



R.G. N. 989/2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA – Sezione Lavoro

Composta dai Magistrati:

Dr. Luigi Perina

Presidente

Dr. Umberto Dosi

Consigliere Rel.

Dr.ssa Annalisa Multari

Consigliere

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa con reclamo ex art. 1 comma 58 e segg. L. 92/2012

da

XXX, rappresentato e difeso dall'avv. Emanuele Zanarello, elettivamente domiciliato presso il “domicilio telematico” emanuele.zanarello@ordineavvocatipadova.it

-reclamante-

Contro

XXX in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Paladin, elettivamente domiciliata presso lo Studio di San Vendemiano, viale Europa n. 30

-reclamata-

Oggetto: reclamo avverso la sentenza n. 534/2018 del Tribunale di Treviso Sezione Lavoro.

In punto: impugnazione licenziamento discriminatorio/per GMO.

CONCLUSIONI:

Per parte reclamante:

IN VIA PRINCIPALE

1) REVOCARE/RIFORMARE/ANNULLARE la sentenza N°534/2018 TRIBUNALE DI TREVISO - SEZIONE LAVORO - DOTT. TOZZI GERARDO RG: 367/14 per le

ragioni di cui in reclamo e per l'effetto

In via principale di merito:

2) ACCERTARSI E DICHIARARSI il carattere discriminatorio del licenziamento intimato al ricorrente perché fondato sull'inidoneità del ricorrente e, comunque, perché determinato da un motivo illecito determinante, per i motivi meglio espressi in narrativa, e per l'effetto dichiararne la nullità e condannare la società XXX., in persona del legale rappresentante "pro tempore" sig.raXXX, a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e a corrispondere le retribuzione maturate dalla data del licenziamento alla data di effettiva reintegra e, comunque, al risarcimento del danno subito in misura non inferiore alle 5 mensilità della retribuzione globale di fatto.

3) CONDANNARSI, altresì, il datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

In via subordinata

4) DICHIARARSI LA NULLITÀ E/O ILLEGITTIMITÀ E/O INEFFICACIA del licenziamento impugnato per difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore e per l'effetto ordinarsi alla società convenuta la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro occupato prima del licenziamento. Conseguentemente

5) CONDANNARSI la XXX al risarcimento del danno pari alle retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra e comunque condannarsi la società convenuta al risarcimento del danno in una misura non inferiore alle 5 mensilità di cui all'art. 18, comma 4 della legge n. 300 del 20 maggio 1970.

In via ulteriormente gradata

6) ACCERTATA E DICHIARATA la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dichiararsi la nullità e/o illegittimità e/o annullarsi il licenziamento impugnato e per l'effetto ordinarsi alla società convenuta la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro occupato prima del licenziamento. Conseguentemente

7) CONDANNARSI la XXX al risarcimento del danno pari alle retribuzioni globali di fatto dalla data del licenziamento a quella di effettiva reintegra e comunque

condannarsi la società convenuta al risarcimento del danno in misura non inferiore alle 5 mensilità di cui all'art. 18, comma 4 della legge n. 300 del 20 maggio 1970.

In subordine

8) DICHIARARSI illegittimo il licenziamento impugnato per i motivi dedotti in narrativa e, per l'effetto, condannarsi la società convenuta al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, ai sensi dell'art. 18 l. 300/1970, comma 5.

In ogni caso

9) Con vittoria di spese, diritti ed onorari di tutte le fasi e i gradi di giudizio da distrarsi a favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario.

Per parte reclamata:

1. Dichiararsi inammissibile e comunque rigettarsi il reclamo avversario; Accogliersi il proposto reclamo incidentale e, in riforma della sentenza del Tribunale di Treviso n. 534/18 del 26.10.18, comunicata il 29.10.2018, rigettarsi tutte le domande proposte da XXX nei confronti di XXX.

In via subordinata: In via gradata dichiararsi risolto il rapporto alla data del licenziamento, e condannarsi parte datrice al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata nella misura di n. 12 mensilità.

1. Con vittoria di compenso professionale di tutti delle fasi ed i gradi del giudizio, oltre accessori.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso ex art. 1 commi 47 e segg. L. 92/2012 XXX ha adito il Tribunale di Treviso, esponendo:

-di essere stato assunto alle dipendenze di XXX srl in qualità di operaio autista 5° livello CCNL Metalmeccanica-Industria, da luglio 1998;

-di essere stato, a seguito dell'attivazione della relativa procedura da parte dell'azienda, dichiarato dalla Commissione Medica dell'Ulss 7 "inidoneo alle mansioni di autista e idoneo ad attività di operaio purché non comporti lavoro notturno, né guida di mezzi per movimentazione materiale, né posizioni sopraelevate", e che tale inidoneità alle mansioni di autista era stata certificata anche dal medico aziendale nel giugno 2012.

-di essere stato licenziato per giustificato motivo oggettivo con lettera del 14.1.2013 (ove si legge: “(...) *le mansioni da lei già espletate sono state assegnate ad altri dipendenti, senza assunzione di altro personale. Il drastico calo del fatturato, di seguito indicato, rende impossibile tenere in servizio personale non proficuamente utilizzabile. Non sussistendo prospettive di recupero in tempi ragionevolmente accettabili, stante l’andamento del mercato fino ad oggi registrato, la scrivente ha dovuto sopprimere la posizione lavorativa da Lei ricoperta. Attesa l’assenza all’interno dell’organizzazione aziendale della Società di altre posizioni compatibili con il Suo profilo professionale, anche in mansioni professionalmente inferiori, la scrivente procede al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Non esistono in azienda mansioni e/o posizioni lavorative cui lei possa essere utilizzato”).*

Il sig. XXX ha lamentato il carattere discriminatorio del licenziamento perché fondato sulla propria inidoneità e, comunque, perché determinato da un motivo illecito determinante, con conseguente nullità del recesso. In subordine, il lavoratore ha affermato la nullità/illegittimità/inefficacia del recesso per difetto di giustificazione consistente nell’inidoneità fisica o psichica del lavoratore e/o l’insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, ed ha richiesto la reintegrazione nel proprio posto di lavoro; in subordine ha affermato l’illegittimità del licenziamento e chiesto la condanna della società al pagamento dell’indennità risarcitoria pari a 24 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, ai sensi dell’art. 18 comma 5° L. 300/1970.

Costituendosi, la società XXX ha affermato la legittimità del licenziamento e chiesto dichiararsi inammissibili e comunque rigettarsi le domande del lavoratore.

Il Tribunale di Treviso, con ordinanza sommaria dell’8.2.2014, dichiarata come sufficientemente documentata la situazione di crisi aziendale, ha escluso la censura di discriminazione, ma ha ritenuto che la società non avesse compiuto una necessaria analisi in concreto delle possibilità di impiego del dipendente con riferimento alle mansioni di fatto svolte e con l’applicazione dei criteri di scelta tra lavoratori svolgenti mansioni fungibili;

ha ritenuto che la mancata analisi dell'idoneità rispetto alle singole mansioni e l'omesso confronto delle posizioni soggettive rispetto ai criteri di scelta rendesse manifestamente infondato il GMO addotto dalla società a motivo del recesso; ha pertanto dichiarato l'illegittimità del licenziamento impugnato in applicazione del quarto comma dell'art 18, 1. 300/70, ordinando alla società resistente di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro e di corrispondere allo stesso un'indennità risarcitoria pari alle mensilità maturate dal licenziamento alla riassunzione, oltre accessori.

Avverso tale ordinanza ha proposto opposizione la società XXX, deducendo l'erroneità dell'ordinanza, per avere imputato alla ditta resistente l'onere di provare la impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre posizioni; che successivamente al licenziamento l'organico complessivo dell'impresa è diminuito di 5 unità; l'inidoneità del lavoratore allo svolgimento delle mansioni di autista e delle restanti mansioni; la mancata allegazione, da parte del dipendente, della violazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 legge 223/1991. In subordine, ha contestato l'applicabilità della tutela di cui all'art. 18, comma 4°, sul presupposto dell'errata valutazione operata dal Tribunale di manifesta insussistenza dell'allegato GMO.

Si è costituito in giudizio il sig. XXX, contestando quanto affermato dalla società datrice di lavoro e chiedendo il rigetto dell'opposizione e la conferma dell'ordinanza opposta; in via gradata, ha concluso per l'accertamento del carattere discriminatorio del licenziamento intimatogli e per l'effetto la reintegra nel posto di lavoro.

Il Tribunale di Treviso, con sentenza n. 534/2018, accogliendo parzialmente il gravame, ha revocato l'ordinanza sommaria opposta; ha accertato l'illegittimità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta specificati nell'art. 5 L. 223/1991 e, in applicazione dell'art. 18 comma 5° L. 300/1970, ha dichiarato risolto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento del 14.1.2013 e condannato la società opponente al pagamento di una indennità risarcitoria pari a 16 mensilità dell'ultima retribuzione di fatto oltre accessori, nonché al pagamento della metà 50% delle spese di lite delle due fasi compensando per il resto.

Queste in sintesi le argomentazioni del Giudice dell'opposizione:

-Lo stato di crisi della società è stato accertato dall'ordinanza opposta e non contestato nella presente fase; sussiste quindi il giustificato motivo oggettivo addotto dalla datrice di lavoro.

-La società opponente, onerata della relativa prova, ha dimostrato di non avere violato l'obbligo di *repechage*, in quanto “dalle emergenze processuali risulta da un lato la fungibilità delle mansioni svolte dal lavoratore, e dall'altro che le mansioni svolte durante il rapporto di lavoro da XXX sono state dopo il suo licenziamento prestate dagli altri dipendenti, senza alcuna nuova assunzione.

-Il licenziamento è illegittimo per violazione dei criteri di scelta del lavoratore ex art. 5 L. 223/1991 in quanto, “*verificate le mansioni svolte concretamente dal lavoratore, che comprendevano attività ulteriori rispetto a quelle della saldatura e dell'uso della macchina omega (quale la zincatura, il carico dei camion e la prova dei basculanti) e la circostanza che "in azienda i lavoratori più anziani svolgevano tutte le mansioni a seconda del bisogno, testimoniando una assoluta fungibilità del lavoratore all'interno dell'organizzazione aziendale, tale fungibilità avrebbe imposto alla società datrice di lavoro di porre a raffronto la figura di XXX anche con quello degli altri lavoratori applicati a tutte le mansioni concretamente anche da lui svolte. In assenza di tale verifica e della dimostrazione del rispetto dei criteri di buona fede e correttezza, specificati nell'art. 5 legge 223/1991, deve essere condivisa l'ordinanza opposta nella parte in cui accerta la violazione i criteri di scelta”*.

-Quanto alla conseguenza della dichiarata illegittimità del licenziamento, la violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta tra lavoratori adibiti a mansioni omogenee dà luogo alla tutela indennitaria ex art. 18 comma 5° L. 3007/1970, doendosi escludere ricorra, in tal caso, la manifesta insussistenza delle ragioni economiche poste a fondamento del recesso.

-L'indennità risarcitoria va determinata in sedici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità di servizio del lavoratore, al numero dei dipendenti occupati dalla società all'epoca del recesso, alle dimensioni dell'attività economica, alla diminuzione dell'utile

ed al comportamento e delle condizioni delle parti (anche considerato il ricorso da parte della società alla CIG).

Avverso tale sentenza il sig. XXX ha proposto reclamo principale *ex art. 1, comma 58, L. n. 92/2012*, chiedendone la riforma per le ragioni di seguito illustrate.

Si è costituita nel giudizio di reclamo la società XXX, chiedendo il rigetto dell'impugnazione avversaria e formulando a sua volta reclamo incidentale per i motivi di seguito esposti.

All'udienza collegiale del 17.4.2019, in esito alla discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.1. Il sig. XXX censura l'impugnata sentenza per avere il Tribunale errato nell'escludere la **natura discriminatoria** dell'impugnato licenziamento.

Deduce che il licenziamento in esame è stato comminato esclusivamente per motivi (discriminatori) di salute, essendo egli stato dichiarato inidoneo e quindi *“licenziato perché “non produttivo”, in spregio alle norme che tutelano proprio l'intervenuta deficienza fisica del lavoratore che, ovviamente, si ripercuote sulla produttività”*. Da ciò consegue la nullità dell'impugnato recesso datoriale, indipendentemente dalle motivazioni addotte dal datore nel provvedimento di risoluzione, con declaratoria del diritto dell'odierno reclamante principale alla tutela prevista dall'art. 18 comma 1° L. 300/1970.

1.2. Il sig. XXX censura l'impugnata sentenza per avere il Tribunale errato nell'escludere la violazione del **repechage**.

Deduce che è pacifico in causa che la posizione di autista era stata soppressa, e che egli prima del licenziamento egli svolgeva mansioni promiscue e poteva essere facilmente reimpiegato in azienda.

Precisa al riguardo:

-Di essere stato nel corso del rapporto di lavoro adibito a svolgere svariate mansioni di operaio, e segnatamente di avere svolto a decorrere dal 2009 mansioni di assemblaggio minuterie ai basculanti (applicazione serrature, guarnizioni e minuterie ai basculanti), di carico a mano di basculanti sui

camion in partenza, operazioni di aggancio e sgancio dei pezzi nel reparto verniciatura, zincatura a mano con bomboletta spray, ed assemblaggio telai con uso della pressa che taglia "omega".

-Di essere stato nel corso del 2012 adibito alla saldatrice automatica dei telai, ovvero puntatrice profili, come indicato nella lettera di licenziamento.

-Che tutte le mansioni descritte sono attive in azienda, come ammesso dalla stessa società convenuta. All'interno dell'azienda solo certe mansioni erano stabilmente assegnate a determinati lavoratori, dato che in genere gli operai venivano comandati ai vari reparti e alle diverse mansioni, a seconda della necessità dell'azienda, senza alcuna eruzione o addestramento particolare.

-Che pur essendo l'azienda divisa in reparto basculanti-zincheria e reparto falegnameria, spesso alcuni operai del reparto basculanti zincatura passano al reparto falegnameria per dare una mano e viceversa e svolgono mansioni ausiliarie (spostamento di pezzi, assemblaggio e rifiniture).

-che erra la XXX srl quando nella ricerca di mansioni attribuibili al ricorrente si limita all'esame del reparto Zincatura, atteso che il datore di lavoro deve esaminare l'intera struttura aziendale per verificare la possibilità di inserimento del lavoratore divenuto parzialmente inidoneo alle mansioni.

-Di essere stato dichiarato dal Collegio Medico idoneo a tutte le mansioni presenti in azienda purché non comportanti lavoro notturno, posizioni sopraelevate e l'uso di mezzi di movimentazione materiale.

-Che le mansioni sopra descritte, assegnategli dall'azienda negli ultimi anni, per la maggior parte, non sono soggette alle prescrizioni date dalla ULSS.

Contesta quindi l'affermazione contenuta nella lettera di licenziamento del 14.1.2013, ove si legge che *"presso la scrivente non esistono posizioni lavorative che soddisfino dette prescrizioni"*, stante la sua fungibilità e la possibilità di essere impiegato nel rispetto delle limitazioni indicate dalla Commissione medica.

1.3. Il sig. XXX censura infine l'impugnata sentenza per **erronea quantificazione dell'indennità risarcitoria**.

Lamenta che il Giudice della fase di opposizione abbia condannato la XXX srl al pagamento di sole 16 mensilità, *"nonostante l'anzianità lavorativa fosse all'epoca del licenziamento di quasi 14 anni e nonostante l'azienda*

avesse quasi 50 dipendenti". Insta pertanto per la rideterminazione dell'indennità nella misura massima (24 mensilità) prevista dall'art. 18 comma 5° L. 300/1970, *“anche alla luce della totale mancanza di applicazione dei criteri di comparazione”*.

2.1. La società XXX, costituendosi nel presente grado, ha eccepito **l'inammissibilità del reclamo** per la novità delle conclusioni ivi formulate rispetto a quelle rassegnate nella precedente fase di giudizio.

Deduce che il XXX, nella precedente fase del giudizio, aveva chiesto nelle conclusioni in principalità il rigetto dell'opposizione e la conferma dell'ordinanza sommaria 8.2.2014, e solo in via gradata l'accertamento del carattere discriminatorio del licenziamento e del diritto alla tutela prevista dall'art. 18 comma 1° L. 300/1970; nel presente grado, in violazione dello ius novorum, il XXX ha invece invocato in principalità, la cd. tutela indennitaria forte, sul presupposto della pretesa natura discriminatoria del licenziamento de quo, ed il cambiamento di tale ordine principale-subordinata costituisce ex se domanda nuova inammissibile.

Eccepisce inoltre l'inammissibilità e comunque l'infondatezza del reclamo nella parte relativa alla pretesa natura discriminatoria del licenziamento perché basato sull'inidoneità fisica del ricorrente. Deduce al riguardo che il XXX non ha opposto l'ordinanza sommaria 8.2.2014 nella parte in cui ha escluso la fondatezza dell'eccezione di invalidità del licenziamento in quanto discriminatorio, sicché sul punto è verificato un giudicato interno di rigetto.

2.2. La società XXX, **in via di reclamo incidentale**, censura l'impugnata sentenza laddove ha accertato l'illegittimità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta.

Deduce che la norma di cui all'art. 5 L. 223/91 riguarda la differente fattispecie dei licenziamenti per riduzione di personale.

Deduce che il XXX *“avrebbe ... dovuto indicare, e non lo ha fatto, le generalità del lavoratore che avrebbe dovuto essere licenziato al posto del ricorrente, o comunque individuarlo”*.

Censura la decisione del Giudice di opposizione laddove ha ritenuto mancante la prova del rispetto dei criteri di scelta riguardo ad attività ulteriori rispetto a quelle della saldatura e dell'uso della macchina omega

(quale la zincatura, carico dei camion e la prova dei basculanti), e laddove ha ritenuto la generale fungibilità dei lavoratori più anziani nell'esecuzione delle mansioni operaie al tempo svolte presso la ditta.

Precisa di avere dedotto in causa la non adibibilità del XXX alle mansioni di zincatura/carico camion/carico a mano dei basculanti; che la mansione di addetto alla prova dei basculanti asseritamente svolta dal XXX poteva impegnare l'operatore non più di 10/15 minuti al giorno e non era idonea a coprire l'intero orario di servizio del lavoratore; che dall'istruttoria era emersa l'adibizione di ogni dipendente "*ad una singola mansione*", e non a "*tutte le mansioni a seconda del bisogno*" come viceversa ritenuto dal Tribunale.

In subordine, chiede la riquantificazione dell'indennità risarcitoria nella misura minima di 12 mensilità, attesa la contenuta dimensione produttiva aziendale, la limitata anzianità di servizio del XXX e le condizioni delle parti (grave passivo di bilancio della società e fatturato in costante riduzione con perdite rilevanti tra il 2014 ed il 2016, ricorso alla CIG e CIGS/nessun carico di famiglia in capo al sig. XXX).

In ulteriore subordine, ha eccepito la detraibilità dell'aliunde perceptum/percipiendum.

3. Il motivo di reclamo proposto dal XXX afferente alla natura discriminatoria dell'impugnato licenziamento (perché basato sulla pretesa inidoneità fisica del ricorrente) è inammissibile.

Ed infatti, anche a voler ritenere ammissibile il cambiamento dell'ordine principale-subordinata delle domande formulate in sede di reclamo rispetto a quello osservato nel precedente grado di giudizio, rileva la Corte che:

a) l'ordinanza sommaria dell'8.2.2014 aveva espressamente escluso la fondatezza dell'eccezione di invalidità del licenziamento in quanto discriminatorio (leggesi alla pag. 2, seconda facciata, primo rigo di tale ordinanza: "*La configurabilità del giustificato motivo oggettivo porta ad escludere anzitutto la censura di discriminazione in senso proprio che per essere causa di nullità del licenziamento dovrebbe costituire motivo unico determinante e quindi non può coesistere con la verosimiglianza del movente economico*"), e quindi negato l'attribuzione della cosiddetta tutela

reintegratoria forte;

b) nella memoria difensiva ex art. 416 cpc depositata il 7.11.2014, il resistente-opposto non ha formulato alcuna specifica censura avverso tale statuizione, ed ha concluso (in principalità) per il rigetto dell'opposizione e la conferma "*in ogni sua parte*" dell'ordinanza 8.2.2014; solo in via gradata, pur senza fare minimo cenno in parte motiva della memoria a contestazioni sul rigetto della domanda di declaratoria della natura discriminatoria e senza "attaccare" in alcun modo l'ordinanza sommaria sullo specifico punto e/o formulare specifica domanda riconvenzionale, il lavoratore ha formulato nelle conclusioni la richiesta di tutela reintegratoria "forte" in ragione del carattere discriminatorio del licenziamento.

Ne consegue l'inammissibilità della domanda afferente alla natura discriminatoria dell'impugnato licenziamento formulata dal reclamante perché, come correttamente eccepito dalla società reclamata, oramai "*sul punto (si) è verificato un giudicato interno di rigetto*".

4.1. Passando all'esame del motivo di reclamo principale del XXX afferente alla **violazione dell'obbligo di repechage**, osserva preliminarmente la Corte che il lavoratore:

-con nota del 9.2.2012 è stato dichiarato dalla Commissione Medica dell'ULSS 7 Pieve di Soligo "*NON IDONEO allo svolgimento della mansione di autista. Idoneo allo svolgimento di attività di operaio purché non comporti lavoro notturno, né guida di mezzi per movimentazione materiale, né posizioni sopraelevate*" (doc. 74 fascicolo ricorrente fase sommaria);

-in data 26.6.2012 è stato giudicato dal medico del lavoro dr. Zambon "*idoneo alla/e mansione/i di Puntatura, Saldatura, Carpentiere. Piegatura. Produzione porte per cantine. Non idoneo alla/e mansione di Autista. Limitazione per il lavoro notturno. Limitazione per il lavoro su scale o posizioni sopraelevate. Limitazione per la mansione di addetto alla guida di macchine di movimentazione terra e merci (muletto) e mansioni inerenti l'attività di trasporto conducenti veicoli per cui sia richiesto il possesso della patente C/D/E* (doc. 79 fascicolo ricorrente fase sommaria);

4.2. Rileva la Corte che il sig. XXX non ha contestato lo stato di crisi aziendale nei termini accertati dal Tribunale. In particolare, nel precedente grado di giudizio è stato accertato che:

-successivamente al licenziamento de quo, l'organico aziendale è diminuito di 5 unità senza alcuna assunzione di altro personale (v. teste Poloniato, dipendente della società opponente dal 2009 con mansioni di impiegato addetto alla contabilità, il quale ha confermato che *“nel dicembre del 2012 i dipendenti della resistente erano 49 ed attualmente sono 44”* e che *“dopo il licenziamento del ricorrente non sono stati assunti altri dipendenti”*);

-la società, nel periodo in esame, ha fatto massiccio ricorso alla CIG e alla CIGS.

Inoltre, è pacifico e non contestato che nel periodo in esame il bilancio aziendale si è chiuso in maniera negativa, e che il fatturato aziendale è costantemente diminuito.

Va quindi confermato l'accertamento operato dal Giudice dell'opposizione Tribunale circa la configurabilità del giustificato motivo oggettivo, dovendosi quindi escludere la manifesta insussistenza delle ragioni economiche poste a fondamento del recesso (Cass. n. 14021/2016).

4.3. Rileva la Corte che il teste Chakir Aziz, dipendente della società dal 1995, ha riferito: *“quando il ricorrente è stata licenziato le mansioni che svolgeva non sono state assegnate ad altri dipendenti perché ogni dipendente aveva già le proprio mansioni e c'erano già dei dipendenti che svolgevano le stesse mansioni di XXX, ossia le mansioni che XXX ha svolto dopo aver smesso quella di autista. In altre parole dopo il licenziamento del XXX le mansioni che questi svolgeva sono state svolte dagli operai che le svolgevano prima”* e *“dopo il licenziamento di XXX la XXX non ha assunto altro personale”*.

Dalla deposizione del predetto teste, non contraddetta da difformi risultanze istruttorie, risulta provata da un lato la piena fungibilità delle mansioni affidate al sig. XXX, e dall'altro che dette mansioni sono state poi redistribuite tra gli altri dipendenti che già le svolgevano, senza alcuna nuova assunzione.

Risulta quindi provato che, incontestata la riduzione del numero complessivo

dei dipendenti e il ricorso da parte della società alla CIG e della CIGS, nonché l'assenza di nuove assunzioni, non è configurabile nella specie una violazione dell'obbligo di *repechage* da parte datoriale, stante la fungibilità delle mansioni prestate dal lavoratore licenziato e la redistribuzione delle stesse agli altri dipendenti che già ne svolgevano di omogenee.

Correttamente quindi il Giudice dell'opposizione ha escluso la violazione da parte della società XXX dell'obbligo di *repechage*.

5.1. Passando all'esame del **motivo di reclamo incidentale** con cui la società censura il capo della sentenza impugnata che ha dichiarato l'illegittimità del licenziamento de quo per **violazione dei criteri di scelta** del sig. XXX tra dipendenti tutti egualmente adibiti a mansioni fungibili, va preliminarmente richiamata, a confutazione delle preliminari eccezioni sollevate sul punto dalla datrice di lavoro circa l'applicabilità alla fattispecie dei criteri di cui all'art. 5 L. 223/1991 ed al relativo riparto degli oneri probatori, l'orientamento della Suprema Corte secondo cui *“In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ravvisato nella soppressione di un posto di lavoro in presenza di più posizioni fungibili perché occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, ove non sia utilizzabile il criterio dell'impossibilità di repêchage, il datore di lavoro deve individuare il soggetto da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede e, in questo contesto, la L. n. 223/1991, art. 5, offre uno “standard” idoneo ad assicurare una scelta conforme a tale canone, ma non può escludersi l'utilizzabilità di altri criteri, purché non arbitrari, improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati”*.

5.2. Rileva la Corte che la società reclamante incidentale, a pagg. 13 e 14 del ricorso in opposizione, aveva allegato che il sig. XXX poteva in astratto essere utilizzato per il 50% dell'orario alla puntatrice, e per il restante 50% in ausilio alla verniciatura (macchina omega), e che in entrambe le attività erano occupati sei dipendenti tutti con carichi di famiglia (a differenza del lavoratore licenziato), e due dei quali con maggiore anzianità di servizio rispetto al resistente.

Nel giudizio di reclamo, la società ha richiamato tali pregresse allegazioni in riferimento alla corretta applicazione dei criteri di cui all'art. 5 L. 223/1991.

5.3. All'esito dell'espletata istruttoria orale, il Giudice dell'opposizione ha correttamente accertato, a pag. 7 e segg. della sentenza impugnata, quanto segue:

“Nel caso di specie, dalla esaminata istruttoria emerge che il lavoratore, dichiarato inidoneo alle mansioni autista, ha svolto le seguenti attività: "provava i portoni, caricava i camion utilizzando un carretto che veniva spinto in parte al camion, preventivamente parcheggiato in una fossa in modo da mantenere il cassone all'altezza del carretto. Utilizzava bombolette spray per completare la zincatura. ... si occupava anche della saldatura dei portoni anzi della cassa-telaio dei portoni” ovvero "si occupava soprattutto di saldare le casse” (teste Frimpong Kwaku); infine, il dipendente "ha lavorato ... nella prova dei basculanti (teste Drop Mor); il teste Chakir Am, dipendente di De Tortoli P.M dal settembre 1995. ha dichiarato che XXX “ha svolto altre mansioni come la saldatura dei telai e da ultimo utilizzava la macchina omega per costruire i profili metallici” e “l’operazione di saldatura dei telai XXX la faceva utilizzando una apposita macchina che non richiedeva delle scale, era sufficiente poggiare i profili sulla macchina e schiacciare un bottone”.

Dall'istruttoria è quindi emerso che all'interno dell'azienda esistevano numerose mansioni espletate dal sig. XXX e compatibili con lo stato di salute del sig. XXX, anche diverse ed ulteriori rispetto a quelle indicate dalla società nell'atto di opposizione.

5.4. Pertanto, come correttamente ritenuto dal Giudice di prime cure, l'allegazione della società sul punto “non può considerarsi dirimente” in quanto, “verificate le mansioni svolte concretamente dal lavoratore, che comprendevano attività ulteriori rispetto a quelle della saldatura e dell'uso della macchina omega (quale il carico dei camion senza doversi sopraelevare, e la prova dei basculanti non elencata dalla società reclamata tra le mansioni interdette) e la circostanza (riferita dal teste Chakir) che **“in azienda i lavoratori più anziani svolgevano tutte le mansioni a seconda del bisogno”**, testimoniando una **assoluta fungibilità** del lavoratore all'intento dell'organizzazione aziendale, tale fungibilità avrebbe imposto alla società datrice di lavoro di porre a raffronto la figura di XXX anche con quello degli

altri lavoratori applicati a tutte le mansioni concretamente anche da lui svolte astrattamente compatibili con le sue condizioni di salute”.

5.5. In presenza infatti di più posizioni lavorative fungibili perché occupate da operai con professionalità sostanzialmente omogenee ed ugualmente adibiti a mansioni fungibili, pur in presenza di impossibilità di repêchage, la società avrebbe dovuto individuare il lavoratore da licenziare secondo i principi di correttezza e buona fede specificati nell’art. 5 legge 223/1991; in assenza di tale verifica e della puntuale dimostrazione del rispetto dei criteri di cui all’art. 5 citato, deve essere condivisa la sentenza laddove accerta la violazione dei criteri di scelta e la conseguente illegittimità del licenziamento de quo, con applicazione della tutela indennitaria prevista dall’art. 18 comma 5° L. 300/1970 (v. in termini Cass. n. 14021/2016).

6. Infine, vanno respinti sia il reclamo principale proposto dal XXX, sia il reclamo incidentale proposto dalla società, avverso il capo della sentenza che ha determinato l’indennità risarcitoria in 16 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, quindi in misura pressoché media rispetto alla previsione normativa.

Ed infatti, l’entità dell’indennità risarcitoria determinata dal Tribunale si giustifica in considerazione da un lato dell’anzianità di servizio del lavoratore pari a 15 anni circa e del numero dei dipendenti occupati (49), dall’altro delle difficili condizioni economiche della società (v. in particolare il passivo di bilancio ed il fatturato in costante diminuzione, con ricorso alla CIG/CIGS e la progressiva riduzione del personale in organico).

7. Sono logicamente assorbite le ulteriori questioni sollevate dalle parti.

8. La reciproca soccombenza delle parti nel presente giudizio di reclamo giustifica la compensazione integrale delle spese del grado.

9. Si dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte sia del reclamante principale XXX, sia del reclamante incidentale XXX, dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto rispettivamente per il reclamo principale ed incidentale a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe indicata, rigettata e/o comunque assorbita ogni diversa istanza, eccezione e deduzione, così decide:

- 1) Rigetta il reclamo principale ed il reclamo incidentale, confermando per l'effetto l'impugnata sentenza;
- 2) Compensa tra le parti le spese di lite del presente grado;
- 3) Ai sensi dell'art. 13, comma 1 quater del DPR 115/2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte **del reclamante principale XXX e del reclamante incidentale XXX** dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto rispettivamente per il reclamo principale ed incidentale a norma del comma 1 bis dello stesso art. 13.

Venezia 17.4.2019.

Il Consigliere estensore
dott. Umberto Dosi

Il Presidente
dott. Luigi Perina