

Prova della insussistenza dei presupposti per la non applicabilità della tutela reale (Cass. n. 14833/2012)

Autore:

In: Diritto del lavoro, Giurisprudenza commentata

Massima

Il licenziamento intimato dal datore di lavoro per il rifiuto opposto dal lavoratore di modificare l'orario di lavoro è illegittimo. L'onere di provare l'esistenza del requisito occupazione, ai fini della non applicabilità della tutela reale, inoltre, grava sul datore di lavoro.

1. Questione

Il datore di lavoro appellava la sentenza con la quale la Corte di Appello, nel confermare la decisione del giudice di primo grado, annullava il licenziamento intimato per mancanza di giusta causa o giustificato motivo, ordinava la reintegra del lavoratore nel proprio posto di lavoro e lo condannava al pagamento delle retribuzioni non corrisposte dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegra sulla base della retribuzione globale di fatto oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali.

L'appellante, in particolare, tra le altre, eccepiva la nullità della sentenza sia per difetto di motivazione riguardo l'illegittimità del licenziamento e falsa applicazione dell'art. 2 del D.Lgs. n. 61 del 2000 in quanto, a suo dire, la Corte Territoriale non aveva considerato che le mansioni cui era adibito il lavoratore

erano divenute, di fatto, impossibili in seguito alla chiusura del magazzino dove lo stesso eseguiva la propria prestazione lavorativa e che, dunque, il licenziamento era stato adottato per giustificato motivo oggettivo dovuto a ragioni inerenti l'attività produttiva, sia per difetto di motivazione riguardo all'applicazione della tutela reale e falsa applicazione dell'art. 18 L. 300/1970 in quanto, sempre a suo dire, la Corte di merito aveva erroneamente applicato la tutela reale nella convinzione che era onere del datore di lavoro provare il requisito dimensionale.

La Corte di Cassazione rigettava il ricorso.

2. L'illegittimità del licenziamento motivato dal rifiuto del lavoratore di modificare l'orario di lavoro

Nella sentenza qui scrutinata gli Ermellini hanno dichiarato, sulla base dei documenti ritualmente acquisiti al processo, l'illegittimità del licenziamento intimato non già per ragioni inerenti all'attività produttiva ma, per il rifiuto del lavoratore part-time di modificare l'orario di lavoro. Secondo i giudici di Cassazione, infatti, non è possibile motivare un licenziamento adducendo la scarsa flessibilità del lavoratore nell'accettare nuovi orari di lavoro.

In subjecta materia, invero, è pacifico che se il datore di lavoro sulla base degli art. 2086, 2094 e 2104 c.c. può modificare, per esigenze dell'impresa e nel rispetto dei patti contrattuali, le modalità di esecuzione della prestazione lavorativa dei dipendenti anche per quanto concerne la distribuzione dell'orario di lavoro nell'arco della giornata e della settimana, non può, però, modificare unilateralmente l'orario di lavoro.

La giurisprudenza, a tal proposito, già in altre pronunce, ha sostenuto l'illegittimità del licenziamento motivato dal rifiuto del lavoratore di accettare una nuova distribuzione temporale dell'orario part-time disposta dal datore in conformità di un accordo collettivo redistributivo dell'orario di lavoro, laddove tale espulsione non era stata resa necessaria per fronteggiare una soppressione del posto di lavoro ma per rendere la prestazione più utile e vantaggiosa per l'azienda. In tale ipotesi, dunque, il rifiuto del lavoratore, nell'integrare una eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c., non era idoneo a giustificare il licenziamento (cfr. Cass. civ., sez. lav., 2268/1996 in www.altalex.com). Sulla stessa scia si collocano pure quelle pronunce che hanno ritenuto legittimo il licenziamento disposto a seguito del rifiuto del lavoratore di accettare un nuovo orario di lavoro allorché l'impresa datrice di lavoro, in seguito all'aggiudicazione di un nuovo appalto, necessitava di differenti modalità di espletamento del medesimo servizio. In tale ipotesi, infatti, sussiste il diritto del datore di lavoro di modificare unilateralmente l'orario di lavoro dei dipendenti part-time poiché sorge il diritto di esigere che la nuova prestazione di lavoro sia resa compatibile con la nuova situazione venuta in essere stante la soppressione dello specifico posto di lavoro così come strutturato nell'appalto cessato. In caso di rifiuto del lavoratore, quindi, l'impossibilità a ricevere la prestazione lavorativa giustifica il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Com'è noto, infatti, nel contratto di lavoro part-time la volontà di ridurre l'orario di lavoro e la sua collocazione ha carattere bilaterale per cui, costituendo elemento essenziale del contratto, può essere modificato solo con il mutuo consenso di entrambe le parti e non unilateralmente dal datore di lavoro in forza del suo potere di organizzare l'attività aziendale (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 19/12/1991, n. 13728 in www.utetgiuridica.it). In tale ottica, la modifica dell'orario di lavoro attuata in maniera unilaterale dal datore di lavoro è illegittima con la conseguenza che, sia le sanzioni disciplinari, sia il licenziamento comminati per l'inosservanza dell'orario unilateralmente modificato, sono illegittimi (cfr. Tribunale di Milano, 30-03-2001 in www.utetgiuridica.it). Solo se le parti hanno convenuto clausole flessibili, che consentono la variazione temporale della prestazione lavorativa e clausole elastiche che, invece, consentono una variazione in aumento della durata della prestazione, il datore di lavoro può modificare l'orario sempre nel rispetto della disciplina vigente; in tale evenienza, l'eventuale rifiuto è causa di licenziamento (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 22/03/1990, n. 2382 in www.utetgiuridica.it). Analoga sanzione si applicherà al lavoratore che rifiuta di osservare un nuovo orario di lavoro part time introdotto da un accordo aziendale ovvero quando nell'impresa sorge la necessità di una diversa modalità di espletamento del servizio. Il rifiuto, in tale ipotesi è considerato, infatti, contrario a buona fede con conseguente inammissibilità dell'autotutela dell'eccezione di inadempimento e il conseguente licenziamento per

insubordinazione (cfr. Tribunale di Latina, 23/10/2000 in www.utetgiuridica.it).

3. La prova del requisito occupazionale ai fini della non applicabilità della tutela reale.

Com'è noto, il campo di applicazione della tutela reale è collegato alla dimensione dell'organizzazione del datore di lavoro ovvero alle unità produttive nelle quali l'organizzazione è articolata. In passato, in giurisprudenza, si era posto il problema circa la ripartizione dell'onere della prova relativa alla consistenza numerica del datore di lavoro proprio ai fini dell'applicabilità o meno della tutela reale. Si affermarono, così, tre distinti orientamenti.

Il primo orientamento sostiene che il lavoratore che denuncia l'illegittimità del licenziamento per mancanza di giusta causa o giustificato motivo e chiede l'applicazione della tutela reale, deve anche dimostrare la consistenza numerica del personale dell'unità produttiva di appartenenza in quanto la dimensione occupazionale è considerata un elemento costitutivo del diritto alla reintegra e, in quanto tale, da provare (cfr. per tutte Cass. civ., Sez. lav., 14/07/1983, n. 4845 in www.utetgiuridica.it).

Secondo tale orientamento, quindi, la consistenza numerica indicata dalla L. 300/1970 costituisce elemento integrativo della fattispecie costitutiva del diritto che si vuol far valere e, pertanto, il fatto costitutivo, essendo "condizione di accoglimento della domanda", deve essere provato da chi l'adduce (cfr. Cass. civ., Sez. lav. 28 aprile 1988 n. 3229 in www.utetgiuridica.it; cfr. altresì Cass. civ., Sez. Lav., 3 luglio 1991 n. 7286 in www.utetgiuridica.it) e, cioè, dal lavoratore sulla base della disciplina generale ed in particolare dell'art. 2697 c.c., con l'ulteriore conseguenza che la mancanza di siffatta prova è rilevabile d'ufficio.

A conforto, si afferma il carattere "generale" della tutela obbligatoria, e, di contro, il carattere eccezionale della tutela reale; cosicché, si appalesa necessario che il lavoratore debba provare il suo diritto ad ottenere il rimedio più intenso ed eccezionale. Si afferma, cioè, come l'oggetto della tutela giudiziaria del lavoratore è, in via di regola, l'obbligo di risarcimento pecuniario e, soltanto in via di eccezione, l'obbligo di reintegrazione di cui all'art. 18 cit., comma 1. Con termini di sintesi, il regime ordinario è quello della stabilità obbligatoria, ossia della tutela risarcitoria, onde, non occorrere provare il requisito dimensionale mentre il regime della stabilità reale è l'eccezione per cui occorre dimostrare la dimensione occupazionale quale elemento costitutivo del diritto fatto valere dal lavoratore.

È senza dubbio coerente con tale posizione quella che, nel confermare l'onere della prova in capo al lavoratore licenziato che propone domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, considera raggiunta siffatta prova in caso di non contestazione da parte del datore di lavoro convenuto (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 16 aprile 1991 n. 4048 in www.utetgiuridica.it e obiter dictum va segnalato che oggi, l'art. 115 c.p.c. novellato, ha codificato tale principio) o di rinuncia alla relativa eccezione da parte del suo procuratore (cfr. Cass. Civ., Sez. lav., 18 gennaio 2005 n. 881 in www.utetgiuridica.it), o per mezzo dei documenti comunque acquisiti al processo, e in particolare del libro matricola (cfr. Cass. civ., Sez. lav., n. 12747 del 2003 in www.utetgiuridica.it).

Il secondo orientamento, invece, ritiene eccessivo l'onere imposto al prestatore di lavoro di fornire al giudice la prova della consistenza numerica del personale dell'impresa posto che, ai fini della tutela applicabile, deve aversi riguardo al numero medio degli occupati in relazione alle normali esigenze produttive e non al numero degli occupati esistente al momento di intimazione del licenziamento, considerate anche le esclusioni previste nel co. 2 dell'art. 18. "Il requisito numerico...quale fatto costitutivo inerente alle condizioni dell'azione esperita ai sensi dell'art. 18 l. n. 300 del 1970 deve essere dimostrato dal lavoratore, mentre, una volta comprovata la consistenza delle unità lavorative necessarie secondo la normale produttività dell'impresa, incombe al datore di lavoro dimostrare che, mediante la risoluzione di altri rapporti di lavoro in epoca precedente il licenziamento in contestazione, è stata attuata una scelta stabile in ordine ad una nuova e minore dimensione dell'organizzazione produttiva" (cfr. Cass. civ., Sez. lav., n. 1815 del 1993 in www.utetgiuridica.it).

Il terzo orientamento si differenzia da entrambi i precedenti ed in maniera particolare più marcatamente dal primo in quanto pone l'onere di provare l'assenza dei requisiti dimensionali necessari per la reintegra sul datore di lavoro in quanto, invertendo il precedente indirizzo, afferma che "la tutela specifica costituisce la regola e quella per equivalente l'eccezione". Secondo tale orientamento, dunque, il licenziamento illegittimo costituisce una forma di inadempimento contrattuale per cui, ad esso, va applicato il principio generale di cui all'art. 1218 c.c. ossia il principio secondo il quale è il convenuto a dover dimostrare di avere adempiuto, ovvero di non avere potuto adempiere senza colpa e dimostrare il fatto impeditivo della avversa pretesa. (cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 17/05/2002 n. 7227 in www.utetgiuridica.it; cfr. altresì, Cass. Civ., Sez. Lav., 04/03/1988 n. 2249 in www.utetgiuridica.it).

Quando è accerta l'illegittimità del licenziamento, pertanto, l'onere di eccepire e provare l'inesistenza del requisito occupazionale ossia l'impedimento all'applicazione dell'art. 18, legge n. 300/1970, grava sul datore di lavoro. Secondo questa giurisprudenza, infatti, i fatti costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore a riprendere l'attività sono esclusivamente l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo mentre, le dimensioni dell'impresa e il giustificato motivo del licenziamento, costituendo fatti impeditivi del diritto soggettivo dedotto in giudizio, devono essere dimostrati dal datore di lavoro. In tal modo il datore dimostra che l'inadempimento degli obblighi derivantigli dal contratto di lavoro non è a lui imputabile (art. 1218 cod. civ.) e che, comunque, il diritto del lavoratore a riprendere il suo posto non sussiste, con conseguente necessità di ridurre la tutela al risarcimento monetario o, in alternativa, alla riassunzione.

Così ragionando, si evita di rendere troppo difficile l'esercizio del diritto per il lavoratore che non ha l'immediata e, quindi, "semplice" disponibilità dei fatti idonei a dimostrare il numero dei lavoratori occupati nell'impresa.

A risolvere il mentovato contrasto giurisprudenziale e a far proprio l'ultimo orientamento sono state le Sezioni Unite che, con la loro pronuncia, resa nel 2006, dopo aver richiamato e descritto i diversi orientamenti, hanno affermato come il requisito occupazionale, previsto dall'art. 18 L. n. 300/1970, non è uno degli elementi costitutivi del diritto soggettivo del lavoratore ad essere reintegrato. L'onere di dimostrare che l'art. 18 L. n. 300/1970 non è applicabile a causa delle ridotte dimensioni dell'azienda

grava, dunque, sul datore di lavoro (cfr. Cass. civ., Sez. Unite, 10/01/2006, n. 141 in www.utetgiuridica.it).

Secondo gli Ermellini, a norma dell'art. 2697 cod. civ. chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento mentre a chi ne eccepisce l'inefficacia, ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto, deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda. Al giudice occorre perciò, una volta identificati sia il fatto costitutivo, sia quello impeditivo, ripartire l'onere probatorio fra attore e convenuto secondo lo schema logico regola-eccezione, considerato sia il principio della vicinanza, o disponibilità del mezzo (cfr. Cass. civ., Sez. lav., 22 gennaio 1999, n. 613 in www.utetgiuridica.it), sia che l'art. 2697 cit. è una disposizione in bianco destinata ad essere completata da quella dettata per il caso concreto.

I giudici, così, partendo da un confronto con la normativa civilistica in punto di azione di adempimento o di responsabilità per inadempimento, affermano che, in materia di licenziamenti illegittimi, la regola è quella prevista dall'art. 18 St. Lav. in quanto più aderente ai principi generali in materia di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. e, del relativo risarcimento del danno ex art. 1223 c.c.. Le Sezioni Unite ricordano, quindi, come nell'ambito generale del diritto privato l'art. 2058 cod. civ. attribuisce al danneggiato la reintegrazione in forma specifica, se giuridicamente e materialmente possibile, ed il risarcimento per equivalente se la reintegra risulta eccessivamente onerosa per il debitore "... sulla base di queste disposizioni il legislatore ha stabilito il diritto del creditore "all'esatto adempimento della prestazione dovuta" e come "soltanto in linea subordinata ed eventuale" al risarcimento del danno. La sostituzione di un'obbligazione di risarcimento all'azione primitiva è un fenomeno speciale e saltuario, condizionato da particolari circostanze di fatto. Da ciò la necessità non solo di interpretare restrittivamente l'art. 2058 cit., comma 2, ma anche di considerare come eccezionali le norme che escludono o limitano la tutela specifica...oggi l'obbligazione di ricostruire la situazione di fatto anteriore alla lesione del credito rendendo così possibile l'esatta soddisfazione del creditore, non tenuto ad accontentarsi dell'equivalente pecuniario, costituisce la traduzione nel diritto sostanziale del principio, affermato già dalla dottrina processuale degli anni trenta e poi ricondotto all'art. 24 Cost...secondo cui il processo ... deve dare alla parte lesa tutto quello e proprio quello che le è riconosciuto dalla norma sostanziale..."

Anche la dottrina, in buona sostanza, condivide la ricostruzione fornita dalle Sezioni Unite, osservando che ha, tra le altre, il pregio di far ricadere l'onere della prova dell'effettiva consistenza dell'impresa sul datore di lavoro che, con maggiore facilità può dimostrarla attraverso, ad esempio, la produzione in giudizio dei libri paga (nell'attualità del libro unico), la cui tenuta è obbligatoria per legge. Questa soluzione, inoltre, permette di superare una serie di problemi collegati al primo orientamento che, da una parte, nel tentativo di attenuare l'eccessivo rigore formalistico dell'art. 2697 c.c., ha cercato soluzioni meno rigide, quali, ad esempio, ammettere che il Giudice disponga d'ufficio la prova della consistenza occupazionale dell'impresa sempre nel rispetto del criterio dell'onere di allegazione, ovvero la desuma dal comportamento processuale del datore di lavoro; dall'altra parte, con pronunce più restrittive, ha ritenuto sufficiente una semplice contestazione generica del datore di lavoro perché il lavoratore dovesse poi fornire la prova del requisito occupazionale.

Oggi la giurisprudenza di legittimità è unanime nell'affermare che il lavoratore deve provare solo i fatti costitutivi del proprio diritto alla reintegrazione, vale a dire l'esistenza del rapporto di lavoro subordinato e l'illegittimità dell'atto espulsivo mentre il datore di lavoro, a prescindere dalla posizione processuale ricoperta, deve dimostrare la sussistenza del requisito quantitativo del personale ai fini della non applicabilità della tutela reale. Per completezza, giova ricordare come, di recente, la Corte di Cassazione abbia riconosciuto al datore di lavoro la possibilità di adempiere a tale onere anche mediante prova per testi. Secondo la Corte, infatti "... si tratta, per quanto riguarda la valutazione delle prove, di una valutazione che involge apprezzamenti di fattori, riservati al giudice del merito, al quale è rimessa la valutazione delle risultanze istruttorie, così come la scelta, tra esse, di quelle ritenute più idonee a sorreggere la motivazione...". La prova testimoniale, quindi, può essere ritenuta prova idonea a dimostrare la consistenza numerica ai fini della non applicabilità della tutela reale (cfr. Cass. Civ., Sez. Lavoro, 05/11/2012, n. 18926 in www.studiolegalelaw.net).

Laura Petrini

Laureata in Giurisprudenza, Specializzata in Professioni Legali, Avvocato, Cultore della materia alla cattedra di Diritto del Lavoro presso l'Università degli Studi di Teramo.

<https://www.diritto.it/prova-della-insussistenza-dei-presupposti-per-la-non-applicabilita-della-tutela-reale-cass-n-148332012/>