

N. R.G. 8098/2020



TRIBUNALE DI MILANO
SEZIONE LAVORO

in persona del giudice Franco Caroleo, ha pronunciato in nome del popolo italiano la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 8098 del Ruolo Generale per l'anno 2020

TRA

~ rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Pironti, Massimo Laratro e Carla Etzi.

ATTRICE

E

- rappresentata e
difesa dall'avv. Gianluca Lecci.

CONVENUTA

CONCLUSIONI:

come in atti.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato e ritualmente notificato, la parte attrice ha evocato in giudizio la parte convenuta in epigrafe chiedendo al Tribunale:

“1) previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di nullità e/o illegittimità e/o inefficacia di qualsivoglia contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e di qualsivoglia sua proroga, ovvero dell'apposizione di termine al contratto/rapporto di lavoro e delle sue relative proroghe, ovvero del contratto a termine con decorrenza e durata dal 2.07.2019 al 31.12.2019 e/o della sua prima proroga fino al 30.06.2020 e/o della sua seconda proroga fino al 30.09.2020 e/o previa, ove occorra, relativa conversione del rapporto di lavoro de quo a tempo indeterminato - accertare e dichiarare la sussistenza tra la sig.ra _____ e la _____ a far data dal 5.06.2019, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in causa, di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, con orario di lavoro full-time di 40 ore settimanali, mansioni di cameriera di ristorante ed inquadramento nel IV livello del ccnl “per i dipendenti da aziende dei settori pubblici esercizi, ristorazione collettiva e commerciale e turismo”, ovvero con quelle diverse condizioni economiche e/o normative e/o di orario di lavoro che dovessero risultare in corso di causa - il tutto con ogni conseguenza di legge e di contratto; ovvero (in subordine):



- previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di illegittimità e/o inefficacia dei suddetti/sopra richiamati contratti di lavoro a termine e/o delle suddette/sopra richiamate proroghe,

nonché della ricorrenza dei requisiti dalla norma di seguito richiamata: accertare e dichiarare la sussistenza tra la ricorrente e la società convenuta, sin dal 5.06.2019, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, di un rapporto di collaborazione organizzata dal committente) ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2, d.lgs. 81/15 e/o accertare e dichiarare che allo stesso rapporto deve per ciò applicarsi, a far data dal 5.06.2019, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, la disciplina del rapporto di lavoro subordinato;

2) (ferme le domande di cui al punto 1) accertare e dichiarare l'inefficacia ai sensi dell'art. 2, primo comma, d.lgs. 23/2015 – in quanto da qualificarsi come intimato in forma orale – del licenziamento intimato dalla

alla ricorrente in e/o a far data dal 2.09.2020, ovvero in e/o da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, e per l'effetto ordinare alla di reintegrare la ricorrente nel posto di lavoro e condannare la stessa convenuta a risarcirle il danno subito e, così, a corrisponderle un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello di effettiva reintegrazione, al tallone retributivo di € 1.781,95 lordi ($1.527,39 \times 14 : 12$), ovvero a quello diverso che dovesse risultare dovuto, con misura di detto risarcimento in ogni caso non inferiore a cinque mensilità della stessa accertata retribuzione di riferimento, con pagamento, su tali importi, dei contributi previdenziali ed assistenziali;

3) (ferme le domande di cui al punto 1) in via subordinata al mancato accoglimento della domanda di cui al punto 2) (e salvo gravame): accertare e dichiarare la illegittimità e/o nullità e/o inefficacia della sospensione e/o interruzione del rapporto di lavoro così come intervenuta a far data dal 2.09.2020, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, e per l'effetto ordinare alla a re-immissione e/o ri-ammissione in

servizio della ricorrente e condannare la stessa società convenuta, in persona del rappresentante legale pro tempore, a corrispondere alla ricorrente le mensilità globali di fatto maturate e dovute dalla data di messa in mora (4.09.2020) a quella di effettiva re-immissione in servizio, ovvero per quel diverso periodo che dovesse risultare in corso di causa, il tutto al tallone retributivo globale mensile di € 1.781,95 lordi ($1.527,39 \times 14 : 12$), ovvero a quello diverso che dovesse risultare in corso di causa; 4) (ferme le domande di cui al punto 1) in via subordinata al mancato accoglimento delle domande di cui ai punti 2) e 3) (e salvo gravame): previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di illegittimità e/o nullità e/o inefficacia dell'interruzione del rapporto di lavoro così come intervenuta a far data dal 2.09.2020, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, ordinare alla la re-

immissione e/o ri-ammissione in servizio della ricorrente e condannare la stessa società convenuta, in persona del rappresentante legale pro-tempore, a corrispondere alla ricorrente, ai sensi dell'art. 28, comma secondo, d.lgs. 81/2015, l'indennità massima pari alle 12 mensilità ivi previste e, così, a corrisponderle la somma di € 21.383,40 lordi ($1.527,39 \times 14 : 12 \times 12$), ovvero quell'altra diversa somma a tale titolo ritenuta di giustizia;



5) in ogni caso (ferme le domande di cui al punto 1): accertare e dichiarare la sussistenza del diritto della ricorrente a vedersi corrispondere dalla convenuta le retribuzioni per i periodi 15.03.2020/30.04.2020 e/o 15.07.2020/31.08.2020, per il complessivo importo di € 3.540,00 lordi, ovvero per quel diverso importo che anche per quei diversi periodi dovesse a tale titolo risultare dovuto, e per l'effetto condannare la

a corrispondere alla ricorrente l'importo di € 3.540,00 lordi, ovvero quel diverso importo che dovesse a tale titolo risultare dovuto;

- il tutto, con rivalutazione monetaria ed interessi dal dovuto al saldo;

- il tutto, con condanna e vittoria di spese legali e competenze”.

La parte convenuta si è costituita in giudizio contestando le domande avversarie e chiedendone il rigetto.

La parte attrice ha depositato in data 28.4.2021 atto con cui:

“i) si rinuncia all'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato per il periodo 5.06.2019/2.07.2019;

ii) si riduce e si limita la relativa domanda, e pertanto si richiede l'accertamento e declaratoria della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato esclusivamente a far data dal 2.07.2019 (e cioè dalla data di decorrenza del presunto, ma inesistente, contratto di lavoro a termine) – sin da ora modificandosi le conclusioni rassegnate al punto 1) del ricorso nel senso di sostituire quale momento di decorrenza dell'accertando rapporto la data del 2.07.2019 alla data del 5.06.2019 (ovvero quella diversa successiva data che dovesse risultare in giudizio), fermo, per il resto, tutto il contenuto di tale domanda sub 1) e ferme tutte le altre domande formulate in ricorso”.

1. Il ricorso, anche alla luce della rinuncia e delle modifiche alle conclusioni attoree, deve essere accolto nei limiti e per le ragioni che si illustrano di seguito.

2. Come è noto, il contratto a termine rappresenta un'eccezione rispetto all'ordinaria forma che dovrebbe assumere il contratto di lavoro subordinato.

2.1. La legge infatti sancisce il carattere eccezionale del rapporto determinato, tanto che il comma 1 d.lgs. n. 81/2015 statuendo che “il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro” si pone in armonia con le previsioni della Direttiva 1999/70/CE, che nelle considerazioni generali n. 6 e 7 dell'accordo quadro dispone: “i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro”.

In tal senso, al contratto di lavoro subordinato può essere apposto un termine. Ma, se il termine è di durata superiore a dodici mesi, è necessario che ricorrano le condizioni fissate all'art. 19, co. 1, d.lgs. n. 81/2015.

Inoltre, con l'eccezione dei rapporti di lavoro di durata non superiore a dodici giorni, l'apposizione del termine al contratto è priva di effetto se non risulta da atto scritto e una copia deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore entro cinque giorni lavorativi dall'inizio della prestazione (art. 19, co. 4,



d.lgs. n. 81/2015).

2.2. Per il contratto a termine di durata superiore a dodici giorni, dunque, si richiede la forma scritta *ad substantiam* (con specificazione del termine di scadenza del contratto), pena la riconduzione alla forma *comune* di rapporto di lavoro quale è il lavoro a tempo *indeterminato*.

Su questa linea, in giurisprudenza è stato chiarito che l'apposizione, al contratto di lavoro, del termine o l'indicazione della circostanza che tale termine implichi, postula a pena di nullità un patto in forma scritta *ad substantiam*, che deve essere anteriore, o quanto meno contestuale, all'inizio del rapporto e non può essere surrogato né da dichiarazioni scritte unilaterali delle parti (come la richiesta di avviamento del datore di lavoro) o di un terzo (quale il provvedimento di avviamento dell'Ufficio di collocamento) né da accordi verbali tra le parti, sicché, in difetto di tale valida apposizione del termine, il contratto si reputa a tempo indeterminato (cfr. Cass. nn. 16473/2009, 15494/2011).

2.3. Ancora, come rilevato in giurisprudenza, ai fini del riconoscimento della legittimità del contratto a tempo determinato, *“il rispetto della forma scritta - prevista ad substantiam, onde insuscettibile di esser provata a mezzo testi - della clausola appositiva del termine presuppone l'avvenuta sottoscrizione del contratto stesso ad opera del lavoratore (cfr. Cass. n. 4418 del 2016), ovviamente in momento antecedente o contestuale all'inizio del rapporto. Non è, quindi, sufficiente la consegna al lavoratore del documento sottoscritto dal solo datore, poiché la consegna - benché seguita dall'espletamento di attività lavorativa - non è suscettibile di esprimere inequivocabilmente un'accettazione (peraltro irrilevante, ove manifestata per fatti concludenti) della durata limitata del rapporto, ma, plausibilmente, la semplice volontà del lavoratore di esser parte di un contratto di lavoro”* (Cass. n. 2774/2018).

3. Venendo al caso in esame, non può dirsi che il contratto a termine in controversia sia rispettoso della richiesta forma scritta.

Ed invero, il documento contrattuale prodotto dalla parte convenuta (all. n. 1 alla memoria) risulta sottoscritto dal solo datore e non vi è prova in atti dell'accettazione scritta da parte della lavoratrice.

4. La riscontrata assenza del requisito della forma scritta comporta la trasformazione del rapporto in contratto a **tempo indeterminato** sin dall'inizio della prestazione lavorativa.

4.1. Infatti, nel vecchio come nel nuovo regime di cui al d.lgs. n. 81/2015, in caso di nullità del termine o della sua proroga, si costituisce un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato in sostituzione di quello a termine, con la conseguenza che una eventuale clausola di limitazione temporale deve ritenersi del tutto assente in quanto voluta e stipulata esclusivamente nell'ambito di un contratto a termine che si è appunto rilevato illegittimo.

4.2. Va quindi affermata la costituzione del contratto a tempo *indeterminato* sin dal 2.7.2019.

4.3. Nulla, invece, deve riconoscersi alla lavoratrice a titolo di risarcimento del danno ex 28, co. 2, d.lgs. n. 81/2015, avendo l'attrice formulato tale pretesa solo *“in via subordinata al mancato accoglimento delle domande di cui ai punti 2) e 3)”* (cfr. punto n. 4 delle conclusioni a pag. 26 del ricorso) e dovendosi accogliere la menzionata domanda al punto 2) per come si dirà nel prosieguo.



5. Accertata la natura (a tempo *indeterminato*) del rapporto di lavoro di causa, resta allora da definire l'inquadramento della lavoratrice e la portata dell'orario di lavoro (se a tempo *parziale* o a tempo *pieno*).

6. Orbene, quanto alle **mansioni** di pertinenza dell'attrice, nel ricorso è stato riportato che la stessa aveva sempre lavorato come *cameriera* per il ristorante gestito dalla parte convenuta.

Detta circostanza non è stata specificamente contestata dalla datrice di lavoro e quindi, in applicazione del disposto di cui all'art. 115 c.p.c., deve ritenersi dimostrata.

Conseguentemente, va riconosciuto l'inquadramento dell'attrice nel livello IV del CCNL per i dipendenti da Aziende dei Settori Pubblici Esercizi, Ristorazione collettiva e commerciale e Turismo, rientrando la qualifica di cameriere tra i profili esemplificativi di tale livello (cfr. all. n. 7 al ricorso).

7. Con riferimento all'**orario di lavoro**, risulta pure non contestato quanto dedotto al capitolo n. 17 del ricorso introduttivo: "*17) Per tutta la durata del rapporto di lavoro (5.06.2019/2.09.2020), la ricorrente ha sempre e continuativamente svolto - per espressa direttiva della convenuta, impartita per il tramite della sig.ra - le suddette mansioni di assegnazione sulla base dell'orario di lavoro come di seguito articolatosi ed eseguitosi (per complessive 26,50 ore settimanali, ovvero per un part-time al 66,25%):*

- dal lunedì al venerdì, dalle ore 10,00 alle ore 14,30 (per il pranzo);

- il venerdì, il sabato o la domenica, a seconda delle esigenze aziendali, dalle ore 18,00 alle 22,00 (per la cena)".

Tanto basta per accertare e dichiarare la sussistenza di un contratto di lavoro a tempo *parziale* al 66,25%.

8. Così qualificato il rapporto di causa, si presenta fondata anche la pretesa creditoria per **differenze retributive**.

8.1. Al riguardo, l'attrice ha denunciato di non aver mai ricevuto le retribuzioni dovute per il periodo 15.3.2020- 30.4.2020 (visto che dall'1.5.2020 al 21.6.2020 è intervenuta l'integrazione al reddito INPS), nonché per il periodo dal 15.7.2020-2.9.2020.

8.2. Vertendosi in tema di inadempimento di una obbligazione contrattuale, spettava alla convenuta dar dimostrazione di eventuali fatti impeditivi, estintivi o modificativi della prestazione oggetto di controversia.

Tuttavia, la parte datrice di lavoro non ha assolto al proprio onere, non fornendo la prova dei pagamenti delle retribuzioni in questione né allegando elementi da cui poter desumere l'estinzione o la modifica del relativo obbligo.

8.3. Spetta quindi alla parte attrice la somma complessiva *lorda* di **euro 3.540,00** (ottenuta moltiplicando le n. 3 mensilità dovute per il tallone di euro 1.180,00 lordi, quale 66,25% di 1.527,39 = 1.011,89 x 14 : 12), oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo, per differenze retributive, secondo i conteggi attorei che il Tribunale ritiene di condividere integralmente, in quanto tengono conto delle buste paga nonché delle previsioni del CCNL.

9. Può infine passarsi ad esaminare la domanda **impugnativa di licenziamento**.

9.1. Ad avviso della difesa attorea, la lavoratrice è stata estromessa con licenziamento *orale*, e quindi



illegittimo, in data 2.9.2020 quando, recatasi sul luogo di lavoro “*al fine di chiedere personalmente alla sig.ra [redacted] quando avrebbe potuto riprendere il servizio ... la sig.ra [redacted] comunicava espressamente e verbalmente alla ricorrente le seguenti parole/espressioni: << attualmente non riesco a pagare due quindi inutile farti venire a lavorare e non pagare (...) adesso mi serve solo una persona per quantità di lavoro che ho (...) io ho scelto dal mio punto di vista come lavorare a pranzo, anche se c'è qualche persona in più, con [redacted] riesco a gestire >> (v. doc. 5)*” (cfr. pag. 6 del ricorso).

9.2. La parte convenuta non ha negato l'esistenza e i contenuti della dedotta conversazione ma ha eccepito:

- a) che nell'incontro del 2.9.2020 era stato solo *ribadito* il licenziamento già intervenuto via whatsapp, come da comunicazioni all. n. 8 alla memoria (anche all. n. 4 al ricorso);
- b) che, comunque, il recesso proveniva da persona che “*non rivestiva la qualifica di titolare dell'impresa, con conseguente mancanza di poteri in tal senso*” (cfr. pag. 14 della memoria).

9.3. La prima eccezione della convenuta è infondata, atteso che dallo scambio di messaggi whatsapp non è dato evincere alcuna volontà espulsiva della datrice di lavoro, risultando soltanto l'assenza di una risposta alla domanda della lavoratrice circa la data della ripresa lavorativa.

Ed invero, la mera mancata risposta in ordine ad una questione di carattere organizzativo non può costituire *ex se* comportamento concludente di un recesso datoriale, difettando di elementi certi da cui ricavare l'univoco intento estromissivo.

9.4. Allo stesso modo, non può condividersi l'obiezione della convenuta *supra b)*, tenuto conto che:

- non è contestato che il titolare dell'impresa avesse affidato alla “sig.ra [redacted] il ruolo, la funzione ed i compiti di responsabile del locale, nonché di coordinamento e direzione del personale operante nel ristorante;
- è la stessa “sig.ra [redacted] ad aver inviato i messaggi whatsapp con i quali la parte convenuta ha assunto si fosse perfezionato il licenziamento (dunque, non potrebbero escludersi i suoi poteri in un caso e non nell'altro);
- neppure risulta che il titolare dell'impresa, una volta venuto a conoscenza del licenziamento così comminato, abbia richiamato la lavoratrice per comunicarle la diversa volontà di mantenimento del rapporto di lavoro; in questo senso, l'assenza di successive condotte manifestanti un intento contrario a quello desumibile dalla conversazione del 2.9.2020 integra un comportamento datoriale (concludente) confermativo dell'espulsione.

9.5. Il licenziamento è dunque avvenuto solo con la comunicazione *orale* del 2.9.2020 e, quindi, è stato intimato senza il rispetto della forma legalmente prescritta.

9.6. Nel caso di specie, deve allora applicarsi la tutela di cui all'**art. 2 d.lgs. n. 23/2015**, ai sensi del quale:

“1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma



dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”.

9.7. L'attrice deve pertanto essere reintegrata nel proprio posto di lavoro e la convenuta va condannata al pagamento di una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo.

9.8. La convenuta deve poi essere condannata al versamento, in favore dell'attrice, dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione.

10. Le spese di lite seguono la soccombenza.

P.Q.M.

- accerta e dichiara la costituzione tra le parti di un contratto di lavoro subordinato a tempo *indeterminato* e a tempo *parziale* al 66,25% sin dal 2.7.2019, con inquadramento della parte attrice nel livello IV del CCNL per i dipendenti da Aziende dei Settori Pubblici Esercizi, Ristorazione collettiva e commerciale e Turismo;

- condanna la parte convenuta al pagamento, in favore della parte attrice, della somma lorda di euro 3.540,00, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;

- dichiara l'inefficacia del licenziamento intimato all'attrice;

- condanna la parte convenuta all'immediata reintegrazione della parte attrice nel posto di lavoro e al pagamento, in favore dell'attrice, di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di



riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative;

- condanna la parte convenuta al versamento, in favore della parte attrice, dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione;

- condanna la parte convenuta al pagamento, in favore della parte attrice, delle spese processuali, che determina in complessivi ed euro 3.500,00 per compensi di avvocato, oltre IVA, CPA e rimborso ex art. 2 d.m. n. 55/2014.

Milano, 22.09.2021

Il giudice
Franco Caroleo

