

I

TRIBUNALE DI CATANZARO 28 ottobre 2011 - MURGIDA Giud. - P. M. E. e altri c. Associazione Interregionale V. I. Onlus.

Orario di lavoro - Jus variandi del datore di lavoro - Eventuale violazione dei doveri di correttezza e buona fede - Conseguenze - Risarcimento del danno.

In assenza di vincoli procedurali collettivi, la modifica unilaterale dell'orario di lavoro disposta dal datore è legittima, trattandosi di un aspetto del più generale potere organizzativo riconosciutogli dagli artt. 2086, 2094 e 2104 c.c. L'eventuale violazione dei canoni comportamentali della correttezza e buona fede da parte del datore di lavoro potrebbe comportare solamente conseguenze risarcitorie a vantaggio del lavoratore, senza integrare alcun vizio riconducibile alla patologia negoziale, tale da poter determinare l'invalidità della determinazione datoriale. (1)

II

TRIBUNALE DI CATANZARO 1 febbraio 2012 - FATALE Pres. ed Est. - P. A. c. Associazione Interregionale V. I. Onlus.

Orario di lavoro - Jus variandi del datore di lavoro - Esercizio - Obbligo di parità di trattamento - Insussistenza - Prassi aziendale consolidata - Irrilevanza - Modifica dell'organizzazione del lavoro - Insindacabilità.

In assenza di vincoli procedurali collettivi, la modifica unilaterale dell'orario di lavoro disposta dal datore è espressione dell'esercizio dello jus variandi quale concreta manifestazione della libertà economica tutelata dall'art. 41 Cost., senza che si debba ravvisare la violazione di un inesistente obbligo di parità di trattamento. Pur in presenza di una consolidata prassi aziendale, la modifica dell'organizzazione del lavoro fa venir meno il presupposto stesso del diritto acquisito dal lavoratore, e il merito della decisione datoriale sfugge al sindacato giudiziale ai sensi dell'art. 30, co.

(1-2) **L'esercizio dello jus variandi in presenza di prassi aziendale consolidata**

1. Le pronunce in commento, pur ponendosi, come si vedrà, in sostanziale continuità con il più recente orientamento giurisprudenziale in tema di usi aziendali, si segnalano tuttavia per un interessante collegamento tra l'esercizio

1, l. n. 183/2010: infatti al giudice spetta unicamente il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo adottato dal datore di lavoro. In ogni caso, l'eventuale violazione dei canoni comportamentali della correttezza e buona fede da parte del datore di

dello *jus variandi* e le cd. fonti sociali — tra le quali vanno considerate sia i contratti collettivi, sia il regolamento d'azienda — definite tali perché, ponendosi come fonti eteronome del rapporto di lavoro, concorrenti con la fonte individuale, sono in grado di produrre effetti generalizzati, volti a disciplinare in modo uniforme la totalità dei rapporti di lavoro (G. QUADRI, *Usi aziendali, «fonti sociali» e autonomia collettiva*, q. Riv., 2008, II, 541; Cass. 24 agosto 2004, n. 16691, q. Riv., 2005, II, 326, nt. BELLUMAT; Cass., S.U., 30 maggio 2005, n. 11325, OGL, 2005, I, 215). In tal modo, l'uso agisce sul piano dei singoli rapporti individuali allo stesso modo e con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, potendo i contratti collettivi sopravvenuti e gli eventuali accordi individuali eliminare anche *in peius* l'uso aziendale (così Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, q. Riv., 2000, II, 598; Cass., S.U., 13 dicembre 2007, n. 26107, q. Riv., 2008, II, 539).

L'espressione "usi aziendali", tecnicamente intesa, descrive un fenomeno unitario: la costante ed uniforme reiterazione di determinati comportamenti da parte del datore di lavoro (E. DEL PRATO, *Usi nel rapporto di lavoro*, EGT, XXXVII, 1994, 1), tenuti nei confronti di tutti i dipendenti, che si traduce in un trattamento economico o normativo di maggior favore rispetto a quello previsto dai contratti — individuale e collettivo — indipendentemente dalla volontà del datore stesso (così Cass. 8 aprile 2010, n. 8342, GC, 2010, 4, 514) ed idonei ad attribuire, in ragione dell'osservanza costante e pacifica, diritti in capo ai lavoratori che di tale prassi si avvantaggiano. È appunto l'indagine sull'*animus* del datore di lavoro che permette all'interprete di distinguere l'uso normativo da quello aziendale; il primo è accompagnato dal convincimento dell'obbligatorietà dell'azione, il secondo da motivi di opportunità e liberalità.

Nel caso riportato dalla sentenza in epigrafe, il regime di orario giornaliero di tipo continuato utilizzato nei confronti di tutti i dipendenti dell'Associazione convenuta per l'espletamento della prestazione lavorativa è stato pacificamente riconosciuto, sia dalle parti, che dal Tribunale, come espressione di prassi aziendale.

Ne consegue che la condotta reiterata, posta in essere dalla datrice di lavoro, aveva legittimamente fatto sorgere, in capo alle ricorrenti, il diritto a svolgere la propria prestazione con le stesse modalità rese fin dalla nascita del rapporto.

L'indagine del giudice di prime cure e, successivamente, quella del collegio si è orientata sulla possibilità del datore di lavoro, quale espressione del generale potere direttivo, di modificare unilateralmente le modalità di distribuzione dell'orario di lavoro precedentemente imposte, riconducendo tale esercizio entro l'alveo dello *jus variandi* di cui egli è titolare. La recente giurisprudenza, in tema di orario di lavoro, ha individuato i limiti all'esercizio dello *jus variandi* dell'imprenditore nella presenza di disposizioni contrattuali collettive (così T. Genova 11 maggio 2007, RGL, 2008, II, 147) e di usi aziendali (così Cass. 21 agosto 2009, n. 18593, GC, 2009, 9).

Con riferimento alla modifica dell'orario di lavoro, i limiti allo *jus variandi* del datore di lavoro sono previsti nei contratti di lavoro part-time — nei quali la programmabilità del tempo libero assume carattere essenziale che giustifica l'immodificabilità dell'orario da parte datoriale — ma non sono estensibili al

lavoro potrebbe comportare solamente conseguenze risarcitorie a vantaggio del lavoratore. (2)

contratto di lavoro a tempo pieno, nel quale un'eguale tutela del tempo libero si tradurrebbe nella negazione del diritto dell'imprenditore di organizzare l'attività lavorativa, diritto che può subire limiti solo in dipendenza di accordi che lo vincolino o lo condizionino a particolari procedure (così Cass. 16 aprile 1993, n. 4507, *q. Riv.*, 1993, II, 684, nt. BURRAGATO; T. Roma 13 giugno 2000, *MGL*, 2000, 1178, nt. TATARELLI. Vedi anche Cass. 21 maggio 2008, n. 12962, *q. Riv.*, 2008, II, 824, nt. BOLEGO, nella quale la Corte rileva le esigenze di programmabilità del tempo libero del lavoratore, pur se in maniera meno pressante, anche nel contratto di lavoro a tempo pieno).

Nella fattispecie in esame, a giudizio del Tribunale, non è ravvisabile alcun obbligo contrattuale assunto in sede collettiva circa l'impossibilità di apportare modifiche unilaterali all'orario di lavoro; infatti, la clausola collettiva menzionata dalle ricorrenti nulla dispone in merito alla distribuzione giornaliera dell'orario di lavoro riferendosi, invece, ad un limite circa la variazione del numero complessivo delle ore di lavoro settimanali, diverso da quello pattuito in contratto.

I limiti al potere distributivo riconosciuto al datore di lavoro sono dettati da specifiche ipotesi previste dalla contrattazione collettiva e/o che si caratterizzano per un particolare stato del lavoratore (S. ZITTI, *L'adattamento dell'organizzazione aziendale come conseguenza diretta di un obbligo aziendale assunto in sede collettiva*, *RGL*, 2008, II, 150).

Ed ancora, in materia di usi aziendali, le limitazioni imposte dalla prassi possono essere derivate qualora intervenga una modificazione dell'organizzazione del lavoro. Come riscontrato nella fattispecie analizzata, infatti, la datrice di lavoro ha giustificato l'esigenza di mutare la distribuzione settimanale dell'orario di lavoro con la necessità di salvaguardare la salute dei pazienti ricoverati presso la struttura. Tale giustificazione è stata ritenuta astrattamente plausibile dal Tribunale che non vi ha riscontrato alcun abuso nell'esercizio della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., di cui il datore di lavoro è titolare; infatti non è consentito al giudice sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, dovendosi egli limitare al controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore (così Cass. 30 novembre 2010, n. 24235, *GC*, 2010, 11, 1529; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, *GC*, 2011, 7-8, 1043; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, *GC*, 2011, 2, 198; Cass. 18 marzo 2010, n. 6559, *GC*, 2010, 3, 391). La Suprema Corte ha tuttavia ritenuto illegittimo un potere di autonomia organizzativa privo di qualsivoglia giustificazione, in quanto improntato a pura discrezionalità o arbitrio (L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, *DRI*, 2001, 2, 237 ss.).

Alla luce delle considerazioni che precedono, e nel medesimo solco, si pone la nuova disposizione introdotta dalla l. n. 183/2010 (art. 30); la norma stabilisce che in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge (...) contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda, recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro e al committente (cfr. art. 30, co. 1, l. n. 183/2010).

Secondo quanto rilevato dal giudice del lavoro, la norma suddetta pare

I

Omissis. — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con ricorso ex art. 700 c.p.c. al Tribunale, giudice del lavoro, di Catanzaro, P. M. E., S. E., T. D., T. C., premesso

potersi annoverare tra quelle dirette a disciplinare il corretto esercizio della funzione giurisdizionale (A. CARRATTA - M. TARUFFO, *Poteri del giudice*, in *Commentario del Codice di Procedura Civile*, a cura di S. CHIARLONI, Zanichelli, 2011), in relazione all'applicazione delle norme il cui oggetto è un'esigenza dell'organizzazione, assunta quale requisito che legittima un atto di autonomia dell'imprenditore (M. TREMOLADA, *Norme della l. n. 183/2010 in materia di certificazione e di limiti al potere di accertamento del giudice*, in *Il collegato Lavoro 2010. Commentario alla legge n. 183/2010*, a cura di M. MISCIONE - D. GAROFALO, Ipsoa, 2011, 145 ss.).

In conclusione, si ritiene possibile affermare che il riferimento letterale all'esercizio dei poteri datoriali permetta, quindi, di applicare la nuova disposizione anche in ipotesi nelle quali, in presenza di consolidata prassi aziendale, lo *jus variandi* sia dovuto a valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro.

Le osservazioni svolte in motivazione, sia dal giudice del lavoro che dal collegio, circa la presenza di un motivo tecnico-organizzativo apprezzabile che funga da causa all'esercizio del potere datoriale inducono a estendere l'analisi qui svolta anche al rapporto esistente tra gli usi aziendali ed i principi di correttezza e buona fede nel rapporto di lavoro.

Com'è noto gli artt. 1175 e 1375 c.c. impongono al debitore ed al creditore, nel rapporto obbligatorio, e alle parti del contratto, di comportarsi reciprocamente secondo le regole di correttezza e di eseguire il contratto secondo buona fede. Nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, la valorizzazione della clausola di buona fede muove, tra l'altro, da specifiche esigenze di tutela del lavoratore a fronte di quelle prerogative dell'imprenditore, le quali — nonostante abbiano subito nel tempo una progressiva limitazione attraverso la legge e il contratto collettivo, che hanno posto i criteri di legittimità e di validità di taluni atti unilaterali — evidenziano ancora oggi aree all'interno delle quali è facile scivolare verso un impiego arbitrario del potere aziendale (L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, op. ult. cit.; S. COSTANTINI, *La sindacabilità dell'uso aziendale alla luce dei principi di buona fede e correttezza*, *LPO*, 2010, 3, 287).

I principi di correttezza e buona fede, quindi, devono essere intesi in senso oggettivo e sono volti a enunciare un dovere di solidarietà che permea la vita intera del contratto, dalla fase delle trattative sino a quella della sua esecuzione, e che esplica rilevanza a prescindere dal fatto che essi siano espressamente tradotti, in concreto, in specifici obblighi contrattuali (A. PREMOLI, *Usi aziendali e benefici connessi al merito: la valutazione del datore è "discrezionale"...* ma pur sempre "sindacabile", *RCDL*, 2009, 3, 743; Cass. 14 maggio 2009, n. 11213, *GC*, 2009, 5, 775).

Ne deriva che la negazione, al singolo lavoratore, di un trattamento aziendale osservato nei confronti della generalità dei dipendenti, senza che la condotta sia sorretta da adeguata motivazione, si pone in evidente contrasto con il canone della buona fede e della correttezza nello svolgimento del rapporto di lavoro (così C. cost. 9 marzo 1989, n. 103, *DL*, 1989, II, 355, nt. FOGLIA). Qualora si riscontri,

di essere dipendenti dell'Associazione Interregionale V. I. Onlus con la qualifica di terapisti presso la residenza sanitaria assistenziale e riabilitativa (...) denunciavano la modifica unilateralmente disposta dalla controparte datoriale, della distribuzione giornaliera del loro orario di lavoro.

Le ricorrenti paventavano il disagio conseguente alla modifica che comportava pause non lavorate di 3 ore tra una frazione e l'altra dell'orario quotidiano, invocavano in via cautelare la sospensione del censurato provvedimento datoriale ed il ripristino del pregresso orario continuato.

Chiedevano quindi l'emissione del provvedimento cautelare invocato e la condanna dell'Associazione Interregionale V. I. Onlus al ripristino del precedente orario di lavoro.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — In assenza di vincoli procedurali collettivi, la modifica unilaterale dell'orario, disposta dal datore di lavoro, si ritiene essere nella sostanza legittima, trattandosi di un aspetto del più generale potere organizzativo riconosciutogli dagli artt. 2086, 2094 e 2104 c.c.

La clausola collettiva menzionata dalle ricorrenti nulla dispone in merito alla

invece, come nella fattispecie in commento, la presenza di un motivo determinato in base a criteri di opportunità economica, la violazione di detti principi non può comportare il ripristino del diritto che si assume leso, residuando in capo all'interessato unicamente il diritto al risarcimento del danno che egli abbia subito.

In riferimento all'ultimo motivo sottoposto al sindacato giudiziale, ossia la violazione del dovere di parità di trattamento, il giudice del lavoro ha affermato la non sussistenza della richiamata violazione. In ottemperanza al consolidato orientamento delle Sezioni Unite, le quali hanno sancito l'inesistenza di un diritto soggettivo del lavoratore subordinato alla parità di trattamento, essendo, al contrario, legislativamente prevista come possibile una situazione di disparità di trattamento dall'art. 2077, co. 2, c.c. La norma, infatti, impone la sostituzione delle clausole difformi contenute nei contratti individuali con le disposizioni collettive, salvo che tali clausole siano più favorevoli al lavoratore, prevedendo di fatto un allineamento dei contratti individuali di lavoro alla disciplina collettiva non in tutti i casi, ma solo in quelli in cui il contratto individuale di lavoro contenga disposizioni meno favorevoli per il lavoratore (così Cass., S.U., 17 maggio 1996, n. 4570, *DL*, 1996, II, 197, nt. PALLINI), senza che questa disparità di trattamento costituisca titolo per attribuire al lavoratore che si trovi nell'identica posizione un diritto ad ottenere lo stesso beneficio.

In conclusione, la prassi aziendale è quindi espressione degli usi quali atti di liberale autonomia del datore di lavoro e può subire modifiche unilaterali attraverso l'esercizio legittimo dello *jus variandi* quando si è in presenza di esigenze tecniche, organizzative e produttive, ovvero in mancanza di previsioni collettive, senza che debba ravvisarsi una violazione del diritto alla parità di trattamento.

MARIA CRISTINA DEGOLI
Dottoranda in diritto del lavoro
nell'Università di Modena e
Reggio Emilia

distribuzione giornaliera dell'orario di lavoro, né prevede limitazioni al potere datoriale di modificarla unilateralmente.

La violazione dei fondamentali principi di buona fede e correttezza, che secondo l'indirizzo giurisprudenziale evocato dalle ricorrenti condizionerebbe l'esercizio dello *jus variandi*, residuerebbe su un piano meramente risarcitorio, senza integrare alcun vizio riconducibile alla patologia negoziale, tale da poter determinare l'invalidità della determinazione datoriale.

Tanto rende spontanea la disamina della fondatezza delle deduzioni della resistente in ordine all'esigenza aziendale che ha determinato la modifica dell'orario di lavoro delle ricorrenti, prevedendo che la sospensione dell'attività riabilitativa dei pazienti, tra le ore 12:00 e le ore 15:00, coincida con la loro pausa da destinare al pranzo ed al riposo che lo segue.

Sotto questo profilo, l'esercizio del potere datoriale apparirebbe causalmente fornito di un motivo tecnico-organizzativo apprezzabile, che, pur restando incensurabile in sede giudiziaria, soddisferebbe anche l'esigenza che l'atto in questione non resti meramente arbitrario.

A ciò si aggiunga — nell'insieme delle valutazioni sommarie imposte dalla fase — che il merito della decisione datoriale sfugge al sindacato giudiziale, ai sensi dell'art. 30, co. 1, l. n. 183/2010.

L'ulteriore tutela invocata dalle ricorrenti in termini di violazione di un inesistente dovere di parità di trattamento, non potrebbe ricostruirsi poiché la corrispettività delle obbligazioni scaturenti dal contratto di lavoro non può risentire degli effetti più favorevoli della condotta che una delle parti tenga in altro e differente rapporto, con altro e diverso contraente.

Nel caso di specie, delle due terapisti non interessate dalla modifica dell'orario, una (...) è impegnata anche durante il pranzo dei pazienti, perché dispone della qualifica di alimentarista, l'altra (...) non è più in servizio presso la struttura di (...) ove era stata applicata temporaneamente sino al 30 luglio scorso.

In definitiva, non si rinvergono nella fattispecie gli estremi del *fumus boni juris* che consenta l'adozione del provvedimento inibitorio richiesto, restando pertanto assorbita ogni ulteriore valutazione circa il *periculum in mora* prospettato.

Consegue il rigetto del ricorso, pur ravvisandosi nella peculiarità della fattispecie esaminata e nell'atteggiamento tenuto dalle parti (incline ad una soluzione conciliativa che, pur non raggiunta nei tempi brevi del procedimento, è legittimo auspicare non sia pregiudicata dall'esito precario del giudizio sommario svolto) ragioni sufficienti per compensare tra loro le spese di lite.

II

Omissis. — SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. — Con ricorso al Tribunale, giudice

del lavoro, di Catanzaro, P. A. chiedeva l'emissione del provvedimento cautelare invocato nei confronti dell'Associazione Interregionale V. I. Onlus.

Con ordinanza in data 29 novembre 2011 il Tribunale adito rigettava la domanda.

Con reclamo depositato il 14 dicembre 2011, P. A. impugnava il provvedimento di rigetto della domanda cautelare, adducendo la sussistenza dei requisiti (*fumus boni juris* e *periculum in mora*) ai quali la legge subordina l'emissione del provvedimento d'urgenza.

La reclamante esponeva, in punto di fatto:

di lavorare dal 20 gennaio 2003, data della sua assunzione, alle dipendenze dell'Associazione in epigrafe, presso la struttura sanitaria di (...) con la qualifica di logopedista e con regime di orario giornaliero di tipo continuato (dal lunedì al venerdì dalle 8:00 alle 14:30, con due rientri settimanali, fino alle 17:30, per due giorni alla settimana), mai modificato fin dal momento dell'assunzione, al pari di tutte le altre figure professionali operanti nella struttura.

In data 11 luglio 2011, la datrice di lavoro, introduceva improvvisamente un orario di lavoro di tipo spezzato (dalle 9:00 alle 12:00 e dalle 15:00 alle 18:20, dal lunedì al sabato), peraltro solo per la ricorrente e per cinque fisioterapisti su sette, con tre ore giornaliere di intervallo tra una frazione lavorativa e l'altra.

La reclamante rilevava l'illegittimità del provvedimento e denunciava la modifica della distribuzione giornaliera del loro orario di lavoro, unilateralmente disposta dalla controparte datoriale, in quanto lesiva dei suoi diritti e delle sue esigenze di vita personali e familiari.

La P. insisteva, pertanto, nelle conclusioni già rassegnate con ricorso *ex artt.* 700 c.p.c. e 669-*quater* c.p.c. (ossia di annullare/sospendere il provvedimento datoriale di modifica dell'articolazione dell'orario di lavoro), affermando che il Giudice di prime cure, nel respingere la domanda cautelare per difetto di *fumus boni juris* era incorso in errore in quanto: 1) la decisione si basava su una interpretazione non corretta dell'art. 43 ccnl di categoria che rappresenta la norma contrattuale posta a disciplinare l'orario di lavoro nel caso di specie e che, in concreto, non ne consente modifiche unilaterali, per come operato dalla datrice di lavoro, ma solo modificazioni concordate dalle parti; 2) la decisione mancava della corretta rilevanza giuridica dell'uso aziendale quale fonte eteronoma di regolamento dei rapporti individuali di lavoro, e cioè a quella consolidata prassi, esistente nella struttura interessata, secondo cui tutti i dipendenti in servizio svolgevano l'orario di lavoro continuato, come sistema di distribuzione dell'orario di lavoro maggiormente confacente a interessi e esigenze dei pazienti da un lato e dei dipendenti e della struttura stessa dall'altro; 3) il giudice trascurava di considerare la violazione dei principi di correttezza e buona fede posta in essere dall'Associazione datoriale che, nel disporre la modifica dell'orario di lavoro, non aveva tenuto in alcun conto le esigenze e gli interessi del lavoratore; 4) veniva data per scontata l'esistenza di apprezzabili motivi di organizzazione e tecnici

che, invero, la datrice di lavoro non aveva affatto provato; 5) venivano applicati quegli orientamenti della Suprema Corte concernenti il principio di eguaglianza, per escludere l'esistenza di un diritto alla parità di trattamento nell'ambito del lavoro subordinato, che, tuttavia, non rilevarebbero nel caso di specie, in quanto quegli insegnamenti si riferiscono all'ipotesi delle differenze retributive, mentre nel caso di specie sono stati violati, in virtù di quella libertà di cui all'art. 41 Cost. invocata da controparte, diritti della personalità, ossia il diritto alla dignità, alla salute e all'integrità psico-fisica.

Si costituiva l'Associazione Interregionale V. I. Onlus, contestando le avverse deduzioni e chiedendo il rigetto del reclamo.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Quanto ai motivi di doglianza di cui ai punti secondo e quarto, tra loro strettamente connessi, appare dirimente accertare l'esistenza di un uso aziendale foriero di obbligazioni per le parti del rapporto di lavoro e verificare se e in quali termini il datore di lavoro possa modificarlo unilateralmente.

In punto di diritto, la Suprema Corte ha rilevato che «in presenza di un uso aziendale legato alle modalità di espletamento della prestazione lavorativa, deve escludersi che il datore di lavoro possa incidere unilateralmente sui diritti acquisiti dal lavoratore per effetto dello stesso, a meno che non sia intervenuta una modificazione dell'organizzazione del lavoro, che, secondo una valutazione rimessa al giudice di merito, abbia fatto venir meno il presupposto stesso del predetto diritto. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto correttamente motivata la sentenza impugnata, la quale aveva ritenuto che, il diritto dei lavoratori postali addetti alle macchine smistatrici ad una pausa giornaliera di complessivi sessanta minuti fosse venuto meno a seguito dell'adozione di nuove modalità di organizzazione del lavoro, le quali prevedevano, oltre all'utilizzazione di nuovi macchinari che rendevano meno scomoda la postura dell'operatore, un minor tempo di adibizione dei lavoratori alle stesse)» (Cass. 21 agosto 2009, n. 18593).

Nel caso di specie è pacifica tra le parti l'esistenza di una prassi aziendale consistente nelle modalità di espletamento dell'orario di lavoro settimanale, per tutti i dipendenti dell'Associazione in servizio presso il (...) secondo la seguente ripartizione: cinque giorni lavorativi a settimana, dal lunedì al venerdì, di cui cinque con orario 8:00-14:30 e due con orario 8:00-17:30; infatti, sia in primo che in secondo grado la difesa dell'Associazione non negava che fin dal momento dell'assunzione dei dipendenti adibiti alla struttura dinanzi menzionata, quelle riportate siano state le modalità di distribuzione delle ore lavorative settimanali dovute, per effetto di accordi intercorsi con il direttore sanitario, tant'è che la difesa della reclamata verte tutta sulla possibilità di esercizio dello *jus variandi* pur in presenza di una consolidata prassi aziendale.

Pertanto, appurato che la lavoratrice aveva acquisito nel proprio patrimonio

il diritto a svolgere la prestazione lavorativa nel modo in cui era stata resa fin dal momento dell'instaurazione del rapporto, si tratta di verificare se lo *jus variandi* datoriale sia stato legittimamente esercitato e dunque, se per effetto del legittimo esercizio del suddetto, tale diritto sia venuto meno.

Questa disamina deve essere compiuta utilizzando gli stessi parametri che vengono in considerazione allorché si tratti di appurare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento. In entrambi i casi, infatti, si è di fronte ad un diritto del lavoratore (a seguire un certo orario di lavoro nell'un caso, a conservare il posto di lavoro, nell'altro) che viene ad essere eliso in ragione dell'esistenza di ragioni legate all'organizzazione imprenditoriale.

Gli ambiti di sindacato del Giudice di merito, in tale materia, sono noti: «Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore; ne consegue che non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato» (Cass., sez. lav., 30 novembre 2010, n. 24235).

Ed ancora: «Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni tecniche, organizzative produttive è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. Pertanto spetta al giudice il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, e l'onere probatorio grava per intero sul datore di lavoro, che deve dare prova anche dell'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte, onere che può essere assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria, mentre il lavoratore ha comunque un onere di deduzione e di allegazione di tale possibilità di reimpiego» (Cass. 18 marzo 2010, n. 6559).

Passando alla concreta applicazione dei suddetti insegnamenti al caso di specie, si deve tenere conto che la datrice di lavoro ha giustificato l'esigenza di mutamento della distribuzione settimanale dell'orario di lavoro con la necessità di salvaguardare la salute dei pazienti ricoverati presso la struttura, che hanno bisogno — anche per finalità terapeutiche — di riposare nelle prime ore pomeridiane e, dunque, non sono in grado di svolgere in tale lasso temporale attività riabilitativa in genere (sia quella che comporta l'uso prevalente di energie fisiche, sia quella che si avvale maggiormente delle energie psicofisiche, ossia l'attività di recupero logopedistico).

Tale giustificazione appare astrattamente plausibile, sicché, specie se si ha riguardo alla tipologia di pazienti che normalmente vengono ricoverati presso la struttura dove lavora la reclamante (anziani e, in genere, soggetti con difficoltà motorie) non solo non è suscettibile di dovere essere provata in concreto, ma, di conseguenza, rientra nel novero di quelle scelte organizzative che esulano dal sindacato del Giudice ordinario.

Se così è, il quinto motivo di doglianza deve essere disatteso in quanto la circostanza che tutti gli altri dipendenti della struttura che non si occupano di riabilitazione dei pazienti, continuano ad espletare l'orario di lavoro precedente, non ha alcun rilievo rispetto alle esigenze organizzative palesate dall'Associazione e poste a sostegno dell'adottato provvedimento. Né la lavoratrice ha contestato la violazione del principio della parità di trattamento rispetto ai soli due fisioterapisti che, invece, continuano ad espletare l'orario di lavoro svolto in precedenza da lei, non avendo in alcun modo preso posizione sulle motivazioni pure addotte dalla direttrice di lavoro sul punto, secondo cui ella e i fisioterapisti interessati dal provvedimento di nuova ripartizione dell'orario di lavoro settimanale non erano disponibili a collaborare nella somministrazione dei pasti ai pazienti, quale momento utile e importante a fini riabilitativi.

Né può essere condivisa la tesi della reclamante secondo cui il diritto a mantenere l'orario di lavoro pregresso discenderebbe dalla disposizione contrattuale (art. 43, co. 5 ccnl) secondo cui: «possono essere concordate tra le parti durate dell'orario di lavoro settimanale medio diverse da 38 ore con le adeguate compensazioni e, inoltre, articolazioni basate su una quantificazione annuale». Infatti, dal chiaro tenore letterale della norma riportata si evince che la necessità di accordo tra le parti si ha solo allorché si debba adottare una distribuzione settimanale dell'orario di lavoro che comporti lo svolgimento di un numero di ore alla settimana diverso da 38 — ipotesi che non ricorre nel caso di specie, in quanto la lavoratrice continua a svolgere 38 ore di lavoro ogni settimana. Anzi, le disposizioni di apertura del menzionato art. 43 co. 1: l'orario normale di lavoro è stabilito in 38 ore settimanali; co. 2: l'articolazione degli orari di lavoro risponde alle esigenze funzionali dei servizi stabilite dall'Istituto — inducono a escludere la necessità di un accordo tra datore di lavoro e lavoratore in ordine alle modalità di ripartizione dell'orario settimanale, a patto che si rispettino sia l'orario di lavoro normale di 38 ore settimanali, sia la condizione della coincidenza della giornata settimanale di riposo con la domenica.

Esclusa, per le ragioni che precedono, la sussistenza del diritto a preservare l'orario di lavoro giornaliero continuativo, la dedotta violazione dei canoni comportamentali della correttezza e buona fede non può comportare per la medesima il ripristino del diritto che si assume leso, ma al più, può avere conseguenze risarcitorie che non possono essere fatte valere in questa sede.

Infatti, ad avviso del collegio giudicante, la violazione di detti principi non può far nascere, in capo al soggetto che ha subito gli effetti negativi di tali

violazioni, il diritto soggettivo al conseguimento del bene della vita negatogli dal datore di lavoro, ove non esista una norma giuridica da cui discenda direttamente l'attribuzione di tale diritto. In tali casi, residua in capo all'interessato unicamente il diritto al risarcimento del danno che egli abbia subito per effetto delle rilevate violazioni. In senso conforme si è di recente espressa la Corte di Cassazione statuendo che: «La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente di secondo livello del ruolo sanitario, ai sensi degli artt. 15 e 15 *ter*, d.lgs. 20 dicembre 1992, n. 502, non ha natura concorsuale, essendo demandato ad apposita commissione soltanto il compito di predisporre un elenco di candidati idonei (senza attribuzione di punteggi e senza formazione di graduatoria) da sottoporre al direttore generale, il quale conferisce l'incarico con scelta di carattere fiduciario affidata alla propria responsabilità manageriale. Detta scelta è ispirata al criterio del buon andamento della P.A., senza che, nel contesto del lavoro pubblico contrattualizzato, il ricorso a tale criterio possa giustificare comportamenti discriminatori o, più in generale, la violazione dei canoni di correttezza e buona fede che presiedono ogni rapporto contrattuale e il cui non corretto adempimento costituisce fonte di responsabilità risarcitoria nei confronti dei candidati non prescelti, ma non determina, in assenza di una specifica disposizione che lo preveda, l'invalidità dell'atto. (Nella specie, le S.U., in applicazione dell'anzidetto principio, hanno cassato la sentenza delle corti territoriali, la quale aveva considerato le valutazioni di idoneità dei candidati operate dall'apposita commissione alla stregua di giudizi comparativi, e non di mera idoneità, ed aveva fatto discendere alla violazione dei criteri di correttezza e buona fede l'annullamento del provvedimento di conferimento dell'incarico a favore di un altro soggetto.» (Cass. S.U., 19 luglio 2011, n. 15764).

In definitiva, in mancanza di norma giuridica che imponga all'Associazione reclamata di conservare a vantaggio della lavoratrice l'orario di lavoro giornaliero continuativo da lei svolto fin dal momento della sua assunzione, il reclamo deve essere respinto per difetto di *fumus boni juris*, essendo sufficiente per il diniego della tutela richiesta, la mancanza di uno solo dei presupposti cui la legge subordina la possibilità di concessione — ciò che esonera dalla necessità di vagliare l'esistenza del *periculum in mora*. — *Omissis*.