
Comitato scientifico:

Simone ALECCI (Magistrato) - Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina CHIARAVALLI (Presidente di Tribunale) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella DELIA (Magistrato) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPA (Magistrato) - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Francesca PROIETTI (Magistrato) - Serafino RUSCICA (Consigliere parlamentare, Senato della Repubblica) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato, Vice Capo dell'Ufficio legislativo finanze del Ministro dell'economia e delle finanze) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Non contestazione ex art. 115 c.p.c.: opera anche per i fatti impeditivi

Il principio di non contestazione di cui all'art 115 c.p.c., secondo cui "salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione (...) i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita", opera non solo per i fatti costitutivi allegati dall'attore a fondamento della domanda ma anche per i fatti impeditivi estintivi allegati dal convenuto.

Tribunale Pescara, sezione lavoro, sentenza del 12.01.2016, n. 13

...omissis...

L'art. 5 della medesima legge stabilisce che l'onere della prova della sussistenza del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro.

Sul punto in giurisprudenza è ormai consolidato il principio secondo cui in capo al datore di lavoro che intende intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, incombe altresì l'onere di provare

l'impossibilità di adibire lo stesso lavoratore da licenziare ad altre mansioni nell'ambito dell'organizzazione aziendale. Tale impossibilità deve, però, essere circoscritta alle mansioni equivalenti a quelle svolte dal lavoratore all'interno dell'azienda (ex plurimis, Cass. n. 21282/06; Cass. n. 12514/04).

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni tecniche, organizzative produttive è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost..

E' di evidenza che nel caso del giustificato motivo oggettivo la legge riconosca una prevalenza delle esigenze dell'impresa rispetto a quelle del lavoratore alla conservazione del posto, e che, pur inibendo al giudice il potere di sindacare il merito delle scelte imprenditoriali che determinano al licenziamento, gli affidi comunque di vagliare la sussistenza del nesso di causalità tra le scelte riorganizzative imprenditoriali ed i licenziamenti conseguenti.

E', tuttavia, di chiara evidenza che tale dimostrazione datoriale presuppone che sia contestata dal lavoratore la sussistenza del nesso di causalità tra le scelte riorganizzative imprenditoriali ed il licenziamento conseguente: ed infatti, il principio di non contestazione di cui all'art 115 c.p.c., secondo cui "salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione (...) i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita", opera non solo per i fatti costitutivi allegati dall'attore a fondamento della domanda ma anche per i fatti impeditivi estintivi allegati dal convenuto.

Ne consegue che, poiché, nel caso di specie, il fatto impeditivo del diritto alla riassunzione del lavoratore fatto valere dal datore di lavoro è la ristrutturazione organizzativa della società e, in particolare, la riduzione della lavorazione cui era adibito il Ma. a causa della diminuita attività da svolgere, e poiché il lavoratore non ha inteso contestare quanto detto in sede di memoria di costituzione dalla ditta convenuta in ordine a tale esigenza riorganizzativa, al giudice non resterà che porre a fondamento della odierna decisione la sussistenza del fatto della ristrutturazione organizzativa della società e la riduzione sensibile del tipo di attività svolta dal lavoratore non contestato dal lavoratore.

Ad ogni buon conto, tutti i testi escussi hanno riferito che vi era stata una riduzione dei lavori e quasi tutti i testi escussi (xxxx hanno riferito di essere stati successivamente licenziati dalla convenxxxxx

Per altro verso, il Tribunale stigmatizza un'ulteriore carenza di allegazione da parte attorea, quella che attiene alla mancata indicazione delle circostanze utili per dimostrare che in azienda vi fosse la possibilità di essere adibito ad un altro posto di lavoro.

Ed invero, una volta dato per ammesso che il licenziamento del Ma. scaturì da ragioni imprenditoriali ed esigenze organizzative, e fermo restando che ciò posto comunque incombe sul datore di lavoro, ai fini della prova della sussistenza del giustificato motivo obiettivo del licenziamento, l'onere della dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza gravi sul datore di lavoro, non può, però, ignorarsi che la Suprema Corte (Cass. 20.1.2003 n 777; Cass. 9.8.2003 n 12037; Cass. 8207 del 16.6. 2000), che qui si ritiene di condividere, nel tentativo di evitare che la prova dell'impossibilità di repaceage si traduca in una prova diabolica, ha comunque stabilito il principio che il lavoratore licenziato deve indicare le circostanze utili a dimostrare l'esistenza, in azienda, di un posto di lavoro cui poter essere adibito.

La migliore giurisprudenza vuole che ai fini della prova della sussistenza del giustificato motivo obiettivo del licenziamento l'onere della dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza "può essere assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria, mentre il lavoratore ha comunque un onere di deduzione e di allegazione di tale possibilità di reimpiego (Cass. n. 6559/2010).

Si è, infatti, specificato nella giurisprudenza di legittimità, che la prova suindicata non deve essere intesa in modo rigido, dovendosi esigere dallo stesso lavoratore, che impugni il licenziamento, una collaborazione nell'accertamento di un possibile repaceage, mediante l'allegazione della esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato; a tale allegazione, poi, corrisponde l'onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità nei posti predetti, da intendersi assolto anche mediante la dimostrazione di circostanze indiziarie, come l'assenza di altre assunzioni in relazione alle mansioni del dipendente da licenziare (cfr. Cass. n. 9369 del 1996; n. 13134 del 2000).

In particolare la Suprema Corte ha sostenuto che: "ove una siffatta possibilità di diversa utilizzazione - che costituisce elemento di fatto certamente collegato, ma pur sempre differenziato e distinto rispetto alle vere e proprie ragioni di carattere organizzativo, produttivo e funzionale riferite all'attività aziendale dal citato art.3 - non sia stata neppure allegata dal ricorrente tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda, non v'è ragione logica per cui il convenuto debba chiedere di provare la insussistenza di una tale circostanza, in quanto appunto nemmeno prospettata dalla parte interessata a farla valere" (Cfr. Cass. n. 10559 del 1998).

Orbene, ciò detto, rileva il Tribunale che il Ma. nulla ha dedotto indicato e allegato in ordine ad una eventuale e diversa posizione lavorativa che poteva coprire all'interno dell'azienda; né tale onere allegativo può dirsi soddisfatto dalla semplice e mera dichiarazione relativa al fatto di aver svolto anche mansioni superiori - avendo svolto la sua prestazione lavorativa prevalentemente sulle bancate (sia interne che esterne) ed essendo stato frequentemente addetto alla guida e all'uso delle piattaforme aeree -; la dichiarazione resa attiene a quanto accaduto nel corso del rapporto di lavoro prima della sua cessazione e non ha idoneità a significare, al contempo, l'indicazione dell'attività che all'interno dell'azienda ilxxxxxxx. sarebbe stato disposto a coprire ovvero a dimostrare l'esistenza, in azienda, di un simile posto di lavoro cui poter essere adibito. Infatti, "quando sia incontroversa o comunque provata la legittima riduzione del personale con conseguente soppressione del posto occupato dal dipendente, sorge una presunzione di incollocabilità di quest'ultimo in altra posizione di lavoro, con la conseguenza che il lavoratore nell'opporsi al licenziamento determinato da detta legittima riduzione ha l'onere di fornire la prova della possibilità per l'azienda di una sua diversa utilizzazione, precisando in quale posto (ovviamente) scoperto questa possa avvenire e articolando i relativi mezzi di prova, giustificandosi tale distribuzione dell'onere probatorio anche in funzione della semplicità del suo assolvimento da parte del lavoratore, cui è sufficiente indicare il posto nel quale possa esser ricollocato, e, per contro, della estrema difficoltà per il datore di lavoro di assolvere l'onere contrario, comportante l'esame di tutti i posti di lavoro similari nell'azienda, nonché in relazione al criterio usuale in tema di prova, secondo cui i fatti positivi vanno provati da chi li afferma" (Cass. Sez. L., n. 6009 del 16-6-98 nonché, ex plurimis, n. 8207 del 16-6-2000 e n. 10672 cit.).

Del resto occorre rilevare che la resistente ha, in ogni caso, provato non solo di aver effettuato altri licenziamenti dopo quello del ricorrente, ma anche di non aver assunto successivamente altri lavoratori.

Ed infatti è xxxxxxxx.

In definitiva la domanda di annullamento del licenziamento deve essere rigettata.

6. In ordine alle differenze retributive, l'attore ha allegato di aver percepito durante l'esecuzione del rapporto una retribuzione mensile di 1.200,00 Euro a fronte di buste-paga mediamente ammontanti ad Euro 1.400,00 e di non aver ricevuto le tredicesime mensilità maturate dal 2005 al 2009, mai consegnate al lavoratore.

Ciò posto, deve ritenersi che, alla stregua dei principi generali, era onere del datore dimostrare di avere pagato al lavoratore le spettanze retributive, nel caso di specie invocate nella misura indicate in busta paga.

Il datore di lavoro ha dedotto che le buste paga consegnate al lavoratore erano state da lui regolarmente sottoscritte per ricevuta e quietanza.

Ora, con la sentenza n. 14411 del 30 giugno 2011 la Suprema Corte di Cassazione ha confermato il suo orientamento concernente il fatto che, la sola firma per quietanza della busta paga da parte del lavoratore non costituisce prova per il datore di lavoro di aver erogato correttamente la retribuzione. La sottoscrizione della busta paga, infatti, non ha valore confessorio significando esclusivamente attestazione dell'esattezza delle somme conteggiate. Ciò vale a maggior ragione nel caso di specie, ove le buste in atti risultano firmate in alcuni casi "per ricevuta prospetto paga" ovvero, in altri, senza alcuna giustificazione.

Il teste xxxx (udienza del 20/11/2012) ha affermato che "sub 2 è vera la xxxxx erogava stipendi sempre inferiori alle buste-paga. Posso dire questo in quanto anche a me non ha mai corrisposto le somme delle buste. Il teste xxxxxx. (udienza del 11/12/2012), per contro, ha affermato: "Alcune volte le buste paga recavano una somma inferiore a quella percepita. Non avveniva mai il contrario". Invero va detto che quest'ultime teste non appare del tutto attendibile posto che il medesimo nella stessa udienza ha ammesso: "Fino all'altro ieri il x mi ha promesso di farmi rientrare nella ditta nuova dove sono stati riassunti gli altri".

Anche il teste Pa. Da. (udienza del 11/12/2012) ha riferito "Le mie retribuzioni corrispondevano, più o meno, a quelle indicate nelle buste - paga", in tal modo confermando che poteva esservi una non perfetta coincidenza, anche in difetto, tra quanto conteggiato e quanto corrisposto dal datore di lavoro.

La resistente, a dimostrazione dell'avvenuto pagamento, ha prodotto matrici di assegni bancari, qualche busta-paga, qualche estratto conto, senza, tuttavia, mai riuscire a dimostrare l'avvenuto pagamento di quanto conteggiato: infatti, pur volendo tralasciare il fatto che gli assegni rappresentano per definizione un titolo astratto (in altri termini, il Ma. potrebbe averli ricevuti per qualsiasi ragione) e che non è mai stata data la prova del loro effettivo incasso, è risultato, comunque, impossibile accostare i singoli assegni alle buste-paga, atteso che non corrispondono mai le date e, soprattutto, gli importi.

Quanto sopra affermato trova puntuale conferma anche nell'esperita C.T.U. ad opera della Dott.ssa Bi. alla quale è stato posto il seguente quesito: "(...) verifichi gli importi netti dovuti al ricorrente per le mensilità e le voci in contestazione (ottobre 2005-ottobre 2010) in riferimento alle risultanze desumibili dalle buste paga in atti (e per le mensilità in cui esse mancano in riferimento alla media delle altre) imputando come importo netto effettivamente percepito la somma mensile di E1.200,00 (salve le mensilità per le quali risulta dalla documentazione bancaria in atti l'avvenuto pagamento di un importo netto maggiore, se riferibile alle stesse voci correnti);

computi le eventuali differenze risultanti fra i due importi netti così evidenziati e ne quantifichi l'ammontare complessivo, computando a parte anche interessi e rivalutazione;

verifichi la posizione esistente presso la cassa edile e gli eventuali accantonamenti non versati, quantificandone l'importo complessivo ed a parte anche la rivalutazione e gli interessi."

L'ausiliario del Giudice ha quindi proceduto ad evidenziare ciò che il datore di lavoro non ha corrisposto o corrisposto in maniera difforme alle ricostruzioni richieste. Per le annualità interessate, in particolare, ha elaborato:

- dettaglio delle differenze mensili prospetti riassuntivi dal quale si ricava la differenza a credito del lavoratore per ogni mese ed anno con calcolo degli interessi e della rivalutazione; - prospetto CIG con relativo riepilogo;

- LUL - listino paga ottobre 2010 con dati di conguaglio fiscale e netto prospetti Cassa Edile con calcolo interessi e rivalutazione.

A conclusione dell'istruttoria e nonostante l'intimato ordine di esibizione, controparte non ha prodotto né fornito al C.T.U. copia delle buste-paga relative ai mesi di novembre 2009, settembre 2009, agosto 2009, luglio 2009, giugno 2009, maggio 2009, marzo 2008, gennaio 2007, aprile 2006 (mai consegnate al Sig. Ma.) né, tantomeno, ha mai fornito elementi utili per calcolare aliunde gli importi corrisposti e/o da corrispondere.

xxxxxxx

Ed ancora, dalla relazione peritale in atti risulta che "la Cassa Edile di Pescara, territorialmente competente, alla richiesta avanzata dal CTU ha fornito tempestivamente una risposta. Il C.T.U. ha formalmente richiesto di conoscere ore ed accantonamenti denunciati ma non versati dalla Di Pa. sas a favore del lavoratore Pi. Ma.. Dal prospetto inviato, si desume che sono ancora scoperti i periodi da maggio a settembre 2010, per un totale di euro 1.046,00. (...) anche in questo caso si riscontra un comportamento anomalo del datore di lavoro che ha indebitamente trattenuto cifre - contributi - che sono del lavoratore".

Alla luce della ricostruzione effettuata e in risposta al xxxxxxx

1. bonifico bancario del 30/09/2010 di euro 1.500,00, causale 1° rata TFR 2. bonifico bancario del 21/02/2011 di euro 1.000,00, causale V rata TFR

3. bonifico bancario del 14/01/2011 di euro 1.500,00 causale licenziamento 4. bonifico bancario del 10/03/2011 di euro 800,00 causale saldo TFR.

Tutti i bonifici evidenziano correttamente l'ordinante e il destinatario

5. Assegno di c/c bancario tratto su CARPE con copia girata per l'incasso di euro 1.084,50. L'assegno di c/c bancario tratto su CARIFE di euro 700,00 non può considerarsi incassato in quanto, se pur archiviato in data 31/10/010 ed acquisito e gestito in forma digitale per l'archiviazione allo sportello con il sistema Microcheque che, nell'evoluzione degli sportelli bancari, con apposito database installato normalmente nel server di filiale, rende possibile il trasferimento dei documenti con tutte le funzionalità necessarie, comprese la ricerca, la riproduzione e la masterizzazione, non reca la girata per l'incasso a firma del Sig. Ma. Pi.. È solo la girata per l'incasso che costituisce quietanza di pagamento. Inoltre, lo stesso assegno risulta integro, almeno nella riproduzione, senza il taglio in alto a sinistra che oggi viene effettuato negli sportelli bancari, al fine di evitarne il riciclaggio.

Gli altri documenti bancari allegati corrispondono a copie di matrici di assegni ed anche per questi non vi è prova dell'incasso da parte del Sig. Ma.. Pertanto, non vengono considerati nel totale corrisposto e nel monte di euro 1.200,00 come dichiarato dal lavoratore e ben intuito dal Giudice che propone il quesito. Il C.T.U. ritiene quindi che nessun pagamento sia superiore al netto dovuto".

A conclusione, dunque, della lunga istruttoria, suffragata, da ultimo, da un'approfondita ed tecnicamente

corretta Consulenza Tecnica d'ufficio, è possibile affermare che "al lavoratore Sig. Ma. Pietro spettano:

1. differenze retributive nette pari ad euro 13.423,32

2. accantonamenti alla Cassa Edile di Pescara per un totale, comprensivo di interessi e rivalutazione, pari ad euro 1.046,00".

Per un totale complessivo di euro 14.469,32, sul quale sono dovuti rivalutazione monetaria ed interessi legali da calcolarsi secondo i criteri enunciati da Cass. SS. UU. N° 38/2001.

7. Quanto, infine, alla domanda riconvenzionale di restituzione della somma di Euro 6.000,00 quale importo corrisposto al Ma. dal mese di ottobre 2005 al mese di ottobre 2010 a titolo di rimborso spese di viaggio (euro 100,00 ogni mese) la stessa, in assenza di idonea documentazione comprovante l'effettivo pagamento, deve essere rigettata.

8. Le spese di lite, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza del resistente, salvo compensazione per 1/2 in ragione del rigetto della domanda di accertamento dell'illegittimità del licenziamento.

9. Devono essere poste, invece, interamente a carico della resistente le spese di C.T.U. contabile, liquidate come da separato decreto.

Tali sono i motivi della presente decisione.
p.q.m.

Definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da Ma. Pi., nei confronti di D. Pa. G. & C. S.A.S., così provvede:

Rigetta la domanda di annullamento del licenziamento intimato in data 18/10/2010;

accerta il diritto di parte ricorrente a vedersi corrisposta la complessiva somma di Euro 14.469,32, per le causali di cui al ricorso, e per l'effetto, condanna parte resistente a corrispondere al ricorrente la complessiva somma di Euro 14.469,32, con rivalutazione monetaria ed interessi legali dalla data di esigibilità all'effettivo soddisfo;

respinge la domanda riconvenzionale della resistente;

compensa per 1/2 le spese di lite tra le parti;

condanna parte resistente a corrispondere al ricorrente le spese di lite che si liquidano per l'intero in 5.131,00 per compenso, oltre al 15% delle spese forfettarie ed oltre IVA e CPA come per legge - salvo quanto da compensare da distrarsi ex art. 93 c.p.c.;

pone definitivamente a carico della parte resistente le spese di C.T.U., con obbligo di restituire al ricorrente quanto eventualmente anticipato.

Così deciso in Pescara, il 12 gennaio 2016.

Depositata in Cancelleria il 12/01/2016