

# NEWSLETTER LAVORO

9  
2017

## All'interno:

- il vizio del licenziamento per contestazione tardiva e relative conseguenze
- giurisprudenza in tema di impugnazione del licenziamento e Fondo di Solidarietà, proporzionalità della sanzione espulsiva, licenziamento per mancato superamento del periodo di prova e Privacy del lavoratore

Roma  
Via dei Due Macelli, 47  
Telefono: +39 06 6784778  
Fax: +39 06 6783915

Milano  
Via Monte Napoleone, 18  
Telefono: +39 02 7645771  
Fax: +39 02 783524

Bologna  
Via Cesare Battisti, 33  
Telefono: +39 051 6440604  
Fax: +39 051 332126

# NewsletterLavoro

## Indice

### **Il punto su: il vizio del licenziamento per contestazione tardiva e relative conseguenze**

#### **Giurisprudenza Italiana ed Europea**

Preclusa l'impugnazione del licenziamento se il lavoratore ha richiesto di accedere al Fondo di Solidarietà per il sostegno del reddito (Corte di Cassazione, Sentenza n. 20008 dell'11 agosto 2017)

Contrattazione collettiva e giudizio di proporzionalità della sanzione espulsiva adottata dal datore di lavoro (Cassazione, Sentenza n. 21062 dell'11 settembre 2017)

Licenziamento per mancato superamento della prova in ipotesi di patto nullo (Cassazione, Sentenza n. 17528 del 14 luglio 2017)

Controllo delle e-mail dei dipendenti e diritto alla vita privata (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 5 settembre 2017, caso n. 61496/2008 - Barbulescu c. Romania)

## Il punto su: il vizio del licenziamento per contestazione tardiva e relative conseguenze

L'ordinanza interlocutoria del 21 aprile 2017 con cui la Corte di Cassazione ha rimesso al Primo Presidente l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite della questione, di particolare importanza, sulla natura del vizio del licenziamento intervenuto in forza di contestazione tardiva, rappresenta un'occasione utile per fare il punto sugli orientamenti giurisprudenziali contrastanti emersi sinora sul tema.

Secondo un primo orientamento, la tardività della contestazione, o del licenziamento, attinendo alla valutazione del rispetto del principio generale di correttezza e buona fede nello svolgimento del rapporto di lavoro, non può rilevare ai fini della diversa valutazione della insussistenza del fatto contestato.

In tal senso si è espressa in particolare la Corte di Cassazione con sentenza del 6 novembre 2014, n. 23669, affermando che la violazione del principio di tempestività del licenziamento, che rende tale atto ingiustificato e non viziato proceduralmente, comporta la tutela indennitaria ex art. 18 co.5 Stat. Lav. (risoluzione del rapporto di lavoro e condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto) in quanto la comunicazione della sanzione si colloca all'esterno della procedura disciplinare conclusasi con la presentazione delle difese del lavoratore, sicché la *ratio* della tempestività del licenziamento risiederebbe nella tutela dell'affidamento del lavoratore e non anche nell'esercizio del suo diritto di difesa, già espletato a seguito della contestazione. Diversamente, spiega la Corte, il principio di tempestività della contestazione, avendo la funzione di consentire il confronto tra le parti, rendendo possibile l'esercizio di difesa del lavoratore, appartiene a pieno titolo al procedimento disciplinare, così integrando vizio processuale del licenziamento con le conseguenze risarcitorie previste dall'art 18, co. 6, Stat. Lav..

Tuttavia, esclusivamente sul tema dell'immediatezza della contestazione (e non del provvedimento espulsivo), una sentenza "isolata" della Corte di Cassazione del 9 luglio 2015, n. 14234, che, in un caso in cui gli episodi contestati si collocavano a distanza di oltre 5 anni, aveva affermato come il principio della necessaria immediatezza della contestazione aveva lo scopo di garantire la possibilità di un'utile difesa da parte del lavoratore e, quindi, l'effettività del contraddittorio, nonché la certezza dei rapporti giuridici nel contesto dell'esecuzione del contratto secondo buona fede e correttezza, con la conseguenza che la mancanza di immediatezza della contestazione costituisca autonoma causa di inefficacia del licenziamento. Secondo tale pronuncia, questa causa di illegittimità non rientra in nessuna delle ipotesi contemplate nell'articolo 18 Stat. Lav., comportando una tutela limitata al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva la cui determinazione è demandata al Giudice implicando una valutazione di merito.

Secondo un secondo diverso orientamento, cui può ricondursi la sentenza del 31 gennaio 2017 n. 2513, un fatto non tempestivamente contestato ex art. 7 L. n. 300/70 non può che essere considerato come "insussistente" non possedendo l'idoneità ad essere verificato in giudizio. Secondo questa impostazione tale violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro assume un carattere radicale che, coinvolgendo i diritti di difesa del lavoratore, impedisce in radice che il Giudice accerti la sussistenza o meno del "fatto", e quindi di valutarne la commissione effettiva, anche a fini della scelta tra i vari regimi sanzionatori. In sintesi, non essendo stato contestato idoneamente ex art. 7 il "fatto" è

*tamquam non esset* e quindi “insussistente” con conseguente applicazione della reintegrazione ai sensi dell’art. 18, comma 4, Stat. Lav..

Secondo poi un terzo orientamento, cui possono ricondursi la sentenza del 26 agosto 2016 n.17371 e la sentenza del 16 agosto 2016 n. 17113 della Corte di Cassazione, il difetto di tempestività tanto della contestazione quanto, rispetto a questa, del provvedimento espulsivo, va circoscritto nell’ambito del vizio procedurale con conseguente applicazione del co. 6 dell’art. 18 Stat. Lav. (risoluzione del rapporto di lavoro e condanna del datore di lavoro al pagamento di un’indennità risarcitoria omnicomprensiva tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto).

Si dovrà attendere l’esito della rimessione della questione alle Sezioni Unite per capire quali indicazioni la Suprema Corte vorrà adottare sulla questione.

## Giurisprudenza Italiana ed Europea

### **Preclusa l'impugnazione del licenziamento se il lavoratore ha richiesto di accedere al Fondo di Solidarietà per il sostegno del reddito (Sentenza della Corte di Cassazione n. 20008 dell'11 agosto 2017)**

Con la Sentenza n. 20008 dell'11 agosto 2017, la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi sulla funzione che deve essere attribuita al Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, dell'occupazione e della riconversione e qualificazione professionale del personale dipendente dalle imprese di credito, chiarendo l'interpretazione che deve essere attribuita al comportamento del lavoratore che sceglie di aderirvi.

La vicenda in esame ha riguardato un dipendente di un istituto di credito italiano interessato da una procedura di ristrutturazione aziendale. Il lavoratore, che dapprima aveva aderito al suddetto Fondo di solidarietà, aveva in un secondo momento impugnato il licenziamento intimatogli dalla Banca. Riteneva in particolare che la richiesta di accedere al trattamento di sostegno del reddito e la contestuale rinuncia al preavviso e alla relativa indennità sostitutiva non potessero essere considerate equivalenti ad una accettazione della risoluzione anticipata del rapporto.

Secondo la difesa del lavoratore, una simile conclusione avrebbe infatti significato negare al Fondo di solidarietà la funzione di sostegno al reddito allo stesso attribuita dalla L. 662/1996.

Al contrario, tanto il Giudice di prime cure che quello d'impugnazione, valorizzando la finalità di contenimento del contenzioso che aveva ispirato l'istituzione del Fondo, avevano ritenuto precluso per il lavoratore l'impugnazione del licenziamento.

La Suprema Corte di Cassazione, ribadendo il proprio orientamento in materia (cfr anche Cass. n. 12636/2015, Cass. n. 18090/2015 e Cass. n. 20358/2010), ha ribadito il principio secondo il quale il D.M. n. 158/2000 che ha istituito presso l'INPS il Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, *“va considerato come uno strumento che mira ad eliminare o comunque a contenere al massimo il contenzioso derivante dai processi di ristrutturazione aziendale, di talchè la rinuncia al preavviso e all'indennità sostitutiva debbono considerarsi quali comportamenti negoziali implicanti l'accettazione della anticipata risoluzione del rapporto di lavoro che precludono la successiva impugnazione del licenziamento.”*

*la richiesta di accesso al Fondo di solidarietà per il sostegno del reddito, prevedendo l'erogazione di assegni straordinari e la rinuncia al preavviso e alla relativa indennità per la risoluzione anticipata del rapporto di lavoro, deve essere considerata come acquiescenza alla risoluzione del rapporto, restando preclusa una eventuale successiva impugnazione del licenziamento*

## Contrattazione collettiva e giudizio di proporzionalità della sanzione espulsiva adottata dal datore di lavoro (Cassazione, Sentenza n. 21062 dell'11 settembre 2017)

La Cassazione, con la sentenza n. 21062 depositata l'11 settembre u.s., è intervenuta sul tema della giusta causa di licenziamento, ponendo evidenza ai criteri per la valutazione della gravità della condotta contestata al lavoratore nel regime anteriore alle modifiche introdotte con la legge 92/12.

Il caso all'esame della Corte riguardava un lavoratore di una grande azienda metalmeccanica che si assentava dal lavoro per un giorno giustificandosi con la necessità di restare a casa per assistere la figlia malata, salvo poi scoprire l'impresa che il lavoratore si era in realtà recato presso lo stabilimento per prendere parte ad un referendum indetto dai sindacati. L'impresa perciò intimava il licenziamento per giusta causa considerando il comportamento del lavoratore irrimediabilmente lesivo del vincolo di fiducia tra le parti.

*“Qualora un determinato comportamento del lavoratore integri nella contrattazione collettiva una infrazione disciplinare cui corrisponda una sanzione conservativa specifica, il giudice non potrà valutare lo stesso fatto come legittimante il licenziamento per giusta causa”*

I primi due gradi di giudizio si concludevano con esito sfavorevole per il lavoratore che, sconfitto in primo e secondo grado, ricorreva per Cassazione lamentando, tra altre, la violazione e falsa applicazione del contratto collettivo di categoria per difetto di proporzionalità della sanzione disciplinare applicata. La difesa del lavoratore sosteneva infatti che il Ccnl Metalmeccanici, per l'ipotesi di abbandono del posto di lavoro “senza giustificato motivo o giustificazione alcuna”, prevede la sola applicazione di una sanzione conservativa (articolo 9); al

contrario, il licenziamento sarebbe legittimamente intimato solo in caso di assenze ingiustificate prolungate oltre quattro giorni consecutivi ovvero quando dall'abbandono del posto di lavoro possa derivare pregiudizio alla incolumità delle persone od alla sicurezza degli impianti (artt. 10 lett. A e B, CCNL Metalmeccanici).

La Cassazione, nell'esaminare la questione, ha ritenuto che la Corte territoriale non abbia correttamente svolto il giudizio di proporzionalità, avendo omesso ogni considerazione sia di elementi oggettivi («una sola giornata di assenza lavorativa»), sia di elementi soggettivi (quali l'«assenza di premeditazione» nella decisione di partecipare all'iniziativa sindacale). In particolare la Suprema Corte, riprendendo un proprio precedente orientamento (Cass. n. 15654/12), ha precisato che il giudizio di proporzionalità non può risolversi in una valutazione astratta dell'addebito, ma deve porre attenzione ad ogni aspetto concreto del fatto. In tale operazione valutativa il giudice seppur non vincolato dalle tipizzazioni di giusta causa contenute nella contrattazione collettiva, deve tuttavia «tenerne conto», come previsto dall'articolo 30 della legge 183/2010.

## Licenziamento per mancato superamento della prova in ipotesi di patto nullo (Cassazione, Sentenza n. 17528 del 14 luglio 2017)

Con la sentenza in commento la Suprema Corte è intervenuta sul tema della tutela spettante al lavoratore licenziato da un'azienda soggetta all'applicazione della tutela reale per mancato superamento del patto di prova, quando quest'ultimo sia illegittimo.

Nel caso in esame la lavoratrice era addetta ad una mensa gestita in regime di appalto, e, in occasione del subentro di un nuovo appaltatore, veniva assunta da quest'ultimo con patto di prova. Al termine del relativo periodo veniva licenziata per mancato superamento della prova. Tuttavia l'assunzione era soggetta alla disciplina dettata dal CCNL turismo - pubblici esercizi per l'ipotesi del cambio di appalto, la quale prevede il diritto dei lavoratori al "passaggio diretto" alle dipendenze del nuovo appaltatore, con facoltà per quest'ultimo di escludere il personale con funzioni di direzione esecutiva o adibito a mansioni di coordinamento e controllo dell'impianto o di altri lavoratori. Tanto comporta, secondo la Cassazione, che mentre la generalità degli addetti all'appalto ha senz'altro diritto all'assunzione senza patto di prova da parte dell'appaltatore subentrante, i lavoratori con funzioni di direzione esecutiva possono essere esclusi oppure assunti, ma in tal caso senza patto di prova. Il patto di prova apposto al contratto della lavoratrice parte in causa era dunque giuridicamente inesistente perché non apponibile secondo la disciplina contrattualcollettiva.

*nel caso di licenziamento per mancato superamento della prova, quando il patto di prova è materialmente stato apposto al contratto, ma deve qualificarsi come giuridicamente inesistente, la causale del recesso è del tutto insussistente e il lavoratore ha diritto alla reintegra nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18, commi 4 e 7, Legge 300/1970*

Alla particolare ipotesi oggetto del giudizio possono essere equiparate quelle, più comuni, di patto di prova nullo per indeterminatezza dell'oggetto, o inesistente perché non sottoscritto dal lavoratore. Le conseguenze ritenute applicabili dalla giurisprudenza in fattispecie di licenziamento del lavoratore per mancato superamento della prova possono essere diverse. La più "radicale" qualifica il recesso come intimato in assenza del potere di licenziare, e quindi come radicalmente nullo, con applicabilità della tutela reintegratoria "forte" di cui ai primi tre commi dell'art. 18 Stat. Lav.. Di differente avviso sono invece le decisioni che ritengono applicabile la disciplina del quinto comma ("Il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data di licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità"), che rappresenta la categoria residuale nel quale sono destinate a confluire tutte le ipotesi di vizio del recesso non specificamente ricollegate ad altre tipologie di tutela, ivi incluso quindi il licenziamento in prova intimato a fronte di un patto nullo.

Nella sentenza in commento la Suprema Corte riconosce alla lavoratrice il diritto alla reintegra e al risarcimento del danno nella misura massima di dodici mensilità (c. d. tutela

reintegratoria debole), richiamando il combinato disposto dei commi quarto e settimo dell'art. 18 Stat. Lav. che regolano le diverse ipotesi di recesso illegittimo in quanto privo di giusta causa o di giustificato motivo oggettivo. Ciò in quanto la Suprema Corte ritiene che quest'ultima rappresenti una categoria generale nella quale rientrano tutti i casi di licenziamento palesemente illegittimo.

Trasferendo i predetti principi alla fattispecie in esame, il fatto che rileva non è la materiale apposizione al contratto di un patto di prova, bensì quella di un patto di prova giuridicamente qualificabile come tale (e quindi non nullo per indeterminatezza dell'oggetto o mancanza di forma scritta).

## **Controllo delle e-mail dei dipendenti e diritto alla vita privata (Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Grande Camera, 5 settembre 2017, caso n. 61496/2008 - Barbulescu c. Romania)**

La pronuncia della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo affronta il tema della ragionevole aspettativa di privacy di cui gode il lavoratore che utilizzi strumenti aziendali per scopi personali.

### **La vicenda avanti alle Corti nazionali rumene**

La vicenda in esame ha riguardato un dipendente di una società privata di Bucarest, il quale su richiesta della datrice di lavoro aveva creato un *account Yahoo Messenger* da utilizzare per rispondere alle richieste dei clienti. In data 3 luglio del 2007, l'impresa aveva comunicato ai dipendenti che l'uso di *internet*, telefono e fotocopiatrice per ragioni private poteva costituire una causa di licenziamento per ragioni disciplinari.

Il successivo 13 luglio 2007, l'azienda avviava un procedimento disciplinare a carico del lavoratore, ritenuto responsabile di aver usato la rete *internet* aziendale per scopi personali. Il dipendente negava gli addebiti e la società replicava esibendo le trascrizioni delle comunicazioni effettuate dal lavoratore tramite *Yahoo Messenger* nel periodo 5 - 13 luglio 2007, tra le quali figuravano anche i messaggi che il lavoratore aveva scambiato con il fratello e con la sua fidanzata per questioni personali.

In data 1 agosto 2007, il lavoratore veniva licenziato per ragioni disciplinari e in particolare per scarsa produttività e violazione delle norme interne della società che proibivano l'uso delle risorse aziendali per scopi personali. Il dipendente impugnava il licenziamento lamentando l'avvenuta violazione del proprio diritto alla segretezza della corrispondenza e l'inutilizzabilità a proprio carico delle informazioni raccolte dal datore di lavoro in violazione di tale diritto.

Avanti ai competenti organi nazionali rumeni di primo e secondo grado l'azienda si difendeva opponendo la legittimità del recesso avvenuta per scarsa produttività e l'utilizzabilità contro il lavoratore delle prove raccolte mediante la trascrizione dei messaggi *Yahoo Messenger* scambiati dal dipendente nell'orario di lavoro.

Le autorità giurisdizionali rumene accoglievano la tesi della società e respingevano l'impugnazione del lavoratore. In particolare, il giudice del gravame riteneva che la condotta del datore di lavoro fosse stata ragionevole e che il monitoraggio delle comunicazioni del dipendente rappresentasse l'unico metodo per stabilire se vi fosse stata o meno una violazione disciplinare.



Il lavoratore decideva quindi di presentare ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, affermando che i giudici nazionali avevano errato mancando di tutelare i fondamentali diritti attinenti alla *privacy* del lavoratore.

### **Il ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo**

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con sentenza del 12 gennaio 2016 dalla Quarta Sezione non rinveniva alcun profilo di illegittimità nel comportamento del datore di lavoro, ritenendo del tutto ragionevole che un datore di lavoro possa accertare che i dipendenti non si dedichino, in orario di lavoro, ad attività extra-lavorative, ed ha altresì rilevato che nel caso di specie l'accesso, da parte del datore di lavoro, all'*account* del proprio dipendente si fosse reso necessario per accertare la veridicità delle dichiarazioni rese dal lavoratore nell'ambito del procedimento disciplinare, ossia che l'*account Yahoo Messenger* fosse stato utilizzato solamente per le comunicazioni con i clienti. La Corte ha altresì affermato che i controlli datoriali sull'attività lavorativa sono ammissibili nella misura in cui siano strettamente proporzionati e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale. La Corte concludeva che i giudici nazionali avevano operato un corretto bilanciamento tra il diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza del lavoratore, escludendo così la violazione dell'art. 8 della CEDU.

Avverso la predetta decisione, il lavoratore proponeva ricorso alla Grande Camera.

La Grande Camera precisa che alla nozione di "vita privata" accolta dall'art. 8 della CEDU deve essere riconosciuta una portata estensiva, tale da includere ogni aspetto che permette all'individuo di sviluppare la propria identità sociale: non solo, quindi, nella propria "vita personale" ma anche nella propria "vita professionale".

L'attenzione della Corte si sposta quindi sulla ricerca di un punto di "giusto equilibrio" tra diritto al rispetto della vita privata e l'interesse del datore di lavoro al buon funzionamento dell'azienda. Si tratta di una ricerca rimessa agli Stati membri, ai quali la Grande Camera riconosce un'ampia discrezionalità nell'adozione di un "*quadro normativo che disciplini le condizioni in base alle quali un datore di lavoro può regolare le comunicazioni, elettroniche e non, di natura personale, effettuate dai dipendenti sul luogo di lavoro*".

Tuttavia vi sono dei limiti, in quanto sebbene delle restrizioni possono essere necessarie, "*non è possibile ridurre a zero la vita privata in un luogo di lavoro*". Sulle Autorità nazionali gravano quindi obblighi positivi, affinché siano assicurate ai lavoratori l'applicazione di condizioni e regole per i controlli sulle comunicazioni, funzionali ad evitare abusi da parte datoriale. Occorre inoltre che i controlli siano finalizzati ad uno scopo legittimo e siano altresì proporzionati, nella loro estensione e modalità, allo scopo dichiarato. La Grande Camera riforma la sentenza della Quarta sezione ritenendo che, nel caso concreto, le Autorità rumene non fossero state in grado di determinare se il lavoratore avesse o meno ricevuto un'effettiva informazione circa lo scopo e le modalità del controllo del datore di lavoro, e se fosse stato effettivamente informato nell'occasione che l'eventuale controllo potesse riguardare anche il concreto contenuto delle comunicazioni effettuate privatamente. Inoltre, a giudizio della Grande Camera, non era stato adeguatamente chiarito dal datore di lavoro il motivo che aveva determinato tale monitoraggio. Sebbene, infatti, le Autorità rumene avessero ritenuto che il controllo delle comunicazioni transitanti dalla rete aziendale sia genericamente possibile "*per evitare che i sistemi di telecomunicazione della società siano danneggiati o che vengano condotte online attività illegali*", nel caso concreto non era emerso alcun elemento che suggerisse che il lavoratore avesse esposto l'impresa a tali rischi. Ritiene, infine, la Grande Camera che le Autorità rumene abbiano omesso di verificare se gli obiettivi perseguiti dal datore con il monitoraggio delle comunicazioni private non potessero essere realizzati come metodi meno intrusivi. La Grande Camera ha quindi accolto il ricorso del lavoratore e condannato la Romania per non aver approntato un sistema di regole idoneo a garantire

il giusto equilibrio tra i contrapposti interessi in gioco, così permettendo la violazione dei fondamentali diritti di riservatezza del lavoratore.

### **Raffronto con l'Italia**

La decisione cui è giunta la Grande Camera può dirsi in linea con quanto già previsto nel nostro ordinamento nazionale (art. 4 Stat. Lav., Codice Privacy e provvedimenti del Garante Privacy). L'attenzione della Corte Europea si è concentrata innanzitutto sulla informativa data al lavoratore, che deve essere effettiva e dettagliata. Inoltre, i controlli datoriali sull'attività lavorativa sono stati riconosciuti ammissibili sotto il punto di vista sostanziale soltanto nella misura in cui siano strettamente proporzionati e non eccedenti lo scopo di verifica dell'adempimento contrattuale. Gli stessi devono essere limitati nel tempo e nell'oggetto, mirati e fondati su presupposti o sospetti tali da legittimarne l'esecuzione. Si tratta di valutazioni ben note nel nostro sistema giuridico, in quanto presenti nelle linee guida del Garante della *Privacy* sin dal 2007. Si tratta, inoltre, di valutazioni in linea con la riforma della disciplina dei controlli a distanza effettuata dal legislatore del *Jobs Act*, che pone l'informativa al lavoratore in posizione di centralità nella valutazione della legittimità dei controlli effettuati dal datore di lavoro e della possibilità di utilizzare, a carico del lavoratore, le risultanze di tali controlli.

# Contatti

Avv. Andrea Vischi

[a.vischi@rucellaieraffaelli.it](mailto:a.vischi@rucellaieraffaelli.it)

Avv. Francesco Pedroni

[f.pedroni@rucellaieraffaelli.it](mailto:f.pedroni@rucellaieraffaelli.it)

Milano

Via Monte Napoleone, 18

Telefono: +39 02 7645771

Fax: +39 02 783524

[www.rucellaieraffaelli.it](http://www.rucellaieraffaelli.it)