

Sentenza N. _____
Registro generale Appello Lavoro n.

R.G.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

Dott.	Giovanni Picciau	Presidente
Dott.ssa	Benedetta Pattumelli	Consigliere rel.
Dott.ssa	Laura Bove	Consigliere G.A.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado di appello avverso la sentenza del Tribunale di MILANO n. 2838/13, estensore giudice DOTT. FABRIZIO SCARZELLA, discussa all'udienza collegiale del 15.9.16 e promossa da:

con il patrocinio dell'avv. NYRANNE MOSHI e dell'avv. IVAN ASSAEL, elettivamente domiciliato in VIA CARDUCCI, 31 20123 MILANO presso i Difensori

APPELLANTE

contro

APPELLATO CONTUMACE

CONCLUSIONI

PER LA PARTE APPELLANTE

"Voglia il la Corte di Appello di Milano, respinta ogni contraria, in riforma della sentenza n. 2838/13 del Tribunale di Milano, depositata in data 11.07.2013 e mai notificata, così pronunciare

a) riformare la sentenza del Tribunale di Milano del 11.07.2013 resa nel ricorso in opposizione ex art. 38 dlgs 198/2006 (Rg. 1169/2013), e per l'effetto b)) accertare e dichiarare la condotta discriminatoria tenuta dal sig.

e consistita nel non regolarizzare la prestazione lavorativa della sig.ra ; e) accertare e dichiarare la condotta discriminatoria tenuta dal sig. e consistita nell'estromettere oralmente dal posto di lavoro la sig.ra

. Ai fini della rimozione degli effetti:

d) accertare e dichiarare che tra le parti è intercorso un rapporto di lavoro di natura subordinata con decorrenza 7 luglio 2009, o altra data ritenuta equa e di giustizia;



e) condannare il convenuto a inquadrare la sig.ra [redacted] nel V livello CCNL Pubblici Esercizi;

f) condannare il convenuto a corrispondere alla ricorrente le differenze retributive maturate fino alla data dell'estromissione e pari all'importo lordo corrispondente al netto di € 3566,23;

g) accertare e dichiarare la nullità e/o illegittimità e comunque inefficacia del licenziamento intimato oralmente alla ricorrente in data 23/12/2009 conseguentemente h) condannare il convenuto a reintegrare la lavoratrice nel posto di lavoro ai sensi dell'art. 18 S.L. (nella sua formulazione precedente alla L. 92/12) con le mansioni da ultimo svolte o altre equivalenti e a risarcirle il danno commisurato alle mensilità maturate dalla data di estromissione alla data di effettiva reintegra al tallone mensile di € 1.474,84 (1.264,15*14/12) e comunque in misura non inferiore a cinque mensilità, oltre al versamento dei contributi previdenziali;

In subordine rispetto al punto h

i) ordinare al convenuto di riammettere la ricorrente nel posto di lavoro con le mansioni da ultimo svolte o altre equivalenti e a risarcirle il danno commisurato alle mensilità maturate dalla data di estromissione alla data di effettiva reintegra al tallone mensile di € 1.474,84 (1.264,15*14/12).

Con interessi e rivalutazione dalle singole scadenze al saldo.

1) condannare il convenuto alla rifusione delle spese di lite ex art. 91 c.p.c. comprensive anche della fase ex art. 38, 1° comma, d.lgs 198/2006, secondo i criteri del regolamento del Ministero della Giustizia n. 140/2012.

In via istruttoria:

Senza accettare l'inversione dell'onere della prova, si chiede, per quanto occorra, di essere ammessi a prova per testi, anche a prova contraria sui capitoli avversari! eventualmente ammessi, e a interrogatorio formale del legale rappresentante della convenuta sui capitoli indicati nella narrativa da intendersi qui ritrascritti e preceduti dall'espressione "vero che".

Si indicano come testi i signori:

oltre che sui seguenti capitoli:

1) vero che, la sig.ra [redacted] non ha lavorato presso il bar Blendel dai primi di luglio 2009 a fine dicembre 2009;

2) vero che la ricorrente si è presentata il 7 luglio 2009 al Cambridge Pub per un colloquio con il sig. [redacted] ed è stata assunta a lavorare da quella data;

3) vero che, la sig.ra [redacted] ha lavorato dal 07 luglio 2009 al 23 dicembre 2009 presso The Cambridge Puh con mansioni di cameriera su diversi turni;

4) vero che, l'orario di lavoro della sig.ra [redacted] era dalle 21.00 alle 2.00 dal lunedì al giovedì, e dalle 21.00 alle 3.00 il venerdì ed il sabato nel periodo intercorrente tra la data di assunzione ed il 30 settembre 2009 e dalle ore 12.00 alle 2.30 con una pausa dalle 15.00 alle 17.00, o in alternativa dalle 12.00 alle 3.00 con una pausa dalle 16.00 alle 21.00 nel periodo successivo al 30 settembre;



- 5) vero che, i tavoli riportati nelle foto prodotte come doc. 3 sono quelli che esistevano presso il Pub Cambridge nel periodo luglio/dicembre 2009;
- 6) vero che la foto con _____ all'esterno del bar Cambridge è stata scattata quando la ricorrente lavorava presso il puh Cambridge;
- 7) vero che, c'è stata una discussione della ricorrente con il sig. _____ nel dicembre 2009, e dopo quella discussione è stata allontanata dal lavoro e le è stato proibito di rientrare a lavorare;
- 8) vero che, la sig.ra _____ sorella del sig. _____ e moglie del sig. _____ lavorava regolarmente presso il Pub Cambridge nel periodo luglio/dicembre 2009;
- 9) vero che, la lite del 20 dicembre e del 23 dicembre 2009 della ricorrente con il sig. _____ era avvenuta dopo che quest'ultimo aveva saputo che la ricorrente era incinta;
- 10) vero che, il sig. _____, venuto a conoscenza dello stato di gravidanza della ricorrente, le consigliava di abortire se voleva continuare a lavorare;
- 11) vero che, la ricorrente e gli altri colleghi facevano riferimento al sig. _____ per i turni, le direttive su come e chi servire a tavola;
- 12) vero che era il sig. _____ a pagare la ricorrente e gli altri colleghi per le prestazioni lavorative svolte all'interno del pub Cambridge;
- 13) vero che, la sig.ra _____ veniva licenziata oralmente in data 23 dicembre 2009.
- 14) vero che alla visita ispettiva del 21 aprile 2010 era presente solo il sig. _____ e che il sig. _____ non si è presentato per fornire delucidazioni in merito al rapporto di lavoro della ricorrente.
- Si chiede inoltre l'ammissione dell'interpello di parte convenuta sui medesimi capitoli.
- Si chiede, altresì, che venga ordinato al sig. _____, quale titolare del Puh Cambridge, di produrre in giudizio i libri paga e matricola relativamente al 2009/2010, oltre alla copia del verbale ispettivo dell'Inps del 23 aprile 2010

MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO

Con atto depositato il 10.12.13, _____ proponeva impugnazione avverso la sentenza in epigrafe indicata, mediante la quale il TRIBUNALE di MILANO aveva respinto - a spese compensate - il ricorso, dalla stessa presentato onde ottenere la riforma del decreto di rigetto delle domande, dalla stessa proposte ai sensi dell'art. 38 d. lgs. 198/06 nei confronti di _____ titolare dell'impresa individuale CAMBRIDGE PUB.

In particolare, la _____ aveva dedotto di avere lavorato quale cameriera e barista presso l'impresa del _____ dal 7.7.09 al 23.12.09, giorno in cui era stata licenziata verbalmente perché incinta: su tali presupposti, la stessa aveva chiesto che fosse accertata la condotta discriminatoria tenuta dal datore di lavoro, consistita nell'omessa regolarizzazione della sua posizione lavorativa e nella sua estromissione dal posto di lavoro.



Ai fini della rimozione degli effetti, la [redacted] aveva chiesto che il convenuto venisse condannato ad inquadrarla nel V livello CCNL Pubblici Esercizi e a corrisponderle le differenze retributive maturate fino alla data dell'estromissione, pari all'importo lordo corrispondente al netto di € 3566,23.

Inoltre, la ricorrente in primo grado aveva domandato che venisse dichiarata la nullità e/o l'illegittimità e comunque l'inefficacia del licenziamento, con conseguente applicazione della tutela reale di cui all'art. 18 S.L. (nella sua formulazione precedente alla L. 92/12) o, in subordine, che venisse ordinato al convenuto di riammetterla nel posto di lavoro con le mansioni da ultimo svolte o altre equivalenti e a risarcirle il danno commisurato alle mensilità maturate dalla data di estromissione alla data di effettiva reintegra al tallone mensile di € 1.474,84.

In particolare, il Tribunale, sulla base delle deposizioni acquisite nella fase sommaria e dell'approfondimento istruttorio esperito nella successiva fase di opposizione, aveva escluso che fossero emersi gli elementi tipici della subordinazione, non essendo risultato che la [redacted] fosse soggetta all'eterodirezione e al potere disciplinare dell'affermato datore di lavoro.

Era stato, inoltre, escluso in sentenza che la medesima lavoratrice fosse risultata vittima di alcuna discriminazione in ragione del proprio stato di gravidanza, posto che la mancata regolarizzazione della sua posizione lavorativa era di molto precedente alla comunicazione di tale sua condizione al datore di lavoro e che nessuna prova era emersa in ordine al suo allontanamento dal bar e alle relative motivazioni.

L'appellante lamentava il malgoverno del materiale probatorio, nel quale il primo Giudice sarebbe, a suo dire, incorso per non avere ravvisato adeguata dimostrazione della natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso fra le parti, pur essendo emerso dall'istruttoria che la stessa aveva stabilmente operato presso il bar del convenuto, sottostando al potere direttivo di [redacted] preposto alla gestione del locale, seguendo un orario prestabilito ed utilizzando attrezzature nonché materiali aziendali, senza alcun rischio economico personale.

La sentenza di primo grado veniva criticata anche sotto l'aspetto concernente il licenziamento, la cui natura discriminatoria, secondo l'appellante, era desumibile dalle dichiarazioni testimoniali secondo le quali il suo allontanamento era legato allo stato di gravidanza, dalla stessa reso noto al personale del locale, compreso il [redacted] autore della sua estromissione dal posto di lavoro.

Pertanto, [redacted] chiedeva che la Corte d'Appello, in riforma della gravata sentenza, accogliesse le domande dalla stessa proposte avanti al TRIBUNALE, con vittoria di spese, diritti e onorari.



All'udienza dell'11.2.16, nella dichiarata contumacia dell'appellato, veniva disposto con ordinanza l'espletamento di attività istruttoria.

Assunta la prova testimoniale, all'udienza del 15.9.16 la causa veniva decisa come da dispositivo in calce trascritto.

L'impugnazione proposta è in parte fondata e merita, pertanto, accoglimento entro i limiti ed in virtù dei motivi di seguito esposti.

Il primo motivo di gravame, concernente il mancato accertamento – da parte del TRIBUNALE – della natura subordinata del rapporto di lavoro intercorso fra le parti dal luglio al dicembre del 2009, è ad avviso della Corte condivisibile.

Appaiono, infatti, certamente prevalenti le deposizioni testimoniali secondo le quali _____ ha stabilmente operato, in tale arco temporale, presso il locale di proprietà di _____ risultando pienamente inserita nell'organizzazione aziendale e sottoposta al potere direttivo del preposto (_____ noto come _____, sia pure con le modalità proprie delle mansioni semplici e ripetitive di cameriera, cui ella era adibita.

Invero, il solo testimone che ha negato dette circostanze è stato proprio lo stesso preposto _____, il quale ha affermato che la _____ era una semplice cliente, la quale si recava presso il locale per incontrare gli amici senza svolgervi alcuna attività lavorativa, ma limitandosi talora a servirsi da sola o a dilettersi in "gare su chi raccoglie più bicchieri" con i propri commensali.

Senonchè, il teste _____ - cliente fisso del bar che lo stesso frequentava per 4 o 5 giorni alla settimana - ha riferito di averla vista sempre presente, in orari sia diurni che serali, intenta a svolgere "servizio ai tavoli, dietro al bancone", come "cameriera".

Il teste ha precisato: "era _____ che le dava indicazioni, ad esempio le diceva quello che c'è da portare come ordinazione ad un certo tavolo".

Analoghe dichiarazioni sono state rese in primo grado dalla teste anch'ella cameriera presso il bar all'epoca dei fatti.

Detta teste ha confermato che la _____ lavorava nel locale facendo i suoi stessi turni ("facevo di tutto dalle 11 alle 15, 15,30 e dalle 17,30 alle 2 o dalle 20 alle 2, tutti i giorni tranne la domenica, anche la ricorrente faceva tali turni").



Riguardo alle mansioni svolte dall'odierna appellante, la teste ha riferito: *"faceva anche lei banco, cucina, sala, su cosa fare era dire cosa fare"*.

A tale ultimo riguardo, la teste ha precisato che per *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me*, intendeva "il signore egiziano che ha testimoniato prima di me", vale a dire

Nella fase sommaria, anche il teste ha confermato che l'odierna appellante ha lavorato presso il locale di *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me* nel periodo oggetto di causa, occupandosi di *"preparare i drink e di servire ai tavoli"*, operandovi quotidianamente dal pomeriggio alle 2,00 o 2,30 del mattino successivo.

Se, poi, è vero che la teste ha riferito in ordine all'autonomia con la quale le cameriere operavano nel locale, va tuttavia altresì considerato come la stessa teste, sentita nel presente grado di giudizio, abbia definito (vale a dire il predetto *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me* come colui che *"di fatto era il nostro capo"*, così attribuendo allo stesso il ruolo di superiore proprio e dell'odierna appellante.

Quest'ultima dichiarazione trova riscontro in quella - sopra citata - del teste *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me*, il quale ha riferito per scienza diretta che *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me* dava dettagliate direttive alla *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me* sulle attività da svolgere.

Inoltre, la dichiarazione concernente l'autonomia, riferita avanti al TRIBUNALE dalla teste *il signore egiziano che ha testimoniato prima di me* va valutata in relazione alla natura delle prestazioni svolte dalle cameriere, ed in particolare alle caratteristiche di semplicità e ripetitività ad esse proprie.

Caratteristiche le quali lasciano evidentemente all'esecutore assai ridotti - se non del tutto irrilevanti - margini di autodeterminazione.

Pertanto, l'esecuzione delle mansioni in questione ben difficilmente potrebbe configurarsi come attività di lavoro autonomo, risultando lo stabile inserimento della lavoratrice nell'ambito dell'organizzazione aziendale per lo svolgimento delle stesse, mediante strumenti di proprietà del relativo titolare, quale indice fondamentale della sussistenza di un rapporto di carattere subordinato.

In tal senso si è orientata la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale ha affermato che, laddove la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione, al criterio dell'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare possono supplire indici sussidiari, individuati - ad esempio - nella continuità e nella durata del rapporto, nelle modalità di erogazione del compenso, nella regolamentazione dell'orario di lavoro, nella presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti



occorrenti) e nella sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore, desunto anche dalla eventuale concomitanza di altri rapporti di lavoro.

Così ha, infatti, statuito in proposito il Supremo Collegio:

"nel caso in cui la prestazione dedotta in contratto sia estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione e, allo scopo della qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare non risulti, in quel particolare contesto, significativo, occorre, a detti fini, far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore, desunto anche dalla eventuale concomitanza di altri rapporti di lavoro" (Cass. 19.4.2010, n. 9251; conf. Cass. 21.1.09, n. 1536; Cass. 5.5.2004, n. 8569).

Coerentemente, in tema di onere della prova dei requisiti della subordinazione, è stato sancito in giurisprudenza che *"la prestazione di attività lavorativa onerosa all'interno dei locali dell'azienda, con materiali ed attrezzatura proprie della stessa e con modalità tipologiche proprie di un lavoratore subordinato, in relazione alle caratteristiche delle mansioni svolte (nella specie, commesso addetto alla vendita), comporta una presunzione di subordinazione, che è onere del datore di lavoro vincere"* (Cass. 6.9.2007, n. 18692).

L'applicazione di tali invasi e condivisibili principi al caso di specie consente di escludere che lo svolgimento, da parte dell'odierna appellante, in via stabile e continuativa, delle mansioni di cameriera, come descritte dai testimoni, all'interno dell'esercizio dell'appellato, possa essere avvenuto nell'ambito di un rapporto connotato da autonomia.

Tanto più che i plurimi e prevalenti elementi di prova sopra citati consentono di individuare nel il preposto del locale e il vero e proprio superiore dell'odierna appellante, dal quale quest'ultima riceveva direttive e indicazioni sulle prestazioni da svolgere.

Deve, pertanto, ritenersi adeguatamente accertata l'instaurazione fra le parti di rapporto di lavoro subordinato nel periodo in questione.

Quanto alle modalità di interruzione dello stesso, l'istruttoria esperita in grado di appello ha consentito di raggiungere adeguata dimostrazione dell'estromissione della dal posto di lavoro, intimata verbalmente dal preposto a causa della sua condizione di gravidanza.



Infatti, la già menzionata teste _____ ha confermato che il soggetto indicato come _____ (vale a dire _____ che di fatto svolgeva nei confronti delle cameriere il ruolo di "capo") le aveva detto "che era stato lui a mandarla via perché incinta".

Tale dichiarazione – che chiarisce la più generica deposizione resa in proposito dalla teste suddetta avanti al TRIBUNALE – trova riscontro in quella del teste _____, il quale ha riferito di avere appreso dalla stessa _____ all'epoca dei fatti – che la stessa era "stata lasciata a casa per lo stato in cui si trovava", circostanza che il teste ha riferito di avere appreso anche "da quello che si diceva nel locale".

Risulta, quindi, provato il diretto collegamento fra il recesso verbale e lo stato di gravidanza della lavoratrice e – quindi – il carattere discriminatorio della condotta datoriale, con conseguente obbligo, in capo all'odierno appellato, di rimuoverne gli effetti ripristinando il rapporto di lavoro e risarcendo alla _____ il danno, come sotto specificato.

In virtù delle considerazioni tutte che precedono, in parziale riforma della sentenza di primo grado, va accertato che fra le parti è intercorso rapporto di lavoro subordinato a far tempo dal 7.7.09 e che l'allontanamento della lavoratrice dal posto di lavoro ha avuto carattere discriminatorio, in ragione dello stato di gravidanza della stessa.

Per l'effetto, _____ va condannato a riammettere _____ in servizio e a pagarle l'importo pari alle retribuzioni maturate dalla data del 23.12.09 a quella di effettivo ripristino del rapporto al tallone mensile di € 1.474,84, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo.

Osserva al riguardo la Corte come l'importo della retribuzione mensile da assumere quale parametro di riferimento della condanna risarcitoria sia stato indicato dall'odierna appellante con riferimento al V livello di inquadramento di cui al CCNL di settore, il quale è risultato conforme alle mansioni dalla stessa svolte nel corso del rapporto.

Trattasi, infatti, del livello tipico dei lavoratori "che, in possesso di qualificate conoscenze e capacità tecnico – pratiche, svolgono compiti esecutivi che richiedono preparazione e pratica di lavoro", quale il "cameriere bar, tavola calda, self service".

Profilo, questo, il quale si attaglia perfettamente alle mansioni svolte dalla _____ presso il locale del _____ come emerse dall'istruttoria esperita in primo grado.

La sentenza del TRIBUNALE merita, invece, conferma nella parte in cui ha respinto la domanda volta a sentir dichiarare la natura discriminatoria della



mancata regolarizzazione del rapporto di lavoro della _____ infatti, l'irregolare assunzione della stessa non può ritenersi in alcun modo collegata con il suo stato di gravidanza, emerso solo nella fase conclusiva della vicenda oggetto di causa, con la conseguenza che il mancato pagamento delle integrali retribuzioni e l'omesso adempimento delle connesse obbligazioni fiscali e previdenziali non rientra nella forma di tutela tipica, azionata dalla lavoratrice nel presente procedimento.

Né è emersa la prova del fatto che la regolarizzazione – sia pur tardiva – del rapporto sia stata prospettata dal datore di lavoro ed impedita dalla scoperta della condizione di gravidanza della lavoratrice, ragione per cui la domanda in questione neppure risulta fondata sotto tale profilo.

Ciò nonostante, la soccombenza sostanziale va certamente individuata in capo a _____ essendo state accolte le domande aventi ad oggetto l'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro e del carattere discriminatorio del recesso, le quali, anche alla luce delle relative conseguenze ripristinatorie e risarcitorie, rivestono rilevanza largamente prevalente rispetto al complessivo contenuto dell'azione esercitata in primo grado.

_____ va, pertanto, condannato a rifondere all'odierna appellante le spese del doppio grado di giudizio.

La liquidazione delle stesse, considerati il valore della causa e l'attività istruttoria svolta, viene operata come da dispositivo in applicazione delle previgenti tariffe quanto alla prima fase processuale e del DM 10.3.14 n. 55 con riguardo al presente grado di giudizio.

Ciò in applicazione del condivisibile insegnamento della Corte di Cassazione, la quale, con sentenza n. 23318 del 18.12.2012, ha sancito che *"il giudice che deve liquidare le spese processuali relative ad un'attività difensiva ormai esaurita (nella specie, con decisione nel merito), deve applicare la normativa vigente al tempo in cui l'attività stessa è stata compiuta, sicché, per l'attività conclusa nella vigenza del DM 127 del 2004, deve applicare le tariffe da questo previste e non i parametri sopravvenuti ai sensi dell'art. 41 del DM n. 140 del 2012"*.

P.Q.M.

In parziale riforma della sentenza n. 2838/13 del Tribunale di MILANO, dichiara che fra le parti è intercorso rapporto di lavoro subordinato a far tempo dal 7.7.09 ed accerta l'illegittimità del recesso oggetto di causa perché discriminatorio;
per l'effetto, condanna _____ a riammettere _____ in servizio e a pagarle l'importo pari alle retribuzioni maturate dalla data del 23.12.09 a quella di effettivo ripristino del rapporto al tallone mensile di € 1.474,84, oltre agli interessi legali e alla rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo;



conferma nel resto;
condanna l'appellato a rifondere all'appellante le spese del doppio grado di giudizio, liquidate in complessivi € 5.500,00 oltre oneri di legge e rimborso spese generali.

Milano, 15.9.16.

Il Giudice rel. est.
(Benedetta Pattumelli)

Il Presidente
(Giovanni Picciau)

