

LA RESPONSABILITÀ DEI DIPENDENTI NEL CONTRATTO COLLETTIVO NAZIONALE DI LAVORO PER I SETTORI DEL CREDITO E DELLE ASSICURAZIONI

INCONTRO A TORINO – 15 MAGGIO 2012

1 - LA RESPONSABILITÀ DISCIPLINARE

Le norme contenute nei CCNL per i settori del Credito e delle Assicurazioni, in ordine alla responsabilità disciplinare e patrimoniale dei dipendenti si pongono in parte come un'integrazione in parte come una ripresa delle disposizioni di legge sull'argomento: ma il quadro normativo così definito appare nel complesso parziale e con larghi margini lasciati alla valutazione discrezionale del datore di lavoro. La materia delle azioni disciplinari e patrimoniali contro il lavoratore dipendente, per queste caratteristiche è quindi una delle più tipiche in cui emerge l'importanza di un corretto e tempestivo intervento sindacale a tutela del lavoratore.

Riguardo ai CCNL che abbiamo citato è necessario fare una precisazione. Il CCNL del Credito e quello delle Assicurazioni (ANIA) risalgono al 2007 e sono stati entrambi rinnovati nel 2012. In ordine agli argomenti che interessano, i rinnovi contrattuali hanno portato a modifiche secondarie nel CCNL del settore del Credito e non hanno portato a modifiche in quello delle Assicurazioni. Peraltro, ad oggi, dopo la sigla dell'accordo di rinnovo, non è stato ancora redatto l'articolato dei due contratti; quindi faremo riferimento agli articoli dei CCNL del 2007 e indicheremo le modifiche apportate dai rinnovi del 2012. In generale, premettiamo come la potestà disciplinare in capo al datore di lavoro, secondo la dottrina prevalente, abbia origine contrattuale: essa deriva dalla posizione subordinata del dipendente nel contratto di lavoro e s'inserisce nel più ampio potere organizzativo dell'impresa. Detta potestà disciplinare trova limiti di natura sia sostanziale che procedurale, previsti dalla legge e dai contratti collettivi di lavoro. Per quanto riguarda il CCNL del credito, l'art. 40 del CCNL si limita ad elencare le diverse tipologie di sanzione disciplinare (il

rimprovero verbale, il rimprovero scritto, la sospensione dal servizio e dalla retribuzione sino a 10 giorni, il licenziamento per giustificato motivo, il licenziamento per giusta causa) ed altresì a fissare il principio generico che le stesse sono applicate tenendo conto "della gravità o recidiva della mancanza, o al grado della colpa". Analogamente, gli artt. 26, 75, 76 del CCNL delle assicurazioni (ANIA) elencano le medesime tipologie di sanzioni sopra citate ed enunciano il principio in base al quale tali sanzioni sono applicate "in relazione alla gravità della mancanza"¹. Egualmente simili sono gli artt. 27 e 59 del CCNL delle assicurazioni (agenzie). Tali norme dei tre CCNL in questione riproducono senza apportare integrazioni rilevanti alcune disposizioni di legge: così, le tipologie di sanzione sono quelle previste dalla legge n. 300/1970 "Statuto dei Lavoratori"² e dalla legge n. 604/1966 sui licenziamenti individuali; il principio di proporzionalità fra il fatto contestato e la corrispondenza sanzione era invece già contenuto nell'art. 2106 codice civile, risalente al 1942³. Per quanto riguarda la procedura per l'irrogazione delle sanzioni in questione, nulla è previsto nei CCNL del credito e delle assicurazioni (agenzie) e quindi valgono le norme ben note fissate in materia dall'art. 7 della legge n. 300/1970. Per quanto ovvio la contrattazione integrativa aziendale può prevedere norme più favorevoli al lavoratore, in deroga alla legge. Invece il CCNL delle assicurazioni (ANIA) agli artt. 28 e 77 prevede una norma di maggior favore in ordine al termine entro cui il lavoratore può presentare le proprie difese, termine fissato in 15 giorni dalla contestazione anziché i 5 giorni previsti dalla legge n. 300/1970, art. 7, comma 5. Riportiamo i commi da 1 a 5 e l'ultimo comma dell'art. 7 dello "Statuto dei Lavoratori":

"Le norme disciplinari relative alle sanzioni, alle infrazioni in relazione alle quali ciascuna di esse può essere applicata ed alle procedure di contestazione delle stesse devono essere portate a conoscenza dei lavoratori mediante affissione⁴ in luogo accessibile a tutti. Esse devono applicare quanto in materia è stabilito da accordi e contratti di lavoro ove esistono. Il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa. Il lavoratore potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato. Fermo restando quanto disposto dalla legge 15 luglio 1966 n. 604, non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del

¹ Inoltre, il CCNL delle Assicurazioni (ANIA) prevede all'art. 26 una norma di salvaguardia circa la possibilità di erogare al lavoratore una retribuzione ridotta durante il periodo di sospensione dal lavoro e della retribuzione.

² E' da osservare come la legge n. 300/1970 prevede fra le sanzioni disciplinari anche la multa sino a 4 ore di retribuzione.

³ Codice civile, art. 2106: "L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dare luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione e in conformità alle norme corporative."

⁴ Corte di Cassazione, sez. Lavoro, n. 20733/2007 : tale sentenza ha escluso che l'affissione del codice disciplinare possa essere sostituita dall'affissione di una copia del contratto di lavoro non più in vigore anche se non modificato nelle norme disciplinari. Tribunale di Milano 2 settembre 2005 : tale sentenza ha escluso che l'affissione possa essere sostituita dalla distribuzione ai dipendenti di una copia del contratto di lavoro.

rapporto di lavoro; inoltre la multa non può essere disposta per un importo superiore a 4 ore della retribuzione base e la sospensione dal servizio e dalla retribuzione per più di 10 giorni. In ogni caso, i provvedimenti disciplinari più gravi del rimprovero verbale non possono essere applicati prima che siano trascorsi 5 giorni dalla contestazione per iscritto del fatto che vi ha dato causa. (...) Non può tenersi conto ad alcun effetto delle sanzioni disciplinari decorsi 2 anni dalla loro applicazione.”

Le disposizioni dello “Statuto dei Lavoratori” che abbiamo citato stabiliscono quindi una serie di precise regole a tutela del lavoratore, che ora sintetizziamo. In primo luogo, le norme disciplinari devono essere stabilite e portate a conoscenza dei dipendenti, mediante affissione 4, prima che avvenga il fatto oggetto di contestazione del datore di lavoro: si tratta di una tutela che come è noto è desunta – ovviamente “su scala ridotta” - da uno dei principi fondamentali del diritto penale, che evita la creazione arbitraria di sanzioni modellate a posteriori su fatti avvenuti in precedenza. E’ da precisare che la giurisprudenza non ritiene necessario che le regole disciplinari aziendali riportino altresì fatti che rappresentino una violazione di legge o dei doveri fondamentali del lavoratore, riconoscibili come tali senza necessità di specifica previsione⁵: ciò è di tutta evidenza nel caso dei reati contro il patrimonio previsti e puniti dal codice penale, ma tale interpretazione può tuttavia condurre a conseguenze pesanti e non così intuitive se si considerano alcune leggi di specifico interesse in campo bancario. A questo punto è opportuno aprire una parentesi. E’ noto come alcune leggi – ad esempio la legge 197/1991 e successive modifiche, recante provvedimenti per limitare l’uso dei contanti, il decreto legislativo n. 385/1993 che ha approvato il testo unico della legge bancaria, il decreto legislativo n. 58/1998 che ha approvato il testo unico delle materie d’intermediazione finanziaria – prevedono sanzioni sia penali che amministrative per svariate irregolarità bancarie. L’ultima aggiunta è rappresentata dalla normativa in materia di servizi di pagamento (la cosiddetta PSD) introdotta dalla legge n. 88/2009 e dal successivo decreto legislativo n. 11/2010 che ha modificato il TUB, prevedendo essa pure sanzioni penali e amministrative per i dipendenti di banca. In tutti questi casi, la violazione delle norme di legge può comportare non solo le sanzioni penali ed amministrative in esse previste, ma altresì una sanzione disciplinare. Ancora sul punto di cui sopra, una questione notoriamente complessa che s’inserisce in tale contesto è quella riguardante la necessità di una descrizione in forma più o meno dettagliata dei comportamenti sanzionati: certamente non è richiesta la rigorosa definizione tipica delle fattispecie del diritto penale, tuttavia definizioni generiche ed equivoche non possono considerarsi rispondenti alle previsioni dello “Statuto dei Lavoratori”. Due importanti corollari di tale principio consistono nel fatto che anche la contestazione deve essere precisa e circostanziata e che il datore del lavoro non può addurre a

sostegno della sanzione fatti diversi e nuovi da quelli contestati, al fine di permettere al lavoratore di argomentare le proprie difese su fatti determinati e specificamente identificati⁶. In secondo luogo, è necessario che l’infrazione sia contestata per iscritto al lavoratore: è un aspetto che non necessita di precisazioni. In terzo luogo, la contestazione deve essere formalizzata con tempestività rispetto ai fatti. Si tratta di principi stabiliti dalla giurisprudenza ormai consolidata, a garanzia del diritto di difesa del lavoratore, che non deve essere lasciato in una situazione di incertezza di cui il datore di lavoro può approfittare per ricorrere a pressioni ricattatorie ed altresì in conformità con l’esigenza di certezza dei rapporti giuridici, in quanto il ritardo nella contestazione può indicare la mancanza d’interesse da parte del datore di lavoro ad applicare una sanzione. Peraltro la giurisprudenza di Cassazione è consolidata e concorde nell’evidenziare che la tempestività debba essere valutata in senso relativo, tenendo conto della complessità o meno della struttura aziendale, del tempo necessario per accertare i fatti - ciò è rilevante ad esempio nei casi in cui il comportamento doloso del dipendente abbia portato all’occultamento dei fatti stessi, per cui siano stati necessari accertamenti complessi - del tempo necessario per un ponderato esame dei fatti medesimi e delle successive controdeduzioni del dipendente⁷. Quale ulteriore corollario, è da evidenziare come la giurisprudenza ritenga che la tolleranza manifestata dal datore di lavoro in occasione di precedenti mancanze del dipendente non preclude al datore di lavoro stesso di mutare atteggiamento e di sanzionare i successivi comportamenti irregolari. In quarto luogo, il lavoratore ha diritto a formulare le proprie difese, per iscritto o a voce, eventualmente facendosi assistere da un rappresentante sindacale. Infine, trascorsi comunque 5 giorni dalla contestazione, sia nel caso che il lavoratore abbia formulato le proprie difese, sia nel caso in cui nulla abbia eccepito, il datore di lavoro può irrogare la sanzione disciplinare, nelle forme espressamente previste dalla legge medesima. La legge si limita a fissare un termine minimo, sia per fissare una scadenza entro cui il lavoratore può presentare le proprie difese e sia per evitare che una sanzione disciplinare venga comminata “d’impulso”, senza la necessaria ponderazione, lasciando però aperto il rischio che la procedura disciplinare resti in sospeso per un tempo indefinito. Alcuni contratti collettivi di lavoro – ma non quello per il settore del credito - fissano altresì un termine massimo entro cui deve chiudersi il procedimento disciplinare; in particolare il CCNL delle assicurazioni (ANIA) stabilisce all’art.28 un termine di 15 giorni entro il quale il datore di lavoro deve chiudere il procedimento disciplinare, elevabili a 30 giorni per esigenze derivanti dalla difficoltà nella fase di valutazione, purché tale fatto sia segnalato al lavoratore. Con ciò si chiude l’iter disciplinare interno all’ambito aziendale; i successivi eventuali sviluppi riguarderanno un contenzioso giudiziale, secondo le norme consuete del processo del lavoro.

⁵ Tribunale di Novara 18 giugno 2010, Corte di Cassazione, sez. Lavoro, 11250/2010, n. 5214/2009, n. 18130/2005, n. 17763/2004, 16291/2004.

⁶ Corte di Cassazione, sez. Lavoro, n. 14212/2010, n. 17604/2007, Tribunale di Milano 12 aprile 2006.

⁷ Corte di Cassazione, sez. Lavoro, n. 16317/2010, n. 7410/2010, n. 2283/2010, n. 24769/2010, n. 2580/2009; n. 29480/2008; n. 28280/2008; n. 23739/2008; 24584/2007; 22066/2007, 18711/2007; 10547/2007; 1101/2007.

Nella realtà pratica, bisogna ammettere che l'impugnazione in sede giudiziaria di una sanzione disciplinare diversa dal licenziamento, difficilmente è percorribile. Le spese legali da sostenere in un processo sono tali da rendere non conveniente un'azione giudiziaria. Peraltro, qualora vi sia il timore che l'azienda intenda portare avanti una sequenza di sanzioni disciplinari via via più gravi per effetto della recidiva, sino al licenziamento, si può valutare se inviare, dopo l'irrogazione delle sanzioni, una lettera con cui il lavoratore contesta la sanzione e si riserva di adire le vie legali. Ma questo al solo scopo di evitare, in caso di successiva procedura di licenziamento disciplinare, che il silenzio dopo le precedenti sanzioni sia interpretato come tacita ammissione dei fatti contestati. È opportuno fare qualche precisazione sull'azione sindacale, che s'inserisce in particolare al momento della stesura delle controdeduzioni scritte e dell'eventuale colloquio. È impossibile fare delle generalizzazioni, trattandosi di un argomento su cui hanno grande rilevanza le diverse prassi aziendali. In ogni caso ed in via del tutto preliminare, è necessario che il rapporto fra il sindacalista e l'iscritto sia improntato alla massima trasparenza reciproca: purtroppo, vi sono casi in cui il lavoratore fornisce al sindacalista una versione non veritiera dei fatti e ciò – come in ogni rapporto professionale – comporta successivi errori di valutazione. A livello strettamente pratico, sarà opportuno che la lettera di controdeduzione sia redatta in maniera lineare e sintetica, senza polemiche; non serve tentare di smentire fatti oggettivi ed accertati, mentre potrà essere utile sottolineare problematiche che riguardano lacune aziendali, quali carichi di lavoro, carenze nella formazione, carenze nella comunicazione di nuove normative, carenze procedurali ecc. Nella lettera sarà opportuno evitare di trattare questioni riguardanti difficoltà di carattere personale e così pure coinvolgere altri colleghi di lavoro; al più tali aspetti potranno essere accennati in sede di colloquio, anche se una chiamata di corresponsabilità con altri lavoratori è sempre da valutare con la massima cautela. La normativa procedurale sui licenziamenti individuali, contenuta nella legge n. 604/1966, è alquanto schematica. Emerge comunque la necessità della forma scritta e l'obbligo della motivazione⁸. Lo "squilibrio" fra le norme a tutela del lavoratore contenute nella legge n. 604/1966 – alla quale va comunque riconosciuto il merito di essere stata la prima legge italiana che introduceva alcune tutele in materia di licenziamenti – e nella più efficace legge n. 300/1970, è stato comunque ripianato dalla Corte Costituzionale, con le due sentenze n. 204/1982 e n. 427/1989: con tali pronunce interpretative, la Consulta estese ai licenziamenti disciplinari le tutele procedurali previste dallo "Statuto dei Lavoratori" per le sanzioni disciplinari non espulsive, qualunque sia il numero dei dipendenti dell'azienda. La legge n. 604/1966 ha altresì tipizzato tre distinte forme di licenziamento. Una prima forma è quella del licenziamento per giusta causa secondo le previsioni di cui all'art. 2119 codice civile, vale a dire "qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria del rapporto" di lavoro. Una seconda

forma è quella del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, determinato da "un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro". Una terza ed ultima ipotesi è quella del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che esula comunque dalla presente trattazione, in quanto determinato da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". In ordine ai licenziamenti è importante ricordare come l'art.32 della legge n. 183/2010 – il noto "collegato lavoro" – ha introdotto un'importante modifica sui termini. La legge n. 604/1966 prevedeva già all'art.6 un termine di 60 giorni entro cui il lavoratore poteva impugnare il licenziamento. La citata legge n. 183/2010, invece, ha previsto un ulteriore termine di 270 giorni – dopo quello di 60 - per impugnare il licenziamento in tribunale oppure in sede di conciliazione e arbitrato. È da precisare come esista una qualche incertezza interpretativa sul fatto che il termine di 270 giorni si sommi a quello di 60 (per un totale di 330 giorni) oppure se il termine di 270 giorni sia comprensivo anche di quello di 60. Cercando di chiarire le diverse tipologie previste dalla legge n. 604/1966, il licenziamento per giusta causa trova la sua ratio in un'inadempienza del lavoratore così grave da far venire meno il vincolo fiduciario alla base del rapporto di lavoro e tale da giustificare quindi l'immediata risoluzione del rapporto di lavoro stesso. La differenza con il giustificato motivo soggettivo è in realtà alquanto sfumata, correlata alla maggiore o minore gravità dell'inadempienza. È comunque da evidenziare come la principale conseguenza pratica della distinzione fra le due tipologie sia rappresentata dalla spettanza del preavviso nel solo caso di licenziamento per giustificato motivo. Cercando di chiarire ulteriormente il citato concetto di inadempimento, pur con la necessaria approssimazione, si può sostenere che il licenziamento per giustificato motivo soggettivo sia per lo più applicato a fronte di irregolarità nelle giustificazioni di assenze, dell'impossibilità per il dipendente a riprendere il servizio per le cause più diverse, di recidive in irregolarità "minori". Invece, l'ampia casistica dei comportamenti dolosi di malversazione, riconducibili alle diverse fattispecie di reati contro il patrimonio previsti dal codice penale – furto, appropriazione indebita, truffa, eccetera – è usualmente sanzionata con il licenziamento per giusta causa, qualunque sia la modalità pratica o l'ammontare più o meno elevato delle somme indebitamente distratte. È altresì necessario chiarire almeno per sommi capi i concetti di dolo e colpa, che come abbiamo visto sono richiamati dall'art. 40 del CCNL del credito come punti di riferimento per quantificare la gravità delle sanzioni disciplinari ed appaiono rilevanti ai fini della distinzione fra sanzioni non espulsive e licenziamento. Senza esagerate sottigliezze giuridiche, il dolo consiste nella coscienza e volontà di causare l'evento dannoso; invece la colpa consiste in un comportamento non deliberato ma causato da negligenza, impudenza, imperizia o per inosservanza di leggi o regolamenti. La colpa è quindi valutata a seconda del grado di diligenza richiesta al soggetto che deve adempiere l'obbligazione. Quindi, si avrà

responsabilità per colpa grave quando non si è rispettata la diligenza minima; si avrà responsabilità per colpa lieve o lievissima quando non si è rispettato un livello di diligenza più elevato. Nell'attività bancaria, è inutile evidenziare come sia richiesto un grado di diligenza particolarmente elevato e quindi la valutazione della colpa è molto rigorosa. In ordine alla congruità fra l'inadempienza e la sanzione del licenziamento piuttosto che di altre sanzioni non espulsive, la giurisprudenza di Cassazione è comunemente consolidata su alcuni punti fermi. Innanzitutto, la Suprema Corte ritiene che il giudice di merito debba necessariamente procedere alla valutazione della proporzione fra i fatti contestati e la sanzione; tale valutazione va condotta in riferimento a tutte le circostanze del caso concreto, tenendo conto del fatto in sé, delle intenzioni soggettive del dipendente, della posizione gerarchica del medesimo e del conseguente grado di affidamento richiesto dalla mansione esercitata; tale valutazione spetta unicamente ai giudici di merito e se sorretta da congrua motivazione è insindacabile dalla Corte di Cassazione⁹. Vale la pena fare una precisazione in ordine all'erogazione del credito ed ai limiti d'importo previsti nelle deleghe di poteri attribuite ai direttori delle filiali ed alle strutture sovraordinate. Per quanto ovvio, in presenza di irregolarità nell'erogazione dei fidi, si può identificare una maggiore gravità di responsabile disciplinare in caso di operatività in supero a quanto fissato nella delega; anzi l'erogazione di credito in supero alle facoltà delegate – a prescindere dall'eventuale danno – si può configurare come un'irregolarità di per sé. Inoltre, per la Banca sarebbe teoricamente possibile attivare una responsabilità patrimoniale per l'operatività in supero a tali limiti, ai sensi dell'art. 1218 codice civile, come vedremo nelle pagine successive. Questo per sommi capi, è quanto attiene agli aspetti procedurali delle sanzioni disciplinari. Passiamo ora agli aspetti sostanziali: i CCNL sia del credito che delle assicurazioni non prevede una casistica di comportamenti colpiti dalle rispettive sanzioni. Un'enunciazione dei doveri in capo ai dipendenti è contenuta nell'art. 34 del CCNL del credito, peraltro in forma del tutto generica e poco significativa. L'art. 34 si limita infatti a stabilire che "Il personale, nell'esplicazione della propria attività di lavoro, deve tenere una condotta costantemente informata ai principi di disciplina, dignità, moralità. Il personale ha il dovere di dare all'azienda, nell'esplicazione della propria attività di lavoro, una collaborazione attiva ed intensa, secondo le direttive dell'azienda stessa e di osservare il segreto d'ufficio." E' una formulazione abbastanza simile a quella degli artt. 2104 e 2105 codice civile¹⁰, essi pure alquanto generici e che per di più risentono dei principi dell'ordinamento corporativo, in vigore nel 1942 quando il codice fu promulgato ed ovviamente soppresso con la caduta del fascismo. Ancora più limitate sono le indicazioni

contenute nei CCNL delle assicurazioni in tema di doveri dei lavoratori. Così, gli artt. 22, 23, 24 del CCNL delle assicurazioni (ANIA) fissano: il divieto di entrare o trattenersi nei locali aziendali al di fuori dell'orario di lavoro (salvo autorizzazione); l'obbligo di segnalare la assenza per malattia o infortunio; l'obbligo (di norma) di risiedere nella località o zona di lavoro e di segnalare il proprio indirizzo. L'art. 26 del CCNL delle assicurazioni (agenzie) invece, stabilisce l'obbligo per il lavoratore di rispettare l'orario, di dare una collaborazione attiva secondo le direttive dei responsabili, di conservare il segreto d'ufficio e non svolgere attività in concorrenza. Possono quindi assumere particolare rilevanza ai fini dell'identificazione dei comportamenti rilevanti sotto il profilo disciplinare, non tanto i contratti integrativi aziendali, quanto piuttosto le norme interne – diffuse con le modalità più diverse, quali circolari o fascicoli d'istruzione, lettere, ordini di servizio, in forma sia cartacea che elettronica - che disciplinano le diverse attività di raccolta del risparmio ed erogazione del credito da parte della Banca e le attività assicurative nei diversi rami. Al riguardo, è da osservare come l'attuale complessità dell'attività bancaria ed altresì la continua mutevolezza della stessa, per effetto non solo della caotica evoluzione di mercato ma anche delle norme introdotte da leggi o da disposizioni di natura regolamentare (statali, o della Banca d'Italia o dell'ISVAP o di altri Enti) possa comportare una reale difficoltà di aggiornamento da parte del dipendente. Tale circostanza, se imputabile al datore di lavoro, può essere eccepita nel corso del procedimento disciplinare. La concreta applicazione delle sanzioni, valutando la gradazione delle stesse, appare lasciata in gran parte alla discrezionalità del datore di lavoro, tenendo conto della linea interpretativa giurisprudenziale prima descritta. Argomentando dal principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 codice civile, art. 40 CCNL del credito e art. 26 CCNL delle assicurazioni (ANIA), in linea di massima, si può sostenere che la sanzione del licenziamento presuppone un comportamento doloso in capo al lavoratore – come già evidenziato nelle pagine precedenti - mentre i comportamenti colposi derivanti da negligenza ed imperizia dovrebbero condurre a sanzioni non espulsive. Ciò per quanto attiene ai fatti imputabili ai dipendenti e correlati all'attività lavorativa, alla quale facciamo specifico riferimento nella presente trattazione. Nell'occasione, evidenziamo come la giurisprudenza ritenga che anche i fatti estranei al rapporto di lavoro possano assumere valenza disciplinare sino al licenziamento qualora siano tali da far venire meno il vincolo fiduciario¹¹: ciò è di tutta evidenza nei casi che costituiscono reato, delle più diverse specie, siano essi reati contro la persona piuttosto che contro il patrimonio, per limitarsi ai casi più evidenti.

9

Vedasi: Corte di Cassazione, sez. Lavoro, n. 8641/2010; n. 7045/2010; n. 6848/2010; n. 6432/2010; n. 5546/2010; n. 22162/2010; n. 20846/2009; n. 24132/2007; n. 19270/2006; n. 5013/2004; n. 4061/2004.

10

* Codice civile, art. 2104: "Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore dell'interesse nazionale. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende."

* Codice civile, art. 2105: "Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione e ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad esso pregiudizio."

¹¹ Vedasi Tribunale di Milano 9 dicembre 2007, riguardante il caso di un quadro direttivo di banca.

2 - LA RESPONSABILITA' PATRIMONIALE

Passando ora al tema della responsabilità patrimoniale del dipendente nei confronti del datore di lavoro, appare un quadro normativo ancora più lacunoso, nonostante si tratti di argomento che riveste indubbia importanza in un settore lavorativo come quello del credito.

Al riguardo, i CCNL delle assicurazioni (sia ANIA che agenzie) non prevedono alcunché ed infatti allo stato attuale è tuttora rispettata l'entente cordiale in base alla quale le società di assicurazione – almeno in linea di massima non esercitano azioni patrimoniali nei confronti dei dipendenti.

Il CCNL del credito, contiene invece un'unica norma, che è rappresentata dall'art. 35 e fissa due principi assai generici. Il primo si riassume nell'obbligo per il personale di cassa di denunciare le eccedenze e le deficienze di cassa riscontrate nella giornata contabile; il secondo si riassume invece nell'obbligo in capo agli stessi di rimborsare le deficienze di cassa nel termine stabilito dal datore di lavoro, che sentiti gli interessati valuterà i singoli casi anche tenendo conto degli importi degli ammanchi. Appare di tutta evidenza la portata limitata di tale norma contrattuale: limitandosi ad una mera applicazione letterale, essa stabilisce una responsabilità patrimoniale applicabile ai soli ammanchi privi di giustificazione contabile emersi in sede di quadratura, causati ad esempio da furti, da errori nella conta delle banconote, dall'incasso di banconote false. Oltre a queste, occorre prendere in considerazione anche quelle operazioni di cassa che hanno un'apparente giustificazione contabile – che in un secondo tempo si rivela insussistente e comportano un danno per la banca accertabile non nella giornata contabile ma solo successivamente. Il caso più comune è quello del pagamento di un assegno a persona diversa dall'effettivo beneficiario; oppure un versamento su un conto corrente diverso da quello indicato, con successivo indebito prelievo da parte del correntista che si è visto accreditare erroneamente la somma. Sono fatti non qualificabili come una deficienza di cassa nei termini ristretti sopra definiti, ma che possono certamente arrecare un danno patrimoniale per la banca. Infine, ancora in materia di responsabilità patrimoniale in capo ai cassieri, bisogna menzionare i casi di responsabilità derivante da negligente e imprudente custodia dei valori, in violazione alle svariate normative interne, che conducono a sparizioni più o meno misteriose di contanti per causa di furti ad opera di sconosciuti. In questi casi, è ricorrente una richiesta di rimborso da parte del datore di lavoro, rimborso totale o parziale in base alla valutazione discrezionale di cui si è detto. Si tratta di una richiesta di rimborso che trova ragione nella generica responsabilità patrimoniale del dipendente, responsabilità a sua volta giustificata dalla cosiddetta "indennità di rischio", corrisposta al personale addetto al servizio di cassa ai sensi dell'art. 44 CCNL del credito. Si può osservare come esista una discrepanza fra gli obblighi assai circoscritti di cui all'art. 35 CCNL del credito ed i casi molto più ampi in cui si ravvisa una responsabilità patrimoniale in capo ai cassieri, ma in effetti l'art. 44

CCNL riconduce genericamente l'indennità di rischio allo svolgimento delle mansioni di cassa, senza richiami al solo art. 35. Casi ulteriormente diversi di responsabilità patrimoniale del dipendente sono quelli derivanti dai danni derivanti alla banca da comportamenti negligenti ascrivibili ai dipendenti nelle più diverse attività bancarie, diverse da quella di cassa. I casi più evidenti sono le perdite arretrate alla banca da errori in operatività in titoli oppure per effetto dell'erogazione di crediti poi rivelatisi inesigibili. E' da osservare come tali casi possano comportare un danno unicamente per la Banca oppure un danno in capo al cliente che

si rivale sulla banca, com'è di tutta evidenza nel caso di clienti danneggiati da errori in contratti di borsa. Ovviamente si tratta di casi che nulla hanno a che vedere con l'operatività di cassa ed ascrivibili a dipendenti ai quali non viene erogata una specifica indennità di rischio. In tali situazioni l'eventuale richiesta di risarcimento da parte del datore di lavoro avviene in base all'applicazione del principio generale della responsabilità del debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta, principio previsto dall'art. 1218 codice civile¹². Per quanto ovvio, tale articolo del codice civile è una norma di carattere generale, sempre applicabili a prescindere dalle mansioni svolte dal dipendente e dalla circostanza che il dipendente stesso fruisca o meno dell'indennità di cassa. Peraltro, il Sindacato ha spesso exceptio l'illegittimità di richieste di risarcimento di tale genere, in quanto riferite a danni che derivano alle Banche dal rischio d'impresa; ciò è di particolare evidenza quanto meno nei casi in cui l'errore operativo sia accompagnato da lacune aziendali in materia di verifiche e controlli interni, di inadeguata normativa, di carente formazione dei dipendenti stessi¹³. Sarebbe auspicabile, in sede di rinnovo del CCNL una complessiva revisione ed integrazione delle norme in tema di responsabilità patrimoniale dei dipendenti, fissando norme chiare per i casi di danni causati per le operazioni in titoli e di erogazione del credito. E' da evidenziare come la responsabilità disciplinare e la responsabilità patrimoniale non si escludano a vicenda, ma possano sommarsi: così, nei confronti di un dipendente, a fronte di irregolarità operative che hanno comportato un danno per la Banca, può essere irrogata una sanzione disciplinare e può essere altresì richiesta la rifusione del danno. A fronte di tale situazione, presso i dipendenti di banca hanno larga diffusione specifiche polizze assicurative. Usualmente vi sono 2 distinte polizze. La prima tipologia, più semplice, copre i rischi di cassa, rischi che coincidono con quelli previsti dal citato art. 35 del vigente CCNL del credito. La seconda tipologia di polizza, più complessa, copre la responsabilità patrimoniale in senso lato. Tale seconda tipologia può avere diverse varianti, può riguardare i rischi di cassa che non si palesano come un ammanco riscontrabile a fine giornata, può essere estesa anche ai rischi derivanti da operazioni in titoli e da operazioni di fido, può coprire anche le eventuali spese legali pur prevedendo usualmente varie limitazioni. Ovviamente tali polizze escludono qualunque rimborso per i casi di dolo dell'assicurato e così pure non rimborsano multe ed ammende, ma questo è un principio assolutamente

¹² Vedasi: Tribunale di Novara 24 maggio 2010; Corte di Cassazione, sez. Lavoro, n. 13530/2008; n. 18375/2006; n. 16530/2004.

¹³ Si tenga conto che la responsabilità ex art. 1218 codice civile comporta una prescrizione decennale ai sensi dell'art. 2946 codice Civile.

generale del diritto assicurativo. Per una corretta valutazione di una polizza, oltre agli aspetti più ovvi del costo, del massimale assicurato, delle franchigie, occorre tenere conto altresì delle modalità di rimborso – ad esempio se l'assicurazione interviene dopo che la Banca ha esperito senza esito il tentativo di recupero delle somme oppure se interviene solo dopo una sentenza che accerti la responsabilità per colpa del dipendente. A questo punto è necessario aprire una parentesi in ordine alla nota situazione verificatasi nel collocamento di titoli di stato emessi dall'Argentina o di azioni ed obbligazioni emesse da Cirio, Parmalat e da altre primarie imprese rivelatesi insolventi. Dopo lo stato d'insolvenza dell'Argentina – dichiarato nel 2001 – e della Parmalat – dichiarato nel 2003 un gran numero di clienti delle banche ha sostenuto infatti di essere stata danneggiata da irregolarità operative e ancor più da consulenze “viziate” riconducibili a dolo o colpa dei dipendenti delle Banche. Soprassediamo da qualunque considerazione circa le responsabilità ascrivibili in primo luogo agli esponenti di vertice di grandi società finite in fallimento, circa la responsabilità delle società di rating, delle società di revisione contabile ed anche di certa stampa specialistica: sono questioni di tutto rilievo per inquadrare il significato di tali scandali affaristici, questioni sicuramente prevalenti rispetto alle responsabilità delle Banche, ma che ci porterebbero troppo lontano dall'argomento della presente trattazione. In ordine ai fatti del 2001 e 2003, limitandoci strettamente all'operatività bancaria e ai casi più evidenti, non c'è dubbio che fosse ravvisabile una responsabilità dei dipendenti in presenza di oggettive irregolarità operative – di per sé di facile prova come nel caso esemplare di ordini di borsa eseguiti in assenza di firma del cliente. Al riguardo, in caso di contestazioni disciplinari, la diffusione di prassi operative “disinvolte” e non allineate alle disposizioni di servizio della Banca non ha rappresentato un'esimente; neppure in caso di precedenti azioni d'incentivo – più o meno pressanti alla vendita di titoli da parte aziendale. Ciò ha fatto comunque emergere i rischi e le distorsioni connesse ai sistemi incentivanti largamente adottati negli ultimi anni dalle banche, tesi a spingere i dipendenti a realizzare in qualunque modo i massimi volumi d'affari. Caso del tutto diverso e molto più sfumato era quello di una possibile responsabilità nella valutazione della congruenza fra i rischi insiti nei titoli venduti ed il profilo del risparmiatore: in assenza di specifiche direttive aziendali vigenti al tempo

dei fatti, in generale non si sono colti elementi di responsabilità del dipendente, in un contesto peraltro intrecciato ai diversi concetti di risparmio piuttosto che d'investimento, il primo ormai desueto, il secondo quanto mai a la mode fra il pubblico. Le successive e ripetute crisi di borsa susseguitesi dagli ultimi mesi del 2008 e tuttora in essere non pare abbiano comportato un'ondata di azioni legali contro le banche ed i dipendenti di queste paragonabili – per numero a quelle originate dai precedenti affaires Argentina e Parmalat. Si sono riscontrate un certo numero di azioni legali concentrate per lo più in relazione alle obbligazioni Lemhan. Probabilmente, in presenza di una situazione di forte e ripetuto calo di più o meno tutti i titoli azionari, in Italia ed all'estero, è difficile impostare un'azione legale contro le banche per una qualche responsabilità di sorta.

3 - ALCUNI CENNI SULLA MIFID

Fra gli affaires Argentina e Parmalat e la recente crisi di borsa del 2008 s'inserisce la cosiddetta normativa MIFID¹⁴. Essa è rappresentata da alcune normative europee (le due direttive n. 39/2004 e 73/2006, il regolamento n. 1287/2006) e dalle normative nazionali di recepimento, rappresentata in Italia dal decreto legislativo n. 164/2007 (che ha modificato il testo unico finanziario approvato con decreto legislativo n. 58/1998) e due delibere CONSOB n. 16190 e 16191 entrambe in data 29 ottobre 2007 (in materia, rispettivamente, di intermediari e di mercati). Tale complesso di norme ha introdotto una nuova disciplina dei mercati, dei servizi e degli strumenti finanziari.

In queste pagine non ci soffermiamo né sugli aspetti della vigilanza spettante alla Banca d'Italia ed alla CONSOB, né su quelli dei mercati finanziari, ma ci limiteremo ad alcuni cenni sull'operatività finanziaria delle banche. Tale operatività deve svolgersi nei confronti della clientela secondo principi di onestà equità e professionalità; le banche devono pertanto fornire informazioni corrette, chiare e non fuorvianti ed altresì erogare servizi che tengano conto della situazione individuale del cliente ¹⁵. Per ottemperare a questi principi, le banche devono impostare l'operatività nel rispetto di alcune procedure. In primo luogo, le banche devono suddividere la propria clientela in tre tipologie, ai quali sono attribuite tutele

¹⁴ MIFID è la sigla di Market in Financial Instruments Directive.

¹⁵ Delibera CONSOB n. 16190/2007 art. 27.

decrementi: clienti al dettaglio, clienti professionali, controparti qualificati^{16 17}.

In secondo luogo, la nuova disciplina identifica tre distinte tipologie di servizi finanziari: 1) la consulenza fornita dalla banca in materia d'investimenti, 2) la negoziazione di strumenti finanziari svolta in autonomia dal cliente, 3) la gestione ad opera della banca degli investimenti del cliente¹⁸. Questi servizi finanziari devono essere erogati solo dopo apposite valutazioni.

Così, prima di svolgere i servizi sia di consulenza che di gestione, la banca deve effettuare sul cliente una valutazione di adeguatezza, finalizzata ad accertare talune caratteristiche del cliente – gli obiettivi d'investimento, la situazione finanziaria, la conoscenza ed esperienza in materia finanziaria – al fine di mettere la banca in condizione di effettuare un servizio di consulenza adatto alle esigenze del cliente¹⁹. Si tenga conto che le banche si sono per lo più attivate per svolgere la valutazione relativa alla consulenza, piuttosto che quella relativa alla semplice negoziazione di titoli. Tale valutazione è stata effettuata per mezzo di questionari ed ha condotto alla cosiddetta "profilatura" della clientela, che in estrema sintesi identifica il profilo di rischio o meglio il livello di rischio che il cliente è disposto ad assumere. Leggermente diversa è la situazione per il caso di negoziazione di titoli svolta direttamente dal cliente. Nel caso di mera esecuzione di operazione d'iniziativa del cliente riguardante prodotti finanziari considerati non complessi²⁰, non occorre valutazione; è invece necessario una valutazione di appropriatezza per il caso di operazioni in prodotti finanziari complessi²¹ ed altresì per operazioni proposti dalla banca in prodotti finanziari non complessi, valutazione finalizzata ad accertare se il cliente ha la conoscenza per comprendere i rischi insiti in tali prodotti²².

Una volta effettuata la valutazione, le singole operazioni in titoli – di acquisto o vendita – vengono consentite oppure bloccate dalle procedure informatiche della banca. In terzo luogo, la banca ha una serie di obblighi informativi. Si è detto che tali informazioni devono essere chiare, corrette e non fuorvianti. Si tratta di informazioni sulla banca, sulle modalità di gestione degli investimenti, sui singoli prodotti finanziari, sui costi ed oneri degli stessi, sulle modalità di reclamo²³; inoltre le informazioni

pubblicitarie devono essere riconoscibili come tali²⁴. Dopo l'investimento, devono essere fornite informazioni circa l'eseguito dell'operazione ed altresì rendiconti periodici²⁵.

Infine, le banche devono porre in atto strumenti adeguati per evitare conflitti d'interessi con la clientela, vale a dire in tutti i casi in cui la banca ottiene un guadagno o evita una perdita con conseguente svantaggio per il cliente. Qualora il conflitto d'interesse sia inevitabile, la banca deve segnalarne l'esistenza al cliente.

Alla fine, i principi contenuti nella normativa MIFID appaiono abbastanza intuitivi: essi si basano sulla valutazione del livello del cliente – livello inteso come disponibilità di mezzi finanziari, competenza finanziaria, propensione al rischio – ed alla conseguente erogazione di servizi finanziari proporzionati al livello del cliente medesimo. Una volta individuati tali principi e recepiti nelle procedure interne delle banche, si dovrebbero evitare – almeno nelle intenzioni – tutta una serie di rivendicazioni basate su vere o presunte scorrettezze subite da clienti, che emersero in maniera massiccia in occasione degli affari Argentina e Parmalat. Tali erano i casi di clienti che dichiararono di aver acquistato titoli speculativi reputandoli assolutamente sicuri o che avrebbero investito per intero i propri modesti risparmi sempre in titoli speculativi, il tutto su suggerimento delle banche.

Ulteriore conseguenza di ciò è la responsabilità più definita dei dipendenti delle banche per il mancato rispetto delle procedure che abbiamo delineato. Si colma insomma un vuoto nella normativa interna delle banche: la valutazione del cliente non è più lasciata alla buona volontà o al buon senso del dipendente di banca in assenza di norme precise, ma è imposta da una normativa statale che deve essere necessariamente recepita dalle banche e che deve essere necessariamente rispettata dai dipendenti delle banche stesse, e come tale possibile fonte di responsabilità disciplinare. Quanto ciò rappresenti una vera tutela del cliente contro i rischi di borsa è invece alquanto relativo; basti considerare che la delibera CONSOB più volte citata inserisce fra gli strumenti finanziari non complessi le azioni e le obbligazioni (purché non collegate a un derivato); si tratta certo di titoli non concettualmente complessi, ma potenzialmente rischiosi. Alla fine, lo

¹⁶ Delibera CONSOB n. 16190/2007 artt. 26 e 58, allegato 3.

¹⁷ Sono clienti professionali le banche, le assicurazioni, le società finanziarie, i fondi pensione, gli agenti di cambio, le imprese in genere che soddisfino almeno 2 dei seguenti requisiti: totale di bilancio euro 20.000.000 fatturato netto euro 40.000.000 mezzi propri euro 2.000.000.

¹⁸ TUF, art.1, comma 5, lettera b), d), f) ; delibera CONSOB n. 16190/2007 artt. 39-44.

¹⁹ Delibera CONSOB n. 16190/2007 artt. 39 e 40.

²⁰ Tali sono : le azioni quotate sui mercati non regolamentati, gli strumenti finanziari del mercato monetario, numerosi tipi di obbligazioni, alcuni fondi d'investimento (delibera CONSOB n. 16190/2007 art. 43).

²¹ Tali sono, a titolo di esempio, le opzioni, i futures, gli swaps, i derivati, i warrants.

²² Delibera CONSOB n. 16190/2007 artt. 41 - 44

²³ Delibera CONSOB n. 16190/2007 artt. 29-34.

²⁴ Delibera CONSOB n. 16190/2007 art. 27.

²⁵ Delibera CONSOB n. 16190/2007 artt. 53-57.

strumento normativo appare del tutto neutrale di fronte alla velleità – più o meno consapevole – del cliente di tentare speculazioni finanziarie, anche se con modesti mezzi e modesta competenza.