

## Giurisprudenza

### Attività benevola

Sentenza del Tribunale federale del 6 marzo 2013 (4A.641/2012)

La dott. X. ha ottenuto nel 1977 un diploma di dottore in medicina presso un ateneo francese, conseguendo poi la specializzazione in ginecologia e urologia. In seno all'ospedale universitario di Ginevra X. ha lavorato come medico interno dal 1 marzo al 30 settembre 2004, con un tasso d'attività del 30%. Sempre dal 1° marzo 2004 ha fornito attività non remunerata nel reparto di dermatologia del medesimo ospedale, sotto la supervisione del dott. U.: per tale attività non remunerata nel giugno del 2004 X. aveva scritto all'Ufficio cantonale della popolazione che aveva accettato l'offerta del dott. U. di seguire presso di lui una formazione FMH in dermatologia di quattro anni, senza salario, potendo provvedere al suo sostentamento con altri mezzi. Il 27 gennaio 2010 X. ha chiesto il pagamento di quasi CHF 500'000.- a titolo di salario per l'attività svolta presso l'ospedale e inoltre il rilascio dell'attestato di lavoro. Il nosocomio ha respinto la richiesta, sottolineando che l'attività fornita era a titolo gratuito, come sempre era stato chiaro alle parti. Secondo la dott. X l'attività rientrava nell'ambito di un contratto di lavoro e pertanto doveva obbligatoriamente essere remunerata. Il Tribunale federale ha stabilito che l'art. 319 CO, che regola il contratto di lavoro, prevede d'un canto l'attività del lavoratore e dall'altra il pagamento del salario da parte del datore di lavoro: sono prestazioni essenziali che qualificano tale rapporto contrattuale. Se una persona accetta o promette di svolgere attività non remunerata, essa non conclude un contratto di lavoro. Se le parti hanno concluso un contratto di lavoro ma senza concordarne la remunerazione, secondo la legge il salario si determina secondo l'uso. Il fatto che la dott. X abbia lavorato per oltre cinque anni senza rivendicare alcun pagamento, rispettivamente che ella abbia esplicitamente indicato che l'attività da lei svolta presso l'ospedale non era remunerata, indicata chiaramente che era perfettamente ed inequivocabilmente conscia che si trattava di attività benevola. Secondo il principio dell'affidamento, imperniato sulla buona fede, nell'interpretazione di un accordo è possibile imputare a una parte il senso oggettivo delle sue dichiarazioni e del suo comportamento, anche se questo non corrisponde alla sua intima volontà. Ne deriva in concreto che in ragione della durata dell'attività della dott. X e delle sue chiare affermazioni nei confronti dell'Autorità, l'ospedale poteva ammettere e ritenere in buona fede che

## A gentile richiesta Un periodo di sperimentazione e riflessione



Una lavoratrice è stata alle dipendenze della ditta fino al 30 settembre 2011. Dopo diverso tempo, all'inizio del mese di marzo 2013 viene assunta con un contratto su chiamata di durata determinata. Nel nuovo contratto è possibile prevedere il periodo di prova?

In linea di principio, la legge non prevede alcun periodo di prova nel quadro di un contratto di durata determinata: tuttavia, le parti possono concordare per iscritto la previsione di un periodo di prova. L'art. 335b cpv. 2 CO, applicabile in via analogica, sancisce che il periodo di prova non può comunque superare i tre mesi; durante questo periodo il rapporto di lavoro può essere disdetto con un preavviso di sette giorni. Deroghe possono essere convenute mediante accordo scritto. Sempre mediante accordo scritto, il periodo di prova può essere prolungato fintanto che non sia giunto a scadenza, a condizione di non superare la durata massima di 3 mesi ammesso dalla legge ed a condizione che i termini di disdetta pattuiti siano identici per entrambe le parti. In una recente sentenza (DTF 129 III 124) il TF ha rammentato che il periodo di prova mira a permettere alle parti di conoscersi, di valutare la possibilità di lavorare insieme e di creare le premesse per un rapporto di lunga durata (periodo di sperimentazione e di riflessione). Il periodo di prova in generale presuppone una relazione contrattuale nuova. Esso è tuttavia escluso qualora le parti intrattengano già una relazione professionale, ad es. quando il contratto di lavoro segue quello di apprendistato, ovvero quando due contratti di lavoro fra le stesse parti e per la medesima attività si succedono, e ciò anche se fra la fine del primo contratto e la stipulazione del secondo trascorre un breve lasso di tempo. In simili casi, la

l'attività lavorativa era svolta senza remunerazione e quindi a titolo benevolo. A fronte di tale conclusione la dott. X non era al beneficio di un contratto di lavoro e non può di conseguenza pretendere né il pagamento di un salario né il rilascio di un attestato di lavoro.

Costantino Delogu, avvocato

Definizione del contratto di lavoro e differenze con altri contratti: manuale 2.1  
Il contratto individuale: manuale 2.2

pattuizione di un nuovo periodo di prova permetterebbe infatti di eludere le norme sulla protezione dalla disdetta. Per questo motivo, parte della dottrina tende a negare la possibilità di stabilire un nuovo periodo di prova anche nel caso in cui, con il nuovo contratto, il lavoratore assume una nuova funzione (contestando la validità dei cosiddetti "contratti a catena", con i quali viene prolungata abusivamente la durata del periodo di prova). Nella medesima sentenza, l'Alta Corte ha stabilito che il datore di lavoro viola l'art. 335b CO se rescinde un contratto alla fine di un periodo di prova, per concluderne uno nuovo prevedente un nuovo periodo di prova, se così facendo dovesse superare la durata massima di 3 mesi prevista ex lege. Anche allorquando si modifica la funzione del dipendente in seno alla medesima ditta o al gruppo societario di cui fa parte, il datore di lavoro non può imporre un nuovo periodo di prova. Per contro, il TF ha stabilito che se l'azienda prestataria decide di assumere il lavoratore interinale alla fine della missione, essa è legittimata ad imporre un periodo di prova. Il passaggio da "lavoro interinale a lavoro stabile" implica un cambiamento di status che giustifica l'inserimento di un nuovo periodo di prova. Infine, la giurisprudenza ha evidenziato che il lavoratore "a prestito" ha un contratto con l'agenzia di prestito e non con l'azienda che lo impiega. Nel caso specifico, trattandosi di un contratto di lavoro a durata determinata e su chiamata, ritenuto che tra il primo contratto ed il secondo è decorso un periodo di 18 mesi, in assenza di altri elementi noti, si può prevedere l'inserimento di un nuovo periodo di prova, nel rispetto dell'art. 335b CO e riservato il caso di abuso di diritto (ad es. qualora al termine del primo contratto fosse già stata prevista la sottoscrizione di un nuovo contratto con decorrenza marzo 2013).

Elisabetta Conte Bombardieri, avvocato

Disdetta/termini: manuale 4.2.2.3

### Impressum

Newsletter Lavoro è la pubblicazione mensile del sistema d'informazione

### Il diritto del lavoro applicato.

Editore: Robert Boss

Responsabile Newsletter: Marina D'Alò

Hanno collaborato: avv. Prisca Renella, Morena Ferrari Gamba, avv. Costantino Delogu, avv. Elisabetta Conte Bombardieri  
Boss Editore SA - CH 6997 Sessa

tel. +41(0)91 600 93 03 - fax +41(0)91 600 93 04

Redazione: redazione@boss-editore.ch

Amministrazione: info@boss-editore.ch

© www.boss-editore.ch

# BOSS NEWSLETTER LAVORO

## Editoriale

Il mondo del lavoro rispecchia la società. È quindi normale che anch'esso debba fare i conti con le differenze che un tessuto multietnico comporta. L'avvocato Prisca Renella, nell'articolo di apertura di questa edizione di Newsletter Lavoro, propone un argomento originale ed interessante: come deve affrontare il datore di lavoro la differenza di credo dei suoi dipendenti? Per esempio, un operaio che svolge mansioni richiedenti particolare energia fisica è in grado di salire su un ponteggio dopo giorni di digiuno per il Ramadan? Sempre in tema di lavoro, ricordiamo ai nostri lettori che il 22 maggio si svolgerà un seminario organizzato dalla Boss Editore dedicato alla durata e condizioni del tempo di lavoro. In quest'occasione ci soffermerà su vari aspetti quali la durata massima settimanale, le condizioni e durata del lavoro straordinario ed il relativo supplemento salariale dovuto, la durata delle pause e del riposo giornaliero, la definizione del lavoro notturno, domenicale e durante i giorni festivi con varie deroghe possibili. Questo mese invece in agenda c'è anche il seminario "Membri dei quadri: compiti e responsabilità" (24 aprile). Relatore sarà l'avvocato Sharon Guggiari Salari, la quale aiuterà i partecipanti a definire, tra l'altro, quali sono i rischi di un quadro da un punto di vista societario e contrattuale e come questi rischi possano essere limitati. Anche Newsletter Lavoro dedica ai quadri un contributo di Morena Ferrari Gamba, specialista nella consulenza per il personale. In questo caso viene approfondito (a pagina 3) l'aspetto del licenziamento dei vertici, evidenziando, in una breve intervista, le particolarità di queste separazioni sul futuro dell'azienda con riferimenti alla realtà specifica del Cantone Ticino.

Marina D'Alò

### All'interno:

- Quando il "ramo secco" è un quadro
- Licenziamento ai vertici: esistono tecniche per un atterraggio soft
- Attività benevola / Giurisprudenza
- Un periodo di sperimentazione e riflessione / A gentile richiesta

## Le religioni e le influenze sul mondo del lavoro

di Prisca Renella, avvocato



**Feste/usanze religiose non riconosciute dal Cantone, ma concesse al dipendente dal datore di lavoro. A quali aspetti il datore di lavoro deve prestare attenzione?**

Le aziende ticinesi sono sempre più confrontate alla problematica di gestire le richieste dei propri dipendenti in merito a usanze e/o feste religiose non riconosciute dal Cantone. Senza dubbio, i datori di lavoro cercano di venir incontro ai dipendenti che richiedono, ad esempio, un congedo per festeggiare la pasqua ortodossa (5 maggio) o di adattare i turni previsti di modo che il dipendente possa osservare il ramadan (mese di digiuno islamico che quest'anno si terrà dal 9 luglio al 7 agosto), ma vi sono alcuni aspetti importanti da valutare. Innanzitutto, si ricorda che il lavoratore deve osservare, secondo le norme della buona fede, le direttive generali stabilite dal datore di lavoro e le istruzioni particolari a lui date (art. 321d Codice delle Obbligazioni, CO). Inoltre, deve eseguire con diligenza il lavoro assegnatogli e salvaguardare con fedeltà gli interessi legittimi del datore di lavoro (art. 321a CO). Per quelle usanze, come i digiuni, che diminuiscono in un certo modo la capacità lavorativa del dipendente, si potrebbe asserire che, a dipendenza dell'attività svolta, gli interessi del datore di lavoro non vengono salvaguardati e pertanto il datore di lavoro potrebbe richiedere che tale usanza non venga seguita. In secondo luogo, a tutela della salute dei lavoratori, il datore di lavoro deve prendere tutti i provvedimenti, che

l'esperienza ha dimostrato necessari, realizzabili secondo lo stato della tecnica e adeguati alle condizioni d'esercizio. Egli deve segnatamente apprestare gli impianti e ordinare il lavoro in modo da preservare il più possibile i lavoratori dai pericoli per la salute e dagli spossamenti (art. 328 CO e art. 6 Legge sul Lavoro, LL). Autorizzare che un dipendente faccia il digiuno quando il lavoro da svolgere richiede uno sforzo fisico non indifferente, durante il periodo estivo, potrebbe risultare difficoltoso per il datore di lavoro, il quale deve non solo tutelare la salute del lavoratore stesso, ma anche quella degli altri dispendenti. Infatti, non bisogna dimenticare che il datore di lavoro è penalmente punibile se viola, in particolare, le prescrizioni in materia di protezione della salute nel lavoro, che lo faccia intenzionalmente o per negligenza (art. 59 LL). Oltre a ciò, anche il dipendente stesso si mette in una situazione delicata in quanto è penalmente punibile se viola intenzionalmente le prescrizioni sulla protezione della salute nel lavoro o se mette seriamente, anche solo per negligenza, in pericolo altre persone (art. 60 LL). Il datore di lavoro che desidera venire incontro al suo dipendente dovrà, dunque, discutere con quest'ultimo informandolo dei vari problemi che pone l'ossequio della sua usanza religiosa, e adottare tutti i provvedimenti necessari a tutela della sua salute e quella dei suoi colleghi. Il lavoratore, dal canto suo, dovrà garantire la sicurezza dell'attività svolta e quella dei suoi colleghi. Per tutte le altre usanze e feste che non diminuiscono la capacità lavorativa, ma di cui viene richiesto un congedo (art. 20a LL.), l'art. 11 LL prevede che il datore di lavoro può ordinare la compensazione entro un termine conveniente (prima o dopo la

segue da pag. 1 →

perdita di lavoro entro un periodo di 14 settimane a meno che il datore di lavoro e il lavoratore convengano un termine più lungo, che non deve però superare 12 mesi, art. 24 Ordinanza 1 concernente la legge sul lavoro, OLL 1) derogando alla durata massima della settimana lavorativa. Devono però essere obbligatoriamente osservate le prescrizioni sulla durata massima della giornata lavorativa. La durata di questi congedi può variare dal singolo giorno a una fino a due settimane al massimo e le ore non lavorate per le feste di Natale e Capodanno sono considerate come un unico insieme. La compensazione per singolo lavoratore non può superare, compreso il lavoro straordinario, due ore al giorno, salvo nei giorni liberi e nelle semi giornate libere. Purtroppo, solo i lavoratori sottomessi alla legge sul lavoro (LL) sono protetti da queste disposizioni. Per gli altri lavoratori è applicabile l'art. 328 CO concernente la protezione della personalità del lavoratore. Si precisa che la compensazione avviene soltanto se il congedo viene concesso dal datore di lavoro al suo dipendente.

Difatti, l'art. 20a LL, prevede che il datore di lavoro accorda, per quanto possibile, il tempo necessario per assistere a cerimonie religiose. Ciò significa che il datore di lavoro può in certi casi rifiutare il congedo richiesto dal lavoratore. Il rifiuto deve, però, essere giustificato da imperativi che superano d'importanza l'interesse del lavoratore al rispetto della sua libertà di credo e di coscienza (protetto dalla Costituzione federale, art. 15 Cst). Il rifiuto di un tale congedo deve dunque essere assolutamente eccezionale. Qualora non venisse compensato, il congedo non verrà remunerato dal datore di lavoro. Solo i lavoratori sottomessi alla legge sul lavoro (LL) sono protetti da queste disposizioni. Per gli altri lavoratori è applicabile l'art. 328 CO concernente la protezione della personalità del lavoratore. Concesso il congedo o l'autorizzazione a osservare un'usanza religiosa, il datore di lavoro verrà confrontato con la difficoltà di gestire la collaborazione e comprensione da parte degli altri lavoratori. In effetti, se al lavoratore per poter seguire l'usanza o compensare le festività viene concessa la possibilità di lavorare durante i giorni festivi

riconosciuti dal cantone, la domenica o addirittura effettuare i turni di notte (ore che vengono retribuite con un supplemento salariale), i suoi colleghi potrebbero risentire una disparità di trattamento e l'ambiente all'interno dell'azienda ne potrebbe risentire. È vero che il datore di lavoro deve, nei rapporti di lavoro, rispettare e proteggere la personalità del lavoratore e vigilare alla salvaguardia della moralità, ma ciò vale nei confronti di tutti i suoi dipendenti. Egli deve, in questi casi, prestare particolare attenzione che il lavoratore che richiede il congedo o l'autorizzazione a seguire un'usanza religiosa non subisca pressioni da parte degli altri lavoratori, ma altresì accertarsi che gli altri lavoratori non vengano sistematicamente discriminati. È vero che il principio dell'uguaglianza di trattamento (protetto dall'art. 8 Cst) si oppone a quello della libertà contrattuale, tuttavia il datore di lavoro dovrebbe prestare attenzione alla parità di trattamento nelle situazioni che riguardano collettivamente i suoi dipendenti (che possono venir suddivisi in categorie), come ad esempio, le gratifiche, la protezione della salute o appunto la fissazione degli orari di lavoro.

## Quando il "ramo secco" è un quadro

di Morena Ferrari Gamba



Il mondo del lavoro è molto cambiato adattandosi all'evoluzione del mercato, della società, della vita, dei gusti e dei costumi. Ogni cambiamento e trasformazione costringe, ad ogni livello, a rimettersi in discussione. Un esempio su tutti: il concetto di posto lavoro per tutta la vita non esiste più così come non esiste il lavoro unico per tutta vita! Persino le ultime roccaforti come le banche e l'amministrazione pubblica non lo garantiscono più e fra i lavoratori anche i manager sono fortemente a rischio di licenziamenti. Questi mutamenti e l'amplificarsi della globalizzazione impone alle aziende di adeguarsi costantemente e, soprattutto, più rapidamente per soddisfare le esigenze del mercato. Questo porta ad un cambiamento altrettanto rapido dei requisiti per quanto riguarda competenza e conoscenze della forza lavoro. La specializzazione unica soccomberà rispetto al cambiamento. Riprendo alcune significative parole

di Steve Jobs, cofondatore di Apple: "il vecchio viene spazzato via per far posto al nuovo. I giovani sono il nuovo, ma un giorno non troppo lontano diventeranno gradualmente il vecchio e saranno spazzati via. Per allontanare il più possibile questo evento è necessario essere preparati, multidisciplinari, rimanere flessibili, adeguarsi rapidamente appunto al cambiamento". Perciò con un'economia altalenante, la crisi mondiale perseverante di quest'ultimo decennio, sempre più le aziende, di ogni dimensione e luogo, sono obbligate a confrontarsi con problematiche legate ad una propria riorganizzazione data da calo di produzione, da fusioni, ristrutturazioni e licenziamenti in generale. La necessità di gestire e prevenire eventi di questo tipo sensibilizza quelle strutture, all'avanguardia nella gestione del personale, a rispondere in modo adeguato ai continui mutamenti organizzativi. Poter comunicare istituzionalmente, sia internamente (riunione) che esternamente (Media, Sindacati), in modo chiaro il perché si proceda ad un licenziamento, permette di prevenire la "fuga" di altri dipendenti e offre ai Media un'in-

formazione trasparente e impermeabile ad ogni forma di speculazione gratuita. Spesso i dipendenti oggetto di licenziamento sono collaboratori che hanno contribuito nella loro vita professionale alla crescita dell'azienda. Quest'ultima sente il dovere "sociale" di offrire al dipendente, in aggiunta a buone uscite economiche e a tempi di disdetta più generosi, forme di accompagnamento professionale che agevolino seriamente il rientro nel mondo lavorativo. L'Outplacement, ormai diffuso in diverse realtà internazionali, può essere la risposta "tecnica" al manager nella così detta "transizione di carriera". Consulenti professionisti specializzati seguono ad hoc il reinserimento nel mondo lavorativo, aiutano il manager nella presa di decisioni e di selezione delle opportunità lavorative, contemporaneamente psicologi valutano il potenziale (assessment), formano e motivano (coaching) il professionista al cambiamento. L'Outplacement è inoltre un ottimo strumento anche per l'azienda per mediare l'uscita del manager e risolvere in modo consensuale ogni disputa contrattuale e sindacale.

## Licenziamento ai vertici: esistono tecniche per un atterraggio soft

intervista di Marina D'Alò a Morena Ferrari Gamba

Il mondo del lavoro è cambiato. Lo possono constatare tutti i giorni sia i dipendenti sia i quadri. Nessuno è risparmiato dal rischio di essere licenziato. Tuttavia, se il fenomeno è ben conosciuto a livello di personale, meno lo è per quanto concerne i vertici. Con l'esperta nella consulenza per il personale Morena Ferrari Gamba, autrice dell'articolo a pagina 2, abbiamo approfondito l'argomento nel corso di questa intervista che si riferisce specificatamente alla situazione nel Cantone Ticino. La separazione di un membro della direzione può infatti essere affrontato in modo anche positivo, o perlomeno più soft, grazie ad alcune tecniche come l'outplacement. Esistono inoltre piccole astuzie per consentire un nuovo inserimento più facilmente.

### C'è una differenza quando si parla di dirigente, quadro o manager?

Il servizio di OP viene offerto normalmente a tutto lo staff oggetto di ridimensionamento o fusione o altro. Le differenze tra Dirigente e Quadro sono ovviamente le tempistiche di intervento e la tipologia di supporto. Per il primo dobbiamo necessariamente pensare a 12 mesi, mentre per il Quadro 6 mesi. Il supporto al Dirigente spazia da un assessment più mirato, tendente ad una riqualificazione anche professionale, all'accompagnamento su ogni singola ricerca.

### Ci sono delle differenze giuridiche tra il licenziamento di un dipendente e quello di un manager?

Da un punto di vista strettamente giuridico non ci sono grandi differenze, il diritto del lavoro previsto dal codice delle obbligazioni è abbastanza semplice. Piuttosto contrattualmente, e in forma privata, a seconda del livello, sono contemplate lunghe disdette (uno o due anni) e buone uscite sostanziose.

### Durante il periodo di Outplacement il dipendente continua ad essere retribuito?

L'azienda garantisce al dipendente che utilizza l'outplacement la retribuzione e a volte anche la funzione, pur avendo già deciso e definito la sua uscita. Così facendo si motiva il candidato ad attivarsi velocemente e con impegno nel percorso di OP. Inoltre cercare un lavoro, figurando ancora occupati, aiuta senz'altro a ritrovarlo.

### Nel Cantone Ticino quali sono i settori in cui i dirigenti sono più a "rischio licenziamento"?

Il bancario è indubbiamente uno dei

settori più toccati dai licenziamenti in questi ultimi anni a causa della crisi dei mercati finanziari e borsistici, nonché da una monocultura di servizio (solo il Private Banking).

### Quali sono i motivi più frequenti di licenziamento di un dirigente (ristrutturazione aziendale, assenteismo, infedeltà, malattia, stress, ecc.)?

Negli ultimi anni sicuramente la ristrutturazione aziendale, in tutte le sue forme, ha fatto da padrona nella ragione dei licenziamenti. In alcuni casi il licenziamento è legato alla sostituzione del Dirigente che per il CdA non è più in grado di leggere un cambio di strategia/visione dell'azienda.

### Si dice che per un manager sia più difficile trovare un nuovo posto di lavoro. Questa affermazione corrisponde alla verità? Se sì per quali ragioni (per esempio il fattore età)?

Indipendentemente dall'età, la situazione congiunturale non aiuta certo ad una facile ricollocazione. Per contro una buona dose di flessibilità (geografica, professionale ed economica) può invece aiutare a ritrovare quanto prima un nuovo posto di lavoro.

### Ci sono numerosi casi in Ticino di licenziamento del direttore generale?

Il contratto di lavoro svizzero è molto flessibile pertanto il licenziamento può benissimo toccare anche il direttore generale. Di solito a questo livello buone uscite e altre forme di accompagnamento (ad esempio l'Outplacement) permettono alla azienda di rendere l'uscita del DG più soft e "sociale".

### Ci sono più licenziamenti di quadri

### nel settore privato o in quello pubblico?

Indubbiamente il settore privato, confrontato più marcatamente con la concorrenza e il mercato, risente maggiormente di riduzioni di personale (licenziamenti) piuttosto che quello pubblico. D'altro canto, anche i manager pubblici, sempre più confrontati con il raggiungimento di risultati, budget da rispettare e altro, vengono assoggettati allo schema "privato" di valutazione. Al momento nel pubblico è più una tendenza ideale che pratica, quella di rendere possibile la valutazione delle prestazioni ed anche l'eventuale licenziamento.

### Quali sono gli effetti "collaterali" del licenziamento di un quadro a livello di personale e di immagine dell'azienda?

La comunicazione gioca un ruolo fondamentale sia internamente che esternamente (rapporto con i Media nel caso di un licenziamento di "massa"). Motivare al personale interno le ragioni che hanno portato alla separazione dal Dirigente previene la fuga di altro personale e mantiene la reputazione intatta.

### Vista la situazione economica generale degli ultimi anni, ci sono stati dei cambiamenti anche dal profilo legislativo in materia di licenziamento dei quadri?

Sempre più aziende, all'avanguardia della gestione del personale, introducono nel loro regolamento etico servizi di accompagnamento come l'Outplacement e/o la disponibilità di un budget da destinare a corsi di riqualificazione professionale.