SENT. N°

REPUBBLICA ITALIANA

R.G. N°

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Cron. N°

LA CORTE D'APPELLO DI BARI

SEZIONE LAVORO

composta dai signori Magistrati:

1) dott. Sebastiano Gentile	Presidente
2) dott. Liberato Paolitto	Consigliere
3) dott.ssa Angela Arbore	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa iscritta sul ruolo generale lavoro sotto il numero d'ordine 629 dell'anno 2014

TRA

S. ~~██████████~~ M. ~~██████████~~, rappresentato e difeso dall'avv. V. ~~██████████~~

- appellante -

E

C. ~~██████████~~ DI B. ~~██████████~~ DELLA C. ~~██████████~~, rappresentato e difeso dagli avv. ti

~~██████████~~

- appellato -

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con sentenza del 30.9.2013 il Tribunale di Foggia, in funzione del giudice del lavoro, rigettava il ricorso depositato in data 7.1.2010 dal sig. ~~██████████~~ ~~██████████~~ con cui quest'ultimo aveva chiesto accertarsi e dichiararsi l'illegittimità del licenziamento, intimatogli dal Consorzio di ~~██████████~~ della ~~██████████~~ (d'ora in poi il Consorzio) in data 5.11.2007, per assenza di un

giustificato motivo oggettivo nonché per violazione dell'obbligo di *repêchage*, con conseguente ordine di reintegra nel posto di lavoro e risarcimento del danno patito, commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto dovuta dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e, in ogni caso, in misura non inferiore alla cinque mensilità, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali.

Avverso la predetta pronuncia proponeva appello il ██████████, contestando l'iter logico-giuridico della decisione emessa dal giudice di prime cure ed evidenziando gli stessi motivi di illegittimità del recesso già rilevati dinanzi al Tribunale.

Resisteva per la conferma integrale dell'impugnata sentenza il Consorzio.

Giova, in via preliminare, ricostruire la vicenda fattuale e ripercorrere, sinteticamente, le fasi salienti del primo grado di giudizio.

Nella parte espositiva del ricorso ex art. 414 cpc il ██████████ premetteva:

- di essere stato dipendente del Consorzio di Bonifica di Capitanata con le mansioni di camparo (1^ fascia contrattuale del CCNL applicabile) e di essere stato tratto in arresto in data 15.10.2005 per il reato di consumo e spaccio di stupefacenti ex art. 73, co. 5, DPR 309/90 nonché di essere stato sottoposto alla misura cautelare personale degli arresti domiciliari (dal 15.10.2005 al 17.5.2005) e alla custodia cautelare in carcere (dal 17.10.2005 al 5.1.2006);
- di esser stato sospeso obbligatoriamente dal lavoro e dalla retribuzione dal datore di lavoro con missiva del 20.10.2005, ai sensi e per gli effetti dell'art. 57 del CCNL, a decorrere dal 15.10.2005 e per la durata della custodia cautelare in carcere;
- di essere condannato, con sentenza del GUP di Foggia resa in data 4.1.2006, ad un anno di reclusione per aver commesso il summenzionato delitto (pena non eseguita perché già espiata nella fase di custodia cautelare);
- di aver comunicato al Consorzio in data 11.1.2006 l'esito del giudizio penale nonché la sua disponibilità a riprendere il servizio;

-di esser stato nuovamente sottoposto a sospensione facoltativa dal lavoro e dalla retribuzione ex artt. 58 e 59 CCNL prima in via cautelare e, successivamente, in via definitiva a partire dal 15.10.2006;

-di aver impugnato giudizialmente ex art 700 cpc il predetto provvedimento di sospensione, dichiarato illegittimo con ordinanza del Tribunale di Foggia, in composizione collegiale, in data 26.10.2006;

-di non essere stato riammesso in servizio nonostante la notifica mediante formula esecutiva della predetta ordinanza e di esser stato nuovamente arrestato e sottoposto a restrizione di libertà personale in data 11.1.2006;

-di essere ritornato in stato di libertà in data 14.10.2007 e aver comunicato immediatamente al Consorzio la disponibilità a riprendere servizio;

-di aver ricevuto, in data 5 novembre 2007, la lettera di licenziamento del seguente contenuto:

“come è noto tra la prima e la seconda misura cautelare da lei subita, Ella è stata assente dal posto di lavoro per un lasso di tempo, oltre un anno, determinando nel Consorzio un disinteresse a ricevere le sue prestazioni lavorative per il tipo di organizzazione tecnico produttive dell'Ente, la natura delle mansioni da lei espletate, l'affidamento ad altro delle sue mansioni”.

In diritto il ricorrente deduceva l'assenza del giustificato motivo oggettivo, sostenendo che l'assenza dal lavoratore per sospensione cautelare dal servizio nonché la condanna in sede penale per fatti estranei all'attività lavorativa non potessero assurgere a cause giustificative, né soggettive né oggettive, del recesso datoriale.

Inoltre, il lavoratore si doleva della violazione del resistente dell'obbligo di ripescaggio, evidenziando come dai fatti descritti in narrativa emergesse chiaramente la possibilità dell'azienda di poter continuare ad impiegare il ricorrente adibendolo a qualsiasi altro compito, anche il più elementare, in considerazione del livello professionale minimo di inquadramento del ~~██████████~~

Il Consorzio, costituitosi in giudizio per il rigetto della domanda attorea, asseriva la legittimità del licenziamento, sostenendo che la prolungata assenza del lavoratore aveva costretto l'azienda a

riorganizzare l'attività produttiva e, in particolare, a sostituire il ricorrente, dapprima, mediante assunzione a tempo determinato di un nuovo lavoratore e, successivamente, tramite il trasferimento da altro reparto dell'azienda di un altro dipendente del Consorzio.

Quanto all'obbligo di repêchage, il resistente eccepiva il difetto di allegazione da parte del lavoratore circa l'effettiva sussistenza, nell'ambito dell'organizzazione aziendale e al momento dell'irrogazione del licenziamento, di altri posti di lavoro disponibili e compatibili con la sua qualifica professionale.

Nella fase istruttoria venivano assunte prove testimoniali e documentali.

Le deposizioni testimoniali del Direttore dei lavori e Coordinatore della sicurezza e del Capo personale confermavano che, durante l'assenza del ██████████ dal posto di lavoro, il Consorzio aveva dovuto necessariamente integrare la squadra in cui era attivo il predetto lavoratore per ragioni di sicurezza in quanto il gruppo di lavoro del Sassone non poteva operare con un'unità in meno e che, per tale ragione, l'azienda aveva fatto ricorso, dapprima, all'assunzione a termine di un nuovo operaio e, successivamente, aveva sopperito alla carenza d'organico trasferendo e sostituendo il ██████████ con altro dipendente dell'azienda impiegato in altro reparto.

Inoltre, il Direttore amministrativo dell'Ente e il Capo personale avevano dichiarato che dalla data del licenziamento fino alla 2010 il Consorzio non aveva assunto nuovi lavoratori con la qualifica di camparo e che alla data del recesso non sussistevano posti disponibili con mansioni equivalenti in cui poter impiegare il ricorrente.

Il Tribunale di Foggia, sulla base dell'esame congiunto delle predette risultanze testimoniali e della documentazione depositata dalla parti, riteneva raggiunta la prova della sussistenza delle ragioni integranti il giustificato motivo oggettivo del licenziamento e, pertanto, ne dichiarava la legittimità; in particolare, il giudice di prime cure individuava le ragioni giustificative del licenziamento nella *"pregnante esigenza di garantire continuità allo svolgimento dei lavori"* in cui era impiegata la squadra del ██████████ in osservanza delle norme sulla sicurezza, considerando logica e non arbitraria

la scelta del Consorzio di sostituire l'unità mancante (quella del ricorrente) con altro dipendente dell'ente.

Quanto alla violazione dell'obbligo di *repêchage*, il Tribunale accoglieva l'eccezione della parte datoriale ovvero rilevava il difetto degli oneri di allegazione e collaborazione del lavoratore, evidenziando che tali mancanze impedivano il sorgere a carico della parte datoriale dell'onere di provare il fatto negativo dell'impossibilità di utilizzazione del lavoratore nella compagine aziendale e che, conseguentemente, si presentava superflua qualsiasi indagine volta ad accertare il corretto assolvimento dell'obbligo di reimpiego gravante sul datore di lavoro.

Così ricostruito il precedente grado di giudizio, è possibile vagliare la fondatezza dell'appello proposto dal ██████████.

L'appello è fondato e va accolto per le seguenti ragioni.

In primo luogo, è necessario qualificare correttamente l'ipotesi di licenziamento del lavoratore per assenza dal lavoro a causa dello stato di carcerazione preventiva o di detenzione per fatti estranei all'attività lavorativa, al fine di individuare la disciplina normativa applicabile e le ricadute pratiche in termini di onere probatorio.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, tale particolare ipotesi di assenza dal lavoro integra un caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione ex art. 1464 c.c. e, pertanto, non si tratterebbe un vero e proprio inadempimento contrattuale, ma di un fatto oggettivo che impedisce al lavoratore di eseguire la prestazione come tale conciliabile solo con la categoria del giustificato motivi oggettivo del licenziamento (cfr. Cass, 1.6.2009, n. 12721; Cass, 5.5.2003, n. 6803; Cass., 1.9.1999, n. 9239).

Orbene, l'assenza del lavoratore per i motivi menzionati potrebbe incidere significativamente, ed in senso negativo sull'attività produttiva, sull'organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento dell'azienda, rendendo necessario e legittimando il recesso datoriale ex art. 3, L. 604/66; parimenti, il datore, considerato lo *status* di detenzione o carcerazione del lavoratore, potrebbe non essere più interessato a ricevere la prestazione del lavoratore e dunque intimare il licenziamento. Tuttavia

anche in quest'ultima evenienza, la Suprema Corte ha chiarito che la *“persistenza o no, del datore di lavoro di un apprezzabile interesse a ricevere le ulteriori prestazioni del lavoratore detenuto deve essere valutata alla stregua di criteri oggettivi, riconducibili a quelli fissati nell'ultima parte dell'art. 3 l. 604/66, e cioè con riferimento alle oggettive esigenze dell'impresa, da valutare, con giudizio ex ante e non già ex post, tenendo conto delle dimensioni della stessa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in essa attuato, della natura e importanza delle mansioni del lavoratore detenuto, nonché del già maturato periodo di sua assenza, della ragionevolmente prevedibile ulteriore durata della sua carcerazione, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le sue mansioni senza necessità di nuove assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza”* (Cass, 5.5.2003, n. 6803 ; Cass., 1.9.1999, n. 9239).

Sulla scorta dell'insegnamento della Suprema Corte, dunque, nel verificare la legittimità del licenziamento intimato al ██████ si rende necessario tener conto di una serie di fattori relativi tanto alla struttura aziendale quanto alle mansioni del lavoratore ristretto e alla prevedibile durata della limitazione della libertà personale del lavoratore.

Sul punto parte appellante sostiene che il Tribunale abbia ignorato o, comunque, non adottato i criteri summenzionati nel vagliare *ex ante* il grado di “tollerabilità” dell'assenza del ██████ e che, per tale ragione, abbia concluso per l'esistenza delle ragioni di cui all'art. 3 della L. 66/604 legittimanti il licenziamento.

Ed invero, contrariamente a quanto dichiarato dal primo giudice, nel verificare la reale sussistenza ed effettività delle esigenze economiche ed organizzatrici dedotte dal Consorzio, la Corte ritiene di dover valorizzare i dati della dimensione, della natura e del tipo di attività e organizzazione della struttura aziendale dell'appellata nonché e, in particolare, l'ulteriore elemento della tipologia di mansioni svolte dall'appellante, pur senza violare il divieto imposto all'organo giudicante di sindacare le scelte aziendali ovvero sconfinare nell'illegittima limitazione della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita.

Ebbene, considerando le dimensioni rilevanti del Consorzio, ovvero circa 600 unità di cui circa 300 impiegati nella medesima categoria professionale del ricorrente (dati desumibile dall'atto di gravame e non contestati da parte appellata, come tali da ritenersi non controversi e provati ai sensi e per gli effetti dell'art. 115 cpc) e la sua attività non industriale, è ragionevole, ad avviso della Corte, che l'assenza di un lavoratore addetto alle mansioni più elementari non possa incidere in maniera determinante sul regolare funzionamento dell'attività produttiva e dell'organizzazione aziendale.

Difatti, va rimarcato che l'appellante svolgeva mansioni rientranti nel profilo professionale più basso (mansioni di camparo, 1^ categoria professionale del CCNL) e, per tale motivo, appare ragionevolmente difficoltoso ritenere che l'impossibilità di poter fruire di attività così marginali e di basso livello, quali quelle a cui era adibito il ██████████, abbia potuto provocare una significativa e concreta alterazione dell'apparato organizzativo o riduzioni e difficoltà nella produzione tali da determinare una riorganizzazione della struttura aziendale giustificativa del licenziamento del ██████████.

Al contrario, a conferma del fatto che l'assenza del Sassone configurasse un'evenienza facilmente fronteggiabile dal Consorzio depone il fatto, non controverso tra le parti e provato a mezzo testi, che per sopperire alla carenza di organico nella squadra del ██████████ è stata sufficiente una riorganizzazione interna del personale ovvero non vi è stata alcuna necessità per la parte datoriale di disporre una nuova assunzione a tempo indeterminato; difatti, la carenza d'organico nella squadra del ██████████ è stata sopperita dal Consorzio mediante il trasferimento e la sostituzione nel posto dell'appellante di altro dipendente dell'azienda, impiegato in un diverso reparto, a cui affidare temporaneamente le mansioni del lavoratore ristretto.

Ciò rilevato, non si vede come dall'assenza del ██████████ siano potute discendere ragioni inerenti all'attività produttiva e organizzativa dell'azienda ovvero al regolare funzionamento della stessa giustificative del recesso datoriale; quanto ora affermato appare, poi, ancor più chiaro se si rileva che il Consorzio nulla ha allegato né tanto meno provato circa il danno o gli effetti negativi

conseguenti al trasferimento di uno dei dipendenti del Consorzio dall'originario reparto a cui era adibito alla squadra di lavoro del [REDACTED].

In ultimo quanto alle ragioni di sicurezza che avrebbero dettato l'urgenza di sostituire l'appellante con altro lavoratore, va rilevato che, pur ammettendo la reale esistenza delle predette esigenze così come comprovate dagli esiti dell'escussione dei testi, resta ancora una volta la circostanza fattuale, oggettiva e concreta, che per far fronte alla necessità di integrare la squadra di lavoro del [REDACTED], il Consorzio abbia dovuto semplicemente ridistribuire la forze lavoro a sua disposizione mediante il trasferimento di altro dipendente, senza sconvolgere o riorganizzare del tutto l'assetto del personale e bloccare l'attività lavorativa in cui era impegnato il gruppo dell'appellante.

In ultimo, vagliando la scelta del recesso datoriale alla luce dei criteri temporali relativi al periodo di carcerazione già maturato e alla prevedibile ulteriore durata dell'assenza del lavoratore dal luogo di lavoro, è possibile cogliere la debolezza dell'impianto motivazionale del licenziamento.

Difatti, il Consorzio non ha adottato l'atto di licenziamento nelle more del periodo di assenza del lavoratore ovvero in previsione di una sua prolungata assenza, ma ha inviato la missiva del licenziamento una volta che il [REDACTED] era tornato in libertà ed aveva già comunicato la sua disponibilità a riprendere servizio verso l'ente.

Come stabilito dai principi enucleati sul tema dalla Suprema Corte e precedentemente riportati, la carcerazione preventiva o la detenzione del lavoratore può rilevare quale giustificato motivo oggettivo di recesso qualora il datore di lavoro in considerazione dell'assenza già maturata e della prevedibile assenza futura non sia più interessato alla prestazione; pertanto, se ne può ricavare a contrario che qualora il licenziamento sia intimato a seguito della scarcerazione e solo sulla scorta delle assenze pregressa, come nel caso di specie, sia ancora più intenso l'onere del datore di provare le ragioni oggettive del recesso le quali, come *supra* osservato, non appaiono esser state comprovate nella loro effettività.

Considerate le valutazioni finora condotte e le circostanze del caso concreto, non appare a questo Collegio che l'assenza dell'appellante per carcerazione preventiva abbia valicato il limite della

“tollerabilità” in modo tale da determinare i presupposti e le ragioni del recesso datoriale ex art. 3 L. 604/66.

Ad ogni modo, quand'anche si volesse astrattamente condividere la tesi del giudice di prime cure e dunque ritenere sussistenti le ragioni oggettive del licenziamento, chiaro si appalesa che sussiste, nel caso in esame, un profilo di illegittimità del recesso datoriale ancor più rilevante e di immediata individuazione nonché di valenza assorbente consistente nella violazione da parte del Consorzio dell'obbligo di reimpiego del ██████████.

Come noto, infatti, per costante insegnamento giurisprudenziale, nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo grava sul datore di lavoro non solo l'onere di provare la sussistenza delle ragioni oggettive del recesso, come esplicitamente previsto all'art. 5 della L. 604/66, ma anche

quello di dimostrare, anche solo mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'impossibilità concreta e non pretestuosa di adibire il dipendente ad altre mansioni equivalenti o, altresì, inferiori compatibilmente con la qualifica da questi rivestita e, dunque, di non poter utilizzare in alcun modo nell'intera struttura aziendale l'energia lavorativa del prestatore.

Sul punto, poi, va evidenziato che la giurisprudenza di legittimità ha rivisto, in tempi recenti, il traluzio orientamento giurisprudenziale secondo cui incombe sul lavoratore un onere di allegazione e collaborazione circa la possibilità di un ulteriore e diverso impiego nell'impresa, in assenza del quale nessun onere probatorio sorgerebbe in capo al datore di lavoro, prospettandosi tale onere allegativo quale *prius* logico del predetto dovere probatorio gravante sulla parte datoriale (*ex multis* Cass., 12.2.2014, n. 3224; Cass., 26.4.2012, n. 6501; Cass., 21.2.2013, n. 4299; Cass., 22.2.2006, n. 3866; Cass., 2.4.2004, n. 6556).

Ebbene, si è registrato nella giurisprudenza ultima della Suprema Corte un significativo mutamento di prospettiva che ha dato avvio a un innovativo indirizzo giurisprudenziale, opposto a quello pregresso, secondo cui spetta esclusivamente al datore di lavoro provare gli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, inclusa l'impossibilità di ricollocare il lavoratore ad altre mansioni, senza che a quest'ultimo possa essere richiesto un onere di allegazione o

collaborazione nell'individuazione di mansioni equivalenti o inferiori a cui essere adibito (Cass., 22/3/2016 n. 5592; Cass., 13.6.2016 n. 12101; Cass. 4.12.2015 n. 4460).

Tale *revirement* trova la sua ratio in un'attenta riflessione sul principio di ripartizione dell'onere della prova e, in particolare, sulle ricadute pratiche della distinzione e ripartizione tra onere probatorio (gravante sul datore) e onere di allegazione (incombente sul lavoratore) su cui si basava la prevalente giurisprudenza; come chiaramente affermato da una delle ultime sentenze fautrici di tale innovativo indirizzo, una tale distinzione *“si risolve in una sostanziale inversione dell'onere probatorio – che invece l'art. 5 legge n. 604/66 pone inequivocabilmente a carico del datore di lavoro – divaricando onere di allegazione e onere probatorio, nel senso di addossare il primo ad una delle parti in lite e il secondo all'altra, laddove detti oneri non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario (costitutivo del diritto azionato o impeditivo, modificativo od estintivo dello stesso) ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione.”* (Cass., 11.10.2016, n. 20436).

Pertanto, secondo tale nuovo indirizzo anche nell'ambito del giudizio di impugnativa di licenziamento illegittimo trova applicazione l'ordinaria regola di ripartizione dell'onere della prova nell'ambito delle obbligazioni contrattuali: il prestatore di lavoro (nelle vesti di creditore dell'obbligazione reintegratoria) dovrà provare la sussistenza del rapporto di lavoro (titolo del rapporto) e limitarsi ad allegare l'inadempimento del datore di lavoro ovvero il rifiuto illegittimo di quest'ultimo (perché intimato in assenza di giusta causa o giustificato motivo) a servirsi della prestazione del lavoratore, mentre spetterà al datore di lavoro (quale debitore) provare la reale ed effettiva esistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso ovvero il fatto estintivo del diritto fatto valere dal lavoratore, fatto estintivo in cui rientra pure l'impossibilità del c.d. *repêchage*. (in motivazione Cass., 22.3.2016, n. 5592).

Alla luce di questo nuovo orientamento, dunque, appaiano chiaramente superabili gli argomenti dedotti da parte appellata che, reiterando le difese fatte valere in primo grado ha eccepito il mancato assolvimento da parte del ████████ dei predetti oneri allegativi e di collaborazione; d'altra parte, non

va trascurato che il lavoratore abbia fornito, sin dal ricorso introduttivo, elementi utili ed idonei ad individuare ed evidenziare quanto meno la possibilità concreta di reimpiegare il lavoratore in qualsiasi altra mansione, in virtù del basso profilo professionale in cui si collocava il lavoratore, delle dimensioni del Consorzio e della natura non industriale dell'attività del predetto ente.

Ciò rilevato, la Corte osserva che il lavoratore, odierno appellante, ha correttamente ed esaustivamente assolto agli oneri probatori e allegativi mentre, in merito alla posizione del datore di lavoro, ritiene che quest'ultimo non abbia adeguatamente provato l'impossibilità di adibire il ██████ ad altri ruoli o posizioni lavorative in considerazione, altresì, della qualifica professionale rivestita dall'appellante ovvero delle mansioni semplici ed elementari da quest'ultimo ricoperte.

Dall'indubbia fungibilità dell'attività a cui era preposto il lavoratore ne discende, infatti, un onere probatorio ancora più inteso a carico del Consorzio, considerato che la ricollocazione di un lavoratore di basso profilo professionale in altra mansione si configura quale operazione soluzione ragionevolmente e normalmente meno difficoltosa da adottare.

Inoltre, si deve rilevare che il Consorzio non solo si è limitato ad ancorare la sua difesa, in ordine all'obbligo di reimpiego, alle deposizioni del Direttore amministrativo dell'ente e del capo personale (i quali avevano negato l'assunzione di altri lavoratori con mansioni di camparo durante il periodo di assenza dell'appellante) senza addurre ulteriori elementi a sostegno della propria prospettazione, ma ha mancato di illustrare esaustivamente le ragioni per le quali il ██████ non sarebbe potuto rientrate nel suo posto originario, con il conseguente trasferimento del suo sostituto nell'originario reparto di provenienza.

Per tutte le ragioni sin qui esposte, la Corte ritiene di dover accogliere l'appello proposto dal lavoratore e, per l'effetto, dichiarare l'illegittimità del licenziamento.

Di conseguenza, il Consorzio va condannato a reintegrare il ██████ nel posto di lavoro in precedenza occupato, a far tempo dal giorno dell'illegittimo licenziamento e a versare, in favore del medesimo lavoratore, le retribuzioni mensili maturate medio tempore, in misura pari alla retribuzione globale di fatto, dalla data del licenziamento sino all'effettiva reintegra, maggiorate

dott. Sebastiano Gentile

Il Consigliere estensore

dott.ssa Angela Arbore