Studi Cafasso