

TRIBUNALE DI BERGAMO

Sezione Lavoro

Il Giudice unico del Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, dott. Raffaele Lapenta, all'esito dell'udienza del 13.04.2023 che si è svolta con le modalità della trattazione scritta ex art. 127-ter c.p.c., ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

ex art. 1, co. 48 L. n. 92/2012

nella causa iscritta al n. R.G. 1491/2022

TRA

██████████, nato in Marocco il ██████████, rappresentato e difeso come in atti dall'avv. Mauro Tagliabue

E

██████████ **Soc. coop.**, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa come in atti dagli avv.ti Andrea Mannino e Riccardo Massa

Con ricorso ex art. 1, co. 48 L. n. 92/2012 ritualmente notificato, ██████████ conveniva in giudizio, innanzi all'intestato Tribunale in funzione di giudice del lavoro, la ██████████ società cooperativa, per ivi sentir accertare l'illegittimità del licenziamento comminatogli con tutte le conseguenze di legge.

Il ricorrente, in particolare, assumeva di aver lavorato, a far data dal 12.03.2013, presso il magazzino della ██████████ s.p.a. di Ciserano (BG), alle dipendenze delle varie società appaltatrici delle attività di assemblaggio di articoli in pasticca e metalli succedutesi nel tempo e, da ultimo, alle dipendenze della convenuta ██████████ Società Cooperativa, la quale, con raccomandata del 30.06.2022, senza preventiva contestazione disciplinare, gli intimava il licenziamento per giusta causa in quanto *“siamo venuti a conoscenza che ha intrapreso una attività autonoma e mentre lavora per la stessa, presenta certificati di malattia nella nostra società”*.

L'istante sosteneva l'applicabilità del rito Fornero stante quanto disposto dall'accordo sindacale per intervenuto cambio di appalto, l'insussistenza di un rapporto associativo e, in subordine, l'assenza (o illegittimità) di una delibera di esclusione; ribadiva l'insussistenza materiale del gatto come genericamente addebitato e l'omessa



contestazione disciplinare con tutte le conseguenze di legge, reintegratorie e risarcitorie, come da ricorso, in applicazione dell'art. 18 L. n. 300/1970.

La [REDACTED] società cooperativa si costituiva in giudizio, contestando tutto quanto dedotto ed argomentato da controparte e insistendo per l'integrale rigetto delle avverse pretese, in quanto destituite di ogni fondamento in fatto e in diritto.

Il Giudice, senza necessità di approfondimenti istruttorie e appurata l'impossibilità di una conciliazione, rimetteva la causa in decisione accordando alle parti un termine per il deposito di note conclusive e di trattazione scritta.

Il Giudice definiva, dunque, la fase sommaria, motivando come di seguito.

Preliminarmente, va affermata la qualità di socio lavoratore del ricorrente.

[REDACTED] è pacificamente subentrata nell'appalto commissionato dalla [REDACTED] [REDACTED] s.p.a., nel marzo del 2019, al posto della precedente appaltatrice [REDACTED] Società cooperativa; all'atto di subentro nel contratto di appalto, ovvero il 20.03.2019, la [REDACTED] sottoscrive-va con le oo.ss. un verbale di cambio appalto (doc. 1 fasc. convenuta e doc. 6 fasc. ricorrente) volto a regolare le condizioni di assunzione del personale già precedentemente impiegato presso l'appalto commissionato dalla [REDACTED], tra cui il ricorrente.

Tale accordo prevedeva, tra le altre cose, che “2. *I lavoratori passeranno alle dipendenze della Società Cooperativa [REDACTED] in qualità di soci lavoratori*”; al successivo punto 8 è riportato testualmente che “*Per patto espresso, la società cooperativa [REDACTED] s'impegna a non utilizzare la fattispecie della “esclusione da socio lavoratore” come forma surrettizia di esclusione da socio e conseguente licenziamento dei lavoratori*”, previsione che non avrebbe senso se gli assumendi dipendenti non fossero stati soci-lavoratori, oltretutto è riportata integralmente nel contratto di lavoro individuale del ricorrente (doc. 2 fasc. convenuta). Il verbale prevedeva, infine, che “*le condizione definite con il presente accordo sono parte integrante delle lettere di assunzione individuali*”.

Nessun dubbio, pertanto, sulla qualità di socio-lavoratore del ricorrente.

Quanto al rito prescelto, si evidenzia che è proprio il citato accordo sindacale di cui al doc. 6 fasc. ricorrente e doc. 1 fasc. convenuta a prevedere, al punto 9, che “*per i lavoratori coinvolti nel cambio di appalto non troverà applicazione il “Jobs Act”, ovvero 183/2014 e le sue modifiche al precedente art. 18, dello Statuto dei*



Lavoratori, L. 300/70. Verrà quindi applicata la disciplina dell'articolo 18 Legge 300/70 Statuto dei Lavoratori”.

Passando al merito, recentemente, la Cassazione a Sezioni Unite (v. sent. 2743/2017) ha offerto una ricostruzione storica dei passaggi principali che hanno riguardato il travagliato percorso legislativo e giurisprudenziale dei rapporti tra cooperativa e socio lavoratore. Secondo l'impostazione originaria, nelle prestazioni di un socio di cooperativa di produzione e lavoro non era configurabile un rapporto di lavoro subordinato né di lavoro autonomo, ma nemmeno un rapporto di collaborazione (Cass. Sez. Un. n. 5813/1989). Negli anni '90 questa posizione veniva superata perché ritenuta insoddisfacente in un contesto in cui si espandeva il fenomeno della cooperativa spuria o fraudolenta, ove i soci lavoratori risultavano di fatto sotto-protetti. Anche per questa ragione, a diritto positivo invariato, i giudici prendevano ad affermare che la prestazione di lavoro del socio di cooperativa era equiparabile alle c.d. co.co.co. (Cass. n. 10906/1998). Successivamente, con l'intervento del legislatore del 2001 (L. n. 142/2001) si accoglieva la tesi dualistica già proposta in dottrina, per cui il socio lavoratore è parte di due rapporti con la cooperativa: al rapporto sociale si affiancava, infatti, l'“ulteriore e distinto” rapporto di lavoro. Infine, nel 2003 (con la L. n. 30/2003) il legislatore modificava l'equilibrio fra i due rapporti, qualificando ancora il rapporto di lavoro come “distinto”, ma non più come “ulteriore” e precisando che il rapporto di lavoro si estingue con il recesso o l'esclusione del socio deliberati nel rispetto della legge e dello statuto della cooperativa (art. 5, co. 2 L. n. 142/2001).

Orbene, benché le Sezioni Unite abbiano definitivamente assegnato al collegamento giuridico tra i due rapporti contrattuali un carattere unidirezionale (in pratica, ferma l'impostazione dualistica imposta espressamente dal legislatore, si afferma che “il socio può non essere lavoratore”, viceversa “qualora egli perda la qualità di socio non può più essere lavoratore”); aderiscono, cioè, all'orientamento che pone enfasi sulla specialità del rapporto di lavoro del socio di cooperativa e dunque sulla prevalenza del rapporto associativo, piuttosto che all'orientamento che propugna la reciprocità del collegamento negoziale fra i due rapporti e il conseguente trasferimento dei vizi di un rapporto sull'altro), la Suprema Corte ha comunque evidenziato l'autonomia dei due rapporti e il loro carattere “distinto”.



Calando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, può desumersi che il rapporto di lavoro resta “distinto” da quello societario, pertanto, nonostante difetti in concreto un provvedimento di di esclusione dalla compagine societaria (atto mai prodotto dalla convenuta), la comunicazione del 30.06.2022 avente ad oggetto “licenziamento per giusta causa” (di cui al doc. 7 fasc. ricorrente) rappresenta indubbiamente un atto di licenziamento per ragioni disciplinari: *“siamo venuti a conoscenza che ha intrapreso una attività autonoma e mentre lavora per la stessa, presenta certificati di malattia nella nostra società”* (il medesimo atto parla chiaramente anche di rescissione del rapporto fiduciario e di impossibilità di prosecuzione del rapporto associativo prima che lavorativo).

Ora, lo stesso regolamento aziendale (art. 1/10 – v. doc. 4 fasc. convenuta) prevede che *“i provvedimenti disciplinari nei confronti del socio, potranno essere emessi ed eventualmente congelati in attesa delle giustificazioni addotte dal socio stesso”*, giustificazioni che presuppongono in ogni caso la preventiva contestazione, pacificamente omessa, nonostante il disposto di cui all’art. 7 L. n. 300/1970: il ricorrente è stato infatti estromesso dal posto di lavoro senza contestazione preventiva, né termini a difesa. Ai sensi dell’art. 2 L. n. 142/2001 ai soci di lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la L. n. 300/1970. Come correttamente ritenuto dalla Corte d’appello di Milano (sentenza 10.4.17 n. 910) *“nel caso in cui il licenziamento abbia natura ontologicamente disciplinare, devono, anche nel caso dei soci di cooperativa, essere rispettate le garanzie procedurali previste dall’art. 7 SL al fine di garantire il diritto di difesa dei lavoratori; in mancanza.... si applicano le conseguenze sanzionatorie di cui all’art. 18 SL”*. Il licenziamento è, dunque, illegittimo, *rectius* inefficace, per violazione dell’art. 7 L. n. 300/1970.

In via generale, come noto, il datore di lavoro che viene a conoscenza di un fatto che può integrare un’ipotesi di infrazione disciplinare deve, anzitutto, contestare l’addebito al lavoratore.

La contestazione, anche se il lavoratore è venuto in altro modo a conoscenza dell’addebito, è sempre necessaria affinché la successiva sanzione possa dirsi valida e, pur non richiedendo particolari formalità se non la forma scritta, deve manifestare in modo non equivoco l’intenzione del datore di lavoro di considerare le circostanze addebitate come disciplinarmente rilevanti.



L'art. 7 L. n. 300/1970 (Statuto dei Lavoratori) prevede espressamente che *“il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa...”*

I requisiti fondamentali di una contestazione disciplinare sono stati individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, nella specificità, immediatezza ed immutabilità.

Detti requisiti, come più volte ha avuto modo di chiarire anche la Suprema Corte di Cassazione (*ex multis*, Cass. n. 22127/2016, Cass. n. 9615/2015, Cass. n. 10662/2014), sono volti a garantire il diritto di difesa del lavoratore incolpato, diritto che sarebbe compromesso qualora si consentisse al datore di lavoro di intimare una sanzione in relazione a condotte rispetto alle quali il dipendente non è stato messo in condizione di discolparsi perché non adeguatamente definite nelle loro modalità essenziali ed essere così esattamente individuabili (principio di specificità) oppure perché non tempestivamente contestate (principio di immediatezza) oppure ancora perché diverse dalle condotte oggetto della iniziale contestazione (principio di immutabilità).

Proprio con riferimento alle violazioni di carattere formale, l'art. 18, co 6, L. n. 300/70, come novellato dalla L. n. 92/2012 dispone che *“nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito della motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966 n. 604 e successive modificazioni, della procedura di cui all'art. 7 della presente legge, o della procedura di cui all'art. 7 della legge 15 luglio 1966 n. 604, e successive modificazioni, si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo”*.

In termini pressoché analoghi si esprime l'art. 4 d. lgs. n. 23/2015, rubricato *“Vizi formali e procedurali”*: *1. Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n.*



604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto”.

A ben vedere, però, la totale omissione della contestazione disciplinare, delineando di per sé i contorni del fatto contestato, determina l'inesistenza dell'intero procedimento, e non solo l'inosservanza delle norme che lo disciplinano, con conseguente applicazione – in astratto – della tutela reintegratoria, come affermato da Cass. n. 25745/2016 (nel caso di specie, le censure mosse al ricorrente con la lettera di licenziamento di cui al doc. 7 fasc. ricorrente appaiono comunque generiche non essendo chiaro in quali giornate il ricorrente avrebbe lavorato durante la malattia, né è mai stato fatto riferimento alla mancata comunicazione di tale attività lavorativa autonoma come riferito dalla cooperativa nelle sue difese).

Nella citata pronuncia n. 25745/2016, si argomenta diffusamente sulle conseguenze radicali connesse al difetto di contestazione dell'infrazione (elemento essenziale di garanzia del procedimento disciplinare, come osservato Cass. n. 1026/2015, Cass. n. 2851/2006, e costituente espressione di un inderogabile principio di civiltà giuridica, C. Cost. n. 204/1982), evidenziandosi come del resto la tutela reintegratoria sia prevista anche dall'art. 18, co. 6 L. n. 300/1970, che richiama, per il caso di difetto assoluto di giustificazione del licenziamento, la tutela di cui al precedente co. 4 (reintegra ed indennità pari sino a 12 mensilità della retribuzione), la quale sanziona con la reintegra il licenziamento ontologicamente disciplinare ove sia accertata l'insussistenza del fatto contestato (e non semplicemente addebitato).

L'esigenza che il fatto contestato sia delineato nei suoi contorni si da cristallizzare il fatto ascritto al dipendente è affermata anche da pronunce più recenti (v., *ex multis*, Cass n. 19632/2018, secondo cui *“In tema di licenziamento disciplinare, ove la contestazione sia stata formulata in maniera generica per una parte dell'addebito, è corretto l'operato del giudice di merito che abbia valutato, ai fini della verifica circa*



la legittimità, o meno, della sanzione, solo i fatti specificamente contestati, senza tener conto dei fatti genericamente indicati”; nello stesso solco si pongono Cass. n. 21265/2018 e Cass. n. 8293/2019).

Ancora più recentemente la Cassazione ha chiarito quanto segue.

“Nel caso in cui il licenziamento non risulti ingiustificato, ma sia formalmente viziato, e quindi inefficace, per violazione dell’obbligo di motivazione di cui al nuovo testo dell’art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 della procedura disciplinare di cui all’art. 7 della legge n. 300 del 1970 o della nuova procedura di preventiva conciliazione di cui all’art. 7 della legge n. 604 del 1966, trova applicazione una sanzione indennitaria (sempre sostitutiva del posto di lavoro) ridotta, perché variabile da un minimo di 6 ad un massimo di 12 mensilità, tenuto conto della gravità della violazione formale commessa (art. 18, comma 6). 10. E’ pacifico che il regime sanzionatorio in questione è esclusivamente limitato alle violazioni delle disposizioni di legge espressamente citate e non riguarda anche il licenziamento orale, anche perché il requisito della forma scritta è richiesto dall’art. 2, comma 1, della legge n. 604 del 1966. 11. L’impianto di questa parte della disposizione è nei suoi tratti essenziali chiaro, nel senso che, se il licenziamento presenta i vizi formali sopra richiamati, si applica la ridotta tutela indennitaria, ferma restando però l’applicazione delle diverse tutele previste dall’art. 18, commi 4°, 5° o 7° – in sostituzione della tutela indennitaria ridotta e non in aggiunta ad essa – nel caso in cui emerga, su domanda del lavoratore, l’ingiustificatezza del licenziamento (ossia l’inesistenza di un giustificato motivo soggettivo, oggettivo o di una giusta causa il cui onere della prova, una volta che il lavoratore ha spiegato la sua domanda, resta comunque in capo al datore di lavoro ai sensi dell’art. 5 della legge n. 604 del 1966).12. Il problema si pone in relazione alle conseguenze legate ad un’interpretazione letterale della legge, che potrebbe condurre a ritenere operativa questa sanzione ridotta anche in relazione ai casi in cui il licenziamento per motivi soggettivi non sia preceduto da una contestazione disciplinare dei fatti ai sensi dell’art. 7 della legge n. 300 del 1970. Conclusione, quest’ultima, che renderebbe incoerente il funzionamento del meccanismo sanzionatorio dell’art. 18 che, come rilevabile dalla complessiva disciplina delle tutele, distribuisce reintegrazione e tutela economica sostitutiva del posto di lavoro facendo perno sulla valutazione dei fatti posti alla base del licenziamento: precisamente, sulla valutazione “del fatto



contestato” (art. 18, comma 4). 13. Aderendo ad una tale impostazione ermeneutica, invero, il datore di lavoro potrebbe allegare per la prima volta in giudizio, e dopo aver letto il ricorso del lavoratore, i fatti posti a base del licenziamento, potendo beneficiare, ove tali fatti siano provati ed idonei a configurare un valido motivo di licenziamento, di un regime sanzionatorio contenuto se raffrontato alle ulteriori sanzioni previste dalla medesima disposizione. 14. Appare preferibile, pertanto, la diversa interpretazione secondo la quale, ove il licenziamento venga intimato senza contestazione disciplinare, lo stesso continua, come in passato, ad essere considerato ingiustificato ed è sanzionato con la reintegrazione ad effetti risarcitori limitati. 15. La giustificazione della tutela reintegratoria si rinviene nel fatto che, ai sensi dell’art. 18, comma 4, St. Lav., tale tutela è prevista in caso di “insussistenza del fatto contestato”, che implicitamente non può che ricomprendere anche l’ipotesi di inesistenza della contestazione” (Cass. n. 4879/2020).

Con la medesima pronuncia, gli Ermellini sostengono che *“la previsione normativa, che parla di “fatto contestato” (fatto materiale contestato nel regime del d. lgs. 23/2015), sia indicativa della necessità che il fatto, la cui sussistenza o insussistenza deve essere accertata in giudizio, sia delineato nei suoi esatti termini e contorni in sede di contestazione. Ciò risulta coerente anche con la esigenza di riconoscere idonee garanzie di difesa al lavoratore in sede di giustificazioni, essendo evidente che il fatto da provare da parte del datore di lavoro risenta anche delle giustificazioni fornite dal primo, che, ove esaustive e dirimenti, potrebbero indurre il datore anche a desistere dal proseguire nel procedimento disciplinare ed a non irrogare la sanzione espulsiva rispetto alla quale la contestazione dell’addebito era funzionale”.*

In sostanza, la Corte di Cassazione, in maniera del tutto condivisibile, ha stabilito che addirittura anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 4, d.lgs. n. 23/2015, ove il licenziamento venga intimato senza la previa contestazione disciplinare della mancanza che poi ha condotto al recesso, lo stesso continua ad essere considerato ingiustificato ed è sanzionato con la reintegrazione sul posto di lavoro (oltre al risarcimento del danno col limite di legge). La tutela reintegratoria, infatti, è prevista dalla legge nel solo caso di “insussistenza del fatto (materiale) contestato”, che implicitamente – sostengono i giudici di legittimità – ricomprende anche l’ipotesi di inesistenza della contestazione, laddove diversamente il datore di lavoro potrebbe allegare per la prima volta in giudizio, e dopo aver letto il ricorso del lavoratore, i fatti



posti a base del licenziamento, potendo beneficiare, ove tali fatti siano provati e idonei a configurare un valido motivo di licenziamento, di un regime sanzionatorio contenuto.

Nel caso di specie, a fronte della mancata contestazione degli addebiti disciplinari (v. lettera di licenziamento di cui al doc. 7 fasc. ricorrente, nel cui corpo si fa menzione a fatti mai contestati – esercizio di attività lavorativa in forma autonoma durante la malattia dichiarata alla cooperativa – non può che farsi applicazione del disposto di cui all'art. 18, co. 4 L. n. 300/1970, pertanto, a fronte dell'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore (a cui può essere assimilata la totale mancanza della contestazione per tutte le ragioni sopra rimesse), il licenziamento comminato con raccomandata del 30.06.2022 va annullato e il datore di lavoro condannato alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto (pari ad € 1.792,20 condividendo il calcolo di parte ricorrente) dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non potrà essere superiore a dodici mensilità.

Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Bergamo, in funzione di giudice del lavoro, all'esito della fase sommaria della procedura, così provvede:

- accoglie il ricorso;
- dichiara illegittimo il licenziamento comminato al ricorrente con raccomandata del 30.06.2022 e, per l'effetto, condanna la convenuta reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione (fino ad un massimo di 12 mesi), dedotto l'aliunde perceptum, oltre interessi e rivalutazione come per legge;
- condanna la convenuta alla refusione delle spese di lite che si liquidano in € 2.500,00 per compensi professionali, oltre accessori come per legge, con distrazione al procuratore antistatario.

Bergamo, il 30.05.2023



Il Giudice del Lavoro
Dott. Raffaele Lapenta

