

NR 1055 / 2018 RG



Repubblica Italiana

In nome del popolo Italiano

La Corte di Appello di Milano, sezione lavoro, composta da

Dott.ssa Laura Trogni - presidente

Dott.ssa Carla Bianchini – consigliera rel.

Dott. Andrea Onesti – consigliere G.A.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa con ricorso depositato da:

SRL, rappresentato e difeso da CORVINO ALESSANDRO (C.f. CRVLSN75H01A794M) con studio in VIA A. LOCATELLI, 62 24121 BERGAMO e da PUTRIGNANO VINCENZO (PTRVCN75E26I403L) VIA A. LOCATELLI, 62 24121 BERGAMO;

contro

, rappresentato e difeso da MOSHI NYRANNE (C.f. MSHNRN47L61Z225C) con studio in VIA CARDUCCI, 31 20123 MILANO e da PALMIERI DANIELA (PLMDNL72S68C794D) VIA CARDUCCI, 31 20123 MILANO; ASSAEL IVAN (SSLVNI73D17F205V) VIA CARDUCCI, 31 20123 MILANO;

Conclusioni per SRL:
NEL MERITO

1. in via principale: rilevata l'intervenuta decadenza ex art. 6 L. 604/66, dichiarare inammissibile il ricorso ex art. 414 c.p.c. avanzato nei confronti della S.r.l. dal sig. n. RG 10922/2017 Trib. Milano;
2. in subordine rispetto al punto precedente: rigettare integralmente le domande promosse dal sig. nei confronti della s.r.l. con il ricorso identificato al n. R.G. /2017 del Tribunale di Milano - Sezione Lavoro, G.L. dott.ssa Laura Tomasi, in quanto infondato in fatto ed in diritto per tutti i motivi di cui al presente atto;
3. in via principale condizionata: per l'effetto condannare il sig. alla

ripetizione, a favore della s.r.l., di tutte le somme che, in esecuzione della sentenza appellata n. 1860/2018 del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, G.L. dott.ssa Laura Tomasi, la s.r.l. ha già pagato a favore del lavoratore appellato medesimo;

4. in via subordinata: nella denegata e non creduta ipotesi in cui il licenziamento per cui è causa sia qualificato come illegittimo, condannare la s.r.l., per le ragioni di cui in atti, al pagamento di quanto previsto dall'art. 3, co. 1, del d.lgs. n. 23/2015.

5. in via subordinata e condizionata: per l'effetto, condannare il sig. alla ripetizione, a favore della s.r.l., di tutte le somme in eccesso rispetto a quanto previsto dall'art. 3, co. 1, del d.lgs. n. 23/2015 che, in esecuzione della sentenza appellata n. 1860/2018 del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, G.L. dott.ssa Laura Tomasi, la s.r.l. ha già pagato a favore del lavoratore appellato medesimo;

6. in ogni caso: condannare il sig. al pagamento delle spese di lite del doppio grado di giudizio, il tutto oltre interessi IVA e CPA come per legge.

IN VIA ISTRUTTORIA

si fa istanza ex 210 c.p.c. affinché il sig., ovvero gli enti competenti, esibiscano in giudizio documentazione attestante quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonchè quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione.

Si richiamano integralmente le istanze istruttorie formulate nel primo grado di giudizio.

Salvis iuribus!

Conclusioni per

come da memoria di costituzione depositata in atti

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con sentenza 1860/18 il giudice del lavoro del tribunale di Milano (dott.ssa Tomasi) accertava la non ricorrenza degli estremi della giusta causa del licenziamento intimato a il 6.4.17, dichiarava risolto il rapporto di lavoro intercorso tra le parti e condannava srl al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto oltre interessi e rivalutazione e spese di lite.

Con lettera del 16.3.17 a veniva contestato che "1) nella notte del 26.2.17 (quindi nel periodo coperto dalla malattia) almeno dall'una circa fino alle quattro di mattina circa si trovava in una discoteca a ballare. 2) nel pomeriggio del 15.3.17 verso le ore 16.00 Ella si trovava in un negozio di calzoleria sito in in via all'interno del quale non vi erano addetti di vendita. Abbiamo appurato che Ella risulta titolare dell'impresa individuale ".....". Infine, considerato che i certificati di malattia coprono la sua assenza fino al 15 marzo Ella in data odierna risulta assente ingiustificato".

Con successiva lettera del 6.4.17 , le cui giustificazioni non erano accolte dalla società, veniva licenziato per giusta causa.

Il giudice, ritenuto che l'erronea introduzione dell'impugnativa di licenziamento con il rito di cui alla L. 92/2012 invece che con l'ordinario rito ex art. 414 cpc pur sfociando in una pronuncia di inammissibilità era idonea a impedire la decadenza dall'impugnativa giudiziale di cui all'art. 32 L. 183/2010 e respinta l'eccezione di genericità della contestazione disciplinare sollevata dal lavoratore, osservava nel merito che solo il primo addebito poteva ritenersi di rilevanza disciplinare avendo con il suo comportamento messo in

pericolo la ripresa dell'attività lavorativa; che nessun rilievo invece avevano gli altri due addebiti, atteso che la permanenza nel negozio non era idonea a pregiudicare la guarigione dalla lombosciatalgia diagnosticatagli dal medico e che il lavoratore aveva dimostrato la prosecuzione della malattia producendo, seppur in ritardo, certificato medico.

Riteneva quindi la sanzione adottata non proporzionata e il licenziamento illegittimo.

In relazione alle conseguenze il giudice osservava che, pur trattandosi di rapporto di lavoro insorto in data 12.16 sotto l'effetto del D. Lgs 23/2015, doveva comunque trovare applicazione l'art. 18 St. Lav. come modificato da L. 92/1012 in quanto la società, in occasione del subentro nell'appalto, con accordo sindacale si era obbligata ad assumere tutti i lavoratori in forza dell'appaltatore uscente "senza periodo di prova e con la normativa in materia di licenziamenti antecedente al job act".

srl impugna la sentenza contestando in primo luogo le valutazioni svolte dal tribunale in tema di decadenza. Osserva invero che la sentenza che dichiarava la inammissibilità del ricorso presentato da nelle forme del cd. rito Fornero, oltre che un effetto processuale, aveva anche un effetto sostanziale impedendo pertanto la riproposizione della domanda in altro giudizio. Ne conseguiva pertanto l'inefficacia dell'atto introduttivo del presente giudizio e il decorso del termine di impugnazione giudiziale del licenziamento.

In secondo luogo censura la sentenza per aver ritenuto insussistente la giusta causa: sul punto rileva che non era stato valutato l'intero contenuto della contestazione elevata a da cui emergeva l'evidente contrasto tra lo stato morboso indicato nei certificati e le attività svolte nel periodo della malattia.

In terzo luogo ritiene la sentenza ingiusta nella parte in cui ha affermato la non proporzionalità del licenziamento stante la sussistenza di tutti e tre gli addebiti contestati; osserva che in due episodi la condotta del lavoratore aveva pregiudicato la guarigione e che, in relazione al terzo addebito, egli trasmetteva il certificato medico di prosecuzione della malattia solo dopo aver ricevuto la contestazione e che pertanto fino a quel momento l'assenza era ingiustificata.

Contesta infine l'applicazione dell'art. 18 St. Lav dovendo trovare applicazione il D. Lgs 23/2015.

Ha resistito chiedendo il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza impugnata

L'appello non può trovare accoglimento.

Va preliminarmente respinta, perché infondata, l'eccezione di decadenza dall'impugnazione giudiziale di licenziamento a fronte della sentenza che ha dichiarato la inammissibilità del ricorso depositato tempestivamente con le forme del rito Fornero.

L'art. 6 L. 604/66 come modif. da L. 183/2010 prevede la decadenza in assenza di impugnazione del licenziamento per via extragiudiziale nel termine di 60 giorni e, poi, per via giudiziale entro il termine di 180 giorni.

Nel caso di specie ha rispettato entrambi i termini di impugnazione avendo impugnato il recesso, intimato il 6.4.17, il giorno successivo alla sua comunicazione a mezzo di lettera, e avendo depositato ricorso giudiziale nelle forme del cd. rito Fornero il 15.9.17. A seguito di sentenza di inammissibilità del ricorso emessa in data 6.11.17, il giorno successivo depositava ricorso ex art. 414 cpc.

Ora il collegio ritiene di poter affermare che aveva già posto in essere il comportamento necessario per impedire la indicata decadenza avendo tempestivamente promosso l'azione giudiziaria contro la risoluzione del rapporto e avendo proposto con il secondo ricorso una identica domanda rispetto a quella fatta valere con il primo atto alla luce del contenuto dell'accordo intercorso tra srl e le OOSS circa l'applicazione della tutela anteriore al job act.

Né appare di pregio il richiamo alla sentenza della Corte di Cassazione 26309/17 relativa a una diversa fattispecie in quanto in quel caso il licenziamento veniva impugnato tramite un ricorso ex art. 700 cpc poi rinunciato. La sentenza in questione esaminava invero l'idoneità di tale strumento a interrompere la decadenza di cui al cit. art. 6, idoneità che veniva negata atteso che il ricorso cautelare non deve necessariamente indicare la causa petendi e il petitum, presenti invece sia nel ricorso ex L. Fornero sia nel ricorso ex art. 414 cpc.

Nel caso in esame la sentenza di inammissibilità non poteva che avere un valore processuale non intaccando minimamente gli aspetti sostanziali del rapporto processuale instauratori tra le parti.

Tanto più che il primo giudice avrebbe dovuto più correttamente convertire il rito assegnando alle parti un termine per la regolarizzazione degli atti.

Appaiono invero certamente applicabili gli artt. 426 e 427 c.p.c in tema di mutamento del rito essendo la materia del procedimento speciale invocato originariamente (L. 92/2012) una di quelle già previste dall'art. 409 n. 1 c.p.c.; le citate disposizioni disciplinano i rapporti fra rito ordinario e rito del lavoro ma ben possono essere utilizzati anche nei rapporti fra rito del lavoro "ordinario" e rito del lavoro "speciale". La soluzione opposta (pronuncia che, come nel caso in esame, definisce la causa in rito) non appare condivisibile, perché contrastante con il principio fondamentale in base al quale, ove il vizio di un presupposto processuale sia sanabile, la chiusura in rito del processo può avvenire solo dopo che la parte sia stata invitata dal giudice a porvi rimedio, e non lo abbia fatto, e ciò perché il processo deve tendere, laddove possibile, ad una decisione di merito e limitare le pronunce di mero rito ai casi strettamente necessari, vale a dire quelli in cui il vizio processuale è insanabile non potendo operare un meccanismo di sanatoria.

Nel merito, premesso che non è oggetto di discussione la parte della sentenza relativa al primo addebito rispetto al quale se ne deve ritenere definitivamente accertata la rilevanza disciplinare, l'impugnazione proposta dalla società si concentra sugli altri due addebiti rispetto ai quali il collegio concorda con le valutazioni del primo giudice.

Sotto il primo aspetto si rileva che il certificato rilasciato dal medico di base è atto pubblico che fa piena prova, sino a querela di falso, relativamente alla provenienza dal pubblico ufficiale che lo ha formato, alle dichiarazioni al medesimo rese, oltre agli altri fatti dal medesimo compiuti o che questi attestati essere avvenuti in sua presenza e che pertanto la dichiarazione ivi contenuta è dichiarazione di scienza relativa allo stato morboso attestato dal medico al momento della visita, peraltro spesso anche compiuta in base alle dichiarazioni rese dallo stesso soggetto interessato.

E' vero che lo svolgimento di attività diversa da quella dedotta nel rapporto di lavoro in costanza di malattia può essere valutata dal giudice come elemento indiziario dell'insussistenza della malattia stessa ed essere idonea a giustificare il recesso del datore di lavoro per violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà ove tale attività esterna sia per sé sufficiente a far presumere l'inesistenza della malattia, dimostrandone una sua fraudolenta simulazione ovvero quando, valutata in relazione alla natura della patologia e delle mansioni svolte, l'attività stessa possa pregiudicare o ritardare la guarigione e il rientro in servizio del lavoratore. Occorre tuttavia che questi profili fattuali emergano chiaramente dalla contestazione dell'addebito e siano poi accertati in concreto non potendosi basare sul mero svolgimento di un'attività ulteriore in costanza di malattia, ma dovendo consistere o nell'aver simulato la malattia così da sottrarsi all'obbligo di svolgere la prestazione lavorativa ovvero nell'aver aggravato la propria condizione patologica; contestazioni che nel caso specifico non venivano neppure proposte.

Dall'istruttoria è emerso esclusivamente che nel pomeriggio del 3.2017, alle 15.30 e quindi

fuori dall'orario di reperibilità e fuori dall'orario di lavoro posto che aveva presso la società appellante un orario part time orizzontale, si trovava all'interno del negozio di calzoleria, sito sotto casa sua e di cui era titolare, da solo, seduto dietro al bancone. In tal senso ha deposto il teste (indicato dalla società) il quale ha chiarito altresì che nel negozio non vi erano altre persone.

Questa permanenza nel negozio, in assenza di ulteriori circostanze, non può essere ritenuta idonea né a dimostrare una fraudolenta simulazione dello stato di malattia né a pregiudicare la guarigione di che, affetto da lombosciatalgia, non veniva visto fare alcun tipo di sforzo né piegarsi o sollevare pesi. Né è ravvisabile alcun nesso causale tra la presenza di in negozio il giorno 15.3 e la prosecuzione della malattia sino al giorno 17.3 considerati gli ordinari tempi di guarigione di tale patologia.

Ne consegue pertanto che la condotta addebitata non possa assumere alcuna valenza disciplinare.

Analoga valutazione deve essere formulata in ordine al terzo addebito atteso che provvedeva a trasmettere, seppur in ritardo rispetto alla tempistica prevista dal CCNL di settore, il certificato medico datato 16.3.17 atto a giustificare la sua assenza in tale giornata. L'assenza non può pertanto essere ritenuta ingiustificata e nessun rilievo ha il fatto che detto certificato sia stato trasmesso in data successiva alla contestazione.

Per quanto attiene alla censura mossa alla sentenza in ordine a giudizio di non proporzionalità espresso dal tribunale, il collegio osserva che già il venir meno di due addebiti su tre comporta una netta riduzione della gravità delle condotte attribuite al lavoratore.

Ai fini della sussistenza della giusta causa di licenziamento con specifico riferimento al requisito della proporzionalità della sanzione occorre accertare in concreto se - in relazione alla qualità del singolo rapporto intercorso tra le parti, alla posizione che in esso abbia avuto il prestatore d'opera e, quindi, alla qualità e al grado del particolare vincolo di fiducia che quel rapporto comportava - la specifica mancanza commessa dal dipendente, considerata e valutata non solo nel suo contenuto obiettivo, ma anche nella sua portata soggettiva, risulti obiettivamente e soggettivamente idonea a ledere in modo irreparabile la fiducia del datore di lavoro.

Nel caso in esame il permanere di una sola delle condotte addebitate, per quanto integrante certamente una violazione dei doveri generali di correttezza e buona fede e degli specifici obblighi contrattuali di diligenza e fedeltà, non pare idonea a comportare una lesione definitiva del rapporto fiduciario raffrontata ai fatti, ben più gravi, che le parti sociali hanno collegato, seppur solo in via esemplificativa, alla sanzione del recesso per giusta causa.

Va tenuto conto che si è trattato di un singolo episodio, durato poche ore, caratterizzato più da superficialità, imprudenza o negligenza che da una volontà dolosa.

A ciò va aggiunto che non aveva precedenti disciplinari specifici.

Va infine respinto l'ultimo motivo di appello in ordine alle conseguenze applicabili al licenziamento ritenuto illegittimo a fronte dello specifico impegno assunto dalla società con le OO.SS. al momento del passaggio dei lavoratori dal precedente appaltatore. In quel contesto invero srl accettava di applicare ai lavoratori assunti la disciplina in tema di licenziamento previgente al D. Lgs 23/2015, disciplina quindi prevista dall'art. 18 St. Lav. come modificato dalla L. 92/2012.

Alla luce di quanto esposto l'appello va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo, con distrazione a favore del procuratore antistatari, tenuto conto del valore della controversia e dei parametri di

cui al DM. 55/14.

L'appellante è altresì tenuto al versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n. 115/02 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24.12.12 n. 228

P.Q.M.

Respinge l'appello contro la sentenza 1860/18 del giudice del lavoro del tribunale di Milano; condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite che liquida in € 4.000,00 oltre accessori e spese generali con distrazione a favore dei procuratori antistatari; dichiara l'appellante tenuto al versamento dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n. 115/02 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24.12.12 n. 228.

MILANO 21.11.18

PRESIDENTE
LAURA TROGNI

GIUDICE EST.
CARLA BIANCHINI