

Sentenza n.

Registro generale Appello Lavoro n.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott. Laura Trogni Presidente rel.

Dott. Monica Vitali Consigliere

Dott. Giovanni Casella Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

in sede di reclami riuniti ex art. 1, comma 58, della L. n. 92/2012 avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 3426/2015 - estensore giudice Locati- discussa all'udienza collegiale del 12 luglio 2016 e promossa

nel reclamo R.g. n.

DA

rappresentato e difeso da avv. BONSIGNORIO DAVIDE
DARIO, ROTA MONICA ed elettivamente domiciliato in VIALE PIAVE, 17 20129
MILANO

RECLAMANTE

CONTRO

SPA, rappresentato e difeso da avv. TOSI PAOLO, MARESCA
ARTURO, ROMEI ROBERTO, , MORRICO ENZO, BOCCIA FRANCO RAIMONDO ed
elettivamente domiciliato presso il primo in VIA PALEOCAPA 6 MILANO

RECLAMATO

e nel reclamo R.g. n. 58/2016

DA

A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'h' or similar character, with a small '1' written below it.

SPA, rappresentato e difeso da avv. TOSI PAOLO, MARESCA ARTURO, ROMEI ROBERTO, MORRICO ENZO, BOCCIA FRANCO RAIMONDO ed elettivamente domiciliato presso il primo in VIA PALEOCAPA 6 MILANO

RECLAMANTE

CONTRO

rappresentato e difeso da avv. BONSIGNORIO DAVIDE DARIO, ROTA MONICA ed elettivamente domiciliato in VIALE PIAVE, 17 20129 MILANO

Oggetto: Reclamo ex art. 1, comma 58, L. 92/2012

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

CONCLUSIONI

PER

Nella causa n. 50/2016:

In riforma della sentenza del Tribunale di Milano n. 3426 del 15.12.2015 emessa a definizione del procedimento ex art. 1 comma 51 L. 28.6.2012 n. 92 n. R.G. 11282/2015, comunicata in data 16.12.2015:

Annulare ovvero comunque dichiarare illegittimo per i motivi esposti in ricorso il licenziamento intimato al ricorrente e conseguentemente condannare la convenuta a reintegrarlo in servizio ed a corrispondergli l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 18 comma 4 L. 300/70.

In subordine, per i motivi esposti in ricorso, dichiarare illegittimo il licenziamento intimato al ricorrente e conseguentemente dichiarare il rapporto di lavoro tra le parti risolto al 14.1.2015 e condannare la convenuta a corrispondere al ricorrente l'indennità risarcitoria prevista dall' art. 18 comma 5 Stat. Lav. nella misura massima di legge ovvero in quell'altra maggiore o minore che risulterà di giustizia.

In ulteriore subordine, dichiarare illegittimo il licenziamento intimato al ricorrente e conseguentemente dichiarare il rapporto di lavoro tra le parti risolto al 14.1.2015 e condannare la convenuta a corrispondere al ricorrente l'indennità risarcitoria prevista

dall'art. 18 comma 6 Stat. Lav. nella misura massima di legge ovvero in quell'altra maggiore o minore che risulterà di giustizia.

Il tutto al tallone retributivo di lordi Euro 2.096,09 ovvero quell'altro maggiore o minore che sarà accertato in corso di causa.

Con rivalutazione ed interessi dalle scadenze al saldo.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambe le fasi del giudizio. Sentenza esecutiva.

In via istruttoria: senza inversione dell' onere della prova, e con riserva di integrare le relative istanze anche a seguito delle allegazioni di controparte, si chiede di essere ammessi a prova per interpellato e testi sulle circostanze di fatto esposte in narrativa, da aversi come altrettanti capitoli di prova premesso "vero che", con i testi indicati.

Nella causa n. 58/2016:

Dichiarare inammissibile ovvero comunque rigettare, per i motivi esposti nella presente memoria, il reclamo avverso.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi del giudizio.

Sentenza esecutiva.

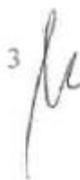
PER S.P.A.:

nella causa n. 50/2016:

"Piaccia all'Ecc.ma Corte di Appello adita, disattesa ogni contraria istanza e deduzione, in via preliminare riunire al presente giudizio il procedimento proposto da S.p.A. avente n.r.g. 58/2016, con prossima udienza il 19.5.2016 e pendente dinanzi alla Ecc.ma Corte di Appello di Milano, in quanto avente medesime parti e medesimo oggetto del presente giudizio;

Nel merito, rigettare il reclamo proposto dal sig. _____ per i motivi in fatto e in diritto esposti nel presente atto.

Sempre nel merito, previo accoglimento dell'istanza di riunione sopra formulata, accogliere le domande avanzate da S.p.A. nel procedimento avente n.R.G. 58/2016 pendente dinanzi all'Ecc.ma Corte di Appello adita; per l'effetto, riformare per quanto

3 

indicato nel suddetto atto la sentenza emessa da Tribunale di Milano meglio indicata in epigrafe;

Con vittoria di spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio".

Nella causa n. 58/2016:

Piaccia all'Ecc.ma Corte di Appello adita, disattesa ogni contraria istanza e deduzione, accogliere il presente reclamo e, per l'effetto, riformare per quanto indicato nel presente atto la sentenza emessa da Tribunale di Milano meglio indicata in epigrafe;

Nel merito, confermare la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato al sig.

Con vittoria di spese, competenze ed onorari del doppio grado di giudizio.

MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO

1. Con ricorso depositato in data 14 gennaio 2016 _____ ha proposto reclamo avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 3426/2015 che ha respinto l'opposizione all'ordinanza ex art. 1, co. 49, L. N. 92/2012 emessa 16 settembre 2015. L'ordinanza in questione, in parziale accoglimento del ricorso, aveva ritenuto l'illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, dichiarato risolto il rapporto di lavoro tra _____ e _____ S.p.A. a far data dal 14 gennaio 2015 e condannato S.p.A. al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata a 15 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il Tribunale, citando la sentenza della Corte di Cassazione n. 18678/2014, ha ritenuto che al licenziamento in esame non sia applicabile la disciplina di cui all'art. 2110 c.c. poiché non intimato per superamento del periodo di comporto, ma in quanto le assenze del lavoratore avrebbero interferito a tal punto con l'attività lavorativa da rendere di fatto la prestazione del sig. _____ non fruibile da parte dell'azienda. La malattia nel caso in esame non rilevarebbe in sé, ma in quanto le assenze in questione, anche se incolpevoli, hanno determinato scarso rendimento e inciso negativamente sulla produzione aziendale. Ha del pari ritenuto che, secondo i principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità, non abbia rilevanza la colpevolezza/negligenza o meno del lavoratore bensì il fatto che le assenze, anche se incolpevoli, *abbiano di fatto ed in modo oggettivo dato luogo ad un rendimento così scarso da non essere la prestazione utile per il datore di lavoro.*

Ha respinto la domanda principale del ricorrente atteso che nel caso in esame il fatto posto a fondamento del licenziamento non è manifestamente insussistente negando quindi la tutela reintegratoria. A tal proposito, prosegue il primo giudice, ha dedotto e dimostrato sia l'elevato numero delle assenze, che la modalità di fruizione del congedo per malattia, che l'impatto negativo generale per l'organizzazione aziendale. Ha ritenuto corretta la quantificazione dell'indennità risarcitoria.

Ha infine dichiarato inammissibile la domanda svolta in via incidentale da s.p.a. di revoca dell'ordinanza che ha dichiarato illegittimo il licenziamento ai sensi dell'art. 18, quinto comma, L. n. 300/1970, ritenendo che la parte che ritiene censurabile – anche parzialmente – l'ordinanza emessa all'esito della prima fase, ha l'onere di impugnarla con autonoma opposizione nei termini stabiliti.

Con il primo motivo di reclamo censura la sentenza laddove ha ritenuto non applicabile al caso di specie la disciplina di cui all'art. 2110, secondo comma, c.c. Rileva il reclamante che: *"tale norma disciplina anche e soprattutto il disagio organizzativo derivante al datore di lavoro dall'assenza prolungata o dalla presenza solo saltuaria del dipendente causata dalla malattia"*. Il primo giudice avrebbe, ad avviso del reclamante, erroneamente vagliato la legittimità del licenziamento in esame alla luce della disciplina di cui all'art. 3 L. 604/66 in luogo dell'art. 2110, secondo comma, c.c.. Pertanto, dal momento che è pacifico che il sig. non ha mai superato il limite massimo del comporto, ne deriva il contrasto con l'art. 2110 c.c. e la conseguente applicazione dell'art. 18, commi 4 e 7 st. lav. Tale assunto deriverebbe, sostiene il reclamante, dall'assoluto isolamento della sentenza Cass. n. 18678/2014 posta a fondamento della decisione dal primo giudice e comunque dalla infondatezza delle conclusioni alla quale essa è pervenuta.

In subordine, con il secondo motivo di reclamo si censura la sentenza nella parte in cui ha erroneamente ritenuto non manifestamente infondato il fatto posto a fondamento del recesso datoriale con conseguente applicazione della sola tutela risarcitoria prevista dall'art. 18, comma 5 S.I.. Sostiene il reclamante che il primo giudice avrebbe dovuto accertare la manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo invocato da dovendo ritenersi, invece, che la causale del licenziamento dedotta appartenga al *genus* del giustificato motivo soggettivo e difettando comunque, di questo ultimo, l'elemento essenziale costituito dalla colpevole negligenza del sig. nel mancato raggiungimento dei risultati aziendali.

Sostiene ancora parte reclamante che la manifesta insussistenza del fatto sia stata dimostrata dalla radicale carenza di allegazione circa il preteso "scarso rendimento" del lavoratore dal momento che [redacted] non ha specificato nel dettaglio le pratiche lavorate dal sig. [redacted] e, di conseguenza, se effettivamente la prestazione del lavoratore fosse al di sotto del valore produttivo fissato dall'azienda.

In ulteriore subordine parte reclamante chiede l'applicazione dell'art. 18, comma 6, S.L. in quanto il licenziamento non è stato preceduto da alcuna contestazione disciplinare.

Si è costituita parte reclamata e ha resistito.

Con separato ricorso depositato in pari data [redacted] S.p.A. ha proposto reclamo avverso la stessa sentenza limitatamente alla parte in cui ha ritenuto inammissibile l'opposizione incidentale presentata dalla società nella seconda fase del giudizio di primo grado.

Ripropone tutte le difese, istanze ed eccezioni contenute nell'opposizione incidentale e, nel merito, la richiesta di riforma della ordinanza nella parte in cui non ha ritenuto legittimo il licenziamento intimato al sig. [redacted] e ha condannato la società al pagamento di una somma pari a 15 mensilità.

Si è costituita parte reclamata e ha resistito.

Riuniti i reclami all'udienza del 19 maggio 2016, all'udienza del 12 luglio 2016, all'esito della discussione orale, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. In ordine logico occorre preliminarmente esaminare il reclamo proposto da [redacted] s.p.a., con il quale è riproposta la questione preliminare di rito relativa all'ammissibilità dell'opposizione incidentale tardiva, atteso che tale soluzione riverbera – a sua volta – i suoi effetti sull'ammissibilità del reclamo proposto dalla società. Se, infatti, la domanda di accertamento della legittimità del licenziamento non avesse potuto trovare ingresso in sede di opposizione, tale domanda, in quanto nuova, non avrebbe potuto essere proposta in sede di reclamo.

Sul punto, si è già espressa questa Corte che con sentenza n. 965/2015 ha ritenuto inammissibile l'opposizione incidentale tardiva sulla base delle seguenti condivisibili argomentazioni che, in questa sede, si richiamano anche ex art. 118 disp. att. c.p.c.:



“Il co. 51 dell’art.1 L. 92/12 prevede che contro l’ordinanza di accoglimento o di rigetto può essere proposta opposizione a pena di decadenza entro 30 giorni dalla notificazione del provvedimento o dalla comunicazione se anteriore.

La decorrenza del termine previsto comporta pertanto che l’ordinanza non possa più essere rimessa in discussione non essendo consentito alle parti far valere più alcun vizio in un momento successivo.

La scelta del legislatore è invero stata quella di imporre tempi estremamente celeri al procedimento così da poter pervenire rapidamente ad una definizione della vertenza; e ciò spiega la ragione per la quale non è stata esplicitamente contemplata l’ipotesi un’opposizione incidentale tardiva.

Né possono ritenersi applicabili, in via analogica, le norme di cui agli artt. 333 e 334 cpc in tema di appello incidentale e appello incidentale tardivo.

Invero l’opposizione all’ordinanza all’esito del sommario non ha le caratteristiche dell’impugnazione atteso che il carattere peculiare di questo nuovo rito sta nell’articolazione del giudizio di primo grado in due fasi: una fase a cognizione semplificata (o sommaria) in cui non è previsto il rigido meccanismo delle decadenze e delle preclusioni di cui agli artt. 414 e 416 cod. proc. civ) e l’altra, definita di opposizione, a cognizione piena nello stesso grado che non è una revisio prioris instantiae, ma una prosecuzione del giudizio di primo grado, ricondotto in linea di massima al modello ordinario, con cognizione piena a mezzo di tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti.

In tal senso invero si è espressa la Suprema Corte con le sentenze 3136/15 e 19674/14 ove è stato proprio evidenziato come “dopo una fase iniziale concentrata e deformalizzata - mirata a riconoscere, sussistendone i presupposti, al lavoratore ricorrente una tutela rapida ed immediata e ad assegnargli un vantaggio processuale (da parte ricorrente a parte eventualmente opposta), ove il fondamento della sua domanda risulti prima facie sussistere alla luce dei soli atti di istruzione indispensabili - il procedimento si riespande, nella fase dell’opposizione, alla dimensione ordinaria della cognizione piena con accesso per le parti a tutti gli atti di istruzione ammissibili e rilevanti. L’esigenza di evitare che la durata del processo ordinario si risolva in un pregiudizio per la parte che intende far valere le proprie ragioni (C. cost. 28 gennaio 2010 n. 26) va coniugata sempre con l’effettività e pienezza della tutela”.



Appare quindi inconferente ogni parallelismo con il giudizio ex art. 28 St. Lav. rispetto al quale la Suprema Corte ha invece ravvisato la natura impugnatoria dell'opposizione tant'è che ha ritenuto estensibili ad essa le disposizioni generali in tema di impugnazione ed ha ravvisato altresì, ai sensi dell'art. 51 nr. 1 cpc, l'obbligo di astensione del giudice che ha conosciuto della causa nel precedente grado di giudizio (cfr. tra le altre Cass 20161/2010).

Correttamente pertanto il primo giudice ha ritenuto inammissibile l'opposizione incidentale tardiva avanzata dalla società così come altrettanto correttamente ha affermato l'inammissibilità della qualificazione dell'atto come domanda riconvenzionale in quanto ciò avrebbe comportato una forma di rimessione in termini preclusa una volta scaduti i termini dell'opposizione".

Ritenuta, quindi, inammissibile l'opposizione incidentale tardiva, si deve convenire col primo giudice che nella fase a cognizione piena non possano trovare ingresso le domande di s.p.a. dirette alla revoca della parte dell'ordinanza che ha ritenuto insussistente il giustificato motivo oggettivo di recesso con conseguente applicazione dell'art. 18, comma 5, c.p.c.

Conseguentemente, il reclamo proposto dalla società, avente ad oggetto la riforma della sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibile l'opposizione incidentale tardiva deve essere respinto. Lo stesso reclamante, correttamente, ha poi riproposto la domanda di conferma della "legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato al sig. _____ come logicamente subordinata alla declaratoria di ammissibilità dell'opposizione incidentale tardiva.

3. Ciò premesso, il merito del presente giudizio si riduce, quindi, ai profili di impugnazione introdotti con il reclamo del sig. _____

Circa il primo profilo di reclamo, pacifico in causa che il sig. _____ non abbia superato il periodo di comporto per sommatoria previsto dalla contrattazione collettiva, il collegio richiama, condividendone la motivazione, la sentenza di questa Corte n. 251/2016, che si riporta, anche ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.

"Ad avviso del collegio, va innanzitutto: posto in luce come il contratto collettivo applicabile nel caso di specie preveda espressamente l'ipotesi del comporto per sommatoria, così esprimendo la volontà delle parti sociali di assicurare la permanenza nel posto di lavoro

anche in ipotesi di frazionamento delle assenze ove esse siano contenute entro il limite stabilito.....

Collegando la regola contrattuale a quella legale dell' art. 2110 c.c., norma specialeanche alla luce del disposto della L. n. 92/2012, il cui art. 1 42° comma tiene distinta la fattispecie del giustificato motivo da quella del comporta e che ha la sua logica nella tutela della salute - di rango costituzionale ex art. 32 Cost.- si deve ritenere che il diritto alla permanenza nel posto di cui sopra escluda la legittimità del recesso ove intimato nell'ambito del comporta.

In altri termini, ritiene il collegio che l'art. 2110 c.c. contenga un'ipotesi speciale che prevale sull'art. 3 l. n. 604/1966, in conformità alla consolidata giurisprudenza di legittimità, derogata dall'isolata Cass. 4 settembre 2014, n. 18678 - cui ha fatto riferimento la società - ma che ha avuto continuità dalle successive sentenze Cass. 18 marzo 2015 n. 14310 e 7 agosto 2015 n. 16582".

Sotto altro e diverso profilo, va rilevato che il datore di lavoro, se ha indicato il numero delle assenze per malattia, cui hanno fatto seguito spesso giorni di ferie concessi dallo stesso datore di lavoro e permessi ai sensi della legge n. 104 (invece non sindacabile dal datore di lavoro), non ha provato la disorganizzazione che sarebbe provocata dalle assenze del sig. e che, "pena la messa nel nulla della disciplina del comporta per malattia, deve essere effettiva ed insuperabile dall'organizzazione esistente, ciò anche alla stregua della consolidata interpretazione giurisprudenziale del giustificato motivo oggettivo come extrema ratio, e dunque nella medesima ottica del giustificato motivo oggettivo cui pure il reclamante riconduce lo scarso rendimento".

Nella specie, mentre è pacifico che s.p.a. ha moltissimi dipendenti e un'organizzazione articolata su tutto il territorio nazionale e con funzioni diversificate, la società "nulla ha allegato sull'impostazione della sua organizzazione per far fronte alle assenze del personale e come abbia inciso in concreto su di essa la reiterazione delle assenze per malattia del lavoratore, le quali, per definizione, non possono che essere comunicate all'azienda quando quest'ultima si verifica".

Anzi, nella memoria difensiva in sede di opposizione di s.p.a. (v. in particolare capp. da 26 a 40) si esprimono valutazioni generiche ("particolarmente difficoltosa la programmazione dell'attività lavorativa""prestazione lavorativa così rarefatta e discontinua



da rendere al ricorrente di fatto impossibile la gestione delle pratiche a lui assegnate nella loro interezza”) per concludere che (cap. 46) nel contesto del *Document Management* “è possibile affermare senza possibilità di smentita ed in stridente contrasto con i dati numerici forniti, che la produttività del ricorrente sia sempre stata estremamente al di sotto dei parametri fissati, anche se, non avendo mai fornito spontaneamente i dati relativi alla sua attività lavorativa (come hanno invece fatto e continuano a fare molti suoi colleghi), non è possibile specificare nel dettaglio il numero di pratiche da lui lavorate nel biennio 2013/2014, in virtù delle preclusioni poste dalla vigente normativa in tema di estrazione, visione ed utilizzo dei dati forniti dai sistemi informatici sulle prestazioni dei singoli lavoratori”. Per questo motivo deve essere respinta anche l’istanza di ammissione della prova orale reiterata all’udienza di discussione.

4. L’art. 18, comma 7, st. lav. applica al licenziamento intimato in violazione dell’art. 2110, comma 2, c.c. la disciplina di cui al comma 4 e in tal senso deve essere riformata la sentenza reclamata.

Le spese del doppio grado sono poste a carico della parte soccombente s.p.a. e liquidate come da dispositivo, in considerazione del valore della controversia e del suo grado di complessità, nonché dell’assenza di attività istruttoria nella presente fase del giudizio, in ragione delle tabelle dei compensi professionali di cui al DM n. 55 del 10 marzo 2014.

Sussistono i presupposti per il versamento da parte della reclamante s.p.a. dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all’art. 13 comma 1 *quater* DPR 115/2002, così come modificato dall’art. 1, comma 17, L. 24-12-2012, n. 228.

P.Q.M.

In riforma della sentenza del tribunale di Milano n. 3642/2015,

annulla il licenziamento intimato a s.p.a. e conseguentemente condanna s.p.a. a reintegrarlo in servizio ed a corrispondergli un’ indennità risarcitoria commisurata all’ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell’effettiva reintegrazione, nella misura comunque non superiore a 12 mensilità, oltre a interessi e rivalutazione monetaria dalla maturazione al saldo;

condanna s.p.a. al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell’effettiva reintegrazione secondo quanto previsto dall’art. 18, comma 4, st. lav.;

 10

condanna s.p.a. a rifondere a le spese del doppio grado, che
liquida in € 3.000,00, oltre spese generali e accessori di legge, per il giudizio di primo grado
e in € 4.000,00, oltre a spese generali e accessori di legge, per il giudizio di appello.

Dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della reclamante
S.P.A. dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art.
13 comma 1 *quater* DPR 115/2002, così come modificato dall'art. 1, comma 17, L. 24-12-
2012, n. 228.

Milano, 19 luglio 2016

Il presidente estensore

Dott. Laura Progni

CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE LAVORO
Depositato in Cancelleria

Ogg. 19 LUG 2016

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
dott.ssa Donatella PAZIO

