

406/2019

Depositata il
30 APR 2019

R.G. n. 991/18

Cron. n. 1308/19



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA
Sezione per le controversie del lavoro

composta dai Signori Magistrati:

Dott. Claudio Bisi	Presidente
Dott. Carlo Coco	Consigliere rel.
Dott. Susanna Mantovani	Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa di appello iscritta al n. 991 / 2018 R.g.l.,
reclamo ai sensi dell'art. 1, co. 58 / 60, legge n. 92 / 2012,
avverso la sentenza del Tribunale di Reggio Emilia n. 285 / 19.11.2018,
avente ad oggetto: impugnazione di licenziamento,
posta in decisione all'udienza collegiale del 9.4.2019,

promossa da:

[redacted]

rappresentato, difeso ed elettivamente domiciliato presso l'Avv.
Francesco Arlotti del Foro di Reggio Emilia

- reclamante

contro:

[redacted] in persona del l.r.p.t.,
rappresentata e difesa dagli Avv. [redacted]
[redacted] e presso quest'ultima elettivamente domiciliata
in Bologna

- reclamato

udita la relazione della causa fatta dal Consigliere dott. Carlo Coco,

sentite le parti ed udita la lettura delle conclusioni assunte dai procuratori delle parti, come in atti trascritte,
esaminati gli atti e i documenti di causa.

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto

I - Con ricorso al Tribunale di Reggio Emilia, in funzione di Giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 1, co. 47 e ss., legge n. 92 / 2012, [] ha impugnato il licenziamento intimatogli con raccomandata in data 11.4.2016 da [] per giustificato motivo oggettivo – così motivato: *“la scrivente azienda, ha subito un forte calo nel corso dell'anno 2015 del proprio fatturato in relazione all'attività di trasporto per conto terzi. A fronte di ciò, stante il fatto che le mansioni da Lei svolte in favore della scrivente erano attinenti alla mansione di autista e considerato altresì la impossibilità della società [] di reimpiegarLa anche con altre mansioni diverse, Le comunichiamo la soppressione del Suo posto di lavoro”* – assumendone la nullità, in via principale, in quanto ritorsivo, con richiesta di applicazione delle tutele ex art. 18, co. 1, 2 e 3, della legge n. 300 / 1970, e, in via subordinata, in quanto insussistente il g.m.o. addotto, con richiesta di applicazione delle tutele ex art. 8 della legge n. 604 / 1966.

Costituita e resistente la Società, all'esito dell'istruttoria, con ordinanza in data 17.2.2018 il Tribunale di Reggio Emilia ha respinto la domanda principale ed accolto la subordinata condannando il datore di lavoro, in alternativa alla riassunzione, al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata a cinque mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, oltre accessori, con parziale compensazione delle spese processuali.

[] ha opposto l'ordinanza - nel ricostituito contraddittorio con la Società, che ha prestato acquiescenza alla propria condanna ex art. 8 della legge n. 604 / 1966 - reiterando la domanda principale volta ad ottenere la tutela reintegratoria a fronte della prospettata ritorsività del licenziamento subito.

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale di Reggio Emilia, senza necessità d'istruttoria supplementare, ha respinto l'opposizione, compensate le spese, richiamando e confermando la motivazione della precedente ordinanza ed escludendo il valore confessorio del riferimento al licenziamento come *“epilogo che lo stesso [] ha voluto”* contenuto a pag. 16 della memoria di costituzione della Società nel giudizio ordinario di primo grado.

La controversia in merito alla ritorsività del licenziamento è riproposta col reclamo del [], cui resiste []

E' stato espletato nel presente grado di giudizio l'interpello del reclamante ed è stata acquisita la documentazione afferente l'aliunde perceptum da parte del lavoratore occupatosi successivamente al licenziamento (come da dichiarazioni dei redditi, prospetti paga ed estratto conto contributivo esibiti con riferimento al periodo dal 2016 ad oggi).

II - Il reclamo è fondato e va pertanto accolta, come da dispositivo, la domanda principale proposta dal [] non apparendo condivisibile il percorso motivazionale della gravata sentenza, che assume "non sia stato adeguatamente provato" il carattere ritorsivo del licenziamento, laddove minimizza la portata ed esamina in modo parcellizzato la serie di elementi indiziari allegati da parte del lavoratore, onerato della prova, pure acquisiti sulla base dell'istruttoria testimoniale svolta, trascurando, inoltre, la loro concatenazione – anche in relazione alla riconosciuta (ed incontestata) manifesta infondatezza delle ragioni del licenziamento: insussistenza di calo del fatturato e delle commesse nel periodo anteriore, assunzioni di altri autisti in coincidenza con l'assenza per malattia del lavoratore, possibilità di repechage sulla base delle mansioni svolte dal [] e violazione comunque dei criteri di scelta tra i dipendenti con mansioni fungibili – con ciò obliterando, in materia di elezione come quella dedotta in giudizio, il disposto dell'art. 2729 c.c. circa l'efficacia di piena prova da annettersi alle presunzioni fondate su di una pluralità di circostanze gravi, precise e concordanti.

Dalla stessa lettura della sentenza, ed in particolare delle ritrascritte dichiarazioni testimoniali, si evince l'infondatezza ed unidirezionalità della querela proposta dalla Società nei confronti del [] con riguardo al trattenimento delle chiavi dell'automezzo condotto, risultando esservi una prassi aziendale in tal senso legata soprattutto alla dilatazione degli orari di lavoro, di cui il [] era "campione".

La sentenza tralascia poi di considerare dimensioni, protrazione e legittima reazione del dipendente all'omesso pagamento dell'ingente credito per straordinari maturato assimilandolo al modesto ritardo nella corresponsione delle retribuzioni attestato anche per altri dipendenti.

In estrema sintesi, il primo Giudice, pur dando conto (sbrigativamente) di ben nove elementi indiziari, non ha proceduto alla loro concatenazione e complessiva interpretazione, quale peraltro espressa dalla stessa difesa resistente in termini di constatazione logico-deduttiva, se non confessori in senso tecnico, laddove l'intero passo della memoria difensiva del precedente grado suona (significativamente, e tutt'altro che ambiguamente) così: "occorre anche tenere nella dovuta considerazione che il Sig. []

_____ non ha perso occasione per colpire l'azienda e ciò ha fatto con ogni strumento sia stragiudiziale che giudiziale. Se il Sig. _____ si fosse reso maggiormente disponibile come hanno fatto gli altri lavoratori si sarebbero evitato quell'epilogo che lo stesso _____ ha voluto. Inoltre, occorre tenere nella dovuta considerazione anche il fatto che il Sig. _____ non si è limitato a chiedere il pagamento di retribuzioni quanto anche di straordinari oggetto di contestazione. Di fatti sul pagamento delle ore di straordinario, invece, è insorta tra le parti una controversia che è stata composta in via transattiva con la sottoscrizione di un verbale di conciliazione innanzi la D.T.L. di Reggio Emilia (vedi: doc. n. 12; fasc. ricorrente)".

La difesa del _____ ha dunque osservato, correttamente, che "la tesi della natura esclusivamente ritorsiva del licenziamento è corroborata dai seguenti elementi presuntivi: a) Palmare inconsistenza e manifesta insussistenza del motivo addotto alla base del recesso contrattuale; b) Invio di lettere dell'azienda con rilievi pretestuosi, non seguiti da disciplinare; c) Presentazione di una querela nei confronti del lavoratore per presunta sottrazione delle chiavi del camion nella quale sono indicati come unici testi due soggetti che, sentiti nel corso della fase di primo grado, hanno escluso di essere a conoscenza della circostanza, attestando così l'assoluta pretestuosità dell'accusa datoriale; d) Mancato pagamento delle numerose ore di lavoro straordinario (periodo gennaio / luglio 2015) se non nel 2016 dopo l'intervento dell'Ispettorato del Lavoro di Reggio Emilia; e) Reiterato mancato pagamento delle retribuzioni mensili (anche di quelle dovute per i mesi di malattia, nonostante la società procedesse alla compensazione con l'Inps) con necessità di ricorrere a procedimenti monitori per ottenere la corresponsione del dovuto; f) Mancata riammissione al lavoro dopo il periodo di malattia seguito da un periodo di ferie imposte; g) Condotta datoriale chiaramente ostile nei confronti del _____ come comprovato dal fatto che nelle difese in primo grado della Sas si sia accusato il lavoratore di simulare lo stato di malattia e si siano utilizzate espressioni ("epilogo che lo stesso _____ ha voluto") di valore confessorio o comunque chiaramente indizianti la ritorsività del licenziamento".

Stanti le premesse vanno ora ripercorsi partitamente, e complessivamente interpretati, i fatti rilevanti di causa sulla falsariga della puntuale prospettazione del reclamante (sulla motivazione per relationem v. Cass. S.U. sent. n. 642 / 2015).

III - In ordine all'illegittimità del licenziamento – sulla quale si è formato il giudicato interno – il primo Giudice ha correttamente rilevato la pretestuosità della motivazione datoriale, atteso che nessuno degli elementi indicati ha trovato riscontro nelle risultanze dell'istruttoria.

Lo scrutinio delle sopra trascritte motivazioni addotte nella lettera di recesso va tuttavia svolto al fine di accertarne il valore indiziario rispetto all'intento in realtà ritorsivo di parte datoriale.

L'affermazione secondo cui la Società aveva subito un forte calo nel corso dell'anno 2015 del proprio fatturato in relazione all'attività di trasporto per conto terzi si è rivelata inveritiera e del tutto carente di riscontro probatorio.

Nel giudizio di primo grado la Società non ha allegato alcuna produzione, o formulato istanza istruttoria, utile al fine di comparare l'anno 2015 con il 2014, limitandosi al deposito del solo conto economico del 2015. Né ha dedotto od offerto di provare una diminuzione del fatturato complessivo dell'attività, una crisi aziendale o una necessità di ristrutturazione con riduzione del personale, limitandosi sempre a sostenere che era calata l'attività di trasporto ma si era incrementata quella di disidratazione dei fanghi.

Al contrario, il lavoratore ha dedotto che da ricerca su Internet risultavano appalti (servizio di disidratazione dei fanghi biologici prodotti dagli impianti di depurazione con trasporto dei fanghi disidratati alle destinazioni finali) di durata triennale aggiudicati da [] nel 2014 e nel 2015 (docc. 33, 33 bis e 33 ter) e ciò comprova che la Società non aveva avuto un calo di lavoro, come peraltro dalla stessa confermato laddove (a pag. 3 della comparsa di costituzione e risposta nella seconda fase di primo grado) si ammette che *"l'aggiudicazione di appalti nel suddetto periodo"* è *"di per sé incontestabile"*. Inoltre, nella memoria difensiva della prima fase del giudizio di primo grado (pagg. 4 / 5) la stessa resistente assume che *"nello svolgimento della propria attività imprenditoriale partecipa con successo a varie gare di appalto pubblici ed attualmente, così come era in forza il ricorrente ha in essere l'esecuzione di appalti pubblici con la società a partecipazione pubblica denominata [] presso gli stabilimenti di Parma e Reggio Emilia"*, ma non viene dedotta né tantomeno provata alcuna cessazione di appalto giustificante un calo del lavoro.

Il fatto che la Società non abbia avuto un calo dell'attività lavorativa è poi dimostrato dal raffronto tra il LUL di aprile 2016 (doc. 34), mese in cui è stato irrogato il licenziamento, con un monte ore lavorate dai dipendenti pari complessivamente a 832 ore, ed il LUL di aprile 2015 (doc. 35) con 782,50

ore: ne consegue che la necessità di manodopera non solo non era diminuita ma era aumentata.

La Società ha cercato di sminuirne la portata di tale circostanza sostenendo che era dipesa dall'aumento dell'attività di disidratazione fanghi che il [] non voleva svolgere ed appunto su tali basi la lettera di licenziamento dà per presupposto *"il fatto che le mansioni da Lei svolte in favore della scrivente erano attinenti alla mansione di autista"*. Ma si tratta, ancora una volta, di un'affermazione inveritiera: [] era stato assunto contrattualmente appunto per svolgere mansioni di addetto macchine disidratazione fanghi (doc. 2 prima fase del giudizio) e svolgeva indifferentemente compiti di addetto alle macchine di disidratazione dei fanghi, di autista addetto al trasporto fanghi (nell'ambito degli appalti di cui la Società era aggiudicataria) e, residualmente, di addetto alla bonifica dei letti di drenaggio (svolta con escavatore e muletto). A riprova sta l'indicazione contenuta nei suoi prospetti paga della mansione di *"autista / add.to macch. disidr. fanghi"*.

Assume poi la lettera di licenziamento l'impossibilità di reimpiego del [] con diverse mansioni in contrasto con la circostanza che tutti i dipendenti in forza al momento del licenziamento - e segnatamente [], [] - erano certamente fungibili in quanto assunti con le stesse mansioni di *"autista / add.to macch. disidr. fanghi"*, col medesimo inquadramento contrattuale (livello 3-S), come emergente dal LUI, acquisito in atti e come ammesso dalla Società (a pag. 5 della comparsa di costituzione e risposta nella seconda fase di primo grado).

La necessità di soppressione del posto di lavoro del [] è ulteriormente, nitidamente smentita dalla circostanza, evincibile dal raffronto tra i LUI, di aprile 2015 e aprile 2016, delle due nuove assunzioni effettuate dopo l'inizio della malattia del [] ([], assunto il 31.7.2015, e [], assunto il 12.8.2015): ne discende che - come osservato dal reclamante - *"era logico ed inevitabile, ceteris paribus (quindi in assenza di acquisizione di ulteriori appalti), che si determinasse un esubero che non era affatto frutto di una difficoltà economica aziendale, quanto della oculata scelta datoriale di assumere altro personale per poi estromettere il []"*.

Ancora, valore indiziario della fondatezza della prospettazione del reclamante assume la palese illegittimità del criterio di scelta del lavoratore da licenziare: *"in merito alla anzianità di servizio, basti osservare che il ricorrente veniva assunto il 12.6.2013, mentre ben quattro colleghi stipulavano il contratto solo pochi mesi prima del licenziamento"* ([] il 31.7.2015, [] il 6.7.2015, [] il 3.6.15 e [] il 12.8.2015) ed il [] aveva una figlia a carico.

Le circostanze non sono state contestate e da esse “*emerge quindi chiaramente, in ogni caso, la palese violazione del criterio di scelta che la società avrebbe dovuto adottare in forza dei principi di buona fede e correttezza contrattuale, che si sostanziano - pur nella diversità dei relativi regimi - nella applicazione in via analogica dei criteri previsti dalla legge 223 / 1991, nell'articolo 5, per quanto concerne i licenziamenti collettivi, e pertanto nella valutazione dei carichi di famiglia e dell'anzianità del dipendente. Da quanto esposto emerge indefettibilmente che il motivo oggettivo di licenziamento addotto da parte datoriale non solo è insussistente, come riconosciuto anche nella sentenza impugnata, ma all'evidenza artificiosamente creato e dedotto al solo fine di conferire una parvenza di legittimità al recesso contrattuale e ciò costituisce un primo - e non irrilevante - elemento presuntivo della ritorsività del licenziamento. A tale proposito va richiamata Cass. 8 agosto 2011 n. 17087: "Ciò posto, va ribadita la regola che l'onere della prova della esistenza di un motivo di ritorsione del licenziamento e del suo carattere determinante la volontà negoziale grava sul lavoratore che deduce ciò in giudizio. Trattasi di prova non agevole, sostanzialmente fondata sulla utilizzazione di presunzioni, tra le quali presenta un ruolo non secondario anche la dimostrazione della inesistenza del diverso motivo addotto a giustificazione del licenziamento o di alcun motivo ragionevole"*”.

IV - Vanno quindi esaminati gli ulteriori elementi indiziari a suffragio della prospettazione del carattere ritorsivo del licenziamento e del fatto che questo è comunque dipeso da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c. “*Nella sentenza si adduce poi che "se è vero che sono state fatte alcune contestazioni al lavoratore occorre, però, evidenziare che alle stesse non sono seguiti provvedimenti disciplinari". Tale assunto non coglie tuttavia nel segno in quanto il lavoratore non è stato licenziamento formalmente per una ragione attinente alla condotta del lavoratore (e quindi per giusta causa o giustificato motivo soggettivo) ma per una asserita esigenza produttiva (giustificato motivo oggettivo). Nello specifico va poi osservato che le lettere inviate dalla società erano impostate come richiami, e non come contestazioni disciplinari vere e proprie non contenendo nemmeno la richiesta di dare le giustificazioni entro 5 giorni e pertanto il fatto che non sia seguito alcun provvedimento disciplinare non può avere alcun rilievo. Ciò che .. è emblematico per dimostrare l'animus datoriale è che, dopo oltre due anni in cui il rapporto era proseguito regolarmente, all'improvviso - proprio in concomitanza con i problemi di salute del lavoratore e le richieste di pagamento degli*

straordinari e delle retribuzioni arretrate - sia cominciato uno stillicidio di invio di raccomandate, a prescindere che le stesse abbiano poi avuto, o meno, un esito in termini di sanzioni disciplinari. La volontà datoriale era probabilmente quella di incutere timore nel ricorrente e di indurlo a rassegnare le dimissioni; del resto, il fatto che la società abbia proceduto a contestare la presunta sottrazione delle chiavi solo in data 10.08.2015 (ovvero nella terza lettera), la dice lunga sulla pretestuosità dell'accusa mossa! Diversamente opinando, quale altro scopo attribuire a contestazioni inconsistenti, poi non seguite da alcun provvedimento disciplinare, se non quello di determinare uno stato di pressione sul dipendente e indurlo a recedere dal contratto di lavoro e a ricercare un'altra occupazione?!"

V - *"La sentenza prosegue: "A ciò occorre aggiungere che, comunque, la teste Iori Ilcuna dipendente della resistente e convivente di [] ha riferito che il ricorrente non ha consegnato i dischi tachigrafici relativi alle mensilità da gennaio 2015 a luglio 2015 di cui le è stata, poi, inviata solo una copia dall'avv. [] che l'aveva ricevuta da altro legale nel febbraio 2016 e che la carta conducente non è mai stata esibita alla società resistente prima dell'incontro svoltosi il 25 novembre 2015 presso lo studio della dot. []". Sul punto occorre fare maggiore chiarezza. Va innanzitutto ribadito che, per la rilevazione dei tempi di guida, alcuni dei mezzi utilizzati dai dipendenti di [] erano dotati del tachigrafo digitale, ovvero di un dispositivo elettronico delle dimensioni di un'autoradio, nel quale durante l'attività lavorativa viene inserita la cd. carta del conducente, ovvero una tessera delle dimensioni della patente di guida con all'interno un microchip per la registrazione dei dati; altri mezzi utilizzavano invece il sistema del tachigrafo analogico con l'utilizzo dei dischi cartacei, che venivano poi consegnati a cadenza periodica (generalmente alla fine di ogni mese) al datore di lavoro. Ciò è confermato da parte datoriale che, nella lettera del 10.8.2015 (doc. 7 prima fase del giudizio), precisa che lo scarico del tachigrafo cartaceo deve essere fatta ogni 28 giorni per legge, così confermando implicitamente che in precedenza – in assenza di contestazioni a suo carico in merito – anche il [] vi avesse provveduto. Va poi osservato ulteriormente che nella medesima giornata lavorativa il Sig. [] così come i colleghi, poteva utilizzare più mezzi a seconda delle necessità aziendali e, comunque, si deve rilevare che svolgeva le proprie mansioni in via del tutto preponderante su mezzi dotati di tachigrafo digitale. Si deve, inoltre, ribadire che la teste [] ha dichiarato di essere socia accomandante e dipendente di [], di essere convivente di [] e di lavorare presso la*

sede legale in [] (che, a quanto è dato sapere, coincide con la casa di abitazione della [] e del []), ovvero a circa 25 km dalla sede operativa (doc. 36). Fatte queste doverose premesse, emerge con evidenza la inverosimiglianza di quanto asserito dalla [] la cui testimonianza deve essere ponderata con cautela in termini di attendibilità, alla luce del ruolo rivestito. Innanzitutto non è dato comprendere per quale motivo [] non avrebbe dovuto consegnare i dischi cronotachigrafi che erano necessari per il calcolo degli straordinari di cui lamentava il mancato pagamento e, secondariamente, per quale motivo fino ad Agosto 2015 il datore di lavoro non avesse stigmatizzato tale comportamento ove effettivamente sussistente e che esponeva il datore di lavoro al rischio di sanzioni per la mancata registrazione della documentazione. Si dovrebbe paradossalmente ipotizzare un improvviso impulso di autolesionismo del lavoratore che, di punto in bianco, avrebbe cominciato a rifiutarsi di cooperare con il datore di lavoro per fornire la documentazione necessaria per il pagamento delle ore di lavoro straordinario di cui pure rivendicava con fermezza il riconoscimento. Non è forse più credibile e ragionevole ritenere che fosse il datore di lavoro ad addurre pretestuosamente di non avere ricevuto i dischi per giustificare il proprio inadempimento rispetto al pagamento degli straordinari ?! Non è nemmeno vero che la [] abbia ricevuto i dischi solo a febbraio 2016 in quanto gli originali erano già in possesso del datore di lavoro. A tale proposito si richiama la comunicazione e-mail del sottoscritto procuratore del 1.2.2016 (doc. 37) nella quale, discutendosi in merito alle ore di straordinario non pagate, si adduceva che il datore di lavoro non avesse probabilmente "conteggiato le ore indicate nei dischi cronotachigrafi che allego (ed il cui originale è in possesso del datore di lavoro)". Con la predetta comunicazione mail, il sottoscritto procuratore provvedeva semplicemente ad inviare il file della scansione delle fotocopie dei dischi che il lavoratore aveva tenuto per sé a tutela della possibilità di verificare la corretta erogazione della retribuzione (come è uso fare da parte degli autisti). Né è rilevante che la carta del conducente sia stata esibita solo il 25 novembre 2015: va ribadito che la carta del conducente altro non è che la tessera personale dell'autista che viene inserita nell'apposito alloggiamento del cronotachigrafo digitale nel momento in cui si prende in consegna un veicolo. Lo scarico delle ore lavorate può agevolmente essere effettuato tramite il tachigrafo digitale del mezzo, senza la carta del conducente, circostanza ovviamente nota agli operatori del settore e che la società – nella memoria difensiva della prima fase (cfr. pagina 18 memoria difensiva avversaria RG 537/2016) – afferma con sprezzo del

ridicolo di avere appreso solo in sede di conciliazione monocratica tramite l'ispettore dott. []..”.

VI - *“La giustificazione aziendale dei mancanti pagamenti – consistente nell'affermare che era impossibile elaborare le buste paga a causa della condotta del lavoratore che ometteva da mesi di consegnare la tessera del conducente, tesi a cui controparte vuol dare credibilità tramite la [] – è risibile ! Inoltre, non solo la carta del conducente non era affatto necessaria per procedere alla retribuzione delle ore di lavoro straordinario – in quanto queste ultime potevano essere invece agevolmente conteggiate tramite lo "scarico" dei dati dal dispositivo presente sul mezzo come dianzi esposto – ma si trattava di una giustificazione che non poteva di certo essere utilizzata dal datore di lavoro per quel che concerneva il mancato pagamento delle mensilità ordinarie o di quelle maturate durante il periodo di malattia ! A tale proposito, basti considerare che, per decisione datoriale contestata dal lavoratore, le buste da Gennaio a Giugno 2015 venivano predisposte senza conteggiare le ore di lavoro straordinario. E che, come sopra riportato, la società seguiva a non riconoscere il pagamento di quanto dovuto anche nei mesi successivi, costringendo il lavoratore a ricorrere a procedimenti monitori”.*

VII - *“Nella sentenza è poi evidenziato che "Per quanto, poi, attiene alla querela sporta dalla società per asserita sottrazione delle chiavi anche questo elemento non prova il carattere ritorsivo del licenziamento. Dall'istruttoria complessivamente espletata, infatti, non è risultato provato che il ricorrente restituisse ogni sera le chiavi ed, anzi, vi sono state varie deposizioni in senso contrario ... Non è, quindi, possibile affermare l'infondatezza dei fatti esposti nella querela e desumere dalla stessa elementi a sostegno della tesi della natura ritorsiva del licenziamento". Anche sulla questione della presunta mancata consegna delle chiavi la impugnata ordinanza non pare convincente. Innanzitutto, non pare appagante un ragionamento che si basa sul presupposto che competerebbe al lavoratore dare una piena prova liberatoria di un fatto che non ha commesso, il che si tradurrebbe in una probatio diabolica. Sia nell'ambito penalistico (in dubio pro reo) che in quello disciplinare (onus probandi incumbit ei qui dicit) non vi è dubbio che la mancata prova di un fatto comporta, ipso facto, la sua insussistenza come fatto giuridico, con esclusione di punibilità in campo penalistico e di fondatezza del provvedimento disciplinare in campo giuslavoristico. Non si vede per quale motivo, nello scrutinio del caso in esame, ci si debba discostare da tali solidi principi. Ma vi è dell'altro. Nell'incertezza su quanto*

riferito dai testi, rispetto ai quali bisogna però tenere conto anche di quelli che non sono stati richiamati nell'ordinanza (ad esempio, [] e []), vi sono due elementi presuntivi di non poco momento:

A) Il primo è rappresentato dal fatto che l'esame di quanto riferito dai due soggetti che adducono di essere stati presenti proprio in data 29.7.2015 avvalorata la ricostruzione del []: il teste [] rileva: "Confermo che il [] ha lasciato il mezzo di traverso nel piazzale in quanto il passaggio era ostacolato dall'auto di [] e il posteggio era ostacolato dalla presenza di un cassone blu ... Posso dire che io ho sempre lasciato le chiavi dell'automezzo e del depuratore sul camion. Non so come facessero gli altri. ADR: Ho sempre lasciato le chiavi sul camion e quindi quando sono stato in malattia non avevo nessuna chiave del camion ... Il [] ha lasciato l'autocarro aperto e cioè non chiuso a chiave. Lo posso dire in quanto vedendo l'autocarro di traverso gli ho chiesto perché non l'avesse chiuso. Lui mi ha risposto che lo lasciava aperto perché era di traverso e che forse l'avrebbero spostato [] perché forse era il primo ad uscire": il fatto di avere lasciato il mezzo di traverso induce a ritenere certamente credibile e verosimile che il lavoratore avesse lasciato le chiavi in loco affinché il mezzo potesse poi essere spostato, una volta che l'auto del [] fosse stata rimossa; lo stesso teste avversario [] che dichiara di essere stato presente il 29.7.2015, pur non essendo singolarmente stato visto dal [], riferisce emblematicamente: "Non so se in quella occasione avesse preso le chiavi". Ci si chiede del resto, ancora una volta, quale utilità avrebbe tratto il lavoratore dal trattenere le chiavi e non restituirle; se controparte intendesse sostenere che si trattava di una sorta di "ripicca" per i mancati pagamenti, sarebbe agevole osservare che - come esposto nel ricorso introduttivo e non contestato da controparte - il mezzo veniva utilizzato regolarmente anche dopo l'assenza per malattia [], indice da un lato del fatto che la condotta del lavoratore non era idonea ad arrecare un pregiudizio alla società (e quindi che senso avrebbe avuto adottarla a fini di ripicca ?!) e, dall'altro, ulteriore riprova del fatto che le chiavi erano state lasciate in azienda a disposizione della società.

B) Il secondo elemento presuntivo è rappresentato dall'esame della denuncia - querela (doc. 9 di parte resistente) che permette, poi, di acclarare al di là di ogni ragionevole dubbio il fatto che parte datoriale provvedeva a lamentare l'asserita sottrazione delle chiavi solo per l'acrimonia nei confronti del dipendente, senza averne la benché minima prova. Invero, il denunciante [] indica come testimoni della sottrazione delle chiavi il Sig.

_____ e la Sig.ra _____, Orbene, entrambi i testi sono stati escussi nella prima fase del presente procedimento e non hanno affatto confermato la circostanza. Il primo – rispondendo al capitolo 14 della memoria difensiva – ha affermato, apertis verbis, di non sapere se in quella occasione il _____ avesse preso le chiavi. La seconda – rispondendo al capitolo 22 della memoria difensiva – ha affermato che le chiavi non erano state restituite dal _____ presso la sede legale di _____: la teste è quindi del tutto inconferente in quanto non si vede per quale ragione il lavoratore avrebbe dovuto recarsi presso la sede legale a 25 km di distanza, posto che tutti i rapporti venivano tenuti sulla sede operativa di _____ !! Su cosa si è quindi basata la denuncia penale ?!

In ultima analisi, pare che anche rispetto alla querela vi siano elementi ben più che sufficienti per ritenerla un indice significativo della ritorsività del licenziamento”.

VIII - “La sentenza prosegue: “Neppure è elemento da cui desumere la ritorsività del licenziamento il ritardato pagamento della retribuzione e ciò considerato che i testi hanno riferito di aver ricevuto pagamenti in ritardo da parte della società ... Orbene, seppure dalla deposizione dei testi non si evinca il motivo dei ritardi nei pagamenti da parte della società, occorre, però, evidenziare che il tardivo pagamento ha riguardato anche gli altri dipendenti e che, pertanto, non può essere indice di ritorsività del licenziamento”. Sul punto occorre osservare che, come puntualmente esposto in atti, i ritardi nei pagamenti del _____ erano ben superiori ai brevi ritardi segnalati dai colleghi, ma erano cronici (arrivando anche a 5 mensilità) e riguardavano anche il mancato pagamento della indennità di malattia (che, una volta compensata con i contributi dovuti, integra anche ipotesi di reato quali appropriazione indebita, truffa o indebita percezione di erogazioni statali). Per farsi riconoscere quanto dovuto, il lavoratore - a differenze dei colleghi - doveva presentare richiesta di intervento alla DTL di Reggio Emilia e poi promuovere ben tre procedimenti monitori come esposto in premessa e documentato in atti. E' davvero difficile, direi quasi impossibile, comparare la situazione del _____ a quella degli altri colleghi che ricevevano lo stipendio con un breve ritardo. Del resto controparte ha prodotto in atti solo alcuni pagamenti di altri colleghi (e non tutti come richiesto da questa difesa), scelti in modo da rappresentare una versione dei fatti difforme dalla realtà. Ne consegue che la questione relativa ai ritardi nei pagamenti della retribuzione dovuta al _____ è senz'altro indice significativo della natura ritorsiva del recesso”.

IX - "La sentenza poi prosegue: "Né in mancanza di precisi elementi probatori può essere indice della ritorsività del licenziamento la circostanza che al ricorrente alla cessazione della malattia siano state fatte fruire delle ferie". Sotto tale profilo, va osservato che non è tanto da porre in rilievo il fatto in sé e per sé che il lavoratore, terminato il periodo di malattia, sia stato posto in ferie, quanto piuttosto l'epilogo del rapporto nel suo complesso.

[] una volta terminato il periodo di malattia, non riammetteva mai in servizio il Sig. [], imponendo un primo periodo di ferie, prorogato poi di volta in volta e sempre "all'ultimo minuto" tramite sms, lasciando così il lavoratore in una situazione di incertezza. Terminate le ferie, il lavoratore in data 11.04.2016 si recava ad offrire la propria attività lavorativa presso la sede aziendale ma non trovava nessuno in azienda né il datore di lavoro gli rispondeva al telefono, ragione per la quale si vedeva costretto ad offrire per iscritto la propria prestazione lavorativa. Solo nei giorni successivi [] riceveva il telegramma e la lettera di licenziamento. Pare davvero difficile negare che la condotta datoriale fosse quindi esclusivamente orientata a precludere al lavoratore il rientro in azienda e ad espellerlo in via ritorsiva dal contesto lavorativo. Non si spiegherebbe diversamente la mancanza di qualsivoglia contatto telefonico per comunicare le ferie, il ricorso solo a sms, lettere e telegrammi, la mancata risposta alle telefonate del lavoratore, la irrogazione del licenziamento per telegramma, tutti elementi che mostrano incontrovertibilmente che il [] non voleva "avere più niente a che fare" con il [] che era divenuto un soggetto indesiderato, che in quanto tale doveva essere allontanato dal luogo di lavoro.

Sono quindi molteplici gli indici da cui si può ricavare per presunzioni la natura ritorsiva del recesso".

X - Ulteriore elemento indiziario, nel senso della ritorsività del licenziamento, lo si evince ancora dalle circostanze acquisite in causa afferenti lo stato di malattia del [] nel periodo successivo al 29.7.2015. Infatti, "va rammentato che parte datoriale manifestava apertamente, in più occasioni, le proprie riserve sulla effettiva situazione di salute del lavoratore oltre che la contrarietà rispetto al fatto stesso che il lavoratore fosse in malattia e così danneggiasse l'azienda, con affermazioni prive di oggettività (la assenza per malattia è a carico dell'Inps) e che denotavano in modo evidente l'animus del datore di lavoro (doc. 23 prima fase del giudizio). Ora, per quanto concerne quest'ultimo documento, è ben vero che si tratta di una comunicazione e-mail inviata dalla rag. [] e non dal Sig. [] ma non possono sfuggire alcuni elementi: la prima è la madre del secondo, è colei che

predispone i bilanci della società (vedasi doc. 13 di controparte) e che ha assistito la società nel tentativo di conciliazione monocratica (doc. 12 prima fase del giudizio), tutte circostanze non contestate da controparte. E' quindi ben difficile immaginare che quanto riferito fosse avulso dal pensiero che le veniva rappresentato dal Sig. [] apparendo verosimile che fosse invece proprio l'opinione di quest'ultimo. Basta peraltro leggere la memoria difensiva avversaria (RG 537 / 2016) della prima fase del giudizio nei punti ove si fa riferimento alla malattia per capire che vi è da parte datoriale la convinzione che lo stato morboso non esistesse e fosse stato simulato ad arte dal dipendente. Controparte sostiene infatti che il lavoratore avrebbe iniziato il periodo di malattia a far tempo dal 29.7.2015 solo in quanto non veniva retribuito, ritenendo quindi che la malattia fosse del tutto insussistente. Si arriva persino a dubitare (cfr. pagina 28 della memoria difensiva avversaria nella prima fase RG 537 / 2016 laddove si parla di "indice di inattendibilità dello stato di malattia del ricorrente") dello stato morboso del [], sostenendo che lo stesso si sarebbe inspiegabilmente procurato un certificato medico nella giornata di domenica 25.10.2015 e solo dopo che in detta giornata il datore di lavoro gli aveva comunicato tramite sms che dal giorno successivo sarebbe stato in ferie. Davvero non si comprende, se non in una ottica preconcepita, questa inutile vis polemica: basta osservare il relativo certificato (prodotto in atti sub doc. 5 di controparte) per rilevare che la data della visita del [], all'esito della quale venne rilasciato il certificato di continuazione di malattia, fu sabato 24.10.2015 ! Né si comprendono tutte le illazioni avversarie ove si consideri che, come emerge anche dal doc. 5 di controparte, il ricorrente ha sempre regolarmente certificato il proprio stato di malattia e non vi è mai stata nessuna visita fiscale che non abbia convalidato le prognosi del medico di base. Peraltro, poi, lo stesso medico competente aziendale Dott. [] [], a riprova della effettiva sussistenza di problemi alla salute da parte del lavoratore e della non pretestuosità della prolungata assenza, in data 29.2.2016 - al termine del periodo certificato ed in vista del rientro lavorativo - dichiarava il [] "idoneo con limitazioni" con la prescrizione "mmc max 15 kg, con busto di sostegno lombare" (doc. 14)".

XI - In esito al suesposto riesame delle risultanze di causa va dunque accolta la prospettazione del reclamante secondo cui "la condotta datoriale era la illegittima reazione non solo alla protratta assenza per malattia (che costituiva un diritto per il dipendente) ma anche alla richiesta di pagamento di tutte le ore di lavoro straordinario e delle retribuzioni non corrisposte (che

costituiva, ancora una volta, l'esercizio di un diritto da parte del [] presentata innanzi all'Ispettorato del Lavoro di Reggio Emilia, a seguito della quale la società era stata costretta a riconoscere il pagamento di tutte le ore di straordinario prestate nel periodo gennaio-luglio 2015".

Ne consegue che, in riforma delle impugnate ordinanza e sentenza del Tribunale di Reggio Emilia ed in accoglimento della domanda principale proposta da [] in applicazione del disposto dell'art. 18, co. 1 e 2, della legge n. 300 / 1970, come novellato ex legge n. 92 / 2012, va ordinata la reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro e la condanna di [] al risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal [] dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, come documentato in atti e a verbale d'udienza, e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali ed oltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo in applicazione dei parametri di attività e valore di cui al D.m. n. 55 / 2014.

P. Q. M.

La Corte, ogni diversa e contraria domanda, eccezione ed istanza disattesa, assorbita e respinta, definitivamente decidendo, in riforma delle impugnate ordinanza in data 17.2.2018 e sentenza in data 19.11.2018 del Tribunale di Reggio Emilia ed in accoglimento della domanda principale proposta da [] ordina la reintegrazione di [] posto di lavoro e condanna [] al risarcimento del danno commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal lavoratore dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'aliunde perceptum come documentato in atti e a verbale d'udienza, e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali sino al saldo effettivo ed oltre, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Condanna [] alla refusione a favore di [] e per esso del procuratore antistatario, delle spese del giudizio, che liquida, per compensi, in euro 4'000,00 per la fase sommaria di primo grado,

in euro 3'900.00 per il giudizio ordinario di primo grado e in euro 5'800.00 per il giudizio di reclamo, oltre rimborso spese generali 15 %, iva e cpa. come per legge.

Così deciso in Bologna il 9.4.2019

Il Consigliere est.

Dott. Carlo Coco

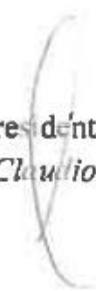


IL CANCELLIERE

Solferini Stefano



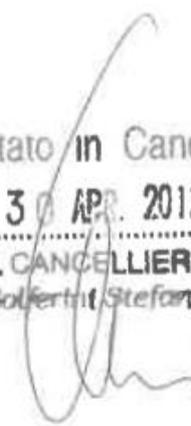
Il Presidente
Dott. Claudio Bisi



Depositato in Cancelleria

30 APR 2019

IL CANCELLIERE
Solferini Stefano



[Minuta depositata il 19.4.2019]