

Questioni controverse e nuovi approdi della giurisprudenza: il licenziamento del lavoratore part-time o del lavoratore in prova; il licenziamento in caso di trasferimento di azienda o intimato da soggetto diverso; il danno ulteriore connesso al licenziamento

Il licenziamento del lavoratore part-time

Vengono in rilievo sul tema una serie di sentenze delle Alte Corti, di cui l'ultima è la nota ordinanza della Corte di cassazione, Sezione Lavoro, n. 30093 del 30/10/2023 che ha come presidente la collega Adriana Doronzo e relatore il mio vicino di sedia Roberto Rivero.

Orario di lavoro part-time - Modifica datoriale - Mancata accettazione del dipendente - Licenziamento fondato sul rifiuto - Illegittimità - Impossibilità di utilizzo della prestazione - Recesso datoriale - Legittimità - Oneri probatori.

È illegittimo il licenziamento fondato sulla mancata accettazione, da parte del dipendente, della modifica datoriale dell'orario di lavoro part-time, mentre, è legittimo quello irrogato a cagione dell'impossibilità di utilizzo della prestazione oraria precedente per effettive esigenze economico-organizzative dell'impresa, con onere, per il datore di lavoro, di dimostrare altresì che non sussistono altre alternative orarie o soluzioni occupazionali rispetto a quelle prospettate al lavoratore.

La questione afferisce al rapporto tra GMO ed esistenza di un divieto di licenziamento per il lavoratore part time ove questi rifiuti la modifica della collocazione o estensione oraria della propria prestazione lavorativa.

La Sentenza gravata della Corte d'appello evidenziava l'assenza di una specifica disposizione, evincibile nel d.lgs. 61/00 ,in tema di divieto di recesso per la sola modifica della distribuzione oraria della prestazione lavorativa nel part time e, dunque, ha ritenuto il recesso legittimo.

La Cassazione, in maniera a mio avviso estremamente corretta e, direi, addirittura ovvia, ha affermato:

“Al contrario in materia di lavoro part-time, dalla complessiva regolamentazione stabilita dal d.lgs. n. 61/2000 si evince una comune e generale ratio legis nel senso che qualunque mutamento dell'orario di lavoro già concordato formalmente tra le parti - sia il passaggio da part-time a full time o viceversa, sia una variazione della fascia oraria del part-time o l'introduzione di una clausola elastica o flessibile o la richiesta di lavoro supplementare - presuppone l'accordo tra le parti e, dunque, il consenso del lavoratore. Tanto è previsto esplicitamente dall' art. 3, commi 3, 7, 9 e 11 del d.lgs. 61/2000 in relazione alle clausole elastiche ed al lavoro supplementare (vedi in particolare comma 11: “ Il rifiuto da parte del lavoratore di stipulare il patto di cui al comma 9 e l'esercizio da parte dello stesso del diritto di ripensamento di cui al comma 10 non possono integrare “ in nessun caso” gli estremi del giustificato motivo di licenziamento). Inoltre, all'art.5 il d.lgs. n. 61/2000, prevede parimenti che il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in parziale, o viceversa “non costituisce giustificato motivo di licenziamento...

Sulla scorta di tale disciplina deve dunque affermarsi che analogo divieto valga anche, a fortiori, per la proposta di diversa distribuzione totale dell'orario di lavoro. Dal momento che sarebbe irragionevole ipotizzare il contrario, ovvero che sia protetto il rifiuto alla stipula di una clausola flessibile, elastica o alla richiesta di lavoro supplementare e non lo sia

invece quello che concerne la variazione totale dell'orario di lavoro part time".

Oggi, analogamente, l'art. 3, 9 comma del d.lgs. n. 61/2000 prevede che l'eventuale rifiuto del lavoratore allo svolgimento del rapporto di lavoro a tempo parziale non integra giustificato motivo di licenziamento

La Corte d'appello sostiene che la variazione in blocco dell'orario di lavoro – che non integri l'introduzione di una clausola elastica o flessibile – sia del tutto libera o esulerebbe dalla protezione legale (perché "all'interno della proposta di modifica dell'orario contrattuale non è prevista alcuna flessibilità, ma si chiede di sostituire un'articolazione oraria, rigida, con una diversa, altrettanto rigida").

Oggi la disposizione è trasfusa nell'art. 8, comma 1, del d.lgs. n. 81/15 (*Il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento*). Il divieto di licenziamento per rifiuto della variazione oraria è oggi esplicitato dall'art. 6, comma 8, del d.lgs. 81/15 come ribadito dalla stessa Corte di cassazione (*Il rifiuto del lavoratore di concordare variazioni dell'orario di lavoro non costituisce giustificato motivo di licenziamento*)

Da altra prospettiva la Cassazione afferma che *la sentenza impugnata risulta in contrasto con le norme in rubrica nella parte in cui ha sostenuto che il divieto di licenziamento del lavoratore o lavoratrice part time – che rifiuti la variazione dell'orario di lavoro – sia limitato al solo licenziamento disciplinare; mentre, al contrario, deve ritenersi escluso, altresì, ed anzi in primo luogo, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dal momento che quelle prospettate dal datore di lavoro, alla base della propria proposta di variazione contrattuale rifiutata dal lavoratore,*

configurano esigenze di carattere organizzativo suscettibili di dar luogo ad un g.m.o. di recesso.

Invero la affermazione della Corte d'appello, come riferita dalla Cassazione, sorprende:

può ritenersi infrazione disciplinare un rifiuto di variazione oraria?

È chiaro che non sussiste alcun obbligo di variare l'orario di lavoro a richiesta del datore di lavoro perché la pattuizione contenuta nel contratto di lavoro specifica e colloca l'obbligo di prestazione oraria: ritenere la astratta ascrivibilità di tale rifiuto ad un fatto disciplinarmente rilevate, tanto da ipotizzare la necessità di previsione di una deroga espressa, non appare conforme alle regole dei contratti, vieppiù in materia di lavoro, dove oggetto della obbligazione del lavoratore è il proprio tempo vita che deve dunque essere astretto entro limiti specifici.

Si vuol dire che, posto che una norma deve essere interpretata nel senso che abbia un effetto concreto, utile, pena una interpretatio abrogans, nella ricostruzione della Cassazione, la Corte di appello sembrerebbe avere ipotizzato che la norma abbia un effetto utile: lo stesso consisterebbe nella esclusione della rilevanza disciplinare del rifiuto che avrebbe, ove non vi fosse la previsione, rilievo disciplinare. Invero mi sembra una ricostruzione neppure ipotizzabile.

Il licenziamento disciplinare attiene, in linea di massima, ad un inadempimento grave della obbligazione mentre, nel caso di specie, la volontà del lavoratore è di adempiere esattamente al contratto. Vi è dunque una deviazione della prospettiva civilistica in danno del lavoratore.

La Cassazione prosegue sul tema del rapporto tra recesso e rifiuto di variazione oraria: *Il difficile equilibrio tra il divieto di licenziamento del lavoratore che rifiuta il mutamento della fascia oraria del part-time (o una altra variazione protetta dalla legge), e l'eventuale insorgenza del giustificato motivo provocato da tale rifiuto, che potrebbe consentire un licenziamento per ragioni oggettive, deve essere invece garantito attuando il contemperamento dei rispettivi interessi delle parti che si riflettono nel regime pattizio del rapporto alla luce della particolare disciplina di legge evocata.*

Ai fini della legittimità del recesso per GMO deve dunque verificarsi la presenza di tre requisiti:

- 1) la sussistenza delle esigenze economico organizzative, in base alle quali la prestazione oraria precedente non può essere più mantenuta;
- 2) il nesso causale tra le predette esigenze e il licenziamento (Cass., sentenza n. 21875/2015, Cass. sentenza n. 23620/2015; Cass., sentenza n. 9310/2001; Cass., sentenza n. 3030/1999);
- 3) l'assenza di ulteriori soluzioni occupazionali (o altre alternative orarie) rispetto a quelle prospettate al lavoratore e poste alla base del licenziamento (repechage valutato alla luce delle clausole generali di correttezza e buona fede).

La Cassazione ricorda come correttezza e buona fede costituiscono *parametri per un controllo sulla discrezionalità gestionale del datore di lavoro* e, sia consentito aggiungere, parametro costante per la verifica della sussistenza della ragione organizzativa connessa a qualsiasi ipotesi di recesso per GMO, ovvero parametro esterno di valutazione della sussistenza in particolar modo del nesso causale, oltre che del repechage.

L'esigenza di una rimodulazione del g.m.o. nel part time, è stata già affermata da questa Corte, a fronte di proposte di rifiuto del passaggio da part time a full time o viceversa, con la recente ordinanza n. 12244/2023 nella quale è stato ribadito che in caso di rifiuto della trasformazione del rapporto da full time a part time il dipendente può essere legittimamente licenziato solo se il recesso non è stato intimato a causa del diniego opposto, ma in ragione dell'impossibilità di utilizzo della prestazione a tempo pieno per effettive ragioni economiche dimostrate dal datore di lavoro.

La novità è costituita dalla affermazione che *l'impossibilità di un utilizzo altrimenti della prestazione, con modalità orarie differenti è componente/elemento costitutivo del gmo* che appare essere qualcosa di diverso dal semplice obbligo di repechage e per fare questo la Cassazione fa leva sulla particolare disciplina garantistica del part time.

Vi è un richiamo alla necessaria interpretazione conforme della normativa comunitaria e costituzionale con un riferimento alla vicenda della “revisione” del part-time riconosciuta alle pubbliche amministrazioni dall'art. 16 della L. n. 183 del 2010.

Tale riferimento è invero benevolo verso la giurisprudenza della C.G.U.E..

La Sentenza 15 ottobre 2014, causa C-221/13, della Corte di Giustizia riguarda l'interpretazione della Direttiva 97/81, che ha recepito l'accordo quadro tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale, vale a dire tra l'Unione delle confederazioni europee dell'industria e dei datori di lavoro (UNICE), il Centro europeo

dell'impresa pubblica (CEEP) e la Confederazione europea dei sindacati (CES), riportato in allegato alla medesima direttiva. Recepimento di tale direttiva è il d.lgs. 61/00 e, dunque, il d.lgs. 81.15.

La questione sottoposta all'esame della Corte era relativa alla compatibilità eurounitaria dell'art. 16 della legge del 4 novembre 2010, n. 183 che dispone:

“in sede di prima applicazione delle disposizioni introdotte dall'articolo 73 del decreto legge del 25 giugno 2008, n. 112 (supplemento ordinario alla GURI n. 147 del 25 giugno 2008), le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possano, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 183/2010, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della data di entrata in vigore del citato decreto legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge del 6 agosto 2008, n. 133”.

In buona sostanza un part time già vigente poteva essere modificato entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge n. 183/2010, dalla P.A. in forza di un atto unilaterale di rivalutazione dello stesso, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Il Ministero della Giustizia aveva unilateralmente posto fine a tale regime imponendo alla dipendente un regime di lavoro a tempo pieno con un'articolazione dell'orario di lavoro su sei giorni, a decorrere dal 1° aprile 2011.

Il giudice del rinvio aveva ritenuto sussistente, in ragione di tale peculiare potere unilaterale, una discriminazione tra lavoratori a tempo pieno e parziale.

La Corte ritiene che fra le prescrizioni minime volute dalla normativa europea figuri il divieto di consentire il recesso per il solo rifiuto di un lavoratore di trasformazione del rapporto di lavoro da part time a full time, senza pregiudizio per la possibilità di procedere (...) a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato.

Non vi sarebbe l'obbligo della previsione di una normativa che subordini al consenso del lavoratore la trasformazione del suo contratto di lavoro perchè *detta disposizione è volta unicamente ad escludere che l'opposizione di un lavoratore a una simile trasformazione del proprio contratto di lavoro possa costituire l'unico motivo del suo licenziamento, in assenza di altre ragioni obiettive.*

Dunque la clausola 5, punto 2, dell'accordo quadro non osta a una normativa che consente al datore di lavoro di disporre, per ragioni di tal tipo, la trasformazione del contratto di lavoro da contratto a tempo parziale in contratto a tempo pieno, senza il consenso del lavoratore interessato.

Per la Corte *si deve constatare, come osservato dall'avvocato generale ... che una situazione in cui un contratto di lavoro a tempo parziale è trasformato in un contratto di lavoro a tempo pieno senza l'accordo del lavoratore interessato e una situazione in cui un lavoratore vede il suo contratto di lavoro a tempo pieno trasformato in un contratto di lavoro a tempo parziale contro la sua volontà non possono essere considerate situazioni comparabili, dato che la riduzione del tempo di lavoro non comporta le stesse conseguenze del suo aumento, in particolare a livello*

di remunerazione del lavoratore, che rappresenta la contropartita della prestazione di lavoro.

In effetti, a tutto concedere, la questione era mal posta: la previsione di un potere unilaterale elimina in radice la necessità di licenziare il lavoratore per il suo rifiuto alla trasformazione posto che il rifiuto non sembra proprio opponibile¹.

Francamente la decisione è scarsamente comprensibile.

Nella sentenza della Cassazione vi è un riferimento alla Sentenza della Corte Costituzionale n. 224 del 2013 che riguardava la medesima disposizione di cui al rinvio pregiudiziale in C.G.U.E., ovvero lo scrutinio di compatibilità costituzionale della possibilità di “revisione” del part-time riconosciuta alle pubbliche amministrazioni dall’art. 16 della L. n. 183 del 2010.

¹ Nello stesso senso il Tribunale di Forlì, remittente nel giudizio di legittimità costituzionale di cui in appresso, nella ricostruzione fatta dalla Corte costituzionale: *Altra sarebbe, però, la valenza giuridica del rifiuto del lavoratore, ad avviso del rimettente, a seconda che lo si consideri espressione di una facoltà del dipendente ovvero una sua inosservanza di disposizioni datoriali. Prima dell’emanazione della norma in esame, infatti, il lavoratore bene avrebbe potuto rifiutare una prestazione full-time, esponendosi virtualmente al rischio di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il quale avrebbe dovuto, però, presentare i requisiti di legittimità di questo tipo di recesso. Oggi, invece, soggiunge il giudice a quo, alla luce della predetta norma, se ritenuta legittima, il rifiuto del lavoratore sarebbe di per sé illegittimo, poiché inottemperante alla richiesta datoriale, e giustificerebbe il recesso datoriale per inadempimento, integrando però, di fatto, precisamente le condizioni vietate dalla norma comunitaria (recepita nell’ordinamento interno con il d.lgs. n. 61 del 2000, in particolare, per quanto qui rileva, all’art. 5, primo comma, prima parte). L’opposizione del dipendente alla trasformazione del rapporto finirebbe, infatti, per rappresentare, sia pure attraverso il veicolo disciplinare, la precisa e sola causa del licenziamento. Insomma, in questo secondo caso, proprio il rifiuto in sé, con le sue conseguenze disciplinari (rimesse al datore di lavoro e certamente sottratte alla disponibilità del dipendente), verrebbe ad integrare la causa del licenziamento, in contrasto con la ratio della norma comunitaria, della quale la norma nazionale risulterebbe, dunque, elusiva.*

La Corte costituzionale salva la disposizione in esame evidenziando come essa si riferisca solo alla rivalutazione, nel termine circoscritto di centottanta giorni, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede – dei “vecchi” provvedimenti di concessione della trasformazione dei rapporti di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, adottati prima della riforma del 2008 per effetto della soggezione del datore di lavoro pubblico al diritto potestativo attribuito ai lavoratori dalla disciplina previgente....Solo, però, quando questi siano tali da arrecare alla funzionalità dell'amministrazione un pregiudizio analogo a quello che preclude la trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale secondo le nuove disposizioni.

La Corte costituzionale bene interpreta il diritto dell'Unione, meglio, sia consentito dirlo, della C.g.u.e.² .

Infatti astringe la rivalutazione dei part time, operata dalla P.A., a specifici parametri affermando quanto segue:

*...il potere di rivalutazione dei rapporti di lavoro part-time a suo tempo concessi automaticamente, in applicazione della normativa dell'epoca ...è ...saldamente ancorato alla **presenza obiettiva di verificabili esigenze di funzionalità** dell'organizzazione amministrativa e condizionato a modalità di esercizio scrupolosamente rispettose dei **canoni generali di correttezza e di buona fede**. Ne sono espressione, a titolo esemplificativo, la tutela delle peculiari situazioni personali e*

² In buona sostanza, il diritto europeo è primariamente finalizzato a tutelare il lavoro part-time e a impedirne ogni forma di discriminazione, anche in fase di trasformazione del rapporto. Nel contempo, però, esso dà la necessaria rilevanza alle esigenze organizzative, tecniche o produttive che possono imporre modifiche della posizione lavorativa ovvero del regime temporale della prestazione. Solo in tali circostanze, il rifiuto opposto dal lavoratore alla trasformazione del rapporto da tempo parziale a tempo pieno può autorizzarne, al limite, l'estromissione dal posto (sempreché sia da escludere qualunque possibilità di mantenerlo in servizio part-time).

familiari consolidatesi in capo ai singoli lavoratori, da valutarsi in contraddittorio con gli stessi, il vaglio della **fattibilità di soluzioni alternative alla revoca del part-time**, la concessione di un congruo **periodo di preavviso** prima che la trasformazione (ciò nonostante disposta) divenga operativa. In tal modo, i criteri di correttezza e di buona fede cui le pubbliche amministrazioni devono attenersi nell'esercizio della suddetta "rivalutazione" si prestano ad esaltare, in una prospettiva costituzionalmente orientata di stampo solidaristico, proprio la **salvaguardia delle ragioni della controparte**, senza comportare un apprezzabile sacrificio.

In definitiva, il lavoratore non è assoggettato incondizionatamente alle determinazioni unilaterali del datore di lavoro pubblico ai fini della trasformazione del rapporto da part-time a full-time. L'iniziativa dell'amministrazione, infatti, dev'essere sorretta da **serie ragioni organizzative e gestionali** ed attuata nel **rispetto dei principi di correttezza e buona fede**. In mancanza di tali presupposti, il dipendente può **legittimamente rifiutare di passare** al tempo pieno e, per ciò solo, **non può mai essere licenziato**. Così interpretata, la possibilità di "revisione" del part-time riconosciuta alle pubbliche amministrazioni dall'art. 16 della legge n. 183 del 2010 (oltre tutto contenuta entro limiti stringenti di tempo) **è da ritenere perfettamente compatibile con i principi desumibili dall'invocata clausola 5, punto 2, della direttiva 97/81/CE**, donde la non fondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata, con la interposizione di detta clausola, in relazione al rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Proprio l'ancorato richiamo alla Clausola 5, punto 2, ci fornisce ulteriori elementi che convincono della correttezza della soluzione della Corte di cassazione con l'ordinanza in esame.

Come si conclude la Ordinanza della Cassazione in esame?...*nulla si dice nella sentenza impugnata in ordine al fatto che, oltre a non potersi mantenere lo schema dell'orario precedente, non esistesse un altro orario diverso che potesse essere offerto come alternativa al licenziamento... al contrario...dopo la proposta di modifica non accettata e posta alla base del licenziamento, le parti avevano tra loro concordato, nel mese precedente il licenziamento, un orario di lavoro diverso da quello originario, con mantenimento del rapporto di lavoro. Né può valere in contrario ...che la società datrice nel mese di aprile non avesse voluto mettere in atto "forzature", dovendosi valutare la condotta del datore di lavoro nella più ampia prospettiva della ricerca di una diversa ricollocazione dell'orario in alternativa al licenziamento, nell'ottica dei principi di correttezza e buona fede richiamati anche dalla Corte Costituzionale nella sentenza cit.*