N.6199/2023 R.G.L.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

in composizione monocratica e in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dr. Camilla Stefanizzi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa

da

Parte_1 C.F. *C.F._1*)

con l'Avv. INFANTINO BORIS

ricorrente

contro

Controparte_1 (P.I. *P.IVA_1*)

con gli Avv.ti MORPURGO CLAUDIO e MENICATTI ANNA

resistente

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Con ricorso depositato il 26/06/2023, *Parte_1* conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Milano – Sezione Lavoro – *Controparte_1* , chiedendo di accogliere le seguenti conclusioni:

"a) Accertare e dichiarare l'illegittimità del licenziamento intimato da *Controparte_1* *[...] alla ricorrente con lettera del 24 febbraio 2023 e per l'effetto condannare la convenuta al pagamento dell'indennità prevista dagli artt. 3, primo comma e 9, d. lgs. 23/2015 nella misura di sei mensilità di retribuzione, quindi pari ad euro 11.352,36;*

b) Condannare altresì la convenuta al versamento in favore della ricorrente della somma lorda di euro 1.261,37 a titolo di indennità sostitutiva del preavviso".

Il tutto con vittoria di spese, diritti e onorari.

Controparte_1 si **costituiva** in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto.

Istruita la causa con escussione di 3 testimoni, all'udienza odierna, dopo la discussione, il Giudice la decideva pronunciando dispositivo di sentenza ex art. 429 primo comma c.p.c.

2. Pacifico in giudizio, la ricorrente è stata assunta da *Controparte_1* con lettera del 13 ottobre 2022 (doc. 3 ricorso) con contratto a tempo indeterminato, part time per 30 ore settimanali dal lunedì al venerdì, dalle 9:00 alle 15:00, sede di lavoro presso gli uffici di Piacenza, Corso Vittorio Emanuele n. 36 e mansione di impiegata commerciale inquadrata nel terzo livello del CCNL.

Nel contratto è stato previsto un periodo di prova pari a 60 giorni lavorativi, in conformità alle previsioni della contrattazione collettiva.

Il rapporto di lavoro ha avuto inizio il 7 novembre 2022 ed è cessato in data 24 febbraio 2023 in ragione del licenziamento intimato dalla datrice di lavoro per mancato superamento del periodo di prova (doc. 6 ricorso).

3. Tanto pacifico in punto di fatto, non è controverso in punto di diritto l'interpretazione del patto di prova e il significato da attribuire al limite temporale di 60 giorni, da intendersi quali giorni di effettivo servizio.

La contestazione attiene ad una diversa prospettazione dei fatti, cioè al numero di giorni di lavoro effettivamente svolti. Mentre parte ricorrente sostiene che il licenziamento sia illegittimo in quanto alla data del 24 febbraio 2023 la ricorrente aveva prestato effettivo servizio per 70 giorni e quindi il limite temporale della prova era oramai superato, la parte convenuta al contrario ha dedotto che alla data del licenziamento i giorni lavorativi effettivi sarebbero 57 e quindi il licenziamento sarebbe legittimo in quanto intimato prima del compimento del periodo di prova.

Nel dettaglio, la *Pt_1* ha dedotto di aver svolto attività lavorativa in tutti i giorni indicati nel contratto, ad eccezione delle festività, dei giorni di chiusura aziendale dal 2 al 5 gennaio 2023 e di un breve periodo di malattia nei giorni 5, 6, e 7 dicembre 2022.

Nel certificato medico (doc. 8 ricorso) e nella mail inviata dalla lavoratrice all'azienda (doc. 9 ricorso), la *Pt_1* risulta in malattia dal 5 al 9 dicembre; quest'ultima deduce, però, che nella giornata del 9 dicembre si sarebbe recata al lavoro nonostante la malattia. Ad ogni buon conto, la giornata del 9 dicembre 2024 non è determinante, trattandosi di un'unica giornata.
Invece risulta determinante ai fini del computo dei giorni di lavoro effettivo, la effettiva fruizione di giorni di permesso ex art. 33 l. 104/1992. Dalle buste-paga in atti risulterebbe che la ricorrente avrebbe fruito di tre giorni di permesso al mese per tutta la durata del rapporto.

4.Ora, è pacifico e documentale che la ricorrente abbia ottenuto l'accoglimento della richiesta di permessi ex art. 33 l. 014/1992 da parte dell'*CP_2* (doc. 6 memoria).
Tuttavia, la lavoratrice ha dedotto di non aver mai in concreto fruito dei suddetti permessi per tutta la durata del rapporto di lavoro, nonostante la diversa indicazione risultante dalle buste-paga.
La parte convenuta ha precisato nella propria memoria che la *Pt_1* avrebbe fruito dei permessi 104 nei seguenti giorni:
- nel mese di novembre 2022: giornate dell'11, 22 e 28.11.2022;
- nel mese di dicembre 2022: giornate del 14, 19 e 21.12.2022;
- nel mese di gennaio 2023: giornate del 17-19 e 20.1.2023;
- nel mese di febbraio 2023: giornate del 6, 17 e 20.2.2023.

5.La lavoratrice ha offerto di provare la propria continuativa presenza in ufficio in modo particolare nei giorni per cui - secondo le allegazioni di parte convenuta - avrebbe dovuto essere in permesso 104, tramite la geolocalizzazione del proprio smartphone.
La valenza probatoria delle risultanze dello smartphone è stata contestata dalla convenuta sotto molteplici profili, anche con riguardo alla riconducibilità dell'utenza alla lavoratrice.
Peraltro, anche il teste *Testimone_1* ha confermato la presenza della lavoratrice in ufficio e la circostanza che questa non avrebbe mai fruito dei permessi 104.

Al netto dei rilievi mossi dalla convenuta anche in merito all'attendibilità del teste, in quanto coniuge della convenuta, va osservato che, in base agli ordinari criteri sull'onere della prova, grava sulla parte datoriale l'onere di provare i fatti posti a fondamento del proprio atto di recesso.

Nel caso di specie, dunque, spetta su parte convenuta dimostrare che il licenziamento per mancato superamento della prova sia intervenuto tempestivamente ovverosia prima del compimento del periodo di prova pari a 60 giorni di lavoro effettivi.

Le buste paga in cui sono state inserite le ore di permesso sono atto di provenienza datoriale, pertanto, del tutto sprovviste di efficacia probatoria a favore della stessa parte che le ha emesse.

La convenuta non ha offerto alcuna documentazione, come invece sarebbe stato suo onere, in merito alla richiesta di permessi da parte della lavoratrice.

Sul punto nella memoria di costituzione è stato dedotto unicamente, ai capitoli 13 e 14:

*"**13.** Date le limitate dimensioni aziendali e la gestione pressoché "familiare", la Società lasciava alla ricorrente la possibilità di stabilire la fruizione dei giorni di permesso, a fronte di una comunicazione con qualche giorno di anticipo, salvo urgenze.*

***14.** Pertanto, la sig.ra Pt_1 comunicava, di volta in volta, al datore di lavoro – in particolare all'amministrazione, in persona della sig.ra Persona_1 - la fruizione dei giorni di permesso per assistenza disabili, di cui godeva regolarmente a partire dal mese di novembre 2022".*

Non è stato espressamente chiarito e dedotto da parte della convenuta con quali modalità avvenisse la sopra menzionata "comunicazione" da parte della lavoratrice.

Ove la comunicazione sia avvenuta in forma scritta, la convenuta avrebbe avuto l'onere di produrre la relativa documentazione con la memoria di costituzione.Nell'ipotesi di comunicazione orale, parte convenuta avrebbe dovuto meglio articolare capitoli di prova sulle circostanze di tempo e luogo in cui la lavoratrice avrebbe svolto siffatta comunicazione (per telefono, in ufficio, alla presenza di quali persone, quante volte ciò sarebbe accaduto etc).

6. Al fine di dirimere ogni dubbio, è stata svolto comunque il relativo approfondimento istruttorio ed è stata escussa propria la responsabile amministrativa individuata nella memoria di costituzione come destinataria delle suddette comunicazioni.

Persona_1 ha dichiarato:

Lavoro per *Controparte_1* *dal 2014; sono impiegata amministrativa, mi occupo di contabilità, Tenuta scrittura contabili, gestione del credito, rapporti con le banche.*

Per le buste-paga c'è un consulente esterno.

Non gestisco i rapporti con gli altri dipendenti.

Il dipendente che deve comunicare un'assenza o altro, invia normalmente una mail al dr. *CP_1* *, a volte mette in copia anche me, ma non è necessario e poi* *CP_1* *o io stessa su indicazione di* *CP_1* *, la giro al consulente.*

Il foglio-presenze lo compilo io e lo inoltro al consulente alla fine del mese.

Generalmente le comunicazioni di assenza da parte dei dipendenti avvengono tramite e-mail.

Ricordo la signora *Pt_1*

Non ricordo se la signora *Pt_1* *ha inoltrato richieste di permessi 104. Non lo posso escludere; ma non ricordo che abbia fatto richiesta di permessi 104.*

Se ne avesse fruito, la procedura è di scrivere una e-mail, anche per avere traccia di quello che è sato fatto nel mese.

Non ricordo se la ricorrente ha lavorato il 9 dicembre 2022. Io e la *Pt_1* *lavoravamo nella stessa stanza.*

Escludo che la ricorrente si assentasse tre giorni al mese tutti i mesi.

Mi ricordo che la ricorrente aveva la 104, mi aveva detto che aveva la mamma disabile, l'ho saputo dalla stessa ricorrente, Ma non ricordo se poi effettivamente si sia assentata per questi permessi e quante volte ciò sia accaduto.

Secondo la ordinaria procedura, per quanto so, la ricorrente avrebbe dovuto inviare una mail chiedendo di fruire dei permessi e indicando i giorni.

Uscendo dal portone di ingresso, andando sulla destra andando avanti per quaranta passi, si gira di nuovo a destra e all'inizio c'è il bar Unocaffè. Il bar non è sotto le finestre del nostro ufficio che si trova al primo piano. Il bar si trova nello stesso isolato, fa parte dello stesso edificio, ma l'edificio è molto grande.

Dalla deposizione sopra riportata si evince dunque che i dipendenti dovevano comunicare per iscritto tramite e-mail le proprie assenze al titolare dell'impresa eventualmente mettendo in copia la responsabile della contabilità, *Per_1* .
Da ciò deriva che la mancata produzione delle mail con cui la lavoratrice avrebbe comunicato l'assenza determina la soccombenza della datrice di lavoro.
Peraltro, la deposizione della *Per_1* pare fornire un ulteriore elemento di prova a favore della lavoratrice, posto che ha tendenzialmente escluso la costante assenza di quest'ultima per tre giorni al mese, circostanza di fatto che non avrebbe potuto non notare, considerato che entrambe lavoravano nella stessa stanza.

7.Per quanto sopra, deve concludersi che il licenziamento per mancato superamento della prova è illegittimo in quanto intimato dopo il compimento della prova.
Il vizio riscontrato non può essere equiparato ad un formale vizio di motivazione cui sarebbe riconducibile unicamente la cosiddetta tutela indennitaria debole, ai sensi dell'art. 4, d.lgs. n. 23/2015, come sostenuto da parte convenuta.
Infatti, posto che il periodo di prova è scaduto, il licenziamento intimato per mancato superamento della prova è equiparabile ad un licenziamento *ad nutum.* Si tratta, dunque, di un licenziamento del tutto acausale, sussumibile nella disciplina prevista dall'art. 3 co. 2 d.lgs. 23/2015.
La tutela reintegratoria non è stata richiesta in giudizio né avrebbe potuto essere richiesta, ai sensi dell'art. 9 del medesimo decreto, posto che l'azienda pacificamente non supera il requisito dimensionale di 15 dipendenti.
L'indennità risarcitoria da riconoscere alla lavoratrice per l'accertata illegittimità del licenziamento deve essere dunque limitata a 6 mensilità pari a complessivi euro 11.352,36, sulla base dell'importo della retribuzione mensile indicato in ricorso ai punti 6 e 7 nella misura di euro 1.892,06 e non contestato dalla parte convenuta.
Occorre precisare che l'indennità è quantificata nella misura massima di legge, in ragione della gravità del vizio da cui è affetto il licenziamento, posto che – come poc'anzi rilevato - in presenza del requisito dimensionale, la lavoratrice avrebbe potuto godere di piena tutela reintegratoria(Cass. 12 settembre 2016, n. 17921,Cass. 19.8.2005 n. 17045 e negli stessi termini Cass. 22.3.1994 n. 2728).

Va esclusa la detrazione dell'*aliunde perceptum e percipiendum*, in quanto una simile limitazione dell'indennità (contenuta all'art. 3, co. 2 d.lgs. 23/2015) non è prevista anche per il genere di tutela invocato e riconosciuto alla lavoratrice e non è ammissibile una applicazione estensiva della previsione sopra richiamata.

In ragione della cessazione del rapporto, spetta altresì alla lavoratrice il pagamento dell'indennità sostitutiva del preavviso quantificato in ricorso nella misura di euro 1.261,37, pari a 20 giorni di calendario.

La diversa determinazione dell'indennità sostitutiva del preavviso indicata in memoria sulla base di una riparametrazione corrispondente a 17 giorni lavoro non n è supportata da adeguate allegazioni che chiariscano le ragioni della riduzione del numero dei giorni di preavviso ed il criterio di calcolo adoperato.

8.Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunziando, ogni contraria istanza disattesa, così provvede:

1) accoglie il ricorso e, per l'effetto, accerta e dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato da *Controparte_1* alla ricorrente con lettera del 24 febbraio 2023;

2) dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e dichiara tenuta e condanna la convenuta al pagamento in favore della lavoratrice di un'indennità risarcitoria pari ad euro 11.352,36 oltre interessi e rivalutazione;

3) Condanna altresì la convenuta al versamento in favore della ricorrente dell' indennità sostitutiva del preavviso nella misura di euro 1.261,37 oltre interessi e rivalutazione monetaria;

4) condanna la convenuta al pagamento in favore della ricorrente delle spese di lite che liquida nella misura di euro 3.800,00 oltre spese generali, Iva e Cpa.

Milano, 17 settembre 2024

Il Giudice

Camilla Stefanizzi