

tati come conseguenza legittima dell'altrettanto legittimo dissenso espresso sui tavoli negoziali (anche a tutela dell'interesse, parimenti meritevole, dei sindacati firmatari a veder valorizzata la loro adesione attraverso il riconoscimento dei diritti in questione). Dall'altro lato, evitando di enfatizzare le possibili ripercussioni negative sulle organizzazioni dissenzianti nell'esercizio di tali diritti. Al di là del caso specifico affrontato nella pronuncia in commento, va rilevato come le criticità in materia di diritti sindacali poste sul piano tecnico-giuridico dalla contrattazione separata tendano a scemare notevolmente laddove ci si ponga in una prospettiva più schiettamente sindacale: evidenti ragioni di convenienza politico-sindacale, infatti, possono spingere comunque il datore di lavoro a riconoscere i diritti sindacali anche ad organizzazioni che non hanno sottoscritto il Ccnl applicato in azienda (G. SANTORO PASSERELLI, *op. cit.*, 521), laddove queste ultime appaiano comunque rappresentative dell'interesse di una quota rilevante di lavoratori.

Melitta Crevatin

Scuola di alta formazione Confartigianato Imprese-ADAPT

2. Licenziamento individuale

2.1. Trib. Milano ordinanza 28 novembre 2012 (in  *Boll. ADAPT*, 2013, n. 1).

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo - Violazione dell'obbligo di *repêchage* - Regime sanzionatorio applicabile.

La mancata prova dell'impossibilità di ricollocare utilmente il lavoratore (c.d. repêchage), gravante sul datore di lavoro, determina l'illegittimità del licenziamento, ma esula dal fatto posto a fondamento del licenziamento.

Ne consegue l'applicazione del regime risarcitorio di cui all'art. 18, c. 7, St. lav., come novellato dalla l. n. 92/2012.

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria

Sommario: 1. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nella l. n. 92/2012. –

2. Obbligo di *repêchage* e limiti del sindacato giudiziale. – 3. Il licenziamento nullo per motivo illecito determinante.

1. L'ordinanza del Tribunale di Milano risulta di particolare interesse perché ha individuato una delle ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo e, conseguentemente, irroga la sanzione risarcitoria e non anche la reintegrazione – art. 18, comma 7, Stat. lav.,

nuovo testo (per un primo commento alla l. 28 giugno 2012, n. 92, cfr. A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, 415 ss.; F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *DPL*, 2012; M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012).

Ovviamente la soluzione proposta segue un percorso argomentativo che richiede all'interprete di chiarire preliminarmente quali sono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di cui al comma 7. Ed è altresì opportuno precisare quali siano l'esatto significato e la portata dell'inciso normativo secondo cui il giudice, nell'ipotesi in cui accerta la manifesta insussistenza del fatto, irroga la sanzione della reintegrazione.

È noto che questo inciso è stato introdotto in corso d'opera per soddisfare le richieste del sindacato, e, in qualche misura, ha alterato il disegno della riforma, la quale in origine aveva l'obiettivo di irrigidire la disciplina delle tipologie contrattuali di assunzione di personale, la cosiddetta flessibilità in entrata, e per contro flessibilizzare la disciplina del licenziamento, la cosiddetta flessibilità in uscita, generalizzando la sanzione risarcitoria in caso di licenziamento illegittimo e prevedendo la sanzione della reintegrazione in casi eccezionali. In realtà l'introduzione dei nuovi dati normativi non ha favorito la realizzazione di questo obiettivo ma ha contribuito ad aumentare la discrezionalità del giudice e, conseguentemente, a ridurre la certezza del diritto.

È però opportuno, prima di procedere all'interpretazione di questi nuovi dati normativi, richiamare 1) la definizione del giustificato motivo oggettivo contenuta nell'art. 3 della l. n. 604, secondo cui questo è costituito da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa e 2) l'interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza quasi unanime secondo la quale il giustificato motivo è costituito a) dal fatto che determina la soppressione del posto b) dal nesso di causalità tra il fatto che ha determinato la soppressione del posto e il licenziamento di quel determinato lavoratore, e infine c) da un dato di derivazione esclusivamente giurisprudenziale, perché nella normativa non c'è traccia di questa indicazione, e cioè la prova fornita dal datore di lavoro dell'inevitabilità del licenziamento, attraverso la prova da parte del datore di lavoro di non potere adibire il lavoratore non solo a mansioni equivalenti, ma neppure a mansioni inferiori (Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *RCDL*, 2009, 507) anche in altre sedi dell'azienda (addirittura anche all'estero secondo Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *OGL*, 2011, I, 182).

Ora nel caso di specie deciso dall'ordinanza del tribunale di Milano il lavoratore è stato licenziato perché è cessato l'appalto, fatto che ha determinato come diretta conseguenza la soppressione del posto di lavoro. In altri termini sarebbe provato il fatto e il nesso di causalità e quindi il licenziamento sotto questi due aspetti potrebbe apparire giustificato. Sennonché, aggiunge il giudice, il licenziamento è comunque illegittimo perché il datore è tenuto prima

di recedere dal contratto a verificare se vi sia la possibilità di ricollocazione del dipendente all'interno dell'azienda, e nell'ipotesi in cui il datore di lavoro non fornisca la prova di avere effettuato questo accertamento, il licenziamento è illegittimo ma la sanzione è risarcitoria e non reintegratoria.

Con questa decisione quindi il giudice aderisce alla tesi secondo cui gli estremi del licenziamento sono quelli precedentemente indicati: mancando la prova dell'impossibilità del *repêchage*, il licenziamento è illegittimo ma la sanzione è soltanto risarcitoria.

È una soluzione accettabile ma in dottrina sono state sostenute anche altre tesi, e cioè che la reintegrazione, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo, può essere disposta solo in casi assolutamente eccezionali, quindi, presumibilmente, solo a fronte di licenziamenti pretestuosi o palesemente arbitrari (P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, intervento in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in *csdle.unict.it*, 7 maggio 2012, 12-17). Secondo altra tesi occorre la prova della insussistenza di tutti gli estremi del giustificato motivo oggettivo (C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice ed onere della prova*, in *MGL*, 2012, 10, 745). E per contro altra opinione, ritiene che la reintegrazione sia applicabile anche nell'ipotesi in cui non sia stata data la prova di una diversa ricollocazione del lavoratore (V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, 563-564; cfr. anche M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, 45-46).

Inoltre nell'ordinanza si sottolinea un altro dato importante, e cioè che quando si prende in considerazione il fatto che giustifica il licenziamento bisogna avere riguardo non alla soppressione del posto *sic et simpliciter* ma alla causa che ha determinato la soppressione del posto, che nel caso di specie è la cessazione dell'appalto (in senso difforme A. MARESCA, *op. cit.*, 448).

Si vuole dire in altri termini che il fatto posto a base del licenziamento non è la soppressione del posto ma la causa che ha determinato la soppressione del posto. E quindi ad esempio la cessazione dell'appalto, la chiusura di un reparto, l'introduzione di una macchina che elimina un posto di lavoro. In questi casi è facile controllare la veridicità del fatto che ha determinato la soppressione del posto perché si tratta di fatti oggettivi e incontrovertibili.

Ma il fatto che determina la soppressione del posto non è sempre e in ogni caso incontrovertibile. Si pensi per esempio alla riduzione del fatturato, alla necessità di ridurre i costi per evitare il fallimento, a una diversa organizzazione del lavoro. Si tratta di fatti che richiedono accertamenti certe volte anche laboriosi e non immediatamente verificabili.

In questi ultimi casi la sussistenza e, per contro, l'insussistenza del fatto può considerarsi non manifesta. E allora la domanda che sorge spontanea è la seguente: nel caso di insussistenza non manifesta la sanzione rimane la reintegrazione o invece è il risarcimento?

A mio avviso in queste ipotesi la sanzione è risarcitoria.

D'altra parte la valorizzazione dell'aggettivo "manifesta" lambisce o meglio interseca il tema del sindacato giudiziale delle scelte imprenditoriali perché accentua la discrezionalità del giudice (già in riferimento alla proposta di legge iniziale vedi F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG*, 2012, 529 ss.; S. MAGRINI, *Quel pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in *ADL*, 2012, 537-538) e dà spazio a quell'orientamento giurisprudenziale che dal 1970 pur escludendo un sindacato di merito del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tuttavia continua ad effettuare, sia pure indirettamente, un controllo delle scelte del datore di lavoro quando verifica la congruità o l'effettiva economicità, l'adequatezza o la necessità delle scelte organizzative del datore di lavoro (G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2013, 368 ss. Sui limiti del sindacato giudiziale, da ultimo, Cass. 21 maggio 2012, n. 7989).

E la stessa prova dell'inevitabilità del licenziamento consente da parte del giudice un controllo sia pure indiretto dell'organizzazione del lavoro stabilita dall'imprenditore.

2. Si tratta a questo punto di vedere quale impatto potrebbero avere sull'interpretazione della nozione di giustificato motivo oggettivo e sul suo controllo da parte del giudice, disposizioni come l'art. 30, comma 1, l. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. "collegato lavoro"). Come è noto questa disposizione esclude che il controllo giudiziale possa essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. È vero che questa disposizione, in sé e per sé considerata, non aggiunge nulla di nuovo e può apparire pleonastica, ma potrebbe acquisire un rilievo diverso se collegata all'art. 1, comma 43, l. 28 giugno 2012, n. 92. Questa disposizione ribadisce che un eventuale sconfinamento da parte del giudice oltre i limiti del controllo giudiziale costituisce una violazione di norme di diritto, legittimante ricorso per Cassazione.

Se quindi si dovesse ritenere che, per effetto della disposizione da ultimo citata, la valutazione della prova del licenziamento come *extrema ratio* implica uno sconfinamento dei poteri del giudice dai limiti posti dalla legge al controllo giudiziale e costituisce motivo di ricorso in Cassazione, ne dovrebbe conseguire che l'obbligo di *repêchage* non potrebbe essere più considerato un dato di integrazione della fattispecie del giustificato motivo di licenziamento.

A questo proposito può essere ricordato un orientamento giurisprudenziale recente, secondo cui il datore di lavoro non è tenuto a fornire la prova dell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore che impugni il licenziamento se quest'ultimo non alleggi l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente reimpiegato (cfr. Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, in *RFI*, voce *Lavoro (Rapporto)*, 2011, n. 1245; più di recente Cass. 15 maggio 2012, n. 7512). E non si può negare che accogliendo questa interpretazione l'obbligo di *repêchage* risulta così «attenuato grazie ad una diversa distribu-

zione degli oneri probatori» (così M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *op. cit.*, 11). Di conseguenza se il lavoratore non introduce in giudizio la questione del *repechage*, il giudice non la esaminerà ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo.

In quest'ottica il licenziamento preso in considerazione dall'ordinanza che qui si commenta dovrebbe ritenersi legittimo perché risulterebbero accertati sia il fatto (cessazione dell'appalto) sia il nesso di causalità (e cioè che il lavoratore era impiegato in quell'appalto) e non risulta che il lavoratore abbia contestato la cessazione dell'appalto o indicato altri posti di lavoro dove poteva essere collocato.

Ma francamente una soluzione del genere non appare realistica, perché non credo che queste disposizioni siano sufficienti, nell'attuale contesto socio-culturale, a determinare una svolta nell'interpretazione fin qui prevalente del controllo da parte del giudice del giustificato motivo oggettivo, a cominciare dall'obbligo di *repêchage*.

Infatti, la stessa nozione di giustificato motivo oggettivo riferita, come recita l'art. 3 della l. n. 604, alle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», evoca e comporta inevitabilmente un obbligo di motivazione da parte del datore di lavoro delle sue scelte e conseguentemente un controllo sulle medesime da parte del giudice. È vero che in omaggio all'art. 41 Cost. il sindacato del giudice dovrebbe fermarsi al controllo del nesso di causalità ma, come si è detto, il sindacato giudiziale spesso supera e trascende il nesso di causalità e si estende alle scelte del datore di lavoro e l'obbligo di *repechage*, creato dalla giurisprudenza e non dalla legge, ne costituisce in qualche misura una conferma e, fino ad ora, come si suol dire, costituisce diritto vivente.

Come tutti sostengono, è vero che il nuovo art. 18 Stat. lav. non ha modificato le fattispecie del giustificato motivo, sia soggettivo che oggettivo, ma non si può negare che all'interno di ciascuna di queste due fattispecie ha introdotto dati normativi che costituiscono presupposti per l'irrogazione della sanzione della reintegrazione o del risarcimento.

Così è opinione comune che la manifesta insussistenza del fatto giustifica la reintegrazione, anche se la formula «manifesta insussistenza del fatto» può essere variamente interpretata (M. MAGNANI, *op. cit.*, 12): infatti, come si è visto, possono esserci fatti la cui insussistenza è agevolmente controllabile, quindi incontrovertibile e perciò manifesta, ed altri fatti la cui insussistenza è controvertibile e comunque può essere accertata in tempi lunghi e di conseguenza non può considerarsi manifesta.

D'altra parte si è visto che l'aggettivo «manifesta», secondo alcuni interpreti, potrebbe essere considerato addirittura la scriminante per giustificare la sanzione della reintegrazione (A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Cedam, Padova, 2012, 59; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, 576-577), nel senso che se la

insussistenza del fatto è manifesta, la sanzione è la reintegrazione: se la insussistenza non è manifesta la sanzione dovrebbe essere risarcitoria. Ma non basta, perché la sanzione potrebbe essere risarcitoria anche in caso di manifesta insussistenza del fatto, in considerazione dell'espressione «può applicare», che abiliterebbe il giudice a valutare anche in questa ipotesi se applicare o meno la reintegrazione in luogo del risarcimento (A. VALLEBONA, *op. cit.*, pp. 58 ss.; C. PISANI, *op. cit.*, 745 ss.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, 325).

E tuttavia, a dispetto dell'interpretazione letterale di questo ultimo dato normativo ed in ossequio ad un'interpretazione sistematica che riduce il tasso di discrezionalità, dannoso per la certezza del diritto, già riconosciuto in misura eccessiva da questa legge al giudice, ritengo che lo stesso giudice, quando accerti l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, debba applicare la sanzione della reintegrazione (cfr. in questo senso già A. MARESCA, *op. cit.*, 442-443).

Condivido in conclusione la decisione di questa ordinanza secondo cui la sanzione della reintegrazione è prevista nel caso in cui il fatto posto a base del licenziamento sia manifestamente insussistente (inteso come insussistenza delle ragioni *ex art. 3* e del nesso di causalità), mentre la sanzione è risarcitoria nel caso in cui non sia stata data la prova da parte del datore di non potere adibire il lavoratore ad altre mansioni.

3. Infine un'ultima osservazione sulla non applicazione al caso in esame della disciplina del licenziamento discriminatorio.

Il ricorrente ha agito in giudizio chiedendo di essere reintegrato anche in virtù del fatto che il recesso doveva ritenersi nullo per la sussistenza di un motivo illecito determinante (ritorsione della società per il rifiuto di sottoscrivere una lettera di dimissioni) e perché il nuovo testo dell'art. 18, comma 7, Stat. lav. stabilisce che «qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda del lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo».

E sulla base di questa disposizione a prima vista si poteva sostenere l'applicazione al caso in esame della disciplina prevista per il licenziamento discriminatorio e conseguentemente la sanzione della nullità del licenziamento irrogato al ricorrente.

Si noti però che il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta, rientrando nell'ampia fattispecie del licenziamento discriminatorio, può considerarsi nullo «soltanto quando il motivo ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 comma 2, 1345 e 1324 c.c.».

Ed è altresì indubbio che l'onere della prova dell'esistenza di un motivo di ritorsione del licenziamento e del suo carattere determinante la volontà negoziale ricade sul lavoratore.

Si può quindi concludere che in assenza di entrambi questi dati, appare condizionale l'orientamento dell'ordinanza volto ad escludere l'applicazione al caso in esame della disciplina prevista per il licenziamento discriminatorio.

Giuseppe Santoro-Passarelli
Professore ordinario di diritto del lavoro
Università degli Studi di Roma "Sapienza"

3. Orario di lavoro

3.1. Trib. Gorizia 19 luglio 2012 (in  *Boll. ADAPT*, 2013, n. 4).

Rapporto di lavoro - Orario di lavoro - Attività preparatorie - Tempo di vestizione - Tempo di percorrenza - Criterio dell'attività svolta nell'interesse del datore di lavoro - Diritto alla retribuzione - Sussistenza.

Il tempo occorrente per eseguire le operazioni accessorie di carattere funzionale ovvero necessario per lo svolgimento dell'attività lavorativa ("tempo tuta" e "tempo percorrenza") rientra nell'orario di lavoro e deve essere come tale retribuito, trattandosi di attività espletate oggettivamente nell'interesse diretto del datore di lavoro.

Note critiche in tema di orario di lavoro e attività preparatorie alla prestazione

Sommario: 1. La vicenda giudiziaria. – 2. La nozione di orario di lavoro nella giurisprudenza: dal "lavoro effettivo" al "tempo eterodiretto". – 3. Tempo tuta e tempo di percorrenza nella fattispecie concreta: il criterio dell'interesse datoriale. – 4. Eterodirezione, disponibilità e sinallagma contrattuale.

1. La pronuncia in commento affronta la questione della riconducibilità del "tempo tuta" e del "tempo di percorrenza" all'orario di lavoro retribuito. Nella fattispecie concreta il ricorrente sosteneva che il tempo utilizzato dai lavoratori per indossare le tute da lavoro fornite dall'impresa e il tempo impiegato dagli stessi lavoratori per raggiungere e abbandonare la propria postazione di lavoro a inizio e a fine turno dovesse essere considerato orario di lavoro e, come tale, andasse regolarmente retribuito. Secondo il ricorrente si trattava, infatti, di tempi "eterodiretti" dall'impresa, sia perché l'utilizzo delle predette tute era obbligatorio per i dipendenti dell'impresa (quantomeno per gli operai), sia perché questi ultimi impiegavano necessariamente un lasso di tempo rilevante per attraversare il vasto stabilimento aziendale e raggiungere la propria postazione lavorativa. Viceversa, la resistente escludeva che tali intervalli temporali dovessero essere retribuiti, in quanto non rientranti nella nozione legale di