

R. G. N. 18788/2010

cron. 3003/2012

sin. 582/2012

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Giudice del Lavoro del Tribunale di Foggia, dott. Giuseppe Craca, nella presente controversia individuale di lavoro

tra

, con l'assistenza e difesa dell'avv. Valentina Affatato;

e

in persona del legale rappresentante pro tempore, con l'assistenza e difesa degli avv.ti Fabio Verile e Vincenzo De Michele;

all'udienza del 27.01.2017 al termine della discussione, ha emesso la seguente sentenza ex art. 429 c.p.c.:

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea - finalizzata ad ottenere l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra le parti nel periodo compreso tra l'1.02.2002 ed il 28.02.2009 nonché l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo con lettera dell'11.02.2009 e conseguentemente l'applicazione della tutela prevista dall'art. 18 della legge 300/1970 (nella formulazione vigente prima della riforma di cui alla legge 92/2012) nonché la condanna della resistente alla corresponsione delle differenze retributive come analiticamente indicate all'interno dello stesso atto introduttivo - è fondata per quanto di ragione alla stregua delle motivazioni di seguito riportate.

Venendo subito all'esame del merito della controversia, deve essere reputato pacifico tra le parti (in quanto allegato da entrambi soggetti in causa) lo svolgimento di un rapporto di lavoro riconducibile a contratto di formazione e lavoro nell'arco temporale compreso tra l'1.02.2002 ed il 21.05.2002 con inquadramento del Moscaritolo all'interno del V livello del c.c.n.l. Commercio nonché lo svolgimento, nell'arco temporale immediatamente successivo e fino al 28.02.2009, di un rapporto di lavoro subordinato e a tempo indeterminato con

inquadramento del dapprima all'interno del V livello del c.c.n.l. Commercio (e cioè nel periodo 22.05.2002-31.01.2005) e successivamente (e cioè nel periodo 1.02.2005-28.02.2009) all'interno del IV livello del citato c.c.n.l..

Ciò posto, quanto all'impugnativa del recesso, la lettera di licenziamento di cui al doc. 3 del fascicolo attoreo fa riferimento al giustificato motivo oggettivo costituito dalla *"riduzione di personale" "resa necessaria a causa della situazione economico-finanziaria in cui versa la società che rende necessaria una riorganizzazione dell'attività" "all'esito negativo della verifica aziendale svolta in ordine alla Sua eventuale diversa collocazione"*.

A fronte della contestazione giudiziale della sussistenza della causale indicata all'interno della lettera di recesso, l'azienda resistente (a pagina 18 della memoria di costituzione) ha specificato che la decisione di procedere al licenziamento del ricorrente era dovuta alla scelta di chiudere il punto vendita ' ' derivante, a sua volta, dal cattivo andamento dello stesso punto vendita (che appunto avrebbe presentato corrispettivi *"tra i più bassi del gruppo"* ed in costante calo).

Quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative produttive è stato condivisibilmente osservato che non è consentito al Giudice sindacare il merito delle scelte economico-organizzative del datore di lavoro poste a fondamento della scelta di procedere al recesso (che costituiscono espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.).

Al contrario il datore di lavoro deve ritenersi onerato di provare (e quindi il Giudice è tenuto a esaminare) non solo la sussistenza effettiva delle ragioni addotte da sé a giustificazione del licenziamento ma anche - in applicazione del canone di buona fede contrattuale - la sussistenza del nesso di causa tra le ragioni addotte a giustificazione e l'espulsione del lavoratore nonché l'impossibilità di adibire il lavoratore a prestazioni quantomeno equivalenti all'interno dell'azienda (c.d. *"repechage"*).

L'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità del lavoratore può reputarsi assolto anche mediante la dimostrazione di circostanze indiziarie (come l'assenza di altre assunzioni in relazione alle mansioni del dipendente da licenziare, si veda in relazione a tutto quanto esposto, ex multis Cass. Civ., Sez. Lav., 3040/2011).

L'impossibilità di adibire il lavoratore a prestazioni quantomeno equivalenti all'interno dell'azienda deve essere

poi provata dal datore di lavoro con riferimento a tutte le sedi o articolazioni dell'impresa, comprese quelle site in altri comuni o regioni (si veda in proposito Cass. civ., Sez. Lav., 16579/2010).

In mancanza della prova della insussistenza di mansioni equivalenti cui adibire il lavoratore licenziato anche presso altre dislocazioni territoriali dell'impresa (ed anche lontane) si dovrebbe difatti ritenere insussistente il nesso di causa tra ragioni giustificatrici del recesso e lo stesso licenziamento ben potendo il datore di lavoro adottare, in tale ipotesi, la misura del trasferimento del dipendente presso altre sedi.

Rilevante ai fini della presente decisione è poi il tema della ripartizione dell'onere di allegazione e della prova dell'impossibilità del "repechage" che è stato interessato da un condivisibile revirement giurisprudenziale.

In proposito la Suprema Corte in alcune recenti pronunce ha puntualizzato che *"spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repechage del dipendente licenziato, in quanto requisito di legittimità del recesso datoriale, senza che sul lavoratore incomba alcun onere di allegazione dei posti assegnabili"*.

La Suprema Corte ha reputato non condivisibili le conclusioni cui è giunto l'orientamento giurisprudenziale precedentemente consolidatosi (che condiziona l'onere del datore di lavoro di provare l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte a che lo stesso lavoratore-attore collabori con il convenuto nell'accertamento di un possibile reimpiego, indicando gli altri posti in cui potrebbe essere utilmente riallocato).

Il Giudice di legittimità ha difatti motivato che: *"Sul piano processuale, si impone l'evidenza che l'opzione adottata dal giudice del merito in tema di repechage con riguardo all'onere di allegazione e collaborazione da parte del lavoratore, si risolve in una sostanziale inversione dell'onere probatorio - che invece la L. n. 604 del 1966, art. 5 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 (sull'impossibilità di disgiungere fra loro onere di allegazione e relativo onere probatorio gravante sulla medesima parte v., ex aliis, Cass. cit. n. 12101/2016, Cass. 15/10/2014 n. 21847).* Nell'ottica descritta, va quindi rimarcato come la tesi che

configura a carico del lavoratore l'onere di segnalare una sua possibilità di riallocazione nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale, non appare coerente con la lettera e la ratio che sorregge la L. n. 604 del 1966, art. 5 secondo cui l'onere della prova circa l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza è posto a carico della parte datoriale, con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore (cfr. in tal senso Cass. 7/7/1992 n. 8254, richiamata più di recente da Cass. 5/3/2015 n. 4460). In tal senso appare pertinente la considerazione che come il creditore, provata la fonte legale o negoziale del proprio diritto, ha poi solo l'onere di allegare l'altrui inadempimento, mentre il debitore deve provare i fatti impeditivi, modificativi od estintivi della pretesa azionata (cfr., per tutte, Cass. S.U. 30/10/2001 n. 13533 e successiva conforme giurisprudenza), così - nel campo specifico che ne occupa - il lavoratore, creditore della reintegra, una volta provata l'esistenza d'un rapporto di lavoro a tempo indeterminato risolto dal licenziamento intimatogli, deve solo allegare l'altrui inadempimento, vale a dire l'illegittimo rifiuto di continuare a farlo lavorare oppostogli dal datore di lavoro in assenza di giusta causa o giustificato motivo, mentre su questo incombe allegare e dimostrare il fatto estintivo, vale a dire l'effettiva esistenza d'una giusta causa o d'un giustificato motivo di recesso (in tali sensi, in motivazione, vedi Cass. 13/6/2016 n. 12101). E in tale ultimo fatto estintivo (cioè nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento) della cui prova è onerato il datore di lavoro rientra pure l'impossibilità del c.d. *repechage*. Non può sottacersi, del resto, che il risalente ed innanzi descritto orientamento, non si palesa coerente con quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova, qui condivisa, che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla (vedi *ex plurimis*, Cass. 9/11/2006 n. 23918, Cass. 4/5/2012 n. 6799, Cass. 29/1/2016 n. 1665, Cass. 31/3/2016 n. 6209). Invero, mentre il lavoratore non ha accesso (o non ne ha di completo) al quadro complessivo della situazione aziendale per verificare dove e come potrebbe essere riallocato, il datore di lavoro ne dispone agevolmente, sicchè è anche più vicino alla concreta possibilità della relativa allegazione e prova" (si veda Cass. Civ., Sez. Lav., 20436/2016 nonché Cass. Civ., Sez. Lav., 12101/2016).

Tanto premesso, con riferimento specifico alla fattispecie sottoposta all'odierno vaglio, è d'uopo evidenziare che il legale rappresentante della società resistente in sede di

interrogatorio formale, ha affermato - rendendo quindi dichiarazioni con valore di confessione giudiziale - che al momento del licenziamento appartenevano alla resistente l'esercizio " sito a Rende, un esercizio (non meglio specificato) sito Matera, l'esercizio " " sito a Casamassima nonché lo showroom " ' sito sempre a Casamassima.

Il legale rappresentante della società resistente in occasione del proprio interrogatorio formale ha poi specificato che gli esercizi appena menzionati effettuavano commercio al dettaglio (come appunto il punto vendita " " presso cui lavorava il) ad eccezione dell'ultimo che era invece un punto di esposizione all'ingrosso (e quindi non effettuava alcuna vendita al dettaglio).

La sussistenza, all'epoca del licenziamento, delle dislocazioni appena citate è peraltro confermata dall'esame degli estratti del libro matricola e dai bilanci di esercizio (si veda in particolare la voce "Ripartizione dei ricavi di vendita secondo categorie di attività ed aree geografiche") di cui ai docc. 2 e 6 del fascicolo della convenuta.

A fronte di tanto, parte resistente non ha compiuto alcuna allegazione specifica in merito all'impossibilità di adibire il a mansioni equivalenti presso le attività appena elencate né elementi probatori sul punto risultano desumibili dal materiale istruttorio raccolto ed in particolare dall'esame delle deposizioni testimoniali (che hanno, invece, fornito indicazioni relativamente ai soli punti vendita " " e " ' di Foggia). Il recesso irrogato al ricorrente deve essere quindi reputato illegittimo.

Il regime sanzionatorio applicabile è quello di cui all'art. 18 della legge 700/1970 nella formulazione vigente prima della riforma di cui alla legge 92/2012 essendo tra le parti pacifica la sussistenza del requisito dimensionale previsto per la c.d. "tutela reale" in capo alla società datrice.

La resistente deve essere conseguentemente condannata all'immediata reintegra del ricorrente nel posto di lavoro nonché al risarcimento del danno parametrato alla retribuzione globale di fatto spettante dal giorno del licenziamento a quello di effettivo reintegro nonché al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali in relazione al periodo da ultimo citato.

Quanto alla domanda relativa alla corresponsione delle differenze retributive elencate in ricorso non può essere ritenuta fondata la domanda inerente alla corresponsione del trattamento retributivo previsto per il livello IV del

c.c.n.l. Commercio con riferimento al segmento di rapporto di tempo successivo all'agosto 2003.

Sul punto è doveroso specificare che l'art. 16, comma 3, d.l. 299/1994 (conv. in l. 451/1994) invocato dal ricorrente prevedeva - quale forma di incentivazione alla stipula di contratti di formazione e lavoro di cui allo stesso art. 16, comma 2, lettere a) e b) - la possibilità per il datore di inquadrare i lavoratori così assunti in un livello inferiore a quello di destinazione.

Tanto premesso, è opportuno rilevare che il contratto di formazione e lavoro stipulato tra le parti l'1.02.2002 prevedeva come termine finale la data dell'1.02.2004 (si veda il doc. 2 del fascicolo del ricorrente) e che, come anticipato, è pacifico lo svolgimento del rapporto di lavoro nelle forme del lavoro subordinato ordinario a partire dal 22.05.2002 (e quindi ben prima della scadenza naturale del termine del C.F.L. appena citato).

In virtù di tanto deve ritenersi accertato che l'originario C.F.L. intercorrente tra le parti in causa sia stato sostituito, a partire dal 22.05.2002, da un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato con la conseguente inapplicabilità per il frangente temporale successivo al 22.05.2002 di tutta la disciplina dettata per il contratto di formazione e lavoro (e quindi anche dell'art. 16, comma 3, d.l. 299/1994 conv. in l. 451/1994).

Degno di nota è in proposito il ristretto arco temporale in cui si è svolto il rapporto originario (poco più di tre mesi e mezzo a fronte dei due anni da principio programmati) sicché - in assenza di ulteriori risultanze in merito all'avvenuta acquisizione da parte del

di capacità professionali annoverabili nel superiore IV livello - la prospettazione di parte ricorrente deve essere reputata priva di pregio.

Sempre sul punto è doveroso poi sottolineare che nella presente sede parte ricorrente non ha motivato la richiesta dell'applicazione del trattamento retributivo di cui al superiore inquadramento adducendo lo svolgimento di specifiche incombenze annoverabili all'interno del livello IV del c.c.n.l. Commercio né ha offerto di dimostrare il possesso di precisi requisiti professionali e lo svolgimento di precise attività tali da comportare il proprio inquadramento all'interno del livello IV e non nel livello V attribuito dalla società datrice di lavoro.

A conclusioni opposte rispetto a quelle appena passate in rassegna non è poi possibile pervenire neanche sulla base dell'anzianità di servizio maturata nel corso del rapporto dal , posto che quest'ultima può dare diritto solo ad aumenti periodici della retribuzione all'interno del medesimo livello di inquadramento e non invece al

passaggio automatico da un dato livello di inquadramento a quello superiore.

Con riferimento all'esame della meritevolezza dei restanti capi della domanda vanno reputate attendibili le deposizioni rese da tutti i testi nel corso del giudizio (che si sono dimostrati a conoscenza diretta dei fatti di causa avendo lavorato assieme al ricorrente nel periodo oggetto di indagine).

Orbene, non merita accoglimento la domanda di pagamento delle ore di straordinario asseritamente espletate dal Moscaritolo perché mancano analitiche e concordi risultanze istruttorie in ordine all'entità, alla cadenza temporale e alla frequenza periodica del superamento dell'orario normale di lavoro.

Sul punto è difatti sufficiente osservare che i testi e hanno confermato che in caso di svolgimento di lavoro straordinario i dipendenti godevano successivamente di riposi compensativi.

Non può essere accolta la richiesta di corresponsione dell'indennità sostitutiva per le ferie non godute posto che, a seguito dell'esame di tutte le deposizioni testimoniali rese, permane incertezza in merito ai giorni di ferie effettivamente goduti dal ricorrente.

Non meritevole di accoglimento è la domanda di pagamento degli emolumenti per i riposi e le festività non goduti in quanto, per le medesime ragioni di cui innanzi, non vi è certezza in merito alla mancata fruizione degli stessi riposi e festività.

Non essendo fondata alcuna delle domande relative alle differenze retributive sopra elencate (e non spettando il trattamento retributivo inerente al superiore IV livello) non è parimenti meritevole di accoglimento la richiesta relativa alla corresponsione delle maggiori somme spettanti a titolo di tredicesima e quattordicesima mensilità e a titolo di T.F.R. (calcolate tenendo appunto in considerazione le differenze retributive elencate innanzi). La soccombenza reciproca giustifica la compensazione integrale delle spese tra le parti.

P.Q.M.

disattesa ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione, così definitivamente provvede:

- dichiara la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato riconducibile ad contratto di formazione e lavoro nell'arco temporale compreso tra l'1.02.2002 ed il 21.05.2002 e con inquadramento del ricorrente all'interno del V livello del c.c.n.l. Commercio;

- dichiara la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato ed a tempo indeterminato nell'arco temporale compreso tra il 22.05.2002 ed il 28.02.2009 con inquadramento del ricorrente all'interno del V livello del c.c.n.l. Commercio nel periodo 22.05.2002-31.01.2005 e inquadramento del ricorrente all'interno del IV livello del c.c.n.l. Commercio nel periodo 1.02.2005-28.02.2009;
- dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato e per l'effetto condanna la società resistente alla reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro nonché alla corresponsione, in favore di quest'ultimo, di un'indennità risarcitoria parametrata alla retribuzione globale di fatto che gli sarebbe spettata dalla data del licenziamento fino a quella dell'effettiva reintegrazione nonché alla regolarizzazione della sua posizione contributiva per il medesimo periodo;
- rigetta i restanti capi della domanda;
- compensa tra le parti le spese processuali.

Foggia, 27.01.2017

Il Giudice del Lavoro
(dott. Giuseppe Craca)

