

R.G. 4454/2018 ()

IL TRIBUNALE DI ROMA, Sezione terza lavoro

in persona del giudice dr. Dario Conte, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 16 settembre 2019, ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

nel procedimento indicato in epigrafe, vertente tra:

....., elett.nte domic.ta in Roma, Via Carlo Poma n.2, presso l' Avv. Carmine Nicastro, che la rappr.nta e difende -
ricorrente

E

....., elett.nte domic.ta in Roma, Via Pietro de Cristofaro n.40, presso l'Avv. Sabina Di Giacomo, che la rappr.nta e difende -
convenuta

....., elett.nte domic.ta in Roma, Via Pietro de Cristofaro n.40, presso l'Avv. Sabina Di Giacomo, che la rappr.nta e difende -
convenuta

Con ricorso depositato il 8/2/2018 conveniva qui in giudizio la S.c.r.l. Onlus, ed Esposto (in sintesi): di aver lavorato alle dipendenze di entrambe, esercenti attività di casa di riposo per anziani in dal 25/2/2017 al 31/8/2017; che il rapporto, instauratosi di fatto con la era stato formalizzato dalla solo il/7/2017 con un contratto di lavoro subordinato socio-lavorativo a tempo determinato, con scadenza prevista al 30/9/2017, che l'aveva inquadrata al livello B1 secondo il CCNL Cooperative sociali come aiuto cuoca, a tempo parziale per 15 ore settimanali; che peraltro la società l'aveva licenziata in tronco "ante tempus" con lettera del 31/8/2017 per pretesa assenza ingiustificata nei giorni 16, 17 e 18 agosto; che in realtà nel corso del rapporto di lavoro ella aveva svolto mansioni di cuoca, meglio descritte in ricorso, inquadrabili al superiore livello C1; il rapporto sociale era stato simulato; ed aveva osservato un orario di lavoro, meglio descritto in ricorso, di 32 ore settimanali fino al 12/7/2017, e successivamente di 20; di non aver fruito di ferie; dedotto: di aver percepito un trattamento economico inferiore al dovuto ed insufficiente; che il licenziamento intimatole era illegittimo: a) per pretermissione del procedimento di cui all'art. 7 della legge n.300/70; b) per infondatezza dell'addebito; c) per sproporzione; chiedeva:

- dichiararsi la reale durata del rapporto quale dedotta, il tempo pieno ed il diritto al livello C1;
- condannarsi le convenute, in solido o per quanto di ragione, al pagamento in suo favore della somma di €. 4.972,97 per differenze retributive e TFR, come da conteggio allegato al ricorso;



circa due mesi fino al 31/8/2018, e gli ultimi due hanno detto di essere stati ingaggiati tramite la ricorrente che già lavorava lì; trattandosi di rapporti dichiarati in regola, la convenuta avrebbe avuto agio a confutare tali affermazioni "ex tabulas"; ed invece non ci sono prove contrarie. Tutto ciò suggerisce la presenza di una relazione pregressa. La ricorrente prese in appalto la cucina il 1/7/2017, data dalla quale, secondo gli ultimi due testi, la ricorrente lavorava come cuoca o aiuto cuoca con orari più o meno regolari e con continuità quotidiana, cosa che appare concludere la subordinazione. E' inverosimile del tutto implausibile che il [redacted] e l' [redacted], ingaggiati dalla [redacted] tramite la [redacted], siano stati assunti prima di lei, o che la ricorrente abbia continuato a lavorare per la [redacted] mentre i suoi colleghi di cucina lavoravano per [redacted].

Si deve quindi allo stato ritenere che tra la ricorrente e la [redacted] è intercorso un rapporto di lavoro subordinato dal 1/7/2017 al 31/8/2017. Poiché il rapporto appare sorto prima della pattuizione della clausola del termine, sembra doversi concludere che esso sia sorto a tempo indeterminato.

L'eccezione di decadenza sollevata riguardo alla domanda di impugnazione del licenziamento appare infondata a fronte dell'evidenza documentale dell'impugnazione stragiudiziale esperita con lettera del 18/9/2017 risultante spedita il 18/9/2017 e ricevuta dalla [redacted] il 21/9/2017. La nuda deduzione "si contesta la produzione documentale....", del tutto generica, non ha alcuna capacità confutativa.

Il licenziamento intimato alla ricorrente per motivi disciplinari risulta probabilmente illegittimo perché, in assenza dell'assolvimento, da parte di [redacted], dell'onere di provarne l'esperimento, deve ritenersi affetto dal vizio di totale pretermissione della procedura preliminare prevista dall'art. 7 della legge n.300/70, che vale ugualmente per il licenziamento per giusta causa e quello per giustificato motivo soggettivo, ciò che comporta le conseguenze di cui all'art. 4 del d.lgs n.23/2015.

Appena più delicata la questione posta dal fatto che la ricorrente, pur censurando il licenziamento impugnato anche per motivi sostanziali, lo fa in via gradata "Si ribadisce, comunque, che la ricorrente non ha mai posto in essere alcun comportamento tale da ledere la fiducia.....anche perché la sanzione non è comunque proporzionata ai fatti....in via gradata, il licenziamento per cui è causa deve essere in ogni caso considerato e qualificato illegittimo in quanto privo di giusta causa e/o giustificato motivo...", conclude sul punto facendo riferimento all'art.4, che s'applica solo ai vizi formali e procedurali, e non all'art.3, che sanziona i vizi sostanziali, e, pur prevedendo ugualmente una tutela meramente indennitaria, ne prevede una maggiore.

In linea di principio la domanda è identificata per oggetto e titolo in base a quanto risulta dall'esame complessivo dell'atto, e non necessariamente dalle disposizioni invocate, spettando al giudice, secondo il canone "iura novit curia", la corretta individuazione delle disposizioni applicabili alla fattispecie, sicché di per sé il mancato riferimento all'art. 3 non sarebbe ostativo né all'esame dei



motivi di impugnazione di carattere sostanziale, né all'applicazione di detta disposizione.

Tuttavia la domanda, nei termini predetti, costituisce esercizio del potere dispositivo dell'azione. Di conseguenza, poiché l'impugnazione del licenziamento per motivi (causa petendi) sostanziali (assenza nel merito di giusta causa/giustificato motivo) risulta proposta solo nell'espositiva ed in via graduata, l'accoglimento della censura fondata sull'art. 7 assorbe l'altra secondo la volontà della parte, e ne impedisce la disamina.

D'altro canto non necessariamente la proposizione di una subordinata di potenziale maggior valore rispetto alla domanda principale è illogica, potendo rispondere ad un strategia processuale di non affrontare un rischio di soccombenza parziale sul capo di domanda a maggior rischio di mancato accoglimento.

Riguardo all'eccepta applicabilità dell'art.9, osserva il giudicante che la società convenuta ha espressamente dedotto di non avere il requisito dimensionale, e la ricorrente, oltre e non aver nemmeno allegato il contrario in ricorso, non ha mai contestato quanto allegato dalla convenuta sul punto, sicché l'assenza del requisito dimensionale deve ritenersi pacifica ai sensi dell'art. 115 c.p.c..

Di conseguenza, sembra debbano applicarsi gli artt. 4 e 9 del d.lgs. n.23/2015.

In corso di causa sono avvenuti due eventi normativi:

- a) l'entrata in vigore, il 14/7/2018, del d.lgs. n.87/2018, conv. in legge n. 96/2018, il cui art.3 ha aumentato il minimo ed il massimo dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 3 del d.lgs n.23/2015 in caso di licenziamento ingiustificato;
- b) la sentenza della Corte Costituzionale n.194/2018, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co.1 del d.lgs. n.23/2015 riguardo alla parte (l'anzianità di servizio) che, secondo tale disposizione, regolava da sola la determinazione dell'indennità tra il minimo ed il massimo.

L'evento normativo sub a) non s'applica, ad avviso del giudicante, alla fattispecie perché in mancanza di regola temporale specifica s'applica il principio generale di normale irretroattività di cui all'art. 11 delle preleggi, e per regola generale le norme non retroattive che sostituiscono precedenti sanzioni legate a illeciti inerenti a rapporti di diritto sostanziale, o regolano conseguenze di fatti generativi di diritti pregressi, non s'applicano agli illeciti commessi ed ai fatti verificatisi prima della loro entrata in vigore (Cass. 3713/75, 5547/77, 5211/78, 10/79, 1184/84, 3914/85).

L'evento normativo sub b), certamente retroattivo per i rapporti pendenti, non sarebbe rilevante, dovendosi applicare l'art. 4, che risulta però esposto alla stessa, o ad almeno analoga obiezione di illegittimità costituzionale.

In punto di non manifesta infondatezza.

Sulla base di quanto premesso, appare allo stato probabile che il licenziamento impugnato vada dichiarato illegittimo, e sanzionato secondo l'art. 4 del d.lgs. 4 marzo 2015, n.23, trattandosi di violazione procedurale ascrivibile all'art. 7 della



legge n.300/70; mentre non appaiono, allo stato, sussistere i presupposti per l'applicazione degli artt. 2 e 3.

L'art.4 cit. prevede che *"Nell'ipotesi in cui il licenziamento sia intimato con violazione.....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"*.

La disposizione mutua dall'art. 3 dello stesso decreto un criterio di commisurazione dell'indennità automaticamente legato all'anzianità di servizio. Nel caso di specie, pare allo stato che l'anzianità di servizio della fosse di due mesi secondo l'art.8 del decreto, sicché le spetterebbe una indennità commisurata al minimo di legge, che nel caso di specie sarebbe, ai sensi dell'art.9, una mensilità, trattandosi di piccola impresa.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n 194 del 2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art.3, co.1, del d.lgs. n.23/2015, limitatamente alle parole *"di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio"*.

In estrema sintesi, la Corte, a fondamento di tale decisione, ha ritenuto che:

- *"La qualificazione come "indennità" dell'obbligazione prevista dall'art.3, comma 1 non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio..."*; posto che il licenziamento, anche se efficace, *"costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa"*;
- l'ancoramento dell'indennità ad un parametro forfettizzato rigido *"contrastava, anzitutto, con il principio di uguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse"*; posto che *"...il pregiudizio prodotto, nei vari casi, dal licenziamento ingiustificato dipende da una pluralità di fattori. L'anzianità nel lavoro, certamente rilevante, è dunque solo uno dei tanti"*;
- *"In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro della anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice...."*, ciò che *"...risponde, infatti, all'esigenza di personalizzazione del danno subito..."*;
- il predetto criterio si pone inoltre in contrasto col principio di ragionevolezza *"sotto il profilo dell'indoneità dell'indennità medesima a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore....e*



- a) l'art. 4 è assolutamente inequivoco, nel suo tenore letterale, nel parametrare l'indennità alla sola anzianità di servizio;
- b) non appare possibile escludere che la diversità tra le due fattispecie legittimi l'attuale art.4, o richieda qualche altra forma di adeguamento costituzionale.

A tale riguardo, appare anche rilevante osservare che nel sistema previgente di cui all'art.18 della legge n.300/70 c.m. dalla legge n.92/2012, nell'ambito della cd. tutela indennitaria, la commisurazione dipendeva, in caso di licenziamento ingiustificato per ragioni sostanziali, oltre che dall'anzianità di servizio, dal numero di dipendenti occupati, dalle dimensioni dell'attività economica, dal comportamento e della condizioni delle parti (comma 5°), mentre in caso di violazione formale-procedurale dipendeva dalla gravità della stessa (comma 6°), così in sostanza già in apparenza prescindendo da fattori muniti di un nesso apprezzabile col danno sofferto dal lavoratore, come invece nel regime di cui all'art. 8 della legge n.604/66, al quale il legislatore si era ispirato nel riscrivere l'art.18, co.5.

Ad avviso del giudice, per le ragioni già sopra svolte, il carattere formale – procedurale della violazione non toglie nulla al fatto che il licenziamento intimato in violazione dell'art. 4 integra un illecito che deve dar luogo ad un risarcimento "adeguato e personalizzato", ancorchè forfettizzato, secondo la stessa logica che pare reggere Cort. Cost. n.194/2018. D'altro canto, la stessa commisurazione dell'indennità all'anzianità di servizio, e quindi ad un fattore riconosciuto da Cort. Cost. n.194/2018 come parametrico del danno sofferto, operata dall'art.4, accoglie tale impostazione, sebbene in modo del quale appare evidente l'insufficienza.

Peraltro, a ragionare altrimenti, il parametrato "rigido e fisso" dell'indennità all'anzianità di servizio, piuttosto che, al limite, alla gravità della violazione, appare comunque integrare violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza", sanzionando in modo uguale violazioni non solo produttive di danni differenti, ma di gravità che possono essere, a loro volta, del tutto differenti.

La rimessione dello scrutinio alla Corte appare resa particolarmente ineludibile in ragione del fatto che questa, nella sentenza n. 194/2018, dopo aver verificato che la questione sollevata sull'art. 4 non era delibabile per difetto del requisito di rilevanza nel giudizio "a quo", non ha ritenuto di esercitare il potere ad essa conferito dall'art. 27 della legge n.87/53. di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 "per derivazione".

Appare quindi anche non manifestamente infondata, in rapporto agli artt. 3, 4, primo comma, e 35, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n.23, limitatamente alle parole "*di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio*".

P.Q.M.

visto l'art.23 della legge 11 marzo 1953 n.87,



