AREA TEMATICA:
Risoluzione - Tfr

L'area tratta delle problematiche legate alla *cessazione del rapporto di lavoro ed alla erogazione del TFR*

INDICE DEI DOCUMENTI PRESENTI NELL'AREA TEMATICA

1. **Segnalazione 1 -2014: La Buona Fede nel rapporto di Lavoro – Maurizio Manicastri**
2. **Segnalazione 1 -2013 "Avv. Elisa De Paolis STUDIO COMITO**
3. **ALIUNDE PERCEPTUM ED INADEMPIMENTO CONTRATTUALE DEL LAVORATORE REINTEGRATO. Avv. Stefano Gregorio Studio Gregorio Roma (stefanogregorio@gregoriolex.it**

*Maurizio Manicastri**

Buona fede nel rapporto di lavoro

SOMMARIO:
1. Nozione e principi generali
2. Diritto e giurisprudenza del lavoro
3. Possibile evoluzione della giurisprudenza
4. Conclusioni

1. Nozione e principi generali

Tra i principi civilistici sono certamente preminenti il principio di correttezza, in forza del quale nei rapporti obbligatori "il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza" (art. 1175 c.c.) e quello di buona fede, secondo cui nei rapporti contrattuali le parti devono eseguire il contratto "secondo buona fede" (art. 1375 c.c.); né vanno dimenticati gli articoli, sempre del codice civile, 1366 in forza del quale "il contratto deve essere interpretato secondo buona fede" e 1337 per cui "le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede".

Che cosa siano la correttezza e la buona fede la norma positiva non lo dice ma certamente il valore giuridico di tali nozioni le differenzia dalla semplice cortesia e buona educazione cosicché è la giurisprudenza e i principi generali del diritto che ci aiutano a declinare il contenuto giuridico di queste che, quindi, possono definirsi "clausole generali".

La particolare valenza, anche costituzionale dei predetti principi, è chiaramente sancita dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che, nella sentenza n. 27214 del 23 dicembre 2009, relativa ad una controversia professionale fra avvocati, li definisce "espressione di un generale principio di solidarietà sociale applicabile in ambito contrattuale ed extra contrattuale" *ex* art. 2 della Costituzione. La stessa sentenza definisce l'obbligo di buona fede e correttezza "un autonomo dovere giuridico" che "impone di mantenere, nei rapporti della vita di relazione, un comportamento leale specificantesi in obblighi di informazione e di avviso nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio". Quanto sopra, come ribadito in ambito lavoristico da Cass. n. 236 del 12 gennaio 2012, nel senso che a ciascuna parte è imposto di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o legali e dal dovere del "*neminem laedere*" *ex* articolo

* Avvocato in Roma

2043 c.c., senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare l'interesse dell'altra parte.

Entrambe le citate pronunce, che peraltro si inseriscono in un consolidato filone giurisprudenziale (Cass. n. 13208/2010; Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 che, pronunciandosi in tema di tutela del credito in via giudiziaria, parla di "ormai acquisita consapevolezza della intervenuta costituzionalizzazione del canone generale di buona fede oggettiva e correttezza"), precisano poi che gli obblighi di buona fede e correttezza debbono presiedere ad ogni fase del rapporto: dalla sua formazione, all'esecuzione, alla interpretazione ed all'azione giudiziale. In particolare Cass. n. 236/2012, portando alle logiche conseguenze le indicate premesse, sancisce che la violazione dei principi in commento "costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato" precisando inoltre che "la valutazione circa buona fede e correttezza costituisce un apprezzamento di fatto di stretta competenza del giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se non sotto il profilo del vizio di motivazione". A questo proposito è bene subito ricordare che il vizio di motivazione non è più motivo di impugnabilità in Cassazione essendo stato sostituito, al n. 5 dell'art. 360 c.p.c., dall'"omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti" (D.L. n. 83/2012 conv. in L. n. 134/2012). Va però tenuto presente che sensi dell'art. 30 della L. n. 183/2010 (c.d. Collegato lavoro) il controllo giudiziale delle clausole generali contenute in disposizioni di legge relative a materie lavoristiche "è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente" e che (a seguito di aggiunta da parte della L. n. 92/2012) la violazione da parte del giudice di tale disposizione "costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto".

Ed è fuor di dubbio, a nostro avviso, che l'articolo 30 appena citato è applicabile anche ai principi di correttezza e buona fede in quanto questi configurano clausole generali e, pur essendo disposizioni civilistiche, si estendono anche all'ambito lavoristico le cui norme, ricordiamo a noi stessi, rientrano comunque nel diritto civile.

Ancora, e sempre su di un piano generale, va citata Cass. n. 10568 del 7 maggio 2013 la quale, nel definire l'abuso del diritto, chiarisce che per configurare la violazione del dovere di correttezza e buona fede (i due doveri sono comunemente intesi dalla giurisprudenza come un'endiade) non basta non tutelare gli interessi dell'altra parte qualora si usino strumenti giuridici adeguati e legittimi (*qui iure suo utitur neminem laedit*) essendo invece richiesto, per tale violazione, che il diritto soggettivo sia esercitato con modalità non necessarie, causative di uno sproporzionato e ingiustificato sacrificio della con-

troparte, al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quelle facoltà sono state attribuite, fino ad arrivare a configurare un vero e proprio atto emulativo laddove l'esercizio del diritto sia privo di utilità per chi lo compie e sia posto in essere al solo scopo di nuocere o recare molestia ad altri (deduci dall'art. 833 c.c. "atti d'emulazione" che quindi risulta una fattispecie legale di un principio generale). E, in tal senso, va ricordata Cass., Sez. III Civ., n. 20106/2009 secondo la quale l'abuso del diritto costituisce un sintomo rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva, principio immanente dell'intero impianto codicistico.

Facendo corretta applicazione dei predetti principi la giurisprudenza di legittimità esclude che il dovere di comportarsi secondo buona fede e correttezza possa arrivare fino al punto di introdurre nel nostro ordinamento un principio generale di parità di trattamento nei rapporti interprivati al di fuori di specifiche motivate norme legali di divieto di atti discriminatori individuati, in particolare, dall'art. 15 dello Statuto dei lavoratori, non potendosi tale principio dedurre né dall'art 36 Cost., che prevede soltanto il rispetto di alcuni trattamenti minimi, né dall'art. 3 Cost. che sancisce l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge e non si estende ai rapporti interprivati (così Cass. 23 marzo 2011, n. 6639 e Cass. 15 luglio 2007, n. 16015).

2. Diritto e giurisprudenza del lavoro

Va evidenziato che sul versante lavoristico gli obblighi di correttezza e buona fede, che ovviamente riguardano sia il datore di lavoro che il lavoratore, se riferiti a quest'ultimo si integrano con gli obblighi di diligenza *ex* art. 2104 c.c. e di fedeltà *ex* art. 2105 c.c. nonché con la stessa definizione di lavoratore subordinato (art. 2094 c.c.) che impongono al dipendente di collaborare nell'impresa, se necessario, anche in contrasto con i propri interessi.

La predetta peculiarità del diritto del lavoro si concretizza ad esempio in quella giurisprudenza, ormai pacifica, che ravvisa un obbligo del lavoratore di ricevere sul luogo e nel tempo di lavoro le comunicazioni del datore di lavoro, quali la lettera di licenziamento, comunicazioni che altrimenti una volta al di fuori dell'ambito lavorativo, in qualità di normale cittadino, avrebbe tutto il diritto di rifiutare; la conseguenza è che l'illegittimo rifiuto di ricevere tali comunicazioni equivale a effettiva conoscenza (ovviamente qualora il datore di lavoro riesca a provarlo tramite testimoni) ed anzi è anche, di per se stesso, disciplinarmente sanzionabile (Cass. n. 20272/2009; Cass. n. 7620/2001).

Sul piano delle concrete fattispecie trattate dalla giurisprudenza lavoristica possiamo però osservare che i predetti chiari principi giuridici sono applicati ancora con una certa timidezza essendo la giurisprudenza, anche di legittimità, ancorata, a volte, ad una lettura dei principi di correttezza e buona fede prevalentemente integrativa di obblighi giuridici preesistenti mentre,

come cercheremo di dimostrare in prosieguo, la lettura costituzionalmente orientata dell'autonomia del dovere giuridico di correttezza e buona fede può incidere su importanti fattispecie facendo evolvere la giurisprudenza verso interpretazioni più coerenti con i principi generali sopra delineati.

Va comunque premesso che l'importanza dei principi di correttezza e buona fede si desume dal continuo richiamo che agli stessi viene fatto dalla giurisprudenza la quale molto spesso risolve il problema di diritto, altrimenti di incerta soluzione, appellandosi proprio a tali principi.

Passiamo quindi ad esaminare una, necessariamente parziale, casistica giurisprudenziale conforme ai principi generali come delineati, in particolare, dalle citate sentenze delle Sezioni Unite n. 27214/2009 e Sezione lavoro n. 236/2012.

È il caso, ad esempio, nell'ambito della procedura disciplinare *ex* art. 7 Statuto dei lavoratori, della stigmatizzazione del comportamento del lavoratore il quale, una volta richiesta l'audizione anche in presenza del proprio rappresentante sindacale, si sottrae più volte all'incontro all'uopo predisposto dal datore di lavoro adducendo motivazioni, anche legate alle proprie condizioni di salute, che per il loro atteggiarsi sono rivelatrici di una pretestuosità contraria al dovere di buona fede che gli impone di collaborare con lealtà al corretto esercizio del potere disciplinare datoriale (in termini Cass. n. 3058 dell'8 febbraio 2013; Cass. n. 4187/2002).

Sempre nell'ambito del procedimento disciplinare, ma sul versante datoriale, è stato ritenuto contrario a buona fede il licenziamento irrogato al lavoratore che per un lungo periodo aveva abusato del telefono aziendale laddove il giudice di merito aveva accertato che l'azienda era a conoscenza dei fatti da molto tempo e quindi ben avrebbe potuto contestare l'addebito in un momento precedente, sanzionandolo in via conservativa nel pieno rispetto della funzione preventiva delle sanzioni disciplinari, senza aspettare che il comportamento del lavoratore integrasse un motivo di licenziamento (Trib. Torino, 9 gennaio 2004).

Da segnalare ancora il principio di legittimità per cui nel procedimento disciplinare l'incolpato ha diritto di prendere visione della documentazione su cui si fonda l'addebito se questa risulta necessaria al fine di consentirgli un'adeguata difesa e questo anche se, come nota il Supremo Collegio, l'art. 7 L. n. 300/1970 non prevede espressamente tale obbligo contrattuale che però discende dai principi di correttezza e buona fede (Cass. n. 6337 del 13 gennaio 2013).

Interessante è la pronuncia n. 1142 del 7 maggio 2008 con la quale la Suprema Corte, premesso che tra gli obblighi datoriali non rientra in via generale quello di curare la formazione professionale del dipendente per metterlo in grado di eseguire esattamente la prestazione lavorativa, precisa che però quando si introducono radicali innovazioni dei sistemi e metodi tali da inci-

dere, modificandoli, sugli originari contenuti dell'oggetto della prestazione lavorativa allora i precetti di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c. fondano l'obbligo dell'impresa di predisporre strumenti di formazione idonei a consentire il necessario aggiornamento professionale del dipendente.

Singolare appare poi la sentenza del Tribunale di Brescia del 28 febbraio 2011 almeno per quanto riguarda il fatto perché invece il diritto nella fattispecie è un chiaro esempio di abuso del diritto alla luce dei principi di correttezza e buona fede. Nella predetta sentenza il giudice di merito ha ritenuto legittimo il licenziamento della lavoratrice la quale, a causa del rifiuto aziendale di una sua richiesta di trasferimento, aveva inondato il datore di lavoro di richieste di accesso agli atti non seguite da alcuna iniziativa per l'effettiva tutela dei propri diritti, di continue richieste effimere e pretestuose finalizzate non ad un interesse coerente con lo scopo intrinseco della singola richiesta ma con l'obiettivo ultimo di creare condizioni di disagio talmente elevato nell'ambiente di lavoro da costringere l'amministrazione ad accettare il trasferimento richiesto per poter porre fine a tale comportamento.

L'esplicita rilevanza dell'autonomia del principio di buona fede si ricava anche da Cass. n. 12962/2008 laddove individua un obbligo di preavviso del cambio turno nel rapporto di lavoro *full-time* con la motivazione che la rilevanza dell'interesse del lavoratore alla gestione del proprio tempo libero, riconosciuta espressamente per i lavoratori *part-time*, risponde ad esigenze di tutti i lavoratori e, laddove non sussista un giustificato motivo che l'abbia impedito, è onere del datore di lavoro, pur nell'ambito del suo *ius variandi* il tempo di lavoro, preavvertire il lavoratore *full-time* di tale sua decisione in modo da consentirgli di affrontare adeguatamente il conseguente cambiamento sulle sue abitudini di vita.

Anche la giurisprudenza ormai consolidata che attribuisce al lavoratore la facoltà di sostituire alla malattia la fruizione delle ferie maturate e non ancora godute allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto si rifà alle clausole generali della buona fede e correttezza imponendo al datore di lavoro di venire incontro alla richiesta del lavoratore salvo la prova, gravante sul datore di lavoro, stante l'interesse primario del lavoratore ad evitare la perdita del posto di lavoro, di un prevalente motivo oggettivo tale da giustificare un legittimo rifiuto (da ultimo Cass. n. 14471 del 7 giugno 2013). E nella fattispecie è interessante notare che l'obbligo giuridico di comportarsi secondo buona fede assume una connotazione non soltanto autonoma rispetto a qualsivoglia preesistente obbligo legale o contrattuale ma addirittura prevalente, tale da far risaltare la sua citata matrice costituzionale, laddove, seppure implicitamente, viene utilizzato per superare la contraddizione rispetto ad altra giurisprudenza, altrettanto pacifica, affermatrice della sospensione del periodo feriale all'insorgere di una malattia che ne impedisca il godimento tale cioè

da non consentire l'estrinsecazione delle finalità di recupero delle energie psicofisiche spese nell'attività lavorativa (Cass., Sez. Un., n. 1947/1998; C. Cost. 30 dicembre 1987 n. 616).

3. Possibile evoluzione della giurisprudenza

Ma, come accennavamo prima, in altri casi la giurisprudenza ha interpretato restrittivamente il principio di correttezza e buona fede sottolineandone l'aspetto meramente integrativo (e non invece anche "modificativo" evidenziato da Cass. n. 10511/1999) di obblighi contrattuali preesistenti e pertanto, nell'ottica invece di una diversa e più ampia considerazione di tali principi, potrebbe essere soggetta, a nostro avviso, a ripensamenti.

È il caso in cui, in assenza di uno specifico obbligo contrattuale, si è ritenuto inesistente l'obbligo datoriale di informare il lavoratore circa l'approssimarsi del termine di superamento del periodo di conservazione del posto di cui all'articolo 2110 c.c. o di informazione della facoltà, riconosciuta dal contratto collettivo, di chiedere un periodo di aspettativa non retribuita al fine di evitare il licenziamento per superamento del periodo di comporto (Trib. Palermo n. 1768 del 29 aprile 2013; Cass. 28 marzo 2011 n. 7037). A nostro avviso la stessa *ratio* che ha portato la giurisprudenza a sostenere il diritto del lavoratore a trasformare la malattia in ferie al fine di non superare il periodo di comporto dovrebbe comportare una analoga soluzione nel caso in esame laddove il lavoratore potrebbe avere difficoltà a conoscere l'esatto ammontare del periodo di malattia maturato, specialmente nell'ipotesi di periodi discontinui, e per il datore di lavoro l'onere di informativa fosse irrilevante in quanto non gravoso. D'altronde ancora la stessa *ratio*, su altro ma analogo versante, aveva condotto la giurisprudenza, in presenza del previgente art. 2 della L. n. 604/1966, a riconoscere l'obbligo datoriale di rispondere alla richiesta dei motivi da parte del lavoratore licenziato precisando i periodi di malattia posti a base del superamento del periodo di comporto per sommatoria (c.d. eccessiva morbilità).

Sempre nell'ambito della malattia del lavoratore copiosa è la giurisprudenza (Cass. 5 novembre 2011, n. 23444; Cass. n. 22029/2010; Cass. n. 14046/2005; Cass. n. 5106/2000) che, peraltro pacificamente, sancisce la compatibilità dell'attività lavorativa o altra attività anche ludica svolta dal lavoratore durante il periodo di assenza per malattia, a meno che il suo comportamento non sia idoneo, con valutazione da effettuare *ex ante*, a pregiudicare o ritardare la guarigione o, in alternativa, non sia rivelatore della simulazione della malattia. Anche qui la deroga, nel caso di incompatibilità dell'attività con l'effettiva sussistenza della malattia, alla protezione contro il licenziamento riconosciuta dall'articolo 2110 c.c., è conseguenza della violazione dell'obbligo di buona fede ed al correlativo obbligo di fedeltà (peculiare in

merito Cass. 25 gennaio 2011, n. 1699 che ha riconosciuto la legittimità del licenziamento intimato al lavoratore il quale consapevolmente assume un rischio elettivo particolarmente elevato per essersi recato più volte in ferie in un paese tropicale contraendo ogni volta la malaria). Tant'è che, mettendo l'accento sull'ampio raggio d'azione dei predetti obblighi, viene valorizzata la rilevanza delle mansioni assegnate in azienda al lavoratore in relazione allo stato patologico in essere al fine di configurare comunque l'obbligo del lavoratore di offrire prima al proprio datore di lavoro la prestazione che, sul presupposto della compatibilità con il proprio stato di salute, il lavoratore in malattia intende effettuare al di fuori del proprio rapporto contrattuale (Cass. n. 7467/1998), così da consentire al datore di lavoro di verificarne l'utilizzabilità nei limiti dell'equivalenza di cui all'articolo 2103 c.c.

La citata giurisprudenza non porta però alle estreme e corrette conseguenze l'applicazione dei principi di correttezza e buona fede come sopra delineati quando pone a carico del datore di lavoro la prova della incompatibilità della malattia con la prestazione che gli è dovuta (così Cass. 13 aprile 2009, n. 3467) dimenticando che il datore di lavoro è ignaro della patologia riconosciuta dal medico, di cui anzi deve, anche in forza della legge sulla *privacy* (D.Lgs. n. 196/2003), evitare di venire a conoscenza. Cosicché per assolvere il predetto onere probatorio il datore di lavoro dovrà "agire al buio" sanzionando il dipendente e poi andare "a vedere le carte" nell'eventuale sede di impugnazione del suo provvedimento oppure preventivamente, rispetto alla sede contenziosa, chiedendo giudizialmente un accertamento preventivo di legittimità del proprio operato.

Entrambe le soluzioni, defatiganti e contrarie ad ogni logica di funzionalità e correttezza dei rapporti contrattuali, ci portano a concludere per la sussistenza di un onere probatorio, sulla compatibilità fra malattia e attività lavorativa estranea al rapporto contrattuale, a carico del lavoratore (così Cass. 25 novembre 2013m n. 26290; Cass. 26 settembre 2012, n. 16375) il quale conoscendo, *ex ante*, la predetta situazione ben poteva valutare, secondo i canoni della buona fede, il potenziale pregiudizio di tale attività sul proprio stato di salute nonché, e questo a riprova della bontà del nostro assunto, in analogia alla relativa citata giurisprudenza, la utilizzabilità delle proprie residue capacità lavorative da parte del datore di lavoro. In altre parole alla luce della normativa sulla certificazione medica che impone al datore di lavoro di conoscere soltanto la prognosi e non la diagnosi della patologia riscontrata al lavoratore si dovrebbe ritenere sussistente una presunzione relativa di incompatibilità fra la malattia e altra contestuale attività lavorative salvo prova contraria da parte del lavoratore. Si potrebbe obiettare che la verifica, giuridicamente rilevante, della predetta (in)compatibilità potrà essere effettuata solo in giudizio dove le controparti si trovano in posizione paritaria rispetto alla c.t.u. alla quale sicuramente si affiderà il giudice, ma va considerato che sol-

tanto il lavoratore, disponendo *ex ante* di elementi per valutare probabilisticamente tale compatibilità, potrà valutare se incardinare un giudizio in merito. Ci si passi l'analogia: è come nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo laddove la giurisprudenza si sta sempre più consolidando, pur consapevole dell'onere di provare la legittimità del licenziamento in capo al datore di lavoro, per un onere di allegazione da parte del dipendente che deve individuare le posizioni lavorative secondo lui disponibili in azienda alle quali potrebbe essere assegnato, limitando così soltanto a tali posizioni l'onere datoriale di provare l'impossibilità del *repechage* (Cass. 15 maggio 2012, n. 7512; Cass. n. 22417/2009), onere altrimenti defatigante, per non dire diabolico in aziende di grandi dimensioni, con molteplici posizioni di lavoro, dove neppure sussiste una pianta organica come nella pubblica Amministrazione.

Ovviamente la casistica dove l'applicazione del principio di correttezza e buona fede potrebbe far propendere per l'accoglimento o il rigetto giudiziale del ricorso è pressoché infinita e pertanto concluderemo solo con alcune altre sintetiche notazioni.

Per quanto riguarda il trasferimento del lavoratore da un'unità produttiva all'altra ai sensi dell'articolo 2103 c.c. la giurisprudenza non è univoca nel prevedere l'obbligo di motivare contestualmente oppure a richiesta il provvedimento gestionale (per quest'ultima soluzione Trib. Ivrea, 30 ottobre 2006; C. App. Milano, 20 febbraio 2004) che, a nostro avviso, in base alle considerazioni sopra esposte dovrebbe essere contestuale (così Cass., Sez. Un., n. 594/1979) al fine di consentire al lavoratore interessato di non impugnare "al buio" il provvedimento considerando che per il datore di lavoro non può rappresentare un eccessivo onere comunicare contestualmente al trasferimento il motivo che giustifica la sua decisione. E, riteniamo, questa conclusione è ora rafforzata alla luce dell'onere a carico del lavoratore interessato di impugnare il trasferimento, ai sensi dell'articolo 32 della L. n. 183/2010, entro brevi termini decadenziali dalla ricezione della comunicazione (60 giorni per l'impugnazione extragiudiziale e 180 per quella giudiziale).

Nelle assunzioni con contratto a tempo determinato in sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto effettuate con indicazione di un termine non fisso (*certus an sed incertus quando*) riteniamo che una più rigorosa applicazione dei principi in commento potrebbe portare a riconoscere un eventuale risarcimento al lavoratore danneggiato per non essere stato tempestivamente avvisato della scadenza del termine di cui datore di lavoro sia venuto a conoscenza con certezza anticipatamente.

Nel rapporto di lavoro a tempo parziale una possibile applicazione del principio di buona fede può concernere il lavoro supplementare che, se previsto dal contratto collettivo, ai sensi dell'art. 3 del D.Lgs. n. 61/2000, non può essere rifiutato dal lavoratore il quale, se non oppone un giustificato motivo, si espone a sanzioni disciplinari che però, secondo l'esplicita disposi-

zione legislativa, non possono arrivare fino a licenziamento. Nella fattispecie un legittimo motivo di rifiuto da parte del *part-timer* potrebbe essere il suo impegno nel tempo libero presso altro datore di lavoro ma, a nostro avviso, l'obbligo di buona fede subordina la legittimità di tale rifiuto alla preventiva comunicazione di indisponibilità resa al proprio datore di lavoro.

Nell'ambito disciplinare può trovare spazio, ad esempio, il dovere datoriale di comunicare al lavoratore l'archiviazione di un procedimento aperto a suo carico così da rassicurarlo sul definitivo e positivo esito dello stesso o anche l'autonoma sanzionabilità di giustificazioni volutamente false o fuorvianti fornite dal lavoratore (sanzionabilità invece esclusa da Cass. n. 9262/2005) comunque esaminate dalla giurisprudenza sotto il profilo della incidenza, in diminuzione, del risarcimento danno da licenziamento illegittimo (Cass. n. 23422/2011) o anche la sanzionabilità del lavoratore che in sede giudiziale taccia la percezione di altri redditi di lavoro così da evitare la riduzione del danno, in conseguenza dell'*aliunde perceptum*, da licenziamento illegittimo.

4. Conclusioni

In conclusione pensiamo si possa affermare che il principio di correttezza e buona fede, positivamente prescritto in particolare dagli articoli 1175 e 1375 c.c., sia connotato, come da sentenze già citate, da una valenza costituzionale rispondente al principio di solidarietà *ex* articolo 2 della Costituzione, sottolineato da Cass., Sez. Un., n. 27214/2009 ma, potremmo aggiungere, anche al "pieno sviluppo della personalità umana" e al "progresso materiale o spirituale della società" di cui ai successivi articoli 3 e 4 nonché al principio di ragionevolezza più volte richiamato dalla giurisprudenza costituzionale, così da poter essere ricompreso nei "principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato" (art. 12, c. 2 delle Disposizioni della legge in generale/ Preleggi al codice civile) e costituire quel "principio immanente dell'intero impianto codicistico" evidenziato da Cass. n. 20106/2009, rappresentando quindi un autonomo dovere giuridico ribadito da Cass. n. 236/2012.

E alla luce di questo quadro giuridico siamo convinti, anche come dimostrato dalla rassegna giurisprudenziale di cui abbiamo dato conto, della forza espansiva del principio di correttezza e buona fede sulla futura giurisprudenza in linea con il progredire della civiltà giuridica tesa a valorizzare e ad affinare sempre più l'applicazione effettiva e pervasiva dei nostri, ancora validissimi, principi costituzionali.

Torna al sommario

Si segnala la recente sentenza **Cassazione 12.3.2013 n. 6125**, a quanto consta inedita, la quale con riguardo ad una fattispecie di licenziamento per giusta causa ha così statuito: ***"Laddove il lavoratore si intrattiene a parlare col collega aspettando altro materiale da lavorare non si configura la contestazione disciplinare".***

La pronuncia prende le mosse dal ricorso presentato da un dipendente il quale, licenziato per giusta causa chiedeva venisse dichiarata l'illegittimità del provvedimento con conseguente condanna della Società alla sua reintegrazione ed al pagamento del risarcimento del danno ai sensi dell' art. 18 l. 300/1970.

A fondamento della sanzione disciplinare irrogata, l' azienda aveva addotto due condotte.

La prima, rappresentata dal fatto che il lavoratore durante l'orario di lavoro, anziché volgere la propria prestazione lavorativa, si era intrattenuto per circa 15 minuti a parlare con un proprio collega.

La seconda, consistente nella circostanza ulteriore che il lavoratore, una volta richiamato all'amministratore delegato della Società, aveva mal reagito rispondendo in maniera poco garbata al proprio superiore gerarchico.

La Corte di Cassazione ha confermato integralmente la decisione del Giudice di secondo grado il quale, in riforma della sentenza di merito, aveva già dichiarato l'illegittimità del provvedimento espulsivo non ritenendo provate le condotte oggetto di contestazione disciplinare.

Più specificamente la Corte di Cassazione ha stabilito che nel caso di specie non sarebbe configurabile la giusta causa posto che il lavoratore, durante i quindici minuti di pausa, si trovava in attesa di ricevere da un collega nuovo materiale su cui lavorare.

In altri termini, il dipendente si trovava in una situazione di inoperosità verosimilmente "forzata". Di conseguenza l'inattività del dipendente mai avrebbe potuto configurare inadempimento.

Dall'altra parte, con riferimento alla risposta scontrosa e poco cortese fornita dal lavoratore al proprio superiore gerarchico, la Corte ha affermato che neppure in questa ipotesi potrebbe giustificarsi un provvedimento disciplinare in quanto "*non è sicuro che la condotta tenuta dal dipendente concretizzi un'insubordinazione, piuttosto che un semplice episodio di maleducazione, strafottenza, o di reazione ad altrui e gratuite offese".*

Infine, con riguardo all'intensità dell'elemento volitivo della condotta del dipendente ed ai precedenti disciplinari che, secondo quanto sostenuto dall'azienda, avevano interessato il ricorrente in passato , la Corte ha avuto modo di chiarire che *"si tratta di elementi di valutazione che possono venire in*

rilievo (ai fini di delibazione della proporzionalità della sanzione adottata) soltanto nel caso in cui risulti acclarata la condotta oggetto di contestazione disciplinare". Conseguentemente, si legge in motivazione: non essendo stata provata nel caso di specie tale condotta, gli elementi asseritamente addotti dalla Società risultano essere assolutamente irrilevanti.

Per completezza, si precisa infine che non si registrano precedenti analoghi.

Torna al sommario

***ALIUNDE PERCEPTUM* ED INADEMPIMENTO CONTRATTUALE DEL LAVORATORE REINTEGRATO. Avv. Stefano Gregorio Studio Gregorio Roma (stefanogregorio@gregoriolex.it)**

E' noto che dal risarcimento del danno dovuto al lavoratore reintegrato ai sensi dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 deve essere detratto il cosiddetto *aliunde perceptum*, ovvero qualsiasi reddito che quel lavoratore abbia percepito per effetto di attività lavorative svolte in favore di terzi durante il giudizio di impugnazione del licenziamento.

E ciò perché l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 espressamente qualifica come "*risarcimento del danno*" l'indennità che il datore di lavoro è tenuto a corrispondere al lavoratore reintegrato.

Il fatto, poi, che la medesima disposizione della legge commisuri il risarcimento "*alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione*" non altera la natura risarcitoria dell'indennità dovuta dal datore di lavoro, posto che la retribuzione globale di fatto costituisce, secondo il testo dell'art. 18 in questione, soltanto il parametro di quantificazione del risarcimento.

E tale conclusione è ulteriormente confermata dalla modifica dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 operata dalla legge n. 108 del 1990. Il nuovo testo, infatti, qualifica come "*risarcimento*" anche le somme afferenti il periodo successivo all'ordine di reintegrazione, con ciò unificando "*i periodi* pre *e* post *sentenza (di reintegra nel posto di lavoro), unificandoli sotto il comune denominatore dell'obbligo risarcitorio, con la conseguenza che, una volta accertata la legittimità del recesso, anche le somme erogate a titolo risarcitorio per effetto di un provvedimento "ante causam" di reintegra del lavoratore licenziato ex art. 700 cod. proc. civ. sono ripetibili, trovando anche tali somme il proprio titolo nella illegittimità del licenziamento e non nell'inosservanza del datore di lavoro all'obbligo di conformarsi all'ordine del giudice di reintegra del lavoratore*" (Cass., 13 dicembre 2006, n. 26627 e, nello stesso senso, Cass., 17 agosto 2004, n. 16037). Alla stessa conclusione, peraltro, la giurisprudenza di legittimità è giunta anche con riguardo alla ripetibilità delle somme percepite dal lavoratore reintegrato dalla sentenza di primo grado (e non utilizzato dal datore di lavoro), ove l'ordine di reintegrazione sia stato poi annullato dalla sentenza d'appello (Cass., 21 febbraio 2004, n. 3509).

Pertanto, in assenza di contrarie previsioni, al risarcimento del danno *ex* art. 18 della legge n. 300 del 1970 deve essere applicata la disciplina di diritto comune (Cass., 17 febbraio 2004, n. 3114 e Cass., 15 luglio 2002, n. 10260) e, quindi, anche il principio della *compensatio lucri cum danno* desunta dall'art. 1223 Cod. Civ., per effetto della quale l'indennità dovuta dal datore di lavoro potrà essere diminuita qualora sia provato che "*il lavoratore abbia goduto, nel periodo dell'illegittimo licenziamento, di altra retribuzione attraverso una diversa occupazione, che riduca l'entità dei danni subiti per effetto del licenziamento*" (Cass., 9 aprile 2003, n. 5532).

Ed è ovvio, quindi, che costituirà *aliunde perceptum* detraibile soltanto quel reddito conseguito dal lavoratore "*reimpiegando la capacità di lavoro non impegnata nell'attività cessata a causa del licenziamento illegittimo*" (Cass., 21 febbraio 2011, n. 4146), posto che, il principio della *compensatio lucri cum damno* trova applicazione solo quando il lucro sia conseguenza immediata e diretta dello stesso fatto illecito che ha prodotto il danno, non potendo il lucro compensarsi con il danno se trae la sua fonte da titolo diverso (sul punto, cfr. Cass., 2 marzo 2010, n. 4950).

Pertanto, non costituisce *aliunde perceptum* detraibile il reddito conseguito dal dipendente reintegrato per effetto di attività che avrebbero potuto essere svolte anche durante l'esecuzione del contratto di lavoro illegittimamente risolto e che, pertanto, non sono conseguenza diretta ed immediata dell'inadempimento del datore di lavoro. Emblematica in tal senso è l'impossibilità di detrarre dal risarcimento del danno il reddito conseguito dal lavoratore *part time* per effetto di una nuova occupazione a tempo parziale che quest'ultimo avrebbe potuto svolgere in costanza del rapporto di lavoro poi ripristinato con l'ordine di reintegrazione (Cass., 30 agosto 2010, n. 18837 e Cass., 22 marzo 1995, n. 3319).

A maggior ragione, non costituiscono *aliunde perceptum*, in quanto esulano dal concetto di "*lucro*" (sebbene siano determinate dal fatto del licenziamento), tutte quelle indennità assistenziali o previdenziali che il lavoratore ha percepito prima della sentenza e che, per effetto della sua reintegrazione, è tenuto a restituire (Cass., 4 febbraio 1998, n. 1150 e Cass., Sez. Un., 13 agosto 2002, n. 12194).

Certo è che, a quanto consta, sinora l'*aliunde perceptum* ha avuto una rilevanza esclusivamente processuale, nel senso che la Sezione Lavoro della Suprema Corte ne ha trattato soltanto gli aspetti interni alla controversia, sotto il profilo della possibile natura di eccezione in senso stretto, di onere della prova e di tempestività dell'allegazione.

E così, si è escluso che l'*aliunde perceptum* costituisca una vera e propria eccezione, con la conseguenza che, quando i relativi fatti siano acquisiti al processo in qualsiasi modo "*e gli stessi possano ritenersi incontroversi o dimostrati per effetto di mezzi di prova legittimamente disposti, il giudice può trame d'ufficio (anche nel silenzio della parte interessata ed anche se l'acquisizione possa ricondursi ad un comportamento della controparte) tutte le conseguenze cui essi sono idonei ai fini della quantificazione del danno lamentato dal lavoratore illegittimamente licenziato*" (Cass., 21 aprile 2009, n. 9464, e nello stesso senso, già Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099).

Sotto il profilo dell'onere della prova, poi, è stato affermato che il datore di lavoro, sul quale incombe l'onere della prova dell'*aliunde perceptum*, dovrebbe provare non soltanto il fatto della nuova occupazione reperita dal dipendente che chiede di essere reintegrato, bensì anche - con una evidente *probatio diabolica* – il suo reddito, essendo questo il fatto che consente di ridurre l'entità del danno presunto (Cass., 5 aprile 2004, n. 6668 e, nello stesso, più recentemente, Cass., 31

gennaio 2011, n. 2159. Cfr., anche, per un orientamento parzialmente diverso, Cass., 3 agosto 2004, n. 14849).

E sempre sotto il profilo dell'onere della prova, la posizione del datore di lavoro è ulteriormente complicata da quell'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato che ritiene meramente "*esplorative*" e, quindi, inammissibili le istanze istruttorie volte ad ottenere l'ordine di esibizione delle dichiarazioni dei redditi del dipendente, ovvero l'ordine di acquisizione presso l'Inps od il Centro per l'Impiego di documentazione relativa ad eventuali rapporti di lavoro che questi abbia *medio tempore* reperito (così Cass., 9 gennaio 2008, n. 207).

Quanto, poi, al momento in cui il datore di lavoro deve allegare l'*aliunde perceptum*, le più recenti sentenze della Suprema Corte hanno affermato che "*la relativa allegazione è ammissibile anche nel giudizio di rinvio, sempre che avvenga nel successivo primo atto difensivo utile (...) nel senso cioè che le relative circostanze possono essere dedotte anche nel corso del procedimento ma solo nel rispetto di un principio di "tempestività di allegazione della sopravvenienza", ossia di necessario impiego, sotto pena di decadenza, del primo atto difensivo utile successivo*" (Cass., 25 luglio 2008, n. 20500 e, nello stesso senso, Cass., 6 ottobre 2009, n. 21296).

Come si diceva, tuttavia, non risultano decisioni, nemmeno di merito, che abbiano esaminato la questione della possibile rilevanza disciplinare, nel rapporto di lavoro ricostituito per effetto dell'ordine di reintegrazione, dell'*aliunde perceptum* che il datore di lavoro non sia stato in grado di eccepire tempestivamente e che, nel silenzio del lavoratore reintegrato, abbia scoperto successivamente (ad esempio, per effetto di una investigazione).

Ed anzi, tutti i principi giurisprudenziali sopra richiamati presuppongono, sia pure in modo non espresso, che il lavoratore non sia tenuto ad allegare i suoi eventuali redditi e possa così conseguire un indebito vantaggio a scapito del datore di lavoro presso il quale viene reintegrato.

La questione, quindi, non è più di ordine processuale, bensì sostanziale, in quanto attiene al vincolo di fiducia che deve pur sempre caratterizzare il rapporto di lavoro, anche quando ricostituito per ordine del giudice.

Il problema nasce soprattutto dal fatto che l'art. 18 della legge n. 300 del 1970 viene di fatto interpretato nel senso che il dipendente sarebbe esonerato da qualsiasi allegazione in ordine all'entità del danno effettivamente subito, con la conseguenza che, in assenza di una specifica eccezione del datore di lavoro ovvero in assenza di un fatto contrario comunque acquisito al processo, potrebbe tacere di aver conseguito *aliunde* altri redditi e, quindi, godere dell'intero risarcimento del danno.

Ma il punto è che il lavoratore reintegrato non è un semplice creditore del risarcimento del danno e, analogamente, il datore di lavoro non è un normale debitore, in quanto tra di essi è

intercorso e viene ripristinato – proprio per volontà del lavoratore - un particolare rapporto contrattuale, fondato, come noto, sulla fiducia e su tutti i connessi obblighi di legge, inclusi quelli di correttezza e buona fede.

Occorre, dunque, valutare se l'omessa dichiarazione dell'*aliunde perceptum* da parte del lavoratore reintegrato violi tali obblighi e possa ledere la fiducia nel rapporto di lavoro ripristinato, una volta che il datore di lavoro si sia accorto dell'omissione.

A tale riguardo, un importante contributo alla ricostruzione degli obblighi che incombono sul dipendente che chiede la reintegrazione proviene, sia pure per un profilo diverso da quello qui trattato, da quell'orientamento giurisprudenziale che, anche di recente, ha affermato che tale dipendente, per chiedere l'intero risarcimento del danno, deve dimostrare di aver inutilmente collocato sul mercato la propria attività lavorativa (Cass., 11 marzo 2010, n. 5862, e nello stesso senso, già Cass., Sez. Un., 3 febbraio 1998, n. 1099).

E si noti che tale obbligo viene desunto dalla Suprema Corte sia dall'art. 1227, secondo comma, Cod. Civ., sia dalle fonti di integrazione del regolamento contrattuale, ovvero dai principi di correttezza e di buona fede oggettiva previsti dall'art. 1175 Cod. Civ..

Tuttavia, analoga elaborazione ancora non è stata compiuta con riguardo all'ulteriore obbligo del dipendente licenziato di evitare la locupletazione, ovvero di trasformare il licenziamento illegittimo in un'occasione di lucro cumulando risarcimento ed ulteriori vantaggi. E ciò probabilmente a ragione del fatto che, come detto, la Suprema Corte ha concentrato la propria attenzione sugli oneri processuali che incombono sul datore di lavoro in materia di *aliunde perceptum*, di fatto disinteressandosi del contenuto dell'onere di allegazione a carico del dipendente che chiede la reintegrazione nel posto di lavoro.

Non può essere messo in dubbio che anche per tale ulteriore obbligo del dipendente vengano in considerazione i principi di correttezza e buona fede, nonché il generale onere di allegazione e prova del danno che, ai sensi dell'art. 1223 Cod. Civ., grava sul soggetto che rivendica il risarcimento.

A conferma di ciò deve essere richiamata una risalente decisione della Suprema Corte che ha affermato che il lavoratore che chiede la reintegrazione deve provare di aver subito un danno maggiore di quello minimo (pari a cinque mensilità) previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 e, quindi, deve provare il perdurante stato di disoccupazione, il quale non può ritenersi presunto (Cass., 14 giugno 1983, n. 4088).

Ma a tale orientamento si contrappone quello più recente secondo il quale, mentre l'indennità pari a cinque mensilità è una sorta di "*penale*" a carico del datore di lavoro, l'ulteriore risarcimento del danno poggia su una presunzione *juris tantum* di lucro cessante posta dal

legislatore, onde non vi sarebbe onere della prova a carico del dipendente (Cass., 28 agosto 2007, n. 18146 e Cass., 3 maggio 2004, n. 8364).

Ora, anche a voler aderire a tale ultimo orientamento, può dirsi che il dipendente licenziato, ove chieda l'intero risarcimento del danno e non svolga al riguardo alcuna deduzione, stia implicitamente allegando il fatto positivo presupposto dal legislatore, ovvero di avere diritto a quel risarcimento per essere ancora disoccupato e non avere, quindi, redditi da portare in detrazione.

Passando, allora, dal piano processuale a quello sostanziale, non v'è dubbio che simile implicita allegazione, ove poi smentita dalla scoperta di redditi non dichiarati in giudizio eppure detraibili, possa costituire illecito disciplinare (e non soltanto falsa allegazione processuale).

Ed invero, si consideri che non solo la reintegrazione ripristina il rapporto di lavoro e, quindi, il vincolo di fiducia, ma tale rapporto e tutti i conseguenti obblighi continuano a caratterizzare la posizione delle parti anche durante il processo.

Non è un caso che, secondo la Suprema Corte, anche nel corso del giudizio di impugnazione del licenziamento continuano a gravare sul lavoratore tutti gli obblighi scaturenti dal rapporto di lavoro pregresso, e ciò perché "*il lavoratore che impugni il licenziamento e che esprima con ciò la volontà di riprendere a collaborare (art. 2094 cod. civ.) nell'impresa, ha un onere di coerenza, che affonda le sue radici nel principio di identità con tale volontà. Con la sua impugnazione, dà inizio a un procedimento diretto alla ricostituzione del rapporto; nell'attesa della decisione giudiziale, non può compiere atti contrari al suo obiettivo, che non è solo la ricostituzione del rapporto, ma anche l'efficacia della ricostituzione, implicita nella domanda secondo legge, dal momento della cessazione, con ripresa de jure del rapporto come mai interrotto, e quindi anche con la persistenza, richiesta dallo stesso lavoratore ricorrente, dei propri obblighi, ex tunc*" (Cass., 4 giugno 2004, n. 10663).

Con la conseguenza che "*anche i comportamenti posti in essere dal lavoratore dopo la cessazione del rapporto per licenziamento e prima della ricostituzione iussu judicis possono assumere rilevanza disciplinare*" (così Cass., 28 aprile 2009, n. 9925).

Pertanto, potrebbe concludersi nel senso che l'allegazione di aver subito l'intero danno e la conseguente omessa dichiarazione di altri redditi da portare in detrazione costituisca, da parte del lavoratore reintegrato e nell'ambito del rapporto di lavoro ricostituito, grave violazione non soltanto degli artt. 1223 e 1227 Cod. Civ., ma anche dell'art. 1175 Cod. Civ. e, più in generale, del richiamato principio della *compensatio lucri cum damno*, con conseguente ingiusto profitto del dipendente reintegrato e danno al datore di lavoro.

Invero, l'omessa dichiarazione dell'*aliunde perceptum* determina una serie di violazioni in danno del datore di lavoro, posto che il dipendente, con mala fede, cela di aver tenuto un comportamento che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, Cod. Civ. avrebbe potuto contenere il

risarcimento e, per giunta, violando l'art. 1223 Cod. Civ., si avvale scientemente della presunzione di legge per allegare una lesione superiore a quella effettivamente subita.

Con la conseguenza che, una volta reintegrato il dipendente, potrebbe essere aperto nei suoi confronti un procedimento disciplinare e successivamente irrogato il licenziamento per giusta causa determinato dalla violazione degli obblighi fondamentali del rapporto di lavoro.

Peraltro, il licenziamento potrebbe essere irrogato anche prima della conclusione del giudizio e quindi, della dichiarazione di illegittimità del precedente licenziamento, non appena dal processo emergano fatti idonei a configurare la colpevole omissione del dipendente.

Ed invero, tale opzione è stata recentemente e più volte avallata dalla Suprema Corte, la quale ha affermato la possibilità di irrogare un nuovo licenziamento fondato su una causa diversa da quella posta a fondamento del primo, "*dovendosi ritenere il secondo licenziamento produttivo di effetti solo nel caso in cui venga riconosciuto invalido o inefficace il precedente*" (così, recentemente, Cass., 20 gennaio 2011, n. 1244 e, nello stesso senso, Cass., 14 settembre 2009, n. 19770).

Infine, la questione potrebbe essere ulteriormente esaminata sotto i profili (i) della rilevanza penale del comportamento del dipendente, (ii) delle modalità di recupero dell'*aliunde perceptum* emerso dopo il passaggio in giudicato della sentenza che ha ordinato la reintegrazione e, altresì, (iii) della possibilità di reazione nei confronti del dipendente che, optando per l'indennità sostitutiva della reintegrazione, abbia risolto il contratto di lavoro.

Torna al sommario