



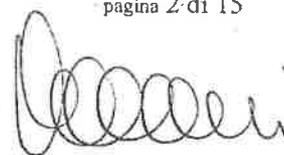
Con ricorso proposto avanti a questa Corte S. C. proponeva reclamo ex art. 1 commi 58 e segg. legge 92/12 avverso la sentenza del Tribunale di Forlì n. 54/21 con la quale era stata accolta l'opposizione proposta da S. R. s. avverso l'ordinanza emessa a conclusione della fase sommaria del procedimento, con la quale era stato annullato il licenziamento irrogato alla S. dalla S. R., di cui la predetta era stata dipendente dal 2001.

S. C. è stata licenziata con missiva del 17/2/2017 con riferimento alla lettera inerente la comunicazione ex art. 7 legge 604/66 del 16/1/2017 con cui era richiesta la convocazione della Commissione di Conciliazione adducendo *"che in data 18/4/2014 veniva accertata, in via definitiva, dall'Ispettorato Sanitario della FFSS, la sua inidoneità alle mansioni di operatore di esercizio (autista) da sempre svolte; che non essendoci presso la sede di Forlì, a cui era assegnata, altre mansioni in cui poterla proficuamente utilizzare, veniva trasferita in data 01/01/2015 presso la sede di Ravenna, che la signora S., eccependo che il suo stato di salute non le consentiva il trasferimento quotidiano a Ravenna, impugnava il relativo provvedimento avanti al Tribunale di Forlì; che nel corso del suddetto procedimento è stata espletata consulenza tecnica medico legale all'esito della quale il CTU ha stabilito che "le condizioni di salute della perizianda, per quanto sostanzialmente stazionarie .... Non possono che subire un rapido ed irreversibile deterioramento - con usura precoce - in caso di impegno di sei giorni su sette in un trasferimento doppio (in andata ed in ritorno) dalla sede lavorativa di Forlì a quella di Ravenna"; che in ragione della suddetta diagnosi la Sig. S. non può essere assegnata alla sede di Ravenna, che, secondo lo stesso CTU, le uniche mansioni per le quali la Sig. S. risulterebbe idonea sarebbero quelle di impiegata amministrativa; che presso la sede di Forlì, tenuto conto delle sue capacità professionali e delle sue limitazioni funzionali, non v'è un posto di lavoro non v'è un posto di lavoro in cui poterla proficuamente utilizzare (...)"*

Il giudice di prime cure, in sede sommaria, senza esperimento di attività istruttoria, affermava l'illegittimità del licenziamento *"non avendo il datore di lavoro preso alcuna posizione sulla disponibilità e sulla compatibilità con le condizioni della ricorrente, come dalla stessa sostenuto, delle posizioni lavorative segnalate dinanzi alla D.T.L. di : a) supporto Ufficio movimento; b) Centralino e Protocollo, Ufficio di via Volta; c) Ufficio rifornimento, compilazione carte carburante"*, asseriva poi non dirimente *"il dato che il regolamento interno prevede sempre il ricorso alla procedura concorsuale per ricoprire posti vacanti, valendo ciò per il caso, diverso da quello in esame, del reclutamento e delle progressioni interne verticali"*, reputava da applicarsi le tutele di cui all'art. 18 comma 7 legge 300/70 e per l'effetto annullava il licenziamento e condannava il datore di lavoro a reintegrare la S. in un posto di lavoro compatibile con le relative condizioni di salute e a pagarle un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, nella misura di 12 mensilità oltre accessori e al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali ed al pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Il giudice della fase di opposizione, adito con ricorso della S. R. s.p.a., assunto interrogatorio e prova per testi, in accoglimento dell'opposizione, respingeva le domande della S. osservando, a seguito di valutazione dei singoli posti di possibile assegnazione come indicati dalla lavoratrice avanti alla Commissione di Conciliazione, che *"Quanto finora affermato impone di rivedere dunque le conclusioni rese all'esito della precedente fase, non apparendo esservi alla data del recesso posti assegnabili alla resistente tra quelli dalla stessa individuati"*.

Avverso a tale sentenza proponeva reclamo S. C. Col primo motivo lamentava la violazione della normativa relativa agli accomodamenti ragionevoli di cui al comma 3 bis dell'art. 3, D. Lgs. 216/2003 rilevando come il primo giudice avesse ritenuto non richiamabile la detta normativa *"non avendo la lavoratrice ricondotto l'inidoneità fisica sopravvenuta ad una condizione di handicap come intesa nel diritto eurounitario"* senza tenere in conto della giurisprudenza, pure citata, espressa con la sentenza della Corte di Giustizia 11/4/2013, C - 335/2011 secondo cui la condizione di handicap andava riferita ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche che, in interazione con barriere di diversa natura, poteva



ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di pari uguaglianza con gli altri lavoratori. Assumeva pertanto come il termine disabili fosse utilizzato dal legislatore in modo promiscuo secondo modalità applicabili a tutti i soggetti che, per effetto dell'affezione da cui erano colpiti avessero incontrato delle difficoltà di inserimento lavorativo.

Asseriva pertanto pienamente applicabile tale normativa alla fattispecie in esame essendo le limitazioni fisiche in essere conseguenti ad infortunio sul lavoro patito nel corso dell'attività prestata per la stessa parte datoriale che aveva determinato una invalidità civile del 46%.

Rilevava come gli oneri dimostrativi per il datore di lavoro non fossero quelli richiesti per il repêchage non essendo sufficiente provare la non presenza di posti disponibili per la ricollocazione. Affermava inoltre che presso la biglietteria erano state effettuate assunzioni anche da ultimo nel corso del 2021 e effettuati avvicendamenti e che non conferenti erano presunte e non vediche incapacità di utilizzo dei software aziendali che comunque ben avrebbero potuto essere superate a mezzo della frequenza ad un corso.

Col secondo motivo lamentava la omessa pronuncia in ordine alla natura discriminatoria del licenziamento rivendicando l'applicabilità delle tutele di cui all'art. 18 comma 1 legge 300/70.

Col terzo motivo assumeva la violazione dell'obbligo di repêchage rilevando come dall'istruttoria esperita fosse emersa la possibilità di reimpiego sia presso la biglietteria, sia presso il call center, sia presso la posizione Supporto Ufficio Movimenti, sia presso il deposito di via

Concludeva pertanto chiedendo l'accertamento della nullità del licenziamento con applicazione delle tutele di cui all'art. 18 comma 1 legge 300/70, in via subordinata la declaratoria di illegittimità del licenziamento per manifesta insussistenza del fatto con applicazione delle tutele di cui all'art. 18 comma 4 legge 300/70, in ulteriore subordine la illegittimità del licenziamento per insussistenza del giustificato motivo oggettivo con applicazione delle tutele di cui all'art. 18 comma 5 legge 300/70, in ogni caso condannare la S R s.p.a. al pagamento della indennità di preavviso.

Si costituiva in giudizio in fase di reclamo la S R s.p.a. la quale chiedeva il rigetto dell'opposto reclamo.

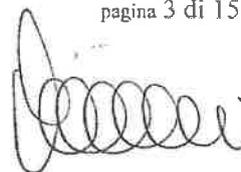
Asseriva la piena legittimità del recesso come attuato atteso che, a fronte dell'accertamento medico che sanciva l'inidoneità permanente della S sia all'attività sugli autobus, ma anche allo spostamento presso Ravenna, mancavano posizioni lavorative a lei assegnabili presso la sede di Forlì rilevando come la valutazione da compiersi dovesse essere attuata alla data del licenziamento e quindi al febbraio 2017. Rilevava come l'istruttoria avesse confermato che presso la sede di Forlì non fossero state effettuate nuove assunzioni in postazioni passibili di essere ricoperte dalla Soldati tenuto conto del suo orario di lavoro e delle sue competenze.

Affermava che la S in quanto società pubblica era soggetta al disposto di cui all'art. 18 del D.L. n. 112 del 25/6/2008 convertito nella legge 113/2008 che richiamava espressamente l'art. 35 III° comma del D. Lgs. 165/01 che regolava la selezione del personale pubblico sicché sia l'assunzione che le successive definitive assegnazioni interne dovevano obbligatoriamente effettuarsi tramite procedure di selezione così come previsto dal regolamento di reclutamento e progressioni interne del personale.

Rilevava come il dettato normativo disciplinante le selezioni non prevedesse selezioni di sorta neppure per la ricollocazione a seguito di inidoneità e che la S non avesse mai superato le selezioni, pure partecipandovi essendo risultata inidonea sia alla prova dell'ottobre 2014 per la formazione della graduatoria relativa alla biglietteria che quella tenutasi nell'ottobre 2016 per la copertura di due posti al call-center.

Ribadiva come successivamente al licenziamento non fossero state effettuate assunzioni successive al licenziamento per funzioni amministrative.

Rilevava come la Sc nel ricorso ex art. 1 c. 42 e 48 legge 92/12 avesse impugnato il licenziamento per genericità della motivazione, discriminazione, omessa assegnazione alla biglietteria o al call center, con precedenza ad altri lavoratori con minore anzianità di servizio.



Rilevava pertanto come il primo motivo di appello relativo alla violazione dell'art. 3 comma 3 bis D. Lgs. 216/2003 avesse caratteri di novità e come analoghe caratteristiche rivestisse anche la violazione dell'obbligo di repêchage posto che in allora si era in via esclusiva vantata una sua pretesa superiore anzianità rispetto agli altri addetti.

Assumeva comunque insussistente la violazione dell'art. 3 c. 3 del D. Lgs. 216/2003 posto che la predetta non verteva in condizioni di handicap e comunque non vi erano posizioni scoperte nell'organigramma.

Quanto alla natura discriminatoria del licenziamento asseriva che questa era ricollegata in maniera esclusivamente tautologica alle condizioni di salute della S... senza concreto riferimento ai fatti di causa pur gravando la prova della ritorsività sul lavoratore. Rilevava poi come le doglianze riferite alla mancata formazione fossero mal spese posto che era la S... che non aveva mai formulato richieste in tal senso.

Quanto al repêchage rilevava come tutte le posizioni richiamate implicassero conoscenze informatiche non nel possesso della S... i come emergente dall'istruttoria.

Rilevava come comunque, anche volendo reputarsi come violato il diritto al repêchage, questo avrebbe legittimato la sola tutela risarcitoria essendo la reintegra ricollegata alla sola manifesta insussistenza del fatto.

Concludeva per il rigetto ovvero in subordine per l'applicazione della tutela di cui all'art. 18 comma 5 legge 300/70 nella misura minima.

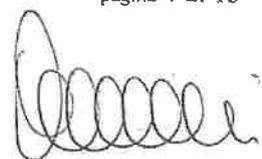
Orbene quanto al primo motivo di gravame appare in via preliminare necessario vagliare l'eccezione proposta di nova in appello rispetto alla questione prospettata della violazione dell'art. 3 D. Lgs. 216/2003 bis dell'art. 3, D. Lgs. 216/2003.

L'esame degli atti riferiti sia alla fase sommaria che a quella di opposizione fa emergere come effettivamente fra gli argomenti proposti dalla S... di nullità e/o annullabilità e/o illegittimità del licenziamento non vi fosse alcun accenno alla violazione della predetta norma.

Segnatamente nel ricorso introduttivo della fase sommaria del rito si adduceva *"la motivazione di licenziamento adottata è generica e non provata, specialmente se omessa la replica puntuale delle esatte e circostanziali contestazioni ed elencazioni di posizioni lavorative esistenti effettuate in sede di DTL dalla lavoratrice e non contestate dall'azienda"*, si affermava che la parte datoriale *"aveva perdurato nell'assegnazione a dipendenti con minori anzianità di servizio di posizioni lavorative compatibili con le proprie patologie, ma aveva addirittura assunto nuovo personale"*, si deduceva inoltre avere il datore di lavoro effettuato *"una selezione interna tvì comprendendo lavoratori con anzianità inferiore"*, ed avere permanentemente disatteso/violato il criterio di anzianità, si assumeva sussistente l'illegittima volontà di espulsione ad ogni costo e si affermava la ricorrenza della discriminazione *"derivante dal connotato personale (...) di non essersi piegata alle ingiuste angherie datoriali, invece sempre resiste a buon diritto"*.

Nella memoria di costituzione della fase di opposizione le motivazioni già spese venivano poi reiterate. Secondo la giurisprudenza di legittimità *"si ha domanda nuova - inammissibile in appello - per modificazione della "causa petendi" quando i nuovi elementi, dedotti dinanzi al giudice di secondo grado, comportino il mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato, modificando l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia, in modo da porre in essere una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza, da quella fatta valere in primo grado e sulla quale non si è svolto in quella sede il contraddittorio (Cass. n. 15101 del 2012). Quando la causa petendi possa essere costituita, rispetto all'astratta fattispecie legale, da situazioni di fatto diverse e alternative, e l'attore invochi nell'atto introduttivo del giudizio specifici fatti dimostranti l'esistenza di una di quelle situazioni, è inammissibile l'invocazione, per la prima volta in appello, dei diversi fatti integranti l'altra situazione (sent. cit.)"* (Cassazione civile, sez. lav., 23/07/2015, n. 15506).

Ancora si è affermato *"Si ha domanda nuova - inammissibile in appello - per modificazione della "causa petendi" quando i nuovi elementi, dedotti dinanzi al giudice di secondo grado, comportino il*



*mutamento dei fatti costitutivi del diritto azionato, modificando l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia, in modo da porre in essere una pretesa diversa, per la sua intrinseca essenza da quella fatta valere in primo grado e sulla quale non si è svolto in quella sede il contraddittorio"* (Cassazione civile, sez. lav., 10/09/2012, n. 15101).

In motivazione "*Quando la causa petendi possa essere costituita, rispetto all'astratta fattispecie legale, da situazioni di fatto diverse e alternative, e l'attore invochi nell'atto introduttivo del giudizio specifici fatti dimostranti l'esistenza di una di quelle situazioni, è inammissibile l'invocazione, per la prima volta in appello, dei diversi fatti integranti l'altra situazione"*.

Nel caso di specie, per come sopra evidenziato, nessuna argomentazione difensiva nelle due fasi del giudizio di primo grado ha avuto ad oggetto la violazione dell'art. 3 comma 3 D. Lgs. 216/13, né sono state proposte allegazioni fattuali utili a dimostrare una omessa predisposizione dei ragionevoli accomodamenti in tale normativa richiamati. Il tema non è stato in alcun modo pertanto introdotto o lumeggiato nel giudizio di primo grado anche sotto un profilo meramente fattuale, sicché la proposizione in appello della relativa domanda costituisce un'inammissibile *nova* in appello e non può essere valutato.

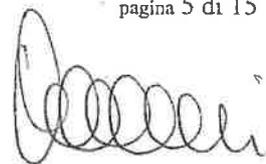
In tal senso risulta essersi espresso il primo giudice nel passaggio impugnato "*Né può richiamarsi la tematica dell'adozione di accomodamenti ragionevoli di cui all'art. 3 comma 3 del d. lgs. n. 216/2003, non avendo la lavoratrice ricondotto l'inidoneità fisica sopravvenuta ad una condizione di handicap come intesa in senso eurounitario"*

Né la questione può essere sollevata d'ufficio quale motivo di nullità del licenziamento posto che secondo la giurisprudenza di legittimità "*La disciplina della invalidità del licenziamento è caratterizzata da specialità, rispetto a quella generale della invalidità negoziale, desumibile dalla previsione di un termine di decadenza per impugnarlo e di termini perentori per il promovimento della successiva azione di impugnativa, che resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto, non essendo equiparabile all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati; ne consegue che il giudice non può rilevare di ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte, trovando tale conclusione riscontro nella previsione dell'art. 18, comma 7, l. n. 300 del 1970, come modificato dalla l. n. 92 del 2012, e dell'art. 4 d.lg. n. 23 del 2015, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio, quindi affetto da nullità, "sulla base della domanda formulata dal lavoratore"* (Cassazione civile sez. lav. 24 marzo 2017 n. 7687).

Spiega la Corte in motivazione "*Questa Corte da tempo ha affermato che la causa petendi dell'azione proposta dal lavoratore per contestare la validità e l'efficacia del licenziamento va individuata nello specifico motivo di illegittimità dell'atto dedotto nel ricorso introduttivo, in quanto ciascuno dei molteplici vizi dai quali può derivare la illegittimità del recesso discende da circostanze di fatto che è onere del ricorrente dedurre e allegare.*

*Muovendo da detto presupposto si è quindi ritenuto che, pur a fronte del medesimo petitum, escluse le ipotesi nelle quali la modifica resta limitata alla sola qualificazione giuridica, costituisce inammissibile domanda nuova la prospettazione, nel corso del giudizio di primo grado e, a maggior ragione, in sede di impugnazione, di un profilo di illegittimità del licenziamento non tempestivamente dedotto.*

*Il principio, già affermato da pronunce risalenti nel tempo (cfr. fra le tante Cass. 12.2.1982 n. 886; Cass. 12.8.1987 n. 6899; Cass. 26.3.1990 n. 2418; Cass. 16.4.1999 n. 3810), è stato ribadito da recenti decisioni, che hanno qualificato nuove le domande volte a: far valere l'assenza di giusta causa o giustificato motivo a fronte di un'azione con la quale originariamente era stato prospettato solo il motivo ritorsivo o discriminatorio (Cass. 22.6.2016 n. 12898); ottenere la dichiarazione di nullità del licenziamento discriminatorio, sia pure sulla base di circostanze emergenti dagli atti, in fattispecie nella quale era stata dedotta solo la mancanza di giusta causa (Cass. 3.7.2015 n. 13673 e con riferimento al motivo ritorsivo Cass. 28.9.2015 n. 19142); prospettare vizi formali del procedimento*



disciplinare diversi da quelli denunciati nell'atto introduttivo (Cass. 16.1.2015 n. 655; Cass. 25.5.2012 n. 8293; Cass. 9.3.2011 n. 5555; Cass. 12.6.2008 n. 15795).

In tutte le pronunce richiamate si è fatto leva sulle regole del rito, che impongono la tempestiva deduzione delle circostanze di fatto poste a fondamento dell'azione, e, nelle ipotesi in cui il vizio tardivamente denunciato avrebbe potuto condurre a una dichiarazione di nullità dell'atto di recesso, si è anche evidenziato che "la rilevabilità d'ufficio della nullità non può incidere sulle preclusioni e decadenze di cui agli artt. 414 e 416 c.p.c., ove, attraverso l'exceptio nullitatis, si introducano tardivamente in giudizio questioni di fatto ed accertamenti nuovi e diversi, ponendosi, una diversa soluzione, in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo di cui all'art. 111 Cost." (Cass. 17.5.2012 n. 7751).

Si è aggiunto che la eventuale nullità del licenziamento, per contrasto con norme imperative di legge, non può essere rilevata dal giudice, giacché "il principio di cui all'art. 1421 c.c., che va comunque coordinato con il principio della domanda, con quello della corrispondenza tra chiesto e pronunciato e con quello della disponibilità delle prove, di cui all'art. 115 c.p.c., non può trovare applicazione quando la parte chieda la declaratoria di invalidità di un atto a sè pregiudizievole, dovendo la pronuncia del giudice rimanere circoscritta, in tale caso, alle ragioni di illegittimità ritualmente dedotte dalla parte stessa" (Cass. 7.1.2003 n. 9167 e negli stessi termini Cass. 21.12.2004 n. 23683, richiamata in motivazione da Cass. n. 13673/2015 cit.).

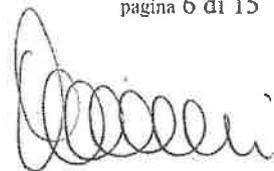
8. La non rilevabilità di ufficio di un motivo di nullità non tempestivamente dedotto è stata, quindi, giustificata dalla giurisprudenza di questa Corte anche facendo leva sull'orientamento, all'epoca maggioritario, che in relazione alle patologie contrattuali riteneva che la regola enunciata dall'art. 1421 c.c., dovesse essere coordinata con il principio dispositivo, e, quindi, dovesse operare solo nelle controversie promosse per far valere diritti presupponenti la validità del contratto, non anche nella diversa ipotesi in cui la domanda fosse diretta a fare dichiarare l'invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento.

Come è noto detto orientamento è stato ripensato dalle Sezioni Unite di questa Corte, dapprima con la sentenza n. 14828 del 4.9.2012 e, più di recente, con la sentenza 12.12.2014 n. 26242, con la quale sono state vagliate le diverse ipotesi in cui la nullità negoziale rileva e spiega influenza in seno al processo e, per quel che qui interessa, è stato affermato che il potere di rilevazione ex officio della nullità negoziale deve essere sempre esercitato dal giudice in tutte le azioni contrattuali, anche qualora venga in rilievo una nullità speciale o "di protezione" o emerga una ragione di nullità diversa da quella espressamente dedotta dalla parte.

Su questo principio di diritto la Corte territoriale ha fondato l'accoglimento dell'appello del T., escludendo la mutatio libelli, ritenuta invece dal giudice di primo grado, perchè, trattandosi di una violazione comportante nullità del procedimento disciplinare e della sanzione, la stessa avrebbe dovuto essere rilevata d'ufficio anche in sede di impugnazione.

La statuizione contrasta con l'orientamento consolidato di questa Sezione del quale sopra si è dato conto, orientamento che il Collegio ritiene di dovere ribadire, pur a fronte del mutato quadro giurisprudenziale, perchè non si prestano a essere estese alla impugnativa del licenziamento le ragioni sulle quali le Sezioni Unite di questa Corte hanno fondato il potere/dovere del giudice di rilevare d'ufficio le nullità negoziali.

9. Non si ignora che a diverse conclusioni è pervenuta Cass. 28.8.2015 n. 17286, che ha ritenuto legittimamente esercitato il potere di rilevazione officiosa delle nullità verificatesi nel procedimento disciplinare, evidenziando che l'invalidità della sanzione derivata dalla "violazione dell'iter legislativo previsto per la sua irrogazione rientra nella categoria delle nullità di protezione, atteso che la procedura garantistica prevista in materia disciplinare (dall'art. 7 Stat. in linea generale e, nello specifico dei rapporti di lavoro autoferrotranviario, dal R.D. n. 148 del 1931, art. 53) è inderogabile ed è fondata su un evidente scopo di tutela del contraente debole del rapporto (vale a dire del lavoratore dipendente)".



Il Collegio non ritiene di potere condividere l'automatica estensione alla materia che ci occupa dei principi affermati dalle Sezioni Unite, posto che la applicabilità agli atti unilaterali della normativa che regola la materia contrattuale in tanto è possibile ex art. 1324 c.c., in quanto la disciplina, che a tal fine non può essere disgiunta dalla sua interpretazione, sia compatibile con la natura dell'atto che viene in rilievo e non sia derogata da diverse disposizioni di legge.

10. Rileva, quindi, innanzitutto la presenza di una normativa speciale che, a partire dalla L. n. 604 del 1966, sino al recente D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, pur utilizzando le categorie civilistiche della inefficacia, nullità e annullabilità, si discosta, quanto al regime giuridico, dalla disciplina generale, tanto da prevedere anche per il licenziamento nullo che lo stesso debba essere impugnato nel termine di decadenza previsto della richiamata L. n. 604 del 1966, art. 6 (la cui applicazione è stata estesa dalla L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, a tutte le ipotesi di "invalidità" del recesso e, quindi, anche a nullità diverse da quelle previste dalla L. n. 604 del 1966, art. 4) e la successiva azione debba essere promossa entro termini perentori particolarmente contenuti.

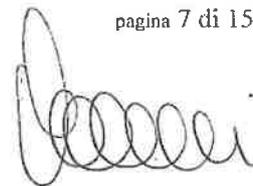
Vigente della L. n. 300 del 1970, art. 18, nel testo antecedente alla modifica dettata dalla L. n. 92 del 2012, la dichiarazione di nullità o di inefficacia dell'atto e la pronuncia di annullamento dello stesso venivano accomunate quanto agli effetti sul rapporto di lavoro, pur nella diversità della natura della sentenza (si rimanda alla motivazione di Cass. S.U. 18.9.2014 n. 19665), sicchè all'epoca la disciplina della invalidità in senso lato del licenziamento era diversificata non solo in ragione della natura del vizio accertato (che aveva comunque rilievo nei rapporti non rientranti nella cosiddetta tutela reale), ma anche in relazione alla sfera soggettiva, nella quale il recesso veniva a essere collocato.

La specialità della normativa rispetto alla disciplina generale della invalidità negoziale, ha, quindi, indotto, da un lato, la dottrina a sottolineare che il diritto del lavoro riutilizza le categorie civilistiche e, piegandole alle proprie esigenze, costruisce nozioni di invalidità speciali, e dall'altro questa Corte a escludere che, proprio in ragione di detta specialità, la illegittimità del recesso possa essere fatta valere dal lavoratore secondo la disciplina comune e che, quindi, possa sopravvivere una tutela alla maturazione della decadenza (Cass. 21.8.2006 n. 18216; Cass. 3.3.2010 n. 5107; Cass. 6.8.2013 n. 18732).

Non vi è dubbio, poi, che la specialità debba essere affermata anche in relazione ai successivi interventi normativi che, nel ridurre l'ambito della tutela reintegratoria piena, hanno attribuito rilievo alla natura del vizio e alle cause di nullità del recesso, ma sempre differenziando la disciplina rispetto all'azione generale di nullità.

In relazione al tema che qui viene in rilievo della applicabilità dell'art. 1421 c.c., proprio detti ultimi interventi forniscono un riscontro alla tesi della non rilevabilità d'ufficio di profili di nullità del licenziamento non dedotti dalla parte, posto che, in un sistema processuale fondato sul principio della domanda e sul conseguente divieto di ultrapetizione, non si giustificerebbe diversamente la previsione della L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 7, come modificato dalla L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 4, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio (quindi affetto da nullità) "sulla base della domanda formulata dal lavoratore".

11. Si deve, poi, aggiungere che le Sezioni Unite di questa Corte per escludere che il principio dispositivo possa limitare il potere officioso nelle azioni di annullamento o di nullità hanno sottolineato, da un lato che in ogni azione contrattuale il negozio viene in rilievo "nella sua duplice accezione di fatto storico e di fattispecie programmatica" con la conseguenza che l'oggetto del giudizio è sempre anche il rapporto che da quel negozio scaturisce; dall'altro che la domanda volta a ottenere la dichiarazione di nullità, in quanto avente ad oggetto l'accertamento negativo dell'esistenza del rapporto contrattuale fondamentale, è equiparabile alla domanda di accertamento di diritti autodeterminati, inerenti a situazioni giuridiche assolute, articolate in base a un solo elemento costitutivo.



*Nessuna di dette ragioni, poste a fondamento del principio della rilevabilità officiosa, si presta a essere estesa alla impugnativa del licenziamento, che, da un lato, resta circoscritta all'atto e non è idonea a estendere l'oggetto del processo al rapporto; dall'altro non può essere equiparata all'azione con la quale si fanno valere diritti autodeterminati, attesa la molteplicità dei profili di nullità, annullabilità e inefficacia che possono incidere sulla validità in senso lato del recesso e che implicano la deduzione e la allegazione di circostanze di fatto che, per le peculiarità proprie del rito, devono entrare a far parte del thema decidendum e del thema probandum sin dal primo atto introduttivo.*

*12. Le considerazioni che precedono inducono, pertanto, il Collegio a ribadire l'orientamento di questa Corte richiamato al punto 7, in forza del quale non è consentita al ricorrente la tardiva deduzione di un vizio del procedimento disciplinare non dedotto nell'atto introduttivo né può il giudice rilevare d'ufficio una ragione di nullità del licenziamento diversa da quella eccepita dalla parte".*

Quanto al secondo motivo inerente la discriminazione questa per come già sopra individuato era individuata nel ricorso introduttivo della fase sommaria come "derivante dal connotato personale (...) di non essersi piegata alle ingiuste angherie datoriali, invece sempre resiste a buon diritto".

Veniva quindi invocato un profilo di fatto riferibile ad una ritorsività individuata come discendente dalle condotte in precedenza poste in essere dalla Soldati per rivendicare, nell'ambito del rapporto di lavoro, i propri diritti. Questa peraltro non era in specifico tratteggiata individuando di preciso la componente ritorsiva come declinata rispetto alle condotte in precedenza poste in essere dalla lavoratrice proponendo una generale ed immanente volontà contrappositiva.

Il primo giudice, nella ordinanza emessa a conclusione della fase sommaria del procedimento, individuava "che il licenziamento sia da reputare non tanto discriminatorio, per omessa indicazione dell'incidenza sulla vicenda del fattore di discriminazione non individuato, bensì illegittimo" e quindi accoglieva il motivo inerente la violazione dell'obbligo di repêchage statuendo in dispositivo l'inammissibilità delle ulteriori domande.

Nella memoria di costituzione della fase di opposizione, rispetto al mancato accoglimento della domanda di nullità del licenziamento per discriminazione, nulla era argomentato limitandosi la lavoratrice ad instare per il rigetto dell'opposizione e per la riconferma in ogni sua parte dell'ordinanza impugnata.

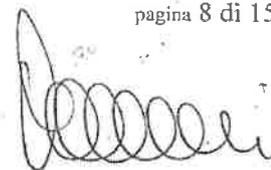
Deve pertanto quanto al rigetto come operato della domanda di discriminazione reputarsi ormai formato il giudicato.

Ed invero, ancorché le domande non accolte nella fase sommaria possano essere riproposte nella fase di opposizione senza proposizione di autonoma impugnazione, potendo la parte limitarsi a rinnovarle nella fase di opposizione a mezzo di nuova allegazione, la mancata rinnovazione di una domanda respinta nella fase sommaria implica acquiescenza alla decisione e non consente poi un nuovo rilievo nella fase di reclamo.

Ed invero "L'ammissibilità di una mera riproposizione in memoria di costituzione, non preclusa da un giudicato che non si è formato mercè l'opposizione della controparte, è coerente con un giudizio di opposizione che riespande l'oggetto del contendere nella dimensione della cognizione ordinaria e che addirittura ne consente l'ampliamento, attraverso la chiamata di terzi in causa e la proposizione di domande riconvenzionali (pur se fondate sui medesimi fatti costitutivi), per cui sarebbe irragionevole impedire l'accesso all'esame del giudice di questioni invece già sollevate nella precedente fase.

La riproposizione, per il tramite della memoria difensiva dell'opposto, delle istanze già formalizzate nel corrispondente atto introduttivo della fase sommaria è compatibile con le esigenze di rispetto del contraddittorio, considerato proprio che si tratta di un patrimonio conoscitivo già esposto alle parti ed al giudice nel primo stadio del procedimento.

Del resto anche nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, finanche nell'ipotesi in cui sia stato emesso per una somma inferiore a quella indicata nel ricorso monitorio, il creditore opposto può limitarsi ad insistere, con la sua costituzione, nell'accoglimento dell'originaria più ampia domanda, non essendo "alterato l'oggetto dell'accertamento del giudizio di opposizione, a seguito del quale non è



stato riconosciuto al creditore più di quello che egli aveva richiesto con il ricorso introduttivo" (Cass. n. 7003 del 1993).

Pertanto al giudice dell'opposizione si devolve l'oggetto del contendere secondo quanto proposto con il ricorso ex art. 414 c.p.c. e con la memoria ex art. 416 c.p.c., con le relative decadenze, quali atti introduttivi che segnano i confini del giudizio di impugnazione del licenziamento.

L'onere di riproposizione delle domande ed eccezioni non accolte non deriva quindi dall'applicazione, in via analogica, dell'art. 346 c.p.c. dettato per le impugnazioni, bensì dal meccanismo imposto dalla combinazione degli artt. 414 e 416 codice di rito, come richiamati dalla L. n. 92 del 2012, al quale viene affidato il compito, in relazione agli interessi ed alle richieste palesati dalle parti in detti atti introduttivi, di delimitare definitivamente l'oggetto del contendere".

Ne consegue che la domanda di discriminazione, non essendo stata riproposta nella memoria di costituzione della fase di opposizione, non rientra nell'oggetto del contendere come devoluto alla conoscenza nella fase di opposizione che ha definitivamente cristallizzato il *thema decidendum* e pertanto non può essere riproposto nella presente fase di gravame.

Il motivo deve pertanto dirsi inammissibile.

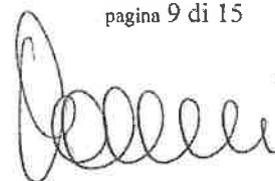
Quanto al terzo motivo di reclamo inerente il *repêchage* appare in via prioritaria opportuno valutare la questione agitata tra le parti in ordine alla sussistenza dal presupposto per l'accesso alle diverse mansioni costituito dal superamento di una selezione interna. Afferma invero la reclamata che la S R s.p.a., quale società a capitale pubblico, esercente un servizio pubblico, ai sensi dell'art. 18 D.L. 25/6/2008 convertito nella legge 113 del 6/8/2008 che prevede espresso richiamo "all'art. 35 III° c. del dlgs 165/2001 che regola appunto la selezione del personale pubblico", sia sottoposta all'obbligo di effettuare le assegnazioni interne tramite procedure di selezione così come previsto anche dal regolamento di reclutamento del personale.

Orbene la citata norma nella formulazione *ratione temporis* vigente alla data del licenziamento (17/2/2017) recita "[1. A decorrere dal sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto-legge, le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.] (2)

[2. Le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità.] (3)

-bis. Le aziende speciali e le istituzioni si attengono al principio di riduzione dei costi del personale, attraverso il contenimento degli oneri contrattuali e delle assunzioni di personale. A tal fine l'ente controllante, con proprio atto di indirizzo, tenuto anche conto delle disposizioni che stabiliscono, a suo carico, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, definisce, per ciascuno dei soggetti di cui al precedente periodo, specifici criteri e modalità di attuazione del principio di contenimento dei costi del personale, tenendo conto del settore in cui ciascun soggetto opera. Le aziende speciali, le istituzioni e le società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo adottano tali indirizzi con propri provvedimenti e, nel caso del contenimento degli oneri contrattuali, gli stessi vengono recepiti in sede di contrattazione di secondo livello [fermo restando il contratto nazionale in vigore al 1° gennaio 2014]. Le aziende speciali e le istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie sono escluse dai limiti di cui al precedente periodo, fermo restando l'obbligo di mantenere un livello dei costi del personale coerente rispetto alla quantità di servizi erogati. Per le aziende speciali cosiddette multiservizi le disposizioni di cui al periodo precedente si applicano qualora l'incidenza del fatturato dei servizi esclusi risulti superiore al 50 per cento del totale del valore della produzione (4).

[3. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle società quotate su mercati regolamentati.] (5)



(1) *Rubrica modificata dall'articolo 27, comma 1, lettera a), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.*

(2) *Comma modificato dall'articolo 1, comma 1, della Legge 6 agosto 2008, n. 133, in sede di conversione e successivamente abrogato dall'articolo 28, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.*

(3) *Comma abrogato dall'articolo 28, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.*

(4) *Comma aggiunto dall'articolo 19, comma 1, del D.L. 1 luglio 2009, n. 78, convertito con modificazioni, in Legge 3 agosto 2009, n. 102 e successivamente sostituito dall'articolo 1, comma 557, della Legge 27 dicembre 2013, n. 147 e dall'articolo 4, comma 12 bis del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89. Da ultimo, comma modificato dall'articolo 3, comma 5-quinquies, del D.L. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla Legge 11 agosto 2014, n. 114 e dall'articolo 27, comma 1, lettera b), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.*

(5) *Comma abrogato dall'articolo 28, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.*"

Il comma 1 della norma che contiene il richiamo all'art. 35 III° c. del dlgs 165/2001 emerge pertanto essere stato abrogato in epoca precedente al licenziamento dall'art. 28, comma 1, lettera g), del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Quest'ultima legge all'art. 19 rubricato "gestione del personale" prevede "1. Salvo quanto previsto dal presente decreto, ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle società a controllo pubblico si applicano le disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile, dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, ivi incluse quelle in materia di ammortizzatori sociali, secondo quanto previsto dalla normativa vigente, e dai contratti collettivi.

2. Le società a controllo pubblico stabiliscono, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea, di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dei principi di cui all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. In caso di mancata adozione dei suddetti provvedimenti, trova diretta applicazione il suddetto articolo 35, comma 3, del decreto legislativo n. 165 del 2001.

3. I provvedimenti di cui al comma 2 sono pubblicati sul sito istituzionale della società. In caso di mancata o incompleta pubblicazione si applicano gli articoli 22, comma 4, 46 e 47, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

4. Salvo quanto previsto dall'articolo 2126 del codice civile, ai fini retributivi, i contratti di lavoro stipulati in assenza dei provvedimenti o delle procedure di cui al comma 2, sono nulli. Resta ferma la giurisdizione ordinaria sulla validità dei provvedimenti e delle procedure di reclutamento del personale."

L'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 nella versione ratione temporis applicabile recita "Le procedure di reclutamento nelle pubbliche amministrazioni si conformano ai seguenti principi:

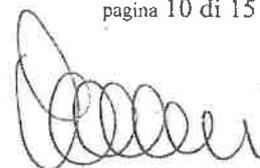
a) *adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento che garantiscano l'imparzialità e assicurino economicità e celerità di espletamento, ricorrendo, ove è opportuno, all'ausilio di sistemi automatizzati, diretti anche a realizzare forme di preselezione;*

b) *adozione di meccanismi oggettivi e trasparenti, idonei a verificare il possesso dei requisiti attitudinali e professionali richiesti in relazione alla posizione da ricoprire;*

c) *rispetto delle pari opportunità tra lavoratrici e lavoratori;*

d) *decentramento delle procedure di reclutamento;*

e) *composizione delle commissioni esclusivamente con esperti di provata competenza nelle materie di concorso, scelti tra funzionari delle amministrazioni, docenti ed estranei alle medesime, che non siano componenti dell'organo di direzione politica dell'amministrazione, che non ricoprano cariche politiche e che non siano rappresentanti sindacali o designati dalle confederazioni ed organizzazioni sindacali o dalle associazioni professionali".*



Orbene la normativa richiamata dalla reclamata come visto risulta essere stata abrogata in epoca precedente ai fatti di cui all'odierno giudizio. Quella successivamente intervenuta prevede la approvazione di provvedimenti inerenti il reclutamento e solo in subordine opera un richiamo all'articolo 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165. Non è dato sapere nel caso di specie se la reclamata abbia emesso i detti provvedimenti posto che l'unica produzione è riferita ad un regolamento del 13/10/2014 pertanto antecedente al disposto del D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

Peraltro la norma di legge fa riferimento al solo reclutamento e non piuttosto alle progressioni interne ovvero alla assegnazione di mansioni all'interno alla medesimo livello di appartenenza. Tantomeno risultano disciplinate le modalità attraverso le quali, in caso di giustificato motivo oggettivo, debba essere gestito il repêchage sicché la norma di legge non appare normare la fattispecie in esame.

Il caso oggetto del contendere risulta viceversa specificamente previsto dall'art. 4 comma 4 legge 68/99 che prevede per "i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia" che "l'infortunio o la malattia non costituiscano giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori", nonché dall'art. 42 del D. Lgs. 9/4/2008 n. 8 in materia di tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, secondo il quale il datore di lavoro, ove le misure indicate dal medico competente prevedano una inidoneità alla mansione specifica "adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori".

La fattispecie in esame appare pertanto, in ragione delle precise disposizioni di legge che la disciplinano, implicare *ex lege* una deroga all'eventuale regolamento aziendale possibilmente inibente il repêchage per l'omessa partecipazione ad una selezione interna, non essendo questa contemplata tra le possibili condizioni escludenti il ripescaggio dovendo solo valutarsi la compatibilità con le condizioni e le attitudini del lavoratore anche sotto il profilo dinamico, di possibile acquisibilità delle necessarie competenze pure a mezzo di una ordinaria attività iniziale formativa nella nuova mansione.

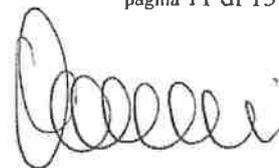
Del resto la prassi emersa come applicata dalla stessa reclamata appare in linea con quanto sopra delineato atteso che B. di Er. responsabile formazione e sviluppo e selezione da quasi trent'anni presso la S. R. a, ha riferito "Le persone che ho indicato alla scorsa udienza come entrati in biglietteria con inidoneità temporanea alla guida o idonei con limitazioni di ore di guida per cui per la copertura di posizioni temporanee (dovendo tornare alla guida). Per cui si fanno solo colloqui relazionali - attitudinali per accertarne le competenze, conoscenza software e così via, fermo restando l'impiego full time per tutti (...) e l'idoneità fisica alle mansioni di biglietteria (...). R. è entrato appunto in biglietteria come inidoneo temporaneo e poi è diventato inidoneo definitivo alla guida dopo qualche anno ed è rimasto in biglietteria pur avendo ancora la qualifica di operatore di esercizio, non essendo stato riqualificato. R. ha la stessa qualificazione, ma è stato riqualificato". Emerge pertanto che anche altri operatori in quanto divenuti inidonei alla guida siano poi stati stabilmente addetti alla biglietteria senza che emerga essere stata da loro superata una selezione.

Deve poi essere rilevato come, quanto all'onere della prova con riferimento al repêchage che "Come in ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3 l'onere della prova della sussistenza delle giustificazioni nell'esercizio del potere di recesso spetta al datore di lavoro a mente dell'art. 5 della stessa legge.

Nella specie il datore di lavoro deve provare la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di ricollocare il medesimo in altre posizioni lavorative per l'espletamento di mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute.

Si rammenta che, in generale, in ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore rappresentano presupposti di legittimità del recesso (per tutte v. Cass. n. 10435 del 2018).

Secondo la più recente giurisprudenza di questa Corte, poi, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repêchage del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un



onere di allegazione dei posti assegnabili (Cass. n. 5592 del 2016; Cass. n. 12101 del 2016; Cass. n. 20436 del 2016; Cass. n. 160 del 2017; Cass. n. 9869 del 2017; Cass. n. 24882 del 2017; Cass. n. 27792 del 2017).

Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha sostanzialmente l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze esistenti, di tipo indiziario o presuntivo idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale (ancora Cass. n. 10435/2018 cit.; v. pure sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia Cass. n. 237/89 del 2019). Usualmente si prova che nella fase concomitante e successiva al recesso, per un congruo periodo, non sono avvenute nuove assunzioni oppure sono state effettuate per mansioni richiedenti una professionalità non posseduta dal prestatore (v., ad ex., Cass. n. 22417 del 2009; ma pure: Cass. n. 9369 del 1996; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 3040 del 2010)" (Cassazione Civile, Sez. Lavoro, 9/3/2021 n. 6497).

Orbene nel caso di specie la parte datoriale nel costituirsi in giudizio nella fase sommaria non ha fornito elementi specifici con riferimento al repêchage, nonostante già nella fase di comparizione avanti alla Commissione di Conciliazione la lavoratrice avesse in specifico indicato delle mansioni di possibile attribuzione.

Nella fase di opposizione l'istruttoria ha avuto ad oggetto la valutazione della sussistenza dei requisiti riferiti a tali mansioni senza che peraltro vi sia stata una specifica e compiuta valutazione delle possibili mansioni anche eventualmente inferiori presenti nell'organigramma aziendale e passibili di attribuzione alla S. i. Già sotto tale profilo le allegazioni della parte datoriale si appalesano carenti rispetto all'onere dimostrativo della assenza di possibilità di operare il repechage.

Quanto a quelle oggetto di istruttoria deve essere rilevato come la S. a seguito dell'ordinanza di reintegra emessa a conclusione della fase sommaria, sia stata adibita all'ufficio biglietteria di Forlì. Dal testimoniale è emerso come presso tale ufficio il personale previsto nell'organigramma fosse in numero di 4 unità oltre ad altra unità addetta alla distribuzione dei titoli di viaggio. Rispetto alla copertura dei posti nel predetto ufficio i testi si sono così espressi.

Si F., responsabile delle risorse umane, ha riferito "M. Di G. è dipendente che in questo momento si occupa di distribuzione titoli di viaggio e ha supportato l'azienda per l'avvio di diverse biglietterie: Forlì, Ravenna e Cesena, internalizzate nel 2015. Prima e attualmente lavora a Rimini.

M. R. è stato assunto come operatore di esercizio ed a un certo punto è diventato inidoneo temporaneo ed è stato utilizzato presso la biglietteria di Forlì; poi è divenuto totalmente inidoneo alle mansioni di operatore di esercizio (ovverosia autista, parametro 140).

L. M. è un'altra autista che è tornata ad essere idonea alle mansioni. Prima era idonea parziale alla guida -- 2014/2015 -- con tre ore di guida e nel resto era in biglietteria a Forlì. Per un certo periodo in quelli stessi anni, fino al 2019, ha anche lavorato con spezzoni di straordinario nei turni di guida. Oggi è tornata in guida normalmente.

R. li G. è entrato come operatore di esercizio e a seguito di inidoneità alla guida è riqualficato come operaio parametro 155 distributore titoli di viaggio. Per la distribuzione dei titoli di viaggio deve girare con l'auto aziendale nei vari punti vendita (bar etc...) e pertanto deve poterla guidare.

Be M. fu assunto in tirocinio formativo presso il contact centre e poi è stato assunto a termine ed oggi non è più dipendente.

Pi. V. è entrato come operatore di esercizio e a fronte di selezione interna è stato inquadrato presso il call centre con un declassamento (ora 130, come da selezione). Poi si è dimesso, nel 2018. La selezione era la stessa cui ha partecipato la sig.ra S.

Me. o Vi. è un autista idoneo parziale alla guida (3 ore credo) e Si. i G. è stato pure un inidoneo temporaneo. Il primo è ancora idoneo parziale ed è in biglietteria e il secondo ha ripreso a guidare".

Ulteriormente sentito ha riferito "R. no è entrato in biglietteria appunto come inidoneo temporaneo alla guida e poi è diventato inidoneo definitivo alla guida dopo qualche anno ed è rimasto in biglietteria. Questo vale per gli altri che sono in biglietteria. Ad eccezione di R. i, l'unico reinquadrato come impiegato.

È chiaro che se la persona va bene in quel lavoro noi lo teniamo. La ricorrente non riesce ancora a seguire le sanzioni amministrative attraverso Telemaco o i reclami o altre mansioni, no potendo allora lasciarla ancora in autonomia.

La sig.ra C. è stata assunta a tempo determinato per 12 mesi dopo tirocinio formativo".

Mc. L. sindacalista dipendente della S. R. in distacco presso la CGIL, ha asserito "Mc. di G. so che per un periodo lavorava in biglietteria. R. so che non poteva guidare ed è finito in biglietteria. Lo stesso per L. Mc. che non poteva guidare e lavorava in biglietteria. Per R. vale lo stesso. Una volta lavorava nel piazzale e poi è stato spostato in biglietteria e in prevalenza consegna i titoli di viaggio alle varie rivendite. Be. M. lavorava al call centre con un tirocinio.

P. lavorava al call centre ma non vi lavora più e si è dimesso Mc. pure è in biglietteria e So. è stato un periodo in biglietteria ma non vi lavora più".

Fi. M., dipendente della S. R. dal 2001 con mansioni di conducente di autobus, ha affermato "M. Di G. e lavorava in biglietteria per S. R. a Forlì. R. ha lavorato con noi e poi in biglietteria anche attualmente. Li. Ma. è stata mia collega come autista e poi è andata in biglietteria. Ora è tornata a fare l'autista. R. pure era conducente e poi è andato in biglietteria e ora fa il servizio di distribuzione biglietti. Non so se stia anche in biglietteria: io lo vedo in giro a fare distribuzione. B. M. era un assunto in biglietteria ma non so altro. P. e V. è al call centre e prima era conducente di autobus. Si è poi licenziato. S. è tornato alla guida e prima è stato in ufficio e M. è in biglietteria, dopo aver fatto il conducente".

B. Er., responsabile formazione, sviluppo e selezione del personale di S. R. da circa 30 anni ha asserito "Il di Gi. il momento della costituzione della ricorrente nel 2012 aveva già maturato le competenze per operare nelle nascenti biglietterie. All'epoca l'unica interna all'azienda con personale interno era quella di Rimini. Poi è stato impiegato per lo start up delle biglietterie successivamente reinternalizzate nel bacino di Cesena e Forlì.

R. è un autista che era inidoneo temporaneo alle mansioni di guida ed è stato inserito nella biglietteria di Forlì. Ora è inidoneo definitivo e si trova nella biglietteria di Forlì.

La M. pure è autista che ha avuto problemi di salute ed è stata inidonea temporanea alle mansioni. Ora è tornata idonea e pertanto è tornata alla guida, uscendo dalla biglietteria di Forlì.

R. era un operatore di esercizio (autista) inidoneo alle mansioni definitive, poi è stato riqualificato come addetto alla biglietteria ma svolge mansioni di distributore titolo di viaggio presso le rivendite aziendali nel territorio. Usa la vettura aziendale e fa visita presso tabaccherie ed edicole. Se serve entra in biglietteria nei momenti di punta.

B. M. è entrato con tirocinio di 6 mesi + 6. Gli abbiamo fatto un contratto a termine reiterato e ora non è più in azienda.

P. era autista che ha partecipato a selezione interna per la copertura definitiva di posizione al Customer care, il nostro call centre che è a Forlì a al pian superiore. Si è tuttavia dimesso e non è più in organico.

N. è autista inidoneo temporaneo alle mansioni e potrebbe fare qualche spezzone di guida perché ha limitazioni. È nella biglietteria di Forlì.

Sc. pure autista che ha avuto inidoneità temporanea alla guida. Venuta meno l'inidoneità è tornato alla guida".

Ulteriormente sentita ha affermato "R. è entrato appunto in biglietteria come inidoneo temporaneo alla guida e poi è diventato inidoneo definitivo alla guida dopo qualche anno ed è rimasto in biglietteria pur avendo ancora qualifica di operatore di esercizio, non essendo stato riqualificato.

Ri ha la stessa situazione ma è stato riqualificato come distributore di titoli di viaggio e va in giuro. Quando ci sono picchi di lavoro rientra in biglietteria e affianca i colleghi.

La sig.ra C. è assunta a tempo determinato per 12 mesi dopo tirocinio. È stata l'ultima assunzione. Prima è stata somministrata. L'adeguamento dell'organico in biglietteria è di 4 risorse più il distributore. Questo vale in questi ultimi anni".

Orbene procedendo all'esame comparato tra le varie testimonianze emerge che Di Gi. viene indicato da F. come dipendente presso Rimini, dalla Br. come dipendente che, già con sede di lavoro a Rimini, aveva curato la start up delle internalizzazioni delle biglietterie nelle zone di Cesena-Forlì, da M. come genericamente addetto alla biglietteria; R. viene confermato come addetto alla biglietteria da F., M. e F., M. viene indicata come temporaneamente addetta alla biglietteria e successivamente tornata alla mansione di conducente da F., Br. e F.; S. a sua volta viene indicato come temporaneamente addetto alla biglietteria di Forlì, poi rientrato alla mansione di conducente da F., M., B. e F.; R. viene indicato come addetto alla distribuzione dei biglietti da F., M., E. e F.; B. viene indicato come addetto al contact center da F., al call center da M. e alla biglietteria da F., mentre la B. non indica l'assegnazione; P. viene indicato al call center da F., M. e P. e al customer care da B., M. viene indicato come parzialmente addetto alla biglietteria da F., M. e B. che lo indica peraltro come temporaneo, mentre la F. lo individua come generalmente addetto alla biglietteria.

Conclusivamente emerge come stabilmente addetto alla biglietteria di Forlì il solo R. mentre per altri emergono solo temporanee assegnazioni alla biglietteria in costanza di inidoneità temporanea alla guida quali M. e S., ovvero promiscue assegnazioni come per M. o. Per B. e P. emerge l'assegnazione ad altri servizi quali il call center o il customer care, ed infine R. è individuato come addetto alla distribuzione dei biglietti.

Risulta pertanto come vi fosse la possibilità di assegnazione della S. al servizio biglietteria posto che le assegnazioni solo temporanee non appaiono di per sé ostative alla attribuzione.

Del resto dal testimoniale neppure sono chiariti i singoli periodi di permanenza presso l'ufficio biglietteria dei lavoratori provvisoriamente assegnati e pertanto non è dato di preciso comprendere quale fosse la situazione dell'organico presso l'ufficio biglietteria della sede di Forlì al momento del licenziamento.

Nonostante la vicinanza della prova non risulta poi essere stata prodotta in atti da S. R. s.p.a. altra documentazione idonea a comunque chiarire la effettiva consistenza dell'organico in tale ufficio alla data del licenziamento. Non risulta pertanto assolto da parte della reclamata, che ne era gravata, l'onere della prova rispetto alla impossibilità di operare il repêchage.

Né appare di rilievo l'indicato difetto di autonomia della S. i rispetto alle sanzioni amministrative attraverso Telemaco o i reclami o altre mansioni riferito peraltro dal solo F. atteso che non è stato spiegato dal teste, né è dato comprendere, se tali mansioni siano concretamente connesse a quelle della biglietteria e quale incidenza anche percentuale possano avere sull'intero lavoro effettuato e dall'altro non emerge che la S. sia stata formata rispetto alla nuova mansione come viceversa dovuto. Peraltro, a seguito della reintegra disposta dopo la fase sommaria, la S. è stata assegnata alla biglietteria e ha svolto la mansione presso di essa senza incorrere in rilievi o sanzioni.

Ciò ritenuto il licenziamento deve dirsi illegittimo in mancanza degli estremi del giustificato motivo addotto.

La tutela risulta poi quella del 7° comma dell'art. 18 legge 300/70 che espressamente prevede l'applicazione delle tutele di cui al comma 4 della norma nell'ipotesi in cui accerti il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi dell'art. 4 comma 4 e 10 comma 3 della legge 12/3/1999 n.68 per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore.

Invero "In caso di licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica, il mancato assolvimento dell'onere del repêchage comporta, senza alcun margine discrezionale da parte del giudice, lo stesso

*trattamento riservato al difetto di giustificazione, vale a dire la reintegrazione del lavoratore e la corresponsione di un risarcimento monetario compreso entro le dodici mensilità in forza dell' art. 18, comma 7, l. n. 300/1970 (come modificato da l. n. 92/2012 )"* (Cassazione civile sez. lav. 12 dicembre 2018 n. 32158).

Quanto alla misura del risarcimento, l'art. 18 comma 4 legge 300/70 fa riferimento ad una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione e prevede che comunque il risarcimento non possa essere superiore a dodici mensilità di retribuzione globale di fatto, oltre al pagamento dei contributi assistenziali e previdenziali.

Sulla base delle considerazioni svolte, in totale riforma della sentenza impugnata, deve condannarsi parte reclamata a corrispondere al reclamante, a titolo di risarcimento del danno, una indennità pari all'ultima retribuzione globale di fatto come ritraibile dalla documentazione in atti nell'importo di dodici mensilità stante il tempo, allo stato ben superiore alle 12 mensilità, decorso dal licenziamento, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali sulla somma rivalutata alle singole scadenze dalla data di maturazione del diritto fino al saldo.

Parte convenuta va inoltre condannata al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali come per legge.

Non emergono somme a titolo di aliunde perceptum da detrarre dall'importo come sopra individuato.

Non può essere viceversa accolta la domanda di condanna alla corresponsione del preavviso non dovuto in ragione della disposta reintegra.

Le spese del procedimento, anche riferite a tutte le fasi e i gradi del giudizio, in ragione della reciproca soccombenza sono compensate per un quarto. S R s.p.a. deve essere condannata alla rifusione dei restanti tre quarti liquidati come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte, ogni contraria istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo,

in totale riforma della sentenza del Tribunale di Forlì n. 54/21 annulla il licenziamento intimato da S R s.p.a. a Sc C con lettera del 17/2017 perché illegittimo.

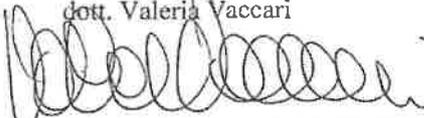
Ordina a S R s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, di reintegrare Sc C nel posto di lavoro e di corrispondere, a titolo di risarcimento del danno, una indennità pari all'ultima retribuzione globale di fatto per dodici mensilità, oltre rivalutazione monetaria e interessi legali dalla data di maturazione dei singoli ratei al saldo.

Condanna il datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali come per legge.

Dichiara compensate per un quarto tra le parti le spese di tutte le fasi e i gradi del giudizio e condanna S R s.p.a. alla rifusione degli ulteriori tre quarti che liquida in complessivi € 3.284,62 di cui € 3.000,00 per compensi ed € 284,62 per esborsi quanto alla fase sommaria, in complessivi € 3.750,00 per la fase di opposizione ed in complessivi € 3.000,00 per il presente reclamo.

Bologna 25/5/2021

Il Consigliere est.  
dott. Valeria Vaccari

  
(minuta depositata il 28/5/2021)

Il Presidente  
dott. Claudio Bisi

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Dott. Germano Virzi



IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO  
Dott. Germano Virzi

