

Centro Studi Cafasso

del Dr. Nino Carmine Cafasso

Consulenza Amministrativa del Lavoro

80122 Napoli – Viale A. Gramsci, 15

Tel. 081/2461068 - Fax 081/2404444 - Email info@cafassoefigli.it

Napoli, li 19 luglio 2011

Circolare informativa n° 37/2011

**A tutte le Aziende Assistite
LORO SEDI**

Pillole di Cassazione – 3/2011

TEMPO DETERMINATO – NELLE GRANDI AZIENDE NON E' OBBLIGATORIO INDICARE IL NOMINATIVO DEI LAVORATORI DA SOSTITUIRE

La *Suprema Corte* con sentenza n. 11358/2011 ripropone la questione relativa alle assunzioni a tempo determinato per ragioni sostitutive.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, **i contratti a tempo determinato devono contenere la descrizione analitica delle ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo che giustificano tale fattispecie e ciò a pena di inefficacia.**

Nelle **aziende di grandi dimensioni** la situazione è un po' diversa in quanto le stesse, presentano da un punto di vista organizzativo una certa complessità tale da non poter riferire la sostituzione ad un singolo soggetto bensì, ad un'intera funzione produttiva specifica.

Pertanto, l'apposizione del termine è legittima se il riferimento all'esigenza di sostituire i lavoratori assenti è integrata da ulteriori elementi - *ambito territoriale, luogo della prestazione lavorativa, mansioni svolte dai lavoratori sostituiti* – in grado di determinare il numero dei lavoratori da sostituire.

Ad ogni modo, secondo la Giurisprudenza quanto confermato nella sentenza rappresenta principio di diritto sulla base del quale andranno analizzati e valutati casi simili, in ragione di ciò è da ritenersi legittimo un contratto a tempo determinato posto in essere per ragioni sostitutive che non richiami il nome del lavoratore sostituito.

INDENNITA' DI TURNO E RETRIBUZIONE

Con sentenza n.9612/2011 la *Cassazione* ha precisato che i lavoratori turnisti a ciclo continuo conservano il diritto alla maggiorazione della retribuzione anche per le domeniche non lavorate ed i periodi di ferie.

Da un punto di vista datoriale, la maggiorazione di turno è un compenso accidentale e pertanto non può influenzare la retribuzione relativa al periodo feriale in quanto, non sarebbe giustificabile corrispondere al lavoratore una maggiorazione laddove la società non possa disporre del lavoratore e della sua prestazione.

In realtà gli Ermellini si sono espressi in tutt'altro modo, precisando che qualora non vi siano regole pattizie sul punto, trovano applicazione i principi in materia di “*Modalità di*

determinazione degli istituti retributivi” e pertanto, le maggiorazioni rappresentano delle componenti non accidentali della retribuzione sulle quali calcolare l’indennità per il periodo di assenza.

Il principio asserito dalla Giurisprudenza è che, in assenza di pattuizioni contrarie, le maggiorazioni di turno identificano una componente essenziale della retribuzione sulla base delle quali andrà calcolata l’indennità nel caso di assenza per malattia, infortunio e ferie.

TRASFERIMENTO ILLEGITTIMO DEL LAVORATORE E RISARCIMENTO DEL DANNO

La *Cassazione* con sentenza n.9619/2011 ha posto nuovamente l’accento sulla fattispecie del trasferimento del lavoratore e sulle conseguenze derivanti dalla carenza delle ragioni tecniche, organizzative e produttive.

La Corte ha deliberato che nell’ipotesi di trasferimento illegittimo, il lavoratore ha diritto alla reintegra nella sede abituale di lavoro ed al risarcimento del danno subito che viene stabilito dal giudice in via equitativa secondo quanto disposto dal c.c. all’art. 1226 “*Valutazione equitativa del danno*”.

MALATTIA PROFESSIONALE ED ONERE DELLA PROVA A CARICO DEL LAVORATORE

La *Cassazione* con sentenza n.306/2011 ha sottolineato che, fermo restando la natura contrattuale della responsabilità datoriale in materia di malattia professionale, il lavoratore ha l’onere di provare l’esistenza del danno connesso allo svolgimento dell’attività lavorativa, la non idoneità dell’ambiente di lavoro ed il nesso di collegamento fra le due circostanze.

Ad ogni modo, resta a carico del datore la prova di essersi attivato con ogni mezzo allo scopo di evitare il danno o di ridurre al minimo il rischio che lo stesso si verificasse.

LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA E PRASSI AZIENDALE

La *Suprema Corte* con sentenza n.23932/2010 ha chiarito che per stabilire la sussistenza di una giusta causa di licenziamento è necessario che l’evento rivesta particolare gravità e leda gli elementi essenziali del rapporto di lavoro, in particolare l’elemento fiduciario.

Pertanto, secondo l’orientamento giurisprudenziale la valutazione in merito alla gravità dei fatti addebitati al lavoratore deve avere una portata sia oggettiva che soggettiva, nel senso che andranno esaminate le circostanze in cui si sono verificati gli eventi, l’intensità dell’elemento intenzionale e la proporzionalità fra la massima sanzione inflitta e nel caso in cui dall’indagine risulti compromesso il rapporto fiduciario, allora è giustificabile la fattispecie del licenziamento.

La valutazione dei fatti andrà condotta dal giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivata.

PREVENZIONE DEL RISCHIO DEI RUMORI ED OBBLIGO DEL DATORE DI LAVORO

Con la sentenza n.35946/2010 la *Cassazione* ha confermato l’esistenza dell’obbligo in capo al datore di lavoro relativo all’adozione di tutte le misure tecniche, organizzative e procedurali poste a tutela della salute dei lavoratori dal rischio rumori.

I supremi giudici precisano che nonostante il susseguirsi di diverse normative, la mancata predisposizione delle dovute precauzioni continua ad essere un *reato non depenalizzato* nemmeno dal D.Lgs. n.81/2008 “*Testo Unico della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*”.

LICENZIAMENTO COLLETTIVO E CRITERI DI SCELTA

La *Suprema Corte* con sentenza n.1722/2011 ha chiarito che nell’ambito del controllo giudiziale circa la legittimità del licenziamento collettivo, il giudice deve esaminare la sufficienza del contenuto della comunicazione preventiva di cui alla Legge n.223/1991 “*Norme in materia di cassa integrazione, mobilità e trattamenti di disoccupazione*”.

Pertanto, gli Ermellini hanno affermato che laddove il progetto imprenditoriale sia diretto a ridurre l'organico aziendale allo scopo di diminuire il costo del lavoro, l'imprenditore può indicare unicamente il numero complessivo dei lavoratori eccedenti, articolato per profili professionali senza menzionare gli uffici o i reparti interessati dall'eccedenza, tanto più se vi è un accordo sindacale in merito all'adozione della procedura utilizzando il criterio del possesso dei requisiti per l'accesso al pensionamento.

MANSIONI DEL LAVORATORE E VALUTAZIONE DELLO IUS VARIANDI

La *Suprema Corte* con sentenza n.8527/2011 ha sancito che ai fini della verifica circa l'esercizio da parte del datore di mutare le mansioni del lavoratore (*ius variandi*), è necessario esaminare l'omogeneità tra le nuove mansioni attribuite e quelle svolte in precedenza, sulla base del principio di equivalenza tra la competenza richiesta dal nuovo incarico e l'utilizzo del patrimonio professionale acquisito.

In particolare, la Giurisprudenza ha evidenziato come il lavoratore assegnato a nuove mansioni ha diritto al risarcimento del danno da dequalificazione, laddove non sia capace di svolgere le nuove mansioni per non aver ricevuto adeguata formazione.

Pertanto, il dipendente deve essere indennizzato del disagio dovuto all'incolpevole imperizia poiché lesivo della dignità e del prestigio professionale .

La determinazione in via equitativa del danno spetta al giudice.

MORTE DEL DIPENDENTE PER INFORTUNIO E DANNO BIOLOGICO

Con la sentenza n.1072 /2011 la *Suprema Corte* si è pronunciata su un caso di infortunio conclusosi con la morte del lavoratore.

In prima istanza, i Giudici di merito hanno attribuito all'erede sia il *danno biologico* di natura psichica che il *danno morale* e ciò a seguito dell'afflizione fisica e psichica sopportata dall'infortunato nei giorni antecedenti il decesso.

La società ha proposto ricorso al fine di impugnare le precedenti decisioni.

A tal proposito, gli Ermellini hanno sottolineato che la sofferenza psichica rientra nell'ambito del danno biologico ed il riconoscimento del danno esistenziale all'erede rientra nel danno morale pertanto nel secondo grado di giudizio, i giudici di legittimità hanno avvalorato il risarcimento del danno biologico nella misura del 100% in conseguenza della sofferenza massima sopportata dall'infortunato ed hanno negato il danno esistenziale e quello morale in quanto ricompresi nel danno biologico.

IL LICENZIAMENTO PER SUPERAMENTO DEL PERIODO DI COMPORTO E' ILLEGITTIMO LADDOVE LA MALATTIA E' STATA CAUSATA DALLE CONDIZIONI DI LAVORO

L'art.32 della Costituzione dispone "*La Repubblica tutela la salute come diritto fondamentale dell'individuo e come interesse della collettività*".

Allo stesso tempo l'art.2110 del c.c. statuisce che "*In caso d'infortunio, malattia, gravidanza e puerperio se la legge o, le norme corporative non stabiliscono delle forme equivalenti di previdenza o assistenza, è dovuta al prestatore di lavoro la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali, dalle norme corporative, dagli usi e secondo equità*".

Il periodo di assenza dal lavoro per una delle cause anzidette deve essere computato nell'anzianità di servizio".

Premesso ciò, nei casi sopraindicati (*malattia, infortunio, gravidanza o puerperio*) il datore di lavoro non può licenziare il lavoratore qualora non sia cessato il limite temporale di conservazione del posto di lavoro individuato come periodo di comporto e determinato dai contratti collettivi.

In termini brevi, il lavoratore non può in alcun modo essere licenziato per il solo fatto di essersi ammalato.

A tal proposito i giudici di *Cassazione* con sentenza n.7946/2011 hanno nuovamente ribadito che è da ritenersi illegittimo il licenziamento messo in atto a seguito del superamento del periodo di comporto e laddove la malattia è causata dalle condizioni di lavoro.

La sentenza precisa che, il superamento del periodo di comporto è sufficiente per procedere al licenziamento ed è onere del dipendente provare il nesso causale tra la malattia che ha causato l'assenza e di conseguenza il superamento del periodo di comporto e la mansione espletata, ovvero deve dimostrare la violazione del datore delle norme in materia di tutela delle condizioni di lavoro così da ottenere l'illegittimità del licenziamento per superamento del periodo di comporto.

AGGRESSIONE IN UFFICIO E LICENZIAMENTO PER GIUSTA CAUSA

La *Suprema Corte* con sentenza n.8351/2011 ha chiarito che le conseguenze relative all'aggressione particolarmente violenta del lavoratore nei riguardi di un suo superiore giustificano pienamente il ricorso alla fattispecie del licenziamento per giusta causa e ciò in quanto vengono violati i doveri di fedeltà ed obbedienza del rapporto di lavoro, nonché l'elemento fiduciario dello stesso.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale, l'aggressione particolarmente brutale nei confronti del superiore gerarchico è condizione tale da provocare gravi riflessi e conseguenze nell'ambiente lavorativo, in quanto il lavoratore con tale comportamento non ha fatto altro che dimostrare di essere un soggetto violento ed irrispettoso delle regole minime di convivenza civile, nonché privo di ogni forma di autocontrollo, pertanto il provvedimento disciplinare adottato è proporzionato all'illecito.

ESPOSIZIONE AL FUMO PASSIVO E MALATTIA PROFESSIONALE

La *Suprema Corte* con sentenza n.3227/2011 ha ribadito un importante principio sulla base del quale il fumo passivo è da considerarsi un elemento capace di inibire la sicurezza ambientale e pertanto può essere causa di "malattia professionale" mettendo a rischio la salute dei lavoratori.

Inoltre, è stato anche sancito che il c.d. *rischio ambientale* ha ad oggetto non il lavoro specifico, bensì l'attività lavorativa in generale e le malattie professionali non tabellate comprendono tutte le situazioni di dannosità che identificano un rischio per il lavoratore assicurato.

Vediamo nello specifico il contenuto.

In passato, la tutela assicurativa contro le malattie professionali si limitava a quelle elencate in un'apposita tabella.

La stessa conteneva un elenco di malattie relativamente alle quali l'esperienza medica riconosceva il carattere professionale e da ciò derivava una presunzione assoluta.

Successivamente nel 1988 la Consulta è intervenuta introducendo il c.d. *sistema misto*, il quale fa salvo il sistema tabellare ed allo stesso tempo estende la tutela anche a quelle malattie relativamente alle quali si può comprovare l'origine professionale.

E' chiaro che l'onere della prova grava sul lavoratore e deve essere valutato in termini di ragionevole certezza.

Pertanto, la Giurisprudenza ha chiarito che l'esposizione al fumo passivo può essere considerata quale malattia professionale laddove si dimostri il nesso eziologico fra la patologia e l'esposizione per un lungo periodo di tempo.

Ricordiamo che, i requisiti della malattia professionale sono: nesso eziologico, lesione e causa lenta e progressiva.

INDENNITA' DI TRASFERTA: PER IL LAVORATORE IN PAESI EXTRA EUROPEI NON E' AUTOMATICAMENTE SUPERMINIMO

La sentenza n.7041/2011 della *Cassazione* ha precisato che laddove il datore di lavoro trasferisca il lavoratore in un Paese extra Europeo, l'indennità di trasferta non può in alcun modo

essere considerata quale superminimo ai fini del raggiungimento della retribuzione netta concordata.

Quanto sancito dalla Giurisprudenza è coerente con i principi dettati dalla Legge n.398/1987 contenente “*Norme in materia di tutela dei lavoratori italiani operanti nei Paesi extra Europei*” ed è di particolare importanza ai fini dell’assoggettabilità delle somme a titolo di trasferta.

Ad ogni modo, la valutazione andrà fatta analizzando ogni singolo caso ma dovrà essere coerente con il principio sopra enunciato.

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE E CONTROLLO GIURISDIZIONALE

La *Suprema Corte* con sentenza n.5099/2011 ha stabilito che il controllo giurisdizionale relativo alle ragioni di ordine tecnico, organizzativo e produttivo che giustificano il trasferimento del lavoratore, deve verificare la rispondenza fra il provvedimento adottato dal datore e le finalità aziendali.

In ogni caso deve essere rispettato il limite posto dall’art.41 della Costituzione che tutela la libertà dell’iniziativa economica privata, nel senso che la valutazione del giudice non può spingersi sino al merito della scelta operata dall’imprenditore.

Quest’ultima, inoltre non deve presentare necessariamente il carattere dell’inevitabilità in quanto, è sufficiente che il trasferimento rientri tra le possibili scelte *ragionevoli* che il datore di lavoro ha a disposizione da un punto di vista tecnico, organizzativo e produttivo.

CONTROLLI DEL DATORE E RICORSO DELLO STESSO AD AGENZIE INVESTIGATIVE

La *Suprema Corte* con sentenza n.3590/2011 ha chiarito che quanto disposto dallo Statuto dei lavoratori non preclude il datore di lavoro di ricorrere ad agenzie investigative al fine di verificare la commissione di illeciti da parte del lavoratore, a condizione che l’attività dell’investigatore non trascenda nell’attività lavorativa vera e propria, riservata, secondo l’art. 3 dello Statuto, direttamente al datore di lavoro e ai suoi collaboratori.

Inoltre, ai fini dell’intervento in questione è sufficiente anche il solo sospetto dell’illecito ovvero, la supposizione che lo stesso sia in corso di esecuzione.

Come di consueto, abbiamo posto la nostra attenzione su diverse tematiche di ordine giurisprudenziale, segnalandone gli ultimi interventi.

Cordiali saluti

Centro Studi Cafasso