

08 / 2022

DIRITTI & LAVORO FLASH

idee e strumenti per il sindacato

C'È POSTA PER TE

*Ok della Cassazione
all'uso della mail aziendale
per le comunicazioni sindacali*

La Cassazione sul contrasto
al dumping salariale delle
cooperative

La Procura di Milano e il
contrasto agli appalti illeciti
nel caso DHL Supply Chain

Il Tribunale di Grosseto su
periodo di comporto
e licenziamento

La Cassazione
su mobbing e
straining

08

Novembre - Dicembre 2022

04

La Cassazione torna su mobbing e straining, confermando l'orientamento consolidato. Ma resta labile il confine tra condotte lecite e illecite

di Giulia Prosechi

06

Contrattazione collettiva, rappresentatività sindacale e retribuzione: il punto a partire da una recente sentenza della Cassazione

di Giovanni Calvellini

10

La Cassazione legittima l'invio di comunicati sindacali all'indirizzo mail aziendale dei dipendenti

di Andrea Ranfagni

13

Licenziamento prima del superamento del periodo di comporto: tutela reale "piena" anche quando si lavora in una piccola azienda

di Francesca Maffei

17

Un'indagine penale a lieto fine: il contrasto agli appalti illeciti nel caso DHL Supply Chain

di Giovanni Conticelli

DIRITTI & LAVORO

idee e strumenti per il sindacato

FLASH

A cura di

Centro Studi
"Diritti & Lavoro"

Direttore Scientifico

Prof. Giovanni Orlandini

Comitato di Redazione

Andrea Danilo Conte (PRESIDENTE)
Francesca Bassetti
Giovanni Calvellini
Giulia Frosecchi
Mariagrazia Lombardi
Ivan Petrone
Andrea Ranfagni
Marco Tufo

Progetto grafico

Dario D'Ovidio

Contatti

Centro Studi
Diritti & Lavoro

Piazza dei Rossi, 1
50125 - Firenze

web: dirittilavoro.it

email: dirittilavoro@gmail.com

Questo periodico è iscritto al
Reg. Trib. n° 5725 del 07/05/2009

Crediti fotografici

Per le immagini senza crediti
l'editore ha ricercato con ogni
mezzo i titolari dei diritti fotografici
senza riuscire a reperirli.
È ovviamente a completa
disposizione per l'assolvimento di
quanto occorre nei loro confronti.

La Cassazione torna su mobbing e straining, confermando l'orientamento consolidato. Ma resta labile il confine tra condotte lecite e illecite

di
Giulia
Frosecchi

La Cassazione (con le ordinanze n. 32018 e n. 32020 del 28 ottobre 2022) è tornata ad esprimersi su due ipotesi affini di illeciti che causano un danno alla salute in contesto lavorativo, ossia il *mobbing* e lo *straining*, corroborando la giurisprudenza consolidata.

Riprendendo le fila di un istituto di - relativamente - recente affermazione, ricordiamo che, prima di essere un fenomeno che rivela il malfunzionamento del rapporto a danno del lavoratore, perciò sanzionato dall'ordinamento, il *mobbing* è un concetto appartenente alla scienza etologica, mutuato dall'interprete del diritto per descrivere una serie di comportamenti lesivi della persona del lavoratore. In etologia, è usato "per indicare il comportamento messo in atto da un gruppo di potenziali prede (per es. uccelli passeriformi) nei confronti di un predatore (per es. un falco), per intimidirlo e dissuaderlo dall'attacco" (secondo la definizione che ne dà l'Enciclopedia Treccani).

Anche solo da questa breve definizione, estranea al diritto, si può evincere la cifra caratteristica del *mobbing*, ovvero un insieme di azioni coordinate che presuppone la volontà di indurre l'altro a mutare nei propri intenti, tramite lo strumento della pressione psicologica.

In mancanza di un intervento legislativo, è stata la giurisprudenza a delineare le caratteristiche del *mobbing* sul luogo di lavoro, sulla base della norma dell'art. 2087 c.c.,

che prevede l'obbligo per il datore di lavoro di garantire non solo "l'integrità fisica", ma anche "la personalità morale" dei lavoratori. È ormai pacifico che, perché sia accertato il *mobbing*, il ricorrente deve dimostrare la sussistenza di quattro fattori: una serie ripetuta di condotte, anche non necessariamente illecite se considerate singolarmente, siano esse attuate dal datore di lavoro o dal lavoratore; un danno a carico del lavoratore; il nesso causale tra le condotte e il pregiudizio subito dalla vittima; l'intento persecutorio unificante di chi ha posto in essere le condotte.

L'impossibilità di godere dell'inversione dell'onere della prova o anche solo di un regime dell'onere della prova attenuato, dove sia sufficiente la prova per presunzioni precise e concordanti, come avviene *ex lege* per le discriminazioni e le molestie, ha spesso reso il ricorso per *mobbing* una vera e propria sfida per la presunta vittima, nonché per i rispettivi avvocati. E', difatti, particolarmente gravoso dimostrare, specialmente, l'intento lesivo alla base delle condotte contestate, poiché, in breve, una siffatta allegazione probatoria presuppone che il lavoratore sia in possesso di elementi che siano idonei a svelare ciò che sta nell'animo e/o nella mente del datore di lavoro o dei colleghi, riducendosi ad una *probatio diabolica*.

La Cassazione 32018/2022, dopo aver affermato che, ai fini della configurabilità di un'ipotesi di *mobbing*, è "necessario che il lavoratore alleghi e provi, con ulteriori

[rispetto a quelli atti ad accertare l'esistenza di una dequalificazione o di plurime condotte datoriali illegittime] e concreti elementi, che i comportamenti datoriali siano il frutto di un disegno persecutorio unificante, preordinato alla prevaricazione", ritiene infondata la doglianza datoriale, poiché la motivazione della corte territoriale aveva adeguatamente preso in considerazione tutti gli elementi che devono ricorrere affinché sia accertato il *mobbing* lavorativo.

In particolare, l'accertamento dell'intento persecutorio si riscontra laddove il Tribunale abbia verificato che il datore di lavoro "aveva adottato una serie di condotte sostanzialmente punitive, mascherandole quali atti organizzativi che però nella realtà dei fatti non avevano alcuna giustificazione e apparivano evidentemente irrazionali e che non appariva plausibile alcuna giustificazione della condotta se non una volontà di emarginare il lavoratore". Un complesso di azioni, che vanno dal demansionamento ai cambiamenti di ufficio, giudicato "del tutto in contrasto con il principio di buona fede ed espressione di una volontà punitiva".

Si è giunti dunque a una conclusione per esclusione. Escludendo che vi siano state altre plausibili e razionali ragioni giustificatrici delle svariate condotte oggetto del giudizio, non restava che accettare l'ipotesi del disegno persecutorio. Il Giudice di Cassazione accetta così che la prova dell'intento vessatorio sia fornita tramite presunzioni. A una siffatta conclusione era già giunta nel 2019, con una pronuncia, allora innovativa, dove aveva stabilito che la prova del "necessario elemento intenzionale (e vessatorio)" potesse essere fornita attraverso presunzione "gravi, precise e concordanti" (Cassazione, n. 4471/2019).

Prossimo al *mobbing*, ma tuttavia diverso nei suoi elementi costitutivi, è lo *straining* (ancora più recente poiché per la prima volta definito in sede giurisprudenziale solo nel 2005), dove viene a mancare la conflittualità sistematica che caratterizza il *mobbing*, nella misura in cui, perché ricorra il fenomeno dello *straining* è sufficiente anche solo una singola azione con effetti duraturi nel tempo. Nelle parole della Cassazione, nell'ordinanza n. 32020/2022, lo *straining* costituisce "una forma attenuata di *mobbing*, cui difetta la continuità delle azioni vessatorie". Inoltre - e di considerevole agevolazione per il ricorrente - viene meno la necessità di dimostrare il disegno persecutorio, essendo un'ipotesi che si perfeziona anche se il danno è causato colposamente. Difatti, la recente ordinanza di Cassazione precisa che, la valutazione del giudice finalizzata a identificare l'eventuale *straining* deve avvenire "pur se

accerti l'insussistenza di un intento persecutorio idoneo ad unificare gli episodi" e fondarsi su caratteristiche e gravità degli elementi dedotti, frustrazione personale o professionale e altre circostanze del caso concreto.

Secondo l'ordinanza in commento, in continuità con il prevalente orientamento, "Il c.d. *straining* è ravvisabile quando il datore di lavoro adotti iniziative che possano ledere i diritti fondamentali del dipendente mediante condizioni lavorative "stressogene", una circostanza che il giudice di legittimità differenzia da una "situazione di amarezza [...] determinata dai processi di riorganizzazione e ristrutturazione che abbiano coinvolto l'intera azienda", anche laddove questa sia per di più "determinata ed inasprita dal cambio della posizione lavorativa", conseguente alla suddetta riorganizzazione e ristrutturazione. Una distinzione, quella tra situazione "di amarezza" e situazione "stressogena", che rimane oscura al lettore, a maggior ragione se ci si sofferma sull'inciso riferito alla causa della stessa. Una situazione "stressogena" ben potrebbe essere causata dal cambiamento di posizione lavorativa, determinato da una riorganizzazione aziendale, talché questo non pare un criterio valevole a distinguere le due ipotesi. Un eventuale, futuro ricorrente dovrà quindi avere cura di inquadrare la sua reazione psicologica, così che essa venga intesa come, appunto, quale "stressogena" e non di semplice - si potrebbe aggiungere - "amarezza".

Da ultimo, preme sottolineare che non viola il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il giudice d'appello che prospetti lo *straining* se, nel ricorso di primo grado, gli stessi fatti erano stati allegati e qualificati come *mobbing*, proprio in ragione del fatto che l'uno costituisce una forma attenuata dell'altro, ed entrambi rilevano come "comportamenti datoriali ostili, atti ad incidere sul diritto alla salute". ■

Contrattazione collettiva, rappresentatività sindacale e retribuzione: il punto a partire da una recente sentenza della Cassazione

di
Giovanni
Calvellini

Con una recente pronuncia la Cassazione è tornata a occuparsi del tema della selezione del contratto collettivo cui fare riferimento per l'individuazione del trattamento economico minimo da applicare al socio-lavoratore di cooperativa. L'arresto aggiunge un nuovo tassello alle riflessioni sulle modalità di applicazione del diritto alla giusta retribuzione ex art. 36 c. 1 Cost. e sul contrasto al *dumping* salariale; argomenti particolarmente sentiti per il lavoro del socio nella cooperativa, ma tutt'altro che trascurabili pure per le altre realtà produttive.

Anche in virtù di quanto appena detto, prima di esaminare il *quid pluris* della sentenza in commento, conviene fare un passo indietro e chiarire i termini della problematica generale che attiene all'efficacia soggettiva *inter partes* del contratto collettivo nel nostro ordinamento e, quindi, alla possibilità per l'impresa di scegliere a quale disciplina contrattual-collettiva vincolarsi. La questione, infatti, è divenuta molto seria negli ultimi anni, nei quali il numero dei contratti collettivi c.d. pirata, o comunque sottoscritti da organizzazioni di dubbia rappresentatività e con trattamenti economici e giuridici significativamente

deteriori rispetto a quelli "leader", stipulati dai sindacati confederali, è cresciuto esponenzialmente, facilitando e rendendo più seducente il ricorso a pratiche di *shopping* contrattuale.

È noto che la mancata attuazione della seconda parte (cc. 2-4) dell'art. 39 Cost. ha fatto sì che nel nostro ordinamento il contratto collettivo acquisisse la natura di negozio di diritto comune, in quanto tale caratterizzato da un'efficacia nei confronti dei soli soggetti firmatari (sindacati e associazioni datoriali) e di coloro (lavoratori e imprese) che ai primi hanno conferito mandato di rappresentanza attraverso l'atto di iscrizione/adesione.

Ben presto, però, un sostegno all'estensione *ultra partes* dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo è arrivato dalla giurisprudenza. Si è affermato, innanzitutto, che qualora nel contratto individuale le parti abbiano fatto espresso riferimento a uno specifico contratto collettivo, questo è da intendersi recepito *per relationem*, indipendentemente dall'iscrizione delle parti individuali ai soggetti firmatari. Anche nel caso in cui al rapporto individuale siano applicati spontaneamente buona parte dei contenuti di un contratto collettivo, la giurisprudenza

ritiene che il datore di lavoro non possa sottrarsi alla sua applicazione integrale. Inoltre, un obbligo di applicazione del contratto collettivo a tutti i dipendenti, a prescindere dalla loro iscrizione a uno dei sindacati firmatari, è stato fatto discendere dall'adesione del datore di lavoro all'associazione stipulante.

Ma il contributo giurisprudenziale di gran lunga più rilevante in materia è, come noto, quello relativo all'efficacia soggettiva delle clausole retributive dei contratti collettivi. Segnatamente, in queste ultime è stato individuato il parametro per determinare la giusta retribuzione prevista dall'art. 36 c. 1 Cost. (per prima, Cass. 21.2.1952, n. 461). Questo significa che, qualora il giudice accerti che il trattamento economico corrisposto al lavoratore si colloca al di sotto della "giusta" misura concordata dalle parti sociali, deve procedere alla rideterminazione della stessa dando diretta attuazione al precetto costituzionale. In questa prospettiva, dunque, il contratto collettivo non riveste il ruolo di fonte di un obbligo, ma di parametro di riferimento per concretizzare la componente prescrittiva di una norma giuridica.

I problemi applicativi che discendono da questa impostazione e che tutt'oggi restano in parte irrisolti sono almeno due.

Il primo attiene all'individuazione delle voci della retribuzione previste dal contratto collettivo che compongono il "minimo costituzionale". La giurisprudenza è consolidata nel ricomprendervi la paga base, l'indennità di contingenza e la tredicesima mensilità, mentre sembra prevalere l'interpretazione negativa con riferimento ai compensi aggiuntivi, agli scatti di anzianità e alla quattordicesima mensilità. Tuttavia, con riguardo a tale seconda serie di elementi salariali, alla descritta impostazione minimalista parrebbe preferibile quell'orientamento - anch'esso espresso dalla Suprema Corte - che rifiuta qualsiasi automatismo teso a escludere quegli istituti dal minimo costituzionale e che rimette al giudice del merito la valutazione caso per caso, così valorizzando in concreto i canoni della proporzionalità e della sufficienza della retribuzione. Va detto, comunque, che la giurisprudenza di legittimità ha ammesso che il giudice si rifaccia a parametri alternativi, con la precisazione che,

in quel caso, deve motivare adeguatamente le ragioni che lo hanno indotto a discostarsi dal trattamento previsto dal contratto collettivo di categoria.

L'altro problema applicativo riguarda la selezione del contratto collettivo da assumere a parametro. Sotto questo profilo, un primo dubbio concerne l'applicabilità dell'art. 2070 c. 1 cod. civ. e, in particolare, dell'obbligo per il datore di lavoro di applicare il contratto collettivo della categoria corrispondente all'attività produttiva effettivamente esercitata. Sul punto la giurisprudenza ha affermato che la norma codicistica, sebbene in generale non operi nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune (in virtù del principio di libertà sindacale, che impone di valorizzare l'affiliazione di datore di lavoro e lavoratore), trova applicazione solo quando l'intento delle parti del rapporto individuale non è chiaro oppure, per quanto qui più interessa, per identificare la disciplina di riferimento per la determinazione del giusto salario ex art. 36 c. 1 Cost.

Detto questo, cioè chiarito che il contratto collettivo cui guardare è quello della categoria corrispondente all'attività esercitata dal datore di lavoro, resta l'ulteriore dubbio su quale contratto collettivo, tra i numerosi che possono vigere in una categoria, debba essere utilizzato come parametro ai fini in esame. Il tema è tutt'altro che marginale, se si considera che, ad esempio, nel settore metalmeccanico, probabilmente quello più omogeneo e meno problematico, risultano depositati al CNEL ben 44 CCNL, di cui solo 7 sono stati sottoscritti (anche separatamente) da FIOM, FIM e UILM. Gli altri sono stati conclusi tra organizzazioni sindacali e datoriali di dubbia rappresentatività e, nella maggior parte dei casi, prevedono trattamenti giuridici ed economici deteriori rispetto ai primi. Su questi aspetti occorre però ammettere che l'impostazione della giurisprudenza non è né risolutiva né convincente: la possibilità di fare uso come parametro di un contratto collettivo diverso da quelli leader non è stata esclusa e si è solo precisato che lo scostamento al ribasso della componente salariale non deve essere eccessivo.

In questo quadro, per una realtà particolarmente esposta alle pratiche di *dumping* salariale quale è quella delle cooperative, il legislatore è intervenuto con una previsione molto interessante. L'art. 7 c. 4, d.l. n. 248/2007 stabilisce

che «[...] in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 3 c. 1, legge n. 142/2001, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria».

Per i soci-lavoratori di cooperative è quindi la legge a identificare il criterio sulla base del quale selezionare i contratti collettivi cui riferirsi per la determinazione della retribuzione costituzionalmente adeguata. Queste clausole retributive finiscono, di conseguenza, per trovare applicazione non solo, come vorrebbe il diritto comune, alle parti stipulanti e ai singoli che ad esse aderiscono, ma a tutti i lavoratori e datori di lavoro della categoria interessata. Questa circostanza ha indotto alcuni a ritenere che la disposizione in esame, realizzando un'indebita estensione dell'efficacia *erga omnes* di tali contratti collettivi, comporti un *vulnus* del principio di libertà sindacale ex art. 39 Cost.

Chiamata in causa dal Tribunale di Lucca, la Corte costituzionale ha invece ritenuto infondata detta questione di legittimità costituzionale, sottolineando come l'art. 7 c. 4 cit. non realizzi un recepimento normativo dei contratti collettivi sottoscritti dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, ma, al fine di contrastare forme di competizione salariale al ribasso, indica quegli stessi contratti quali parametri esterni di commisurazione, da parte del giudice, nel definire la proporzionalità e la sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio-lavoratore, ai sensi dell'art. 36 Cost. (Corte cost. 11.3.2015, n. 51) In sostanza, la disposizione si raccorda proprio con il citato indirizzo giurisprudenziale sulla sostanziale efficacia *ultra partes* delle clausole retributive del contratto collettivo, ma si spinge oltre: da una parte infatti impone il rispetto dell'intera parte economica del CCNL (o non già solo di alcune sue voci), dall'altra prende posizione sulla necessità di utilizzare come riferimento il solo contratto sottoscritto da sindacati comparativamente più rappresentativi.

Ebbene, come si diceva in apertura del presente contributo, una recente sentenza della Cassazione (Cass. 6.12.2022, n. 35796) ha chiarito un aspetto di grande importanza affinché l'art. 7 c. 4 cit. possa esprimere al meglio il suo potenziale anti-*dumping* salariale. Un interrogativo che si era posto riguardava, infatti, l'onere della prova circa l'effettiva rappresentatività delle organizzazioni sindacali stipulanti. Nel caso all'origine della sentenza, i soci lavoratori di una cooperativa avevano chiesto il pagamento di differenze retributive, a loro parere dovute in ragione dell'applicazione, da parte della cooperativa, del CCNL UNCI-CISAL Multiservizi; ovvero di un CCNL firmato da organizzazioni meno rappresentative di quelle stipulanti il CCNL Logistica, trasporto merci e spedizioni. I giudici di merito avevano respinto le domande, ritenendo che i lavoratori non avessero provato la maggiore rappresentatività delle organizzazioni firmatarie del CCNL di cui chiedevano l'applicazione. La Suprema Corte, accogliendo il ricorso dei lavoratori, evidenzia invece come la dimostrazione della corretta applicazione del criterio di selezione del contratto collettivo da utilizzare come riferimento è un aspetto della prova dell'esatto adempimento di un obbligo gravante sul datore di lavoro: quello di corrispondere al socio-lavoratore una retribuzione non inferiore ad un certo ammontare. Incombe dunque sul datore di lavoro, in caso di eventuale contestazione, l'onere di dimostrare di avere individuato il contratto collettivo sulla base del criterio fissato dal legislatore e, quindi, di provare che le organizzazioni sindacali firmatarie sono, in effetti, quelle comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. Un principio, questo, già enunciato dalla Corte, in ambito previdenziale, in relazione alla selezione del CCNL da assumere come riferimento per definire la base imponibile (Cass. 7781/2015), ma che adesso è esteso anche alle controversie in materia salariale.

In merito ai criteri per accertare la rappresentatività sindacale, può essere utile ricordare che, con circolare del 1.6.2012, il Ministero del Lavoro ha individuato quali indici sintomatici il numero dei lavoratori iscritti, la diffusione territoriale delle sedi e il numero dei contratti collettivi stipulati e vigenti. Ma se questi sono i criteri non v'è chi non veda come gran parte dell'enorme mole di contratti collettivi vigenti per le cooperative non sia

idonea a superare la selezione pretesa dal legislatore. E ciò con due conseguenze: una (giuridica) diretta, perché il contratto non rappresentativo non può fungere da parametro per la determinazione dell'ammontare minimo del trattamento economico del socio-lavoratore; una (sul piano delle relazioni industriali) indiretta, in quanto il contratto leader beneficia di un sostegno da parte della legge che, attraverso l'indicazione dell'art. 7 c. 4 cit., finisce di fatto per incentivarne l'applicazione integrale.

L'esperienza applicativa della normativa sui soci lavoratori dimostra dunque come il meccanismo del rinvio ex lege al CCNL "Leader" permetta di superare alcune criticità e incertezze emerse dalla giurisprudenza di legittimità

sull'art. 36 c. 1 Cost.. "Alcune", perché tale meccanismo lascia margini di incertezza sui criteri da adottare per vagliare la maggior rappresentatività "comparata" e, soprattutto, perché non risolve il problema dei "perimetri" contrattuali all'interno dei quali operare tale valutazione; questioni che solo un più ambizioso intervento legislativo in materia di rappresentanza sindacale potrebbe affrontare. Ma come noto, nessun intervento finalizzato a contrastare il dumping contrattuale è previsto nel prossimo futuro, neppure nella forma soft del genere già sperimentato per i soci-lavoratori; e con ciò sembra destinata a restare elusa nel nostro Paese la questione salariale, inestricabilmente legata alle dinamiche della contrattazione collettiva e della rappresentatività sindacale. ■

FLASH

Il Tribunale di Napoli sul carattere antisindacale dell'erronea applicazione di un CCNL nel settore pubblico

Merita attenzione la sentenza con la quale il Tribunale di Napoli ha accolto il ricorso in opposizione ad un decreto ex art.28 St. lav. promosso da una federazione sindacale del comparto Università che contestava la non corretta applicazione del CCNL comparto Sanità al personale socio-sanitario assunto da un'Azienda Ospedaliera Universitaria (AOU), in vece del CCNL comparto Istruzione e Ricerca. Nel giungere a tale conclusione il giudice si raccorda con i consolidati canoni interpretativi della norma statutaria relativi al carattere aperto e teleologico della nozione di condotta antisindacale, all'irrelevanza del carattere o meno intenzionale della condotta ed al requisito della sua attualità, sussistente quando gli effetti del comportamento datoriale persistono, determinando un oggettivo ostacolo al libero svolgimento dell'attività sindacale. Questi principi permettono di risolvere a favore del sindacato ricorrente la controversia, in virtù dello specifico contesto del sistema contrattuale del pubblico impiego dove, come noto, il d.lgs. 165/01 impone l'applicazione di un unico CCNL per ogni comparto in cui è articolata l'amministrazione pubblica. Come ricorda il giudice partenopeo, infatti, "nel settore pubblico - a differenza di quanto accade nel settore privato - è precluso al singolo datore di lavoro di individuare unilateralmente quale contratto collettivo nazionale applicare ai rapporti di lavoro dei propri dipendenti; divieto derivante dalla previsione dell' art. 40, co. 2, che attribuisce al CCNL - e dunque alle parti individuate dalla medesima legge - la definizione degli ambiti negoziali dei diversi comparti". Ebbene, le Aziende ospedaliere universitarie, seppur integrate con il Servizio Sanitario Nazionale, sono costituite dalle Università e rientrano tra le Aziende di cui all'art.2, comma 2, lett. a), d.lgs. 517/99, cui si applica il CCNL Istruzione e ricerca. Ne consegue l'illegittimità del diverso inquadramento contrattuale operato dall'AOU; comportamento che integra gli estremi della condotta antisindacale per la "indebita sottrazione della rappresentanza sindacale" dei lavoratori neo-assunti a danno dell'organizzazione sindacale ricorrente. L'applicazione di un CCNL di un diverso comparto, infatti, produce un "gravissimo vulnus" a tale organizzazione, "spogliandola della sua prerogativa di rappresentare i lavoratori del Comparto Istruzione e Ricerca: le azioni di lotta o sensibilizzazione, le trattative in sede di contrattazione decentrata che essa condurrà non porteranno frutto per i nuovi iscritti". Né rileva l'appartenenza dell'organizzazione ricorrente alla medesima confederazione della firmataria del CCNL Sanità, dovendosi riconoscere "l'autonomia e l'agibilità sindacale a ciascuna" federazione di categoria. Nessuno spazio dunque, nel pubblico impiego, per lo shopping contrattuale, da considerarsi lesivo delle prerogative dei sindacati che operano nei diversi comparti. Resta irrisolto invece il problema nel settore privato, in ragione dell'assenza dei vincoli normativi alla selezione del CCNL applicabile; vincoli che il giudice partenopeo assume come presupposto per poter contestare l'erronea applicazione del CCNL Sanità. Merita a tale proposito osservare che, nel settore pubblico (come evidenzia il caso in esame), è risolta anche la questione dell'ambito di applicazione dei CCNL, essendo i comparti definiti dalle stesse parti sociali a ciò legittimate dalla legge. Una questione ineludibile per un legislatore che volesse risolvere il problema dello shopping contrattuale nel settore privato.

La Cassazione legittima l'invio di comunicati sindacali all'indirizzo mail aziendale dei dipendenti

di
Andrea
Ranfagni

È possibile inviare comunicati sindacali agli indirizzi mail aziendali dei dipendenti. Questo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, nella recente Sentenza n. 35644 del 5 dicembre 2022 (di identico contenuto della coeva 35643).

Le decisioni sul punto si contano sulle dita della mano e la sentenza in commento, quindi, è di estrema importanza. Essa segnala la necessità di aggiornamento nell'interpretazione di alcune disposizioni dello Statuto dei Lavoratori sulla cosiddetta agibilità sindacale all'interno dei luoghi di lavoro, alla luce delle innovazioni tecnologiche degli ultimi venti anni.

Il tema, comunque, è complesso, poiché interseca anche aspetti inerenti la privacy (non affrontati dalla decisione della Suprema Corte) ed occorre segnalare sin da subito che non sono mancati in passato precedenti, seppur di merito, che hanno dato una interpretazione opposta a quella fornita oggi dalla Cassazione.

Il caso affrontato dalla Cassazione ed i principi affermati nella decisione in commento

Nella decisione in commento la Suprema Corte ha affrontato il caso di un sindacalista a cui era stata inflitta la sanzione disciplinare di 3 ore di multa per aver inviato comunicazioni sindacali all'indirizzo di posta elettronica "aziendale" dei propri colleghi.

Nello specifico, ad avviso dell'azienda questo non era possibile e ciò a prescindere dal fatto che tale invio avesse o meno pregiudicato l'attività produttiva aziendale.

In primo e secondo grado, il Tribunale di Catania e la Corte d'Appello di Catania avevano rigettato la domanda della datrice di lavoro con la quale si chiedeva la conferma della legittimità della sanzione disciplinare in questione. Il Giudice d'appello, in particolare, aveva ritenuto che la sanzione fosse illegittima in quanto aver vietato a priori l'utilizzo delle mail aziendali dei dipendenti per inviare a loro comunicati sindacali, a

prescindere e senza alcuna valutazione circa le modalità con cui in concreto avvenivano le comunicazioni in questione, costituiva violazione dell'art. 26, comma 1, l. n. 300/1970, ovvero del diritto dei lavoratori di svolgere attività di proselitismo sindacale sui luoghi di lavoro, a sua volta espressione della più generale libertà di manifestazione del pensiero garantita dall'art. 21 della Costituzione.

La questione, a seguito di ricorso della società datrice di lavoro, veniva portata dinanzi alla Corte di Cassazione, Sezione Lavoro, la quale, con la decisione in commento, ha confermato quanto affermato dalla Corte d'Appello di Catania.

Secondo la Suprema Corte, infatti, vietare a priori l'utilizzo degli indirizzi mail aziendali dei dipendenti per inviare comunicati sindacali non è legittimo. E questo perché viene ad essere violato, in primo luogo, l'art. 26, comma 1, l. n. 300/1970, già richiamato dal Giudice d'appello, secondo cui *"I lavoratori hanno diritto di raccogliere contributi e di svolgere opera di proselitismo per le loro organizzazioni"*

sindacali all'interno dei luoghi di lavoro, senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale".

Ad avviso della Cassazione l'invio di comunicati sindacali agli indirizzi mail aziendali costituisce espressione del diritto di cui alla norma statutaria richiamata, quindi del diritto allo svolgimento di attività di "proselitismo sindacale".

Storicamente, alla disposizione in questione è sempre stata ricondotta l'attività di volantinaggio ed è così che la Suprema Corte, aggiornando, appunto, l'interpretazione della disposizione alla luce delle innovazioni tecnologiche, assimila il volantinaggio tipico in modalità "cartacea" al volantinaggio "elettronico", effettuato via mail.

Trattasi di una assimilazione del tutto condivisibile e assolutamente necessaria nel mutato contesto sociale.

Ovviamente, ricorda la Cassazione, la disposizione, così come è sempre stato per il volantinaggio "classico", richiede che anche il "volantinaggio elettronico" venga fatto "senza pregiudizio del normale svolgimento dell'attività aziendale", circostanza che nel caso di specie non era stata ravvisata in quanto era emerso: che i turni aziendali coprivano le 24 ore, di fatto impedendo di avere momenti di pausa "comuni" a tutti i lavoratori in cui poter inviare i comunicati sindacali; che l'azienda stessa utilizzava gli indirizzi mail aziendali per inviare comunicazioni di carattere generale e non strettamente inerenti l'attività lavorativa svolta in concreto.

Il non arrecare pregiudizio alla normale attività aziendale, quindi, è un qualcosa che deve sempre essere presente perché l'invio dei comunicati sindacali agli indirizzi mail aziendali possa ritenersi legittimo. In tal senso,

a parere di chi scrive, una possibile soluzione per rispettare tale limite potrebbe essere anche quella di scrivere nell'oggetto della mail la dicitura "LEGGI DOPO - COMUNICATO SINDACALE", evitando così che il dipendente utilizzi il tempo di lavoro per leggere comunicati sindacali, rallentando così l'attività aziendale.

La Corte di Cassazione, poi, nella Sentenza in commento precisa - mediante richiamo a precedenti orientamenti - che è necessario che il sindacalista, quando invia la mail, non sia in orario di lavoro, quindi, quanto meno, in permesso sindacale.

In questo senso, pare altresì opportuno aggiungere che l'invio di comunicati sindacali avvenga mediante non l'indirizzo mail aziendale del sindacalista, bensì mediante una casella di posta elettronica privata del medesimo, come ad esempio quella intestata al sindacato.

La sentenza in commento, poi, afferma un altro principio molto importante, ovvero che presupposto per l'invio di comunicati sindacali agli indirizzi mail aziendali dei dipendenti è che, come nel caso esaminato, l'azienda non abbia messo a disposizione un "canale" informatico dedicato alle sole informazioni sindacali. Se questo avviene, allora l'utilizzo degli indirizzi mail aziendali può essere vietato dall'azienda.

Più in particolare, secondo la Suprema Corte la messa a disposizione di un "canale" informatico per i comunicati sindacali - ad esempio, mediante la predisposizione di una "bacheca informatica" - costituisce attuazione di un'altra disposizione statutaria sull'agibilità sindacale nei luoghi di lavoro, ovvero dell'art. 25, l. n. 300/1970, a norma del quale "le

rappresentanze sindacali aziendali hanno diritto di affiggere, su appositi spazi, che il datore di lavoro ha l'obbligo di predisporre in luoghi accessibili a tutti i lavoratori all'interno dell'unità produttiva, pubblicazioni, testi e comunicati inerenti a materie di interesse sindacale e del lavoro".

La disposizione, continua la Corte, pone un preciso obbligo datoriale, che, in un contesto tecnologico mutato, si traduce, appunto, nel dover predisporre strumenti informatici per le comunicazioni sindacali.

In assenza di un "canale" informatico specifico, quindi di una bacheca "virtuale", l'utilizzo degli indirizzi mail aziendali dei dipendenti diventa lecito, in quanto espressione, come detto, dell'attività di proselitismo sindacale di cui all'art. 26, comma 1, l. n. 300/1970, ma anche perché, aggiunge la Cassazione, gli indirizzi mail aziendali devono considerarsi gli "spazi" da mettere a disposizione delle rappresentanze sindacali aziendali ai sensi dell'art. 25, St. Lav..

In conclusione, quindi, ad avviso della Cassazione l'utilizzo degli indirizzi aziendali dei dipendenti per inviare ai medesimi comunicati sindacali è lecito ove non sussistano altri "canali informatici" e sempre che l'invio dei medesimi comunicati avvenga senza ostacolo alla normale attività aziendale. Costituiscono fondamento giuridico di ciò sia l'art. 25, che l'art. 26 dello Statuto dei Lavoratori.

I precedenti

Sulla questione affrontata dalla recente decisione della Cassazione sono rinvenibili due precedenti. Uno è la Sentenza della Corte di Cassazione, Sezione Lavoro n. 16746 del 21

giugno 2019; l'altro è un Decreto ex art. 28, l. n. 300/1970 del Tribunale di Milano del 5 maggio 2015.

Quanto al primo, in realtà la Cassazione non si è espressa nel merito in quanto ha ritenuto inammissibile il ricorso per vizi procedurali. Nella decisione in questione, comunque, è stata confermata la Sentenza di secondo grado (peraltro, sempre della Corte d'Appello di Catania) dove, anche in quel caso, era stato ritenuto legittimo l'invio di comunicati sindacali agli indirizzi mail aziendali dei dipendenti in quanto espressione del diritto di cui all'art. 26, comma 1, l. n. 300/1970.

Ben più articolato il precedente del Tribunale di Milano, dove si è arrivati a conclusioni opposte a quelle espresse dalla Cassazione nella sentenza sopra richiamata.

Il Giudice milanese, infatti, ha ritenuto che l'utilizzo delle mail aziendali dei dipendenti per inviare comunicati sindacali non possa essere ricondotto né all'art. 25, l. n. 300/1970, né all'art. 26, l. n. 300/1970.

Per quanto riguarda la prima disposizione, infatti, il Tribunale di Milano, se da un lato ha ritenuto che l'interpretazione della stessa debba essere "aggiornata" equiparando "spazi fisici" a "spazi virtuali", dall'altro lato ha ritenuto che tale equiparazione non possa spingersi sino a ricomprendere nel concetto di "spazi virtuali" anche le comunicazioni di posta elettronica. E questo perché mentre la bacheca è uno "spazio comune" nel quale la comunicazione viene resa visibile ad una generalità indeterminata di lavoratori e al quale ciascuno è libero di accedere o meno, l'invio all'indirizzo mail aziendale fa entrare in automatico il contenuto sindacale nella sfera di conoscenza individuale.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 26, il Giudice meneghino ha ritenuto che non possa equipararsi l'invio di mail sindacali al volantinaggio in quanto l'attività di proselitismo non implica, a differenza dell'art. 25, alcun obbligo positivo in capo al datore di lavoro, né attribuisce alle Organizzazioni Sindacali il diritto di utilizzare gli strumenti e l'organizzazione dell'impresa, di cui fanno parte gli indirizzi mail aziendali.

Il precedente del Tribunale di Milano offre quindi una interpretazione particolarmente restrittiva, contraria allo spirito che sta alla base delle disposizioni statutarie, tese a promuovere l'effettivo esercizio delle libertà sindacali nei luoghi di lavoro, che invece la Cassazione nella sentenza in commento ha voluto valorizzare affermando che *"L'evolversi delle modalità di comunicazione telematica e la maggiore efficacia realizzativa attraverso il raggiungimento dei singoli lavoratori per mezzo della personale casella di posta elettronica, non può non essere considerata un aggiornamento necessario della modalità di trasmissione delle notizie, posta a garanzia della reale efficacia dell'attività sindacale"*.

Il problema della privacy

Come anticipato, nella decisione della Suprema Corte in commento non è affrontata la questione del possibile rilievo della normativa in materia di privacy, certamente rilevante nel caso di specie.

Il Garante della Privacy, infatti, ha avuto modo di affermare, già nel 2002, che l'indirizzo mail, quindi anche quello aziendale, costituisce un "dato personale", con la conseguenza

che la raccolta e, soprattutto, l'utilizzo dello stesso da parte di terzi (anche ai fini dell'invio di comunicazioni o newsletter) costituisce trattamento di dati personali ai sensi della normativa posta a tutela della riservatezza.

Ne consegue che per inviare ad un indirizzo mail un comunicato c'è bisogno del consenso della persona titolare del medesimo indirizzo e, pertanto, il sindacato, prima di recapitare il comunicato sindacale, dovrebbe prima ottenere dai singoli lavoratori l'ok all'invio.

Il tema, come detto, non è stato affrontato dalla Cassazione, mentre il Tribunale di Milano, nel precedente sopra ricordato, aveva avuto modo di ricordare quanto precisato dal Garante in merito al fatto che le Organizzazioni Sindacali non possono far uso dei dati personali dei singoli lavoratori.

Il tema è complesso ed investe aspetti non strettamente "giuslavoristici". Se l'acquisizione del consenso dei dipendenti risolve alla radice il problema, è evidente che impone al sindacato di ottenerlo vanificherebbe la stessa "efficacia" della comunicazione sindacale operata mediante mail, con conseguente lesione delle prerogative sindacali che, come visto, per la Suprema Corte si fondano sulle disposizioni statutarie. Il problema del trattamento dei dati poi dovrebbe riguardare non tanto il rapporto tra sindacato e azienda, quanto quello tra singoli dipendenti e sindacalisti. Sarebbe comunque opportuno un intervento chiarificatore della giurisprudenza di legittimità, anche per arginare i rischi di letture regressive dello Statuto dei lavoratori da parte dei giudici di merito. ■

Licenziamento prima del superamento del periodo di comporto: tutela reale “piena” anche quando si lavora in una piccola azienda

di
Francesca
Maffei

Premessa: le tre questioni sottoposte al vaglio del Tribunale di Grosseto

La sentenza del 15 novembre 2022 n. 17 (Giudice Grosso) del Tribunale di Grosseto merita attenzione perché affronta questioni di estremo interesse che attengono alla disciplina del licenziamento del lavoratore in malattia. Il giudice grossetano prende infatti posizione su tre questioni giuridiche piuttosto complesse, soprattutto in virtù delle contraddizioni riscontratesi nel panorama giurisprudenziale degli ultimi anni sul punto.

1. In via del tutto preliminare, il Tribunale si interroga su quale - tra il trattamento economico/normativo della cassa integrazione guadagni (in questo caso ordinaria) e quello della malattia - debba prevalere, quando concorrono entrambe le cause sospensive del rapporto di lavoro. Vedremo che la scelta per l'una o l'altra opzione, oltre a non essere per nulla scontata, determina conseguenze completamente differenti, in particolare, quando alla decisione per la prevalenza dell'istituto della malattia su quello integrativo salariale, consegua il superamento del periodo di comporto, con accesso nell'area della libera recedibilità dal rapporto di lavoro ad iniziativa datoriale.
2. In secondo luogo, il Tribunale chiarisce quali siano le assenze per malattia professionale o infortunio

scomputabili dal periodo di comporto e se ed entro quali termini la responsabilità datoriale nella genesi dell'evento morboso, per violazione dell'art. 2087 c.c., interrompa il decorso del periodo di cui all'art. 2110, co. 2, c.c.

3. Infine (e questa è sicuramente la parte più innovativa e interessante della sentenza, sebbene attraversata da alcune piccole imprecisioni, come si evidenzierà nel prosieguo del contributo), il Giudice ricostruisce quale sia la sanzione applicabile a datori di piccole dimensioni, che non raggiungono la soglia dimensionale di cui all'art. 18, co. 8, st. lav. quando venga dichiarata in giudizio la nullità del licenziamento, perché intimato prima del decorso del periodo di comporto. Al riguardo - lo si anticipa sin d'ora - il Tribunale giunge ad una decisione del tutto condivisibile per quanto riguarda l'individuazione della sanzione applicabile (i.e. tutela reale “forte” o piena, con reintegrazione nel posto di lavoro e riconoscimento in via risarcitoria di tutte le retribuzioni dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettivo reinserimento) ma quantomeno dubbia se si guarda al riferimento normativo ad essa sotteso, probabilmente ultroneo rispetto al caso di specie e che potrebbe prestare il fianco a pretestuose iniziative datoriali in sede di gravame.

Una breve descrizione dei fatti di causa può sicuramente aiutare a comprendere la portata della decisione assunta dal Giudice sui tre profili prima evidenziati e apprezzarne i risultati finali, offrendo lo spunto a chi scrive anche per una breve riflessione sulla *ratio* dell'istituto del comporto e quindi sugli strumenti attivabili dai lavoratori, in malattia, che ritengano di verificare la loro posizione relativa al comporto.

I fatti di causa

Un lavoratore, con mansioni di cameriere, infortunatosi durante l'orario lavorativo, nello svolgimento delle sue mansioni, e costretto a rimanere a riposo per un lungo periodo, veniva licenziato dal ristorante presso cui lavorava per superamento del periodo di comporto. Rivoltosi al sindacato e analizzando le sue buste paga, il lavoratore scopriva che per ben tre dei mesi in cui era stato assente per malattia, non solo il datore di lavoro aveva fruito della Cassa Integrazione Covid-19 a zero ore per tutta l'azienda ma soprattutto, pur non avendolo mai informato, lo aveva collocato tra i beneficiari della cassa riconoscendogli il solo trattamento di integrazione salariale.

Il lavoratore impugnava quindi il licenziamento asserendo che dal periodo di comporto doveva essere scomputato il periodo in cui tutta la forza lavoro della società era stata collocata in C.I.G. e che, comunque, a prescindere dal periodo di integrazione salariale, il comporto non poteva ritenersi superato, dovendosi rinvenire l'origine dell'infortunio occorsogli nella violazione, da parte datoriale, degli obblighi di sicurezza di cui al d.lgs. 81/2008. Per queste ragioni il lavoratore chiedeva la reintegrazione nel posto di lavoro e il pagamento di un'indennità risarcitoria dal giorno dell'illegittima estromissione a quello di effettiva reintegrazione, sostenendo che l'art. 2 d.lgs. 23/2015, applicabile *ratione temporis* al rapporto di lavoro (si tratta infatti di un lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015), riconosce la tutela reintegratoria cd. forte o piena anche a lavoratori di aziende di piccole dimensioni, quando il licenziamento sia nullo perché intimato prima del decorso del periodo di comporto.

Il Tribunale di Grosseto accoglieva integralmente il ricorso del dipendente, annullando il licenziamento per violazione dell'art. 2110, co. 2, c.c. e reintegrando il lavoratore nel posto di lavoro.

Sulla prima questione: prevalenza del trattamento di integrazione salariale su quello della malattia

Cominciamo dalla prima delle questioni sottoposte al vaglio giudiziale, ossia quale sia il titolo di assenza che debba prevalere (e conseguentemente quale sia la misura del trattamento da corrispondere ai lavoratori) nel caso di coincidenza tra assenza dal lavoro per malattia e sospensione con intervento dell'integrazione salariale.

Il Tribunale di Grosseto, del tutto correttamente, ritiene che le assenze del dipendente debbano essere imputate all'integrazione salariale, in quanto il ristorante, durante il periodo di fruizione della CIG Covid-19, era rimasto totalmente inattivo, con la conseguenza che per quei mesi la malattia del lavoratore, seppur precedente rispetto alla sospensione, non aveva "dispiegato" alcun effetto, non trovandosi il lavoratore comunque nelle possibilità di svolgere la prestazione lavorativa in virtù della chiusura aziendale.

La decisione del Giudice, sul punto, appare sintonica sia con la lettera dell'art. 3, comma 7, d.lgs. 14 settembre 2015, n. 148 sia con l'interpretazione che di questa norma ha dato lo stesso Istituto previdenziale in alcuni precedenti amministrativi (Circ. INPS 16 giugno 2009, n. 82; Circ. INPS 2 dicembre 2015, n. 197; Mess. INPS 30 aprile 2020, n. 1822) in cui la risposta al quesito circa la prevalenza dell'uno o dell'altro istituto è stata calibrata a seconda del momento in cui è insorta la malattia e della portata ed estensione dell'intervento di integrazione salariale richiesto. Se la malattia è cominciata dopo la sospensione per CIG, ovvero se la malattia, seppure precedente, si accompagna ad una sospensione con azzeramento dell'attività aziendale (come è il caso che qui ci occupa), 'prevalere' la causa che dà luogo all'integrazione salariale, senza che assuma alcun rilievo la malattia del dipendente.

Viceversa, nel caso di sospensione che interviene nel corso della malattia, ma di prosecuzione parziale dell'attività, con conseguente programmazione dei rientri a rotazione, si deve presumere che il lavoratore malato sarebbe stato compreso nella rotazione programmata e che il mancato rientro sia derivato dallo stato di malattia, con 'prevalenza' del relativo trattamento rispetto a quello di integrazione salariale.

Se, dunque, la pronuncia in commento, risulta apprezzabile nella conclusione cui giunge e conforme agli sviluppi della prassi amministrativa sul rapporto tra malattia e cassa integrazione (oltre che della più

recente giurisprudenza di merito, ancora più *tranchante* nell'affermare la prevalenza dell'istituto della cassa integrazione, addirittura prescindendo dalla data di insorgenza dell'evento morboso, v. Corte di appello di Torino, 15 settembre 2022) c'è nell'iter argomentativo un passaggio che invece, almeno nella prospettiva di chi scrive, sembra in contrasto con la finalità dell'istituto del comports e con gli stessi principi generali in materia di obbligazioni.

Si legge infatti nella sentenza che in caso di concomitanza tra i due istituti della sospensione, il mutamento del titolo dell'assenza da malattia a cassa integrazione non operi mai automaticamente, ma presupponga una richiesta in tal senso da parte del lavoratore. Ed anzi, che la scelta del lavoratore di continuare ad inviare certificati medici, nonostante la sospensione totale, a zero ore, dell'attività produttiva per CIG, generi una presunzione di volontà di permanenza nell'istituto della malattia, superabile solo se si provi che il lavoratore non aveva avuto conoscenza del ricorso all'istituto della cassa integrazione da parte dell'azienda. A conforto di questa ricostruzione, di convertibilità del titolo dell'assenza solo in presenza di un comportamento attivo del lavoratore, il Giudice richiama un precedente giurisprudenziale di legittimità (Cass. n. 27392 del 29.10.2018) riferito alla diversa ipotesi di concomitanza degli istituti delle ferie e della malattia. Si tratta di una ricostruzione che, almeno nella prospettiva di chi scrive, sembra non tener conto della finalità del comports e che rimette nelle mani del lavoratore una scelta dei cui effetti egli potrebbe non avere perfetta conoscenza se non nel momento in cui riceve la lettera di licenziamento. Non si esclude, infatti, che il lavoratore pur a conoscenza dell'accesso della propria azienda all'istituto della cassa integrazione, decida comunque di continuare ad inviare certificati medici in virtù di un automatismo sprovvisto di una precisa opzione o per mera disattenzione o, addirittura, nella speranza di poter godere del più alto trattamento economico della malattia. Ciò però - in assenza di un obbligo datoriale di comunicare tempo per tempo al lavoratore in quale "momento" del comports si trova - non può ritenersi realmente indicativo della volontà del lavoratore di permanere nel titolo della malattia, rinunciando all'interruzione del decorso del periodo del comports e quindi esponendosi all'area di potere datoriale della libera recedibilità.

Anzi, la ratio dell'istituto previsto dall'art. 2110, co. 2, c.c. dovrebbe condurre a ritenere automatica la conversione del titolo dell'assenza, da malattia a cassa

integrazione, come peraltro già ammesso dalla Corte di cassazione nella risalente sentenza 6 giugno 1991, n. 6431 la quale, sul punto, concludeva che stante l' "interesse oggettivo del dipendente ammalato alla conservazione del rapporto (...) postulato dalla disciplina dell'art. 2110 c.c." la scadenza del comports dovesse essere "automaticamente spostata", soprattutto una volta esclusa, per l'inevitabilità delle assenze, l'incidenza di esigenze aziendali.

Sulla seconda questione: la responsabilità datoriale ex art. 2087 c.c. blocca il decorso del periodo di comports.

Chiarito quindi che in caso di concomitanza tra malattia e integrazione salariale è quest'ultima a prevalere, il Tribunale affronta la seconda questione sottoposta al suo prudente apprezzamento, circa la computabilità nel comports di assenze occasionate da infortunio e malattia professionale.

In conformità ai più recenti arresti giurisprudenziali di legittimità (da ultimo, secondo Cass. n.2527/2020; Cass. n. 5413 del 2003; Cass. n. 22248 del 2004; Cass. n. 26307 del 2014; Cass. 15972 del 2017; Cass. n. 26498 del 2018) il Tribunale ritiene la computabilità delle assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro o a malattia professionale nel periodo di comports non si verifica solo quando il datore di lavoro sia stato responsabile dell'evento morboso, per essere egli inadempiente all'obbligazione contrattuale su di lui ricadente, ai sensi dell'art. 2087 c.c.

Così, essendo emersa, nel corso dell'istruttoria in sede di giudizio, la totale inottemperanza da parte datoriale alle più elementari regole in materia di salute e sicurezza, e in particolare di sorveglianza sanitaria, il Tribunale di Grosseto accertava l'ascrivibilità dell'infortunio subito dal lavoratore alla responsabilità delle società convenute e conseguentemente dichiarava le assenze ex art. 2110 c.c. occasionate dal predetto infortunio non computabili ai fini del superamento del periodo di comports, con conseguente nullità del licenziamento causalmente giustificato proprio nell'asserito superamento di questo periodo.

Sulla terza questione: tutela reintegratoria forte e piena anche nelle aziende di piccole dimensioni

Veniamo, dunque, alla terza ed ultima questione sottoposta al vaglio giudiziale ossia quale sia la tutela cui può accedere il lavoratore di una piccola azienda, in caso

di licenziamento intimatogli in violazione del periodo di comporto.

Il Tribunale di Grosseto, ricostruita l'illegittimità del licenziamento in termini di nullità, come d'altronde chiarito dalla Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 12568/2018, ritiene applicabile al lavoratore la tutela reintegratoria "forte" o piena, ritenendo del tutto indifferente per l'individuazione della sanzione, il requisito dimensionale dell'azienda, ovvero sia il numero di dipendenti in forza al datore di lavoro.

Si tratta di una decisione del tutto corretta dal punto di vista della tutela applicata, ma che, ad avviso di chi scrive, merita un piccolo chiarimento rispetto alla parte motiva perchè, il Giudice sembra non tener conto del regime normativo applicabile proprio a questo lavoratore, assunto dopo il 7 marzo 2015 (e quindi in piena operatività del contratto a tutele crescenti) e dunque compie un'operazione ermeneutica molto più complessa per concludere nei termini indicati.

E, infatti, per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015, cui si applica il d.lgs. 23/2015, e quindi anche per il lavoratore che qui ci occupa, la tutela applicabile in caso di nullità del licenziamento, poiché intimato prima del superamento del periodo di comporto di cui all'art. 2110 comma 2 c.c. è senza dubbio quella reintegratoria rafforzata di cui all'art. 2 d.lgs. 23/2015, a prescindere dal requisito dimensionale dell'azienda. Così d'altronde si è espressa la giurisprudenza di merito, anche di recente, (Corte d'Appello di Torino, 5 agosto 2022, n. 315) e così sembra potersi desumere sia dalla lettera dell'art. 2 de. D.lgs. 23/2015 che da un'interpretazione sistematica dell'intero decreto nel nostro ordinamento. Ciò significa che, quantomeno per i nuovi assunti, non possa dubitarsi dell'accesso alla tutela reintegratoria forte o piena (i.e. reintegrazione e indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione) quando il licenziamento sia nullo per violazione dell'art. 2110 c.c., a prescindere dalla dimensione dell'azienda presso cui si è occupati.

Il problema, invece, si pone proprio per i "vecchi" assunti per i quali, in caso di occupazione presso un'azienda di piccole dimensioni, in teoria dovrebbe trovare applicazione la sola tutela obbligatoria di cui all'art. 8 l. 604/1966 e per i quali quindi l'accesso alla tutela reale è stato consentito solo per il tramite di una più complessa ricostruzione ermeneutica in sede di legittimità. Senza

poter approfondire in questa sede le complesse motivazioni sottese a questa ricostruzione basti qui dire che con la recente sentenza n. 27344 del 16 settembre 2022, la Corte di Cassazione ha definitivamente chiarito che anche per i vecchi assunti, in caso di nullità del licenziamento per violazione dell'art. 2110, co. 2, c.c. la tutela applicabile sia quella reale di cui all'art. 18 st. lav. a prescindere dal requisito dimensionale dell'azienda, non potendo trovare applicazione l'art. 8 della l. 604/1966 limitato alle più blande ipotesi di licenziamento ingiustificato ma non nullo. La differenza rispetto ai nuovi assunti, però, è che i "vecchi" dipendenti (siano essi occupati in aziende di grandi o di piccole dimensioni) non accedono al regime della tutela reintegratoria "forte" o piena ma a quella attenuata di cui al quarto comma dell'art. 18 st. lav. (i.e. reintegrazione ed indennità risarcitoria decorrente dal recesso all'effettiva reintegrazione, ma nella misura massima di 12 mensilità), in virtù dell'espressa previsione in tal senso contenuta nel settimo comma dell'art. 18 st. lav.

Pur conoscendo i numerosi arresti giurisprudenziali che legittimano sistemi di tutele frastagliate e differenti tra vecchi e nuovi assunti, in caso di licenziamento illegittimo/nullo, chi scrive vorrebbe sottolineare l'opportunità di garantire invece un'uniformità di trattamento (ovviamente parametrata alla maggior tutela prevista nell'ordinamento, ossia la reintegratoria piena) quanto meno nei casi più delicati, quando vengono in rilievo interessi primari dei lavoratori, in cui la tutela del posto di lavoro - a fronte di difficoltà di salute che già disequilibrano lo svolgimento della propria vita - diventa ancor più urgente. ■

Un'indagine penale a lieto fine: il contrasto agli appalti illeciti nel caso DHL Supply Chain

di
Giovanni
Conticelli

La Procura di Milano ha archiviato il procedimento penale a carico di DHL Supply Chain (Italy) s.p.a. dopo aver positivamente valutato la condotta riparatoria della società che, tra le altre, ha deciso di assumere direttamente 1200 lavoratori fino a quel momento interessati da uno schema di organizzazione esternalizzata del lavoro che era stato ritenuto fittizio dagli inquirenti. Un precedente che la stessa Procura di Milano auspica possa ripetersi nel futuro

Il caso trae origine da un procedimento penale avviato dalla Procura della Repubblica di Milano nei confronti dei due Presidenti del Consiglio di Amministrazione della società DHL Supply Chain (Italy) s.p.a. (di seguito "DHL"), succedutisi nella carica nel maggio 2018, i quali erano stati sottoposti ad indagine per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture per operazioni inesistenti ex art. 2 D. Lgs. n. 74/2000.

Formalmente, DHL Supply Chain (Italy) s.p.a. erogava parte dei propri servizi non direttamente, ma per il

tramite del Consorzio Industria dei Servizi, con il quale aveva stipulato un contratto di appalto. A sua volta, Consorzio Industria dei Servizi non erogava i servizi direttamente, ma per il tramite di cooperative di lavoratori con le quali stipulava contratti di subappalto.

In estrema sintesi, la prospettazione accusatoria della Procura era che, in realtà, il Consorzio Industria dei Servizi, il quale risultava non avere alcun lavoratore assunto ed era privo dei mezzi necessari per erogare direttamente il servizio a DHL, avesse la mera funzione di "schermare", tramite un simulato contratto di appalto, un rapporto di somministrazione di mano d'opera che, concretamente, intercorreva direttamente tra DHL e le cooperative dei lavoratori.

Tale ricostruzione si fondava, secondo gli inquirenti, su una molteplicità di risultanze investigative dalle quali emergeva che, nella realtà, i lavoratori soci delle cooperative prestavano attività lavorativa direttamente in favore della committente DHL, essendo

costantemente sottoposti al suo controllo e alle direttive da questa impartite direttamente per il tramite del Consorzio, il quale si limitava a "trasmetterle"; tutto ciò in violazione dei principi di autonomia gestionale e organizzativa di cui avrebbe dovuto godere sia il Consorzio in virtù del contratto di appalto sia le società cooperative in forza del contratto di subappalto.

In sostanza, quindi, secondo la Procura, la fittizietà del contratto di appalto tra DHL e il Consorzio Industria dei Servizi aveva la finalità di coprire un reale contratto di somministrazione illecita di manodopera tra la committente e le cooperative di lavoratori.

Lo schema creato avrebbe permesso a DHL, da una parte, di usufruire di una flessibilità di forza lavoro e di gestione dei costi altrimenti non possibile, potendo al contempo esercitare specifiche attività di controllo dei lavoratori proprie del datore di lavoro (ed estranee allo schema contrattuale dell'appalto) e, dall'altra, ottenere un vantaggio fiscale derivante dall'avvalersi, al fine

di evadere l'IVA, di fatture emesse dal Consorzio Industria dei Servizi per operazioni inesistenti.

In definitiva, secondo l'accusa, DHL avrebbe esercitato il diritto alla detrazione IVA su fatture pagate al Consorzio Industria dei Servizi ma emesse per operazioni inesistenti sulla base di un fittizio contratto di appalto; a sua volta il Consorzio Industria dei Servizi avrebbe portato in detrazione l'IVA relativa a fatture emesse dalle cooperative consorziate, con le quali aveva stipulato contratti di subappalto, le quali, però, anziché versare l'IVA allo Stato, solitamente cessavano l'attività con posizioni debitorie sia fiscali che contributive.

La società DHL avrebbe quindi conseguito un rilevante vantaggio patrimoniale derivato dall'aver indicato nel periodo 2017-2020 elementi passivi fittizi (iva detraibile) complessivamente pari ad euro 20.748.948,41.

Ricostruito tale schema, la Procura della Repubblica di Milano aveva quindi sottoposto ad indagini anche la società DHL Supply Chain (Italy) s.p.a. ai sensi degli artt. artt. 5 lett. a), 6 lett. a) e 25-quinquiesdecies del D.Lgs. n. 231/2001 per l'illecito amministrativo dipendente dal reato tributario (suppostamene) commesso nell'interesse o a vantaggio della società dai suoi soggetti apicali e, nel giugno 2021, aveva disposto nei confronti della società il sequestro preventivo della somma di euro 20.000.000,00 finalizzato alla confisca, così previsto dall'art. 12 bis del D.Lgs. n. 74/2000.

L'ipotesi accusatoria (contestata in radice dalla difesa della società DHL) aveva superato il vaglio dei Giudici cautelari: dapprima il Tribunale del Riesame e poi la Corte di Cassazione

avevano confermato il sequestro preventivo, ritenendo sussistente il *fumus commissi delicti*.

Successivamente, nel luglio 2022, i difensori della società DHL presentavano una memoria difensiva ai Pubblici Ministeri titolari delle indagini con la quale, oltre a contestare nuovamente la sussistenza del reato, in via subordinata rappresentavano alla Procura le condotte risarcitorie e riparatorie poste in essere *medio tempore* dalla società e consistite nella definizione, mediante ravvedimento operoso, del contenzioso con l'Agenzia delle Entrate con integrale pagamento dell'importo complessivo di euro 37.608.561,00 a titolo di imposta evasa, interessi e sanzioni. Inoltre, veniva evidenziato che la società aveva aggiornato il modello di organizzazione e gestione della società ex d.lgs. n. 231/2001 rendendolo idoneo a prevenire la commissione di reati fiscali ed aveva altresì adottato una procedura interna aziendale di monitoraggio degli adempimenti IVA da parte dei fornitori; infine, i difensori segnalavano alla Procura la scelta della società di procedere ad un corposo piano di assunzione diretta dei lavoratori che fino a quel momento svolgevano il servizio di gestione dei magazzini tramite i fornitori. Secondo la difesa di DHL, quindi, preso atto dell'avvenuta definizione del procedimento amministrativo tributario con l'Agenzia delle Entrate e delle ulteriori condotte risarcitorie/riparatorie poste in essere, si rendeva necessario nel caso di specie rispettare il principio del *ne bis in idem* affinché fosse garantita, nei sistemi a doppio binario sanzionatorio, una risposta sanzionatoria unitaria per il medesimo fatto, che nel caso di specie risultava essere stato contestato a DHL

sia in sede amministrativa-tributaria che in sede penale con il procedimento ai sensi d.lgs. n. 231/2001.

La Procura di Milano, preso atto di quanto dedotto e documentato dalla difesa di DHL, in data 09.22.2022 ha quindi disposto l'archiviazione ai sensi dell'art. 58 D.Lgs. n. 231/2001 del procedimento penale avviato nei confronti della società.

Con il decreto di archiviazione, i Pubblici Ministeri, dopo aver ricostruito il contenuto del principio del *ne bis in idem* come definito negli ultimi anni dalle Corti sovranazionali (Corte EDU e Corte di Giustizia dell'Unione Europea) e dalla Corte Costituzionale, hanno ritenuto che, nel caso di specie, l'avvenuta definizione con ravvedimento operoso del procedimento tributario da parte di DHL, la quale aveva versato non soltanto l'importo a titolo di imposta evasa e interessi, ma aveva anche l'ulteriore ingente somma di euro 10.899.456,40 a titolo di sanzioni (che, secondo i PM, proprio per la sua entità aveva una natura afflittiva e "sostanzialmente penale", risultando proporzionata, dissuasiva ed effettiva rispetto allo scopo di tutela perseguito dal legislatore dell'interesse dello Stato alla percezione dei tributi), impediva la prosecuzione del procedimento penale ai sensi del d.lgs. n. 231/2001, rendendo "l'ulteriore irrogazione della sanzione ex 231/2001 un fatto che sembra porsi in contrasto con la consolidata giurisprudenza in materia di *ne bis in idem*" e, quindi in un eccesso punitivo, in violazione dei diritti fondamentali riconosciuti a livello sovranazionale dagli artt. 4 prot. 7 CEDU e 50 CDFUE.

Di particolare interesse risulta la motivazione contenuta nel decreto di archiviazione, laddove la Procura di Milano, nel giudizio valutativo

della proporzionalità della sanzione (già) complessivamente irrogata alla società, attribuisce pregnante rilievo alle condotte riparatorie poste in essere *medio tempore* dall'azienda e consistite nell'aggiornamento e adeguamento del modello organizzativo al fine di prevenire la commissione di reati fiscali, nell'adozione di un protocollo aziendale finalizzato a monitorare gli adempimenti IVA da parte dei fornitori e, soprattutto, nella decisione di assumere direttamente oltre 1200 lavoratori che fino a quel momento svolgevano i servizi di gestione dei magazzini tramite i fornitori. I Pubblici Ministeri di Milano hanno rilevato che le due ultime misure assunte da DHL, come documentato dalla difesa della società, avevano determinato per DHL un ulteriore aggravio economico per circa 10.000.000,00 di euro.

Pertanto, la scelta di addivenire in tempi rapidi ad una gestione diretta dei magazzini con la correlata assunzione dei lavoratori che vi operavano tramite fornitori terzi, rappresenta, secondo la Procura di Milano, una misura che *“oltre a garantire una gestione rafforzata del rischio-compliance, costituisce un forte segnale, anche verso l'esterno, della volontà di proseguire nell'attività nella piena legalità”* e, quindi, segna *“una netta cesura con il precedente assetto organizzativo”*.

La vicenda che ha coinvolto la società DHL appare significativa sotto un duplice aspetto: da una parte, la Procura si è concentrata sul sistema di esternalizzazione del lavoro posto in essere dalla società, riuscendo ad *“aggrederlo”* a livello penale sotto il profilo dei reati tributari derivanti da tale *“schema”* di organizzazione esternalizzata del lavoro.

Dall'altro, con il provvedimento di archiviazione del procedimento, la Procura ha chiaramente valorizzato la condotta riparatoria di DHL, che si è estrinsecata anche nel porre in essere un nuovo modello di organizzazione del lavoro con l'assunzione diretta di oltre 1200 lavoratori fino a quel momento *“esternalizzati”* e, nel giudicare tali condotte come *“virtuose”*, ha inteso creare un

importante precedente in funzione general-preventiva, affermando esplicitamente che *“in futuro, enti anche di rilevanti dimensioni, potrebbero essere tanto più incentivati a porre rimedio alle lacune organizzative quanto più possano avere una fondata aspettativa che questi sforzi saranno “premiati” sul piano sanzionatorio evitando un'inutile duplicazione della portata afflittiva loro applicata”*. ■

FLASH

La Corte costituzionale fa salvo il divieto di cumulo tra pensione “quota 100” e reddito da lavoro dipendente

Con la sentenza n. 234 del 24 novembre scorso la Corte costituzionale ha riconosciuto la legittimità costituzionale della norma che, nel prevedere la non cumulabilità della pensione anticipata “Quota 100” con i redditi da lavoro, riconosce l'unica eccezione nella percezione di redditi da lavoro autonomo occasionale (ovvero entro i limiti dei 5000 euro annui). Il Tribunale di Trento, nel sollevare la questione di costituzionalità, aveva infatti chiesto di valutare la compatibilità di tale disciplina con il principio di uguaglianza e ragionevolezza sancito dall'art. 3, primo comma Cost., in ragione della disparità di trattamento che esso determina rispetto ai percettori di redditi da lavoro dipendente di pari entità. In particolare, l'irragionevole trattamento sfavorevole si suggeriva riguardasse i lavoratori intermittenti, non beneficiari di contribuzione nelle giornate non lavorate e privi di indennità di disponibilità (perché assunti senza l'obbligo di chiamata). Nel respingere l'eccezione di costituzionalità i giudici delle leggi evidenziano il carattere eccezionale della misura pensionistica in esame, che ha consentito, per il triennio 2019-2021, il ritiro dal lavoro all'età di 62 anni, con un'anzianità contributiva di almeno 38 anni, senza penalizzazioni nel calcolo della prestazione. Simili condizioni di accesso alla pensione, decisamente più favorevoli rispetto al regime ordinario, giustificano il divieto di cumulo, anche in presenza di una evidente sproporzione tra reddito percepito dal pensionato e prestazione pensionistica sospesa. La Corte sottolinea la duplice finalità perseguita dal legislatore, il quale *“ha preteso, non irragionevolmente, che il soggetto che sceglie di usufruire di tale trattamento esca dal mercato del lavoro, sia per la sostenibilità del sistema previdenziale, sia per favorire il ricambio generazionale”*. Proprio queste finalità (ed in specie quella *“occupazionale”*) porta i Supremi Giudici a considerare non omogenei i redditi prodotti dal lavoro autonomo occasionale e quelli frutto di lavoro dipendente (ivi compreso il lavoro intermittente) anche se in ipotesi di identico importo. Solo il lavoro autonomo occasionale, infatti, *“per la sua natura residuale, non incide in modo diretto e significativo sulle dinamiche occupazionali, né su quelle previdenziali e si differenzia per questo dal lavoro subordinato, sia pure nella modalità flessibile del lavoro intermittente”*. Non essendo le due situazioni omogenee, e dunque comparabili, la differenza di trattamento prevista dalla normativa contestata non può dirsi irragionevole e va perciò considerata compatibile con i principi posti dall'art. 3 Cost.