

N. 3006/2020 REG. GEN.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE DI MILANO – Sez. Lavoro

La dott.ssa Sara Manuela MOGLIA, in funzione di giudice del lavoro, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al numero di ruolo generale sopra riportato, promossa con ricorso depositato in data 3 aprile 2020

da

elettivamente domiciliata presso lo studio dei difensori in Milano, Via Monte Nero 28, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo LARATRO, Domenico VITALE Domenico e Antonio PIRONTI.

ricorrente

contro

lo Studio dei difensori in
dagli avvocati

elettivamente domiciliata presso
rappresentata e difesa

resistente

Oggetto: impugnazione contratto a termine

Conclusioni: come in atti.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato in data 3 aprile 2020, i è rivolta al Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro e, citando la società , ha formulato le seguenti conclusioni:

“Voglia il Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del Lavoro, disattesa e/o rigettata ogni contraria istanza, così giudicare: 1) previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di nullità e/o inefficacia e/o illegittimità del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato sottoscritto in data 13 luglio 20188 con decorrenza

dal 16 luglio 2018 al 30 settembre 2018 e/o delle proroghe al suddetto contratto di lavoro a tempo determinato rispettivamente al 31 dicembre 2018, 30 giugno 2019 e 31 agosto 2019, accertare e dichiarare la sussistenza, a far data dal 13 luglio 2018, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, tra la ricorrente e la di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato; 2) previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di illegittimità e/o nullità e, comunque, inefficacia della interruzione del rapporto di lavoro così come intervenuta a far data dal 31 agosto 2019, ovvero da quella diversa data che dovesse risultare in corso di causa, ordinare alla i la re-immissione e/o riammissione in servizio della ricorrente e condannare la stessa fondazione convenuta, in persona del rappresentante legale pro-tempore, a corrispondere alla ricorrente, ai sensi dell'art. 28, comma II°, D.Lgs. 81/2015, la somma di € 16.567,85 lordi (€ 1.380,65 lordi x 12), ovvero di quell'altra diversa somma a tale titolo ritenuta di giustizia;

previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di illegittimità e/o nullità e/o inefficacia della mancata puntuale indicazione da parte della convenuta, nella comunicazione di assunzione e/o nelle lettere di proroga al 31.12.2018 e/o al 30.06.2019 e/o al 31.08.2019 e/o nella comunicazione di aumento dell'orario di lavoro a 36 ore settimanali del 23.10.2018 (ovvero in quelle diverse comunicazioni che dovessero risultare in corso di causa), dell'orario di lavoro della sig.ra

con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, e/o accertamento e declaratoria dell'intervenuta violazione delle disposizioni di cui all'art. 5 del d.lgs. 81/15, accertare e dichiarare il diritto della sig.ra

al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 10, comma 2, d.lgs. 81/15 (ovvero di quella diversa norma di legge o contratto che dovesse risultare applicabile al caso di specie), e per l'effetto: IV) condannare

in persona del legale rappresentante pro-tempore, a corrispondere alla sig.ra l'importo di € 4.444,63, a titolo di risarcimento del danno subito nel periodo dal 16.07.2018 al 31.08.2019, ovvero quel diverso - anche maggiore - importo che anche per quel diverso periodo dovesse a tale titolo risultare equo e/o di giustizia;

con rivalutazione monetaria ed interessi dal dovuto al saldo;

con condanna e vittoria di spese e competenza;

con sentenza provvisoriamente esecutiva".

Si è costituita eccependo
l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese.

Inutilmente esperito il tentativo di conciliazione, assunta la prova ammessa, all'udienza del 26 aprile 2021, la causa è stata discussa.

Per la società convenuta è intervenuto l'avv.to _____, pur avendo rinunciato al mandato.

All'esito della camera di consiglio, il giudice ha pronunciato la presente sentenza depositando dispositivo e contestuale motivazione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

I documenti versati in atti attestano (doc. 2 fasc. ric.) che tra le parti, a far data dal 16 luglio 2018, è intercorso un rapporto di lavoro subordinato che è proseguito, senza soluzione di continuità, fino al 30 settembre 2019.

Le reciproche obbligazioni hanno rinvenuto la loro regolamentazione in un contratto a tempo determinato, sottoscritto il 13 luglio 2018, valido fino al 30 settembre 2018, in forza del quale l'odierna ricorrente, inquadrata nel livello C1 CCNL Cooperative sociali, aveva assunto l'obbligo di occuparsi del servizio di assistenza alla persona presso l'Istituto _____ per trenta ore settimanali.

Scaduto il contratto, le parti avevano pattuito una prima proroga fino al 31 dicembre 2018 (doc. 3) e poi fino al 30 giugno 2019; quindi, dopo un aumento dell'orario a 36 ore settimanali (doc. 4), ancora fino al 31 agosto 2019, questa volta per sostituzione della signora _____ assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro (doc. 6).

In questa sede, la ricorrente chiede l'accertamento della nullità/inefficacia/illegittimità del contratto originario e delle relative proroghe, lamentando la mancata effettuazione della valutazione dei rischi da parte della società convenuta; inoltre, la violazione degli artt. 19, commi 1 e 4 e art. 21 comma 1 D.lgs 81/2015 in quanto, per effetto dell'ultima proroga il contratto di lavoro aveva avuto durata superiore ai dodici mesi e la causale indicata non era veritiera.

Quanto alla prima censura, la stessa non risulta fondata.

Parte resistente, invero, sub doc. 14 e 15, ha depositato il DUVRI dell'1 _____ e il DVR di Paxme relativo all'is _____, via _____.

Parte ricorrente ne ha contestato la validità temporale. Al riguardo, occorre considerare che il primo dei due documenti, quello recante la data del 2013 risulta sì anteriore all'inizio del rapporto di lavoro della ricorrente, ma da ritenersi in vigore fino ai successivi aggiornamenti che poi la cooperativa ha documentato.

Fondate risultano, invece, le ulteriori censure.

A titolo di premessa, va ricordato che, *ratione temporis*, il contratto a tempo determinato sottoscritto il 13 luglio 2018 e le successive proroghe trovano la loro disciplina nell'art. 21, comma 1, dlgs. 81/2015 (come modificato dal D.L. 87/2018) che dispone: *"Il contratto può essere rinnovato solo a fronte delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1. Il contratto può essere prorogato liberamente nei primi dodici mesi e, successivamente, solo in presenza delle condizioni di cui all'articolo 19, comma 1. In caso di violazione di quanto disposto dal primo e dal secondo periodo, il contratto si trasforma in contratto a tempo indeterminato"*.

Per effetto della proroga disposta il 25 giugno 2019 (doc. 5), il contratto aveva durata superiore ai dodici mesi.

La causale, come detto, è la seguente: *“sostituzione della sig.ra _____ con diritto alla conservazione del posto di lavoro”*

La difesa di parte ricorrente ha censurato l'effettività di tale causale.

A fronte di tale eccezione, la difesa avversaria ha depositato le buste paga della lavoratrice sostituita dalle quali (cfr. doc. 11) risulta che dal 7 maggio 2019 a tutto il 30 settembre 2019 la signora _____ è stata in malattia.

La ricorrente, tuttavia, contesta non già l'effettività in assoluto della malattia, ma che la proroga del suo contratto trovi ragion d'essere nella assenza della collega che, a suo dire, ma ha lavorato presso il suo reparto.

A titolo di premessa, va ricordato che l'onere di dimostrare l'effettività di quanto enunciato nella clausola contrattuale per giustificare l'apposizione del termine è a carico del datore di lavoro in quanto regime derogatorio alla forma comune del rapporto di lavoro (in tal senso, Cass. 21 gennaio 2016, n. 1058; v. anche Cass. 24 novembre 2014, n. 24954, nonché Cass. Sez. 6 - L, n. 8319/2016).

In merito al collegamento causale e funzionale della proroga in sostituzione e dell'assenza della signora _____, sono state disposte anche le prove per testi, che hanno così riferito:

De _____

“Sono stata dipendente della convenuta dal 2014 fino al 31 gennaio 2021, con mansioni di addetta all'amministrazione e gestione del personale.

Non ho cause in corso.

Confermo che la signora _____ fosse prima del maggio 2019 assegnata al reparto 2A dell' _____

L'assegnazione era stabile, salvo esigenze particolari.

Mi viene chiesto se nel prospetto dei turni era disposizione aziendale indicare anche le persone in malattia o in ferie.

Non ero io che predisponeva il prospetto turni, era la coordinatrice.

Non so se vi fosse una disposizione nei termini in cui mi è stata chiesta.

Non ricordo se la malattia della signora _____ fosse stata diagnosticata come una malattia lunga né dopo quanto tempo la stessa sia rientrata al lavoro.

La signora _____ era un ASA.

Non ricordo di preciso in che periodo sia andata in malattia.”

“Sono stata dipendente della convenuta dal 2011 fino al dicembre 2019. Ero OSS, non ho cause in corso.

Nell'ultimo periodo dal 2017 ero assegnata al reparto 2a.

Non conosco il nome della signora _____, anzi conosco una persona con questo nome, ma escludo che abbia mai lavorato, nel mio stesso periodo, nel reparto 2 A, lei lavorava nella Terza palazzina.

Tra gli addetti fissi al reparto 2a ci conoscevamo tutti.

Prendo visione del prospetto turno, lo faceva il capo sala.

Chiarisco che le lettere usate nel prospetto significavano: m mattina, f ferie, p pomeriggio, n notte e s smonto, riposo, r.

Il prospetto veniva fatto mese per mese, quindi se la malattia sorgeva dopo, non veniva riportato il nome del lavoratore malato, se invece, si conosceva già, veniva riportato con la lettera c, come risulta per la signora nel mese di agosto.

Può essere che la signora sia venuta al reparto 2a per sostituire qualcuno, io però non l'ho mai incrociata.

Dal 2017 non ho mai cambiato reparto”

Il legale rappresentante della società ha riferito:

“nei prospetti turno che venivano effettuati circa in torno al giorno 20 del mese precedente, venivano riportati i lavoratori assegnati, mentre se un lavoratore era in malattia con malattia di lungo corso, non veniva riportato, così anche se la malattia finiva nel corso del mese in quanto vi era il dubbio che poi venisse prorogata.

Nulla so in merito alla signora

Il punto sul quale è stata disposta la prova riguardava, proprio, l'assegnazione della signora al reparto 2a presso il quale ha lavorato la ricorrente e presso il quale è stata richiesta la sua prestazione lavorativa anche in occasione dell'ultima proroga.

A fronte delle perplessità della ricorrente, che ha assunto che la collega non era addetta al suo reparto sicchè mai avrebbe potuto sostituirla, i testi hanno offerto contributi, tra loro discordanti.

A nulla poi sono valsi i documenti relativi ai prospetti turno del reparto atteso che, come riferito dai testi, nel caso di malattia di lunga durata, il nome del lavoratore non era riportato e questo può ritenersi valido anche per la signora malata da maggio a settembre 2019.

Si tratta, quindi, di documenti non idonei a dimostrare l'adibizione.

Adibizione che, comunque, non può ricavarsi, in maniera univoca, neppure dal racconto dei testi.

Recuperando la regola di giudizio che impone al datore di lavoro l'onere di dimostrare la veridicità della causale in forza della quale ha disposto la proroga, non può che concludersi nel senso che dell'insussistenza di un nesso causale tra la suddetta assenza e l'assunzione a termine.

Ciò anche a voler ritenere possibile la c.d. sostituzione a catena o a scorrimento.

Come noto infatti *“l'assunzione a termine di un nuovo dipendente deve sempre porsi in rapporto di causalità determinata dalla scopertura dell'organico, colmata attraverso l'assunzione a termine di un lavoratore che può anche essere assegnato a mansioni diverse da quelle svolte dal lavoratore (o dai lavoratori) assente con diritto alla conservazione del posto. Le decisioni di questa Corte che hanno affermato la legittimità delle sostituzioni a catena o per scorrimento si fondano sul presupposto dell'avvenuto accertamento - da parte dei giudici di merito - dell'effettiva attuazione di tale meccanismo e pertanto sulla verifica dell'operatività -con riferimento al caso specifico - del nesso causale tra l'assenza di un lavoratore in organico e l'assunzione di altro lavoratore a termine per sostituirlo (Cass. 1827 del 1995, 3033 del 1990). Il sistema delineato dalla legge 230 del 1962 (così come le assunzioni attuate in base agli accordi collettivi, ai sensi dell'art. 23 della legge n. 56 del 1987, che si collegano ad ipotesi oggettive che consentono di ricorrere al contratto a termine) richiede ai*

fini della legittimità dell'apposizione del termine la verifica di un meccanismo causale con onere probatorio a carico del datore di lavoro" (Cassazione civile sez. lav., 06/08/2004, n.15297).

Nella specie, la signora _____ era assente da ben prima rispetto all'assunzione della ricorrente e la società non ha dimostrato il meccanismo adottato in forza del quale solo al 25 giugno 2019 si è reso necessario sostituire la signora _____ già in malattia; a ciò si aggiunga poi che la lavoratrice malata è stata assente per ben oltre il termine del contratto con la ricorrente, ma ciò non ha comportato più alcuna proroga successiva al 31 agosto 2019.

Sulla base di tali considerazioni, va quindi affermato il mancato raggiungimento dell'onere della prova in merito alla sussistenza dell'esigenza sostitutiva specificatamente indicata.

Da tali considerazioni discende l'illegittimità della proroga disposta il 25 giugno 2019 con conseguente accertamento della sussistenza, sin da tale data, di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Va, pertanto, ordinato a _____ sociale la riammissione della ricorrente nel posto di lavoro con conseguente condanna, ai sensi dell'art. 28 d.lgs. 81/2015, al pagamento in favore della ricorrente di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva pari a 3 mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (al valore di € 1.380,65 lordi), tenuto conto della durata del rapporto, delle dimensioni della società resistente e le condizioni delle parti.

Parte ricorrente ha avanzato ulteriore domanda.

La stessa ha denunciato la mancata puntuale indicazione dell'orario part time e ha lamentato il relativo danno di cui chiede il ristoro.

La lettera di assunzione si limita a riportare un orario di trenta ore (poi divenute 36) suddivise in sei giorni senza alcuna collocazione nell'arco della giornata.

Nell'ambito del lavoro a tempo parziale, non può essere riconosciuto al datore di lavoro un potere di variazione unilaterale della collocazione temporale della prestazione lavorativa ridotta, pena l'impossibilità, per il lavoratore, di programmare sia altre attività con le quali integrare il reddito lavorativo, sia il tempo da dedicare ai propri doveri di assistenza familiare (cfr. Corte cost. n. 210/1992).

Secondo l'art. 5 commi 2 e 3 d.lgs. 81/2015, applicabile *ratione temporis* alla fattispecie oggetto di causa, "2. *Nel contratto di lavoro a tempo parziale e' contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno.*

3. *Quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione di cui al comma 2 può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite*".

Il comma 3 della citata disposizione pare legittimare l'indicazione, nel contratto di lavoro dei turnisti, della sola indicazione delle fasce orarie. Il riferimento, contenuto nella norma, a un "rinvio a turni programmati" impone tuttavia, in un'ottica di interpretazione costituzionalmente orientata, che la mera indicazione, nel contratto di lavoro, di fasce orarie di disponibilità, sia compensata dalla predeterminazione

datoriale, già *all'atto dell'assunzione del lavoratore*, di uno specifico programma di turni, le cui periodiche variazioni debbono essere comunicate con congruo anticipo. In difetto, la mera indicazione di fasce orarie, non accompagnata da un prestabilito e *ab origine* determinato programma di turni, porrebbe il lavoratore alla mercè del potere datoriale di unilaterale determinazione della collocazione oraria della prestazione lavorativa, in contrasto con le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale nella citata pronuncia n. 210/1992, circa la necessità di garantire una programmazione dei tempi di vita e di lavoro del part timer, quale contrappeso rispetto al ridotto introito economico derivante dal rapporto di lavoro a tempo parziale.

Tanto premesso, si osserva che, nel caso di specie, nulla è stato previsto.

L'assenza di una preventiva predisposizione di uno specifico programma di turnazione, ha per effetto la necessità, per la lavoratrice, di mantenersi a disposizione del datore di lavoro per l'intero arco della giornata.

Deve pertanto dichiararsi l'illegittimità della previsione, nel contratto di assunzione della ricorrente, della collocazione temporale della prestazione nella misura in cui la stessa non è stata accompagnata dal rinvio a turni di lavoro programmati già alla data dell'assunzione.

La società poi va condannata, ex art. 10 comma 2 d.lgs. 81 del 2015, al risarcimento del danno per mancata corretta fissazione della collocazione oraria della prestazione lavorativa.

Appare congruo il parametro risarcitorio consistente nel 10% della retribuzione effettivamente percepita, di talchè, la resistente va condannata a corrispondere alla ricorrente la somma di € 1645,62.

Somma alla quale si perviene moltiplicando la retribuzione percepita durante l'intero rapporto lavorativo (prima € 1062,04 e poi € 1274,45) per la percentuale sopra indicata (10%), quindi dividendo il tutto per 100 e moltiplicando il risultato per il singolo periodo lavorato (3,5 mesi per il primo periodo, 10 mesi per il secondo periodo).

Il riconoscimento del risarcimento risulta per legge e per il solo fatto di aver subito l'assenza di una predeterminazione dell'orario e il conseguente disagio, senza necessità, come pretendeva parte resistente, di alcuna prova del pregiudizio subito.

Le spese di lite seguono la soccombenza e pertanto -
va condannata a rifondere le stesse nella misura liquidata in
dispositivo.

P.Q.M.

Il tribunale di Milano, definitivamente pronunciando, così decide:

-accerta che il rapporto di lavoro tra le parti si è trasformato a tempo indeterminato dal 25 giugno 2019; per gli effetti:

-ordina a di riammettere la
ricorrente nel posto di lavoro e condanna la convenuta al pagamento della indennità
nella misura di tre mensilità della retribuzione utile per il calcolo del TFR al valore
mensile lordo di € 1.380,65

-Accerta e dichiara l'illegittimità della previsione, nel contratto di assunzione della ricorrente, della collocazione temporale della prestazione su fasce orarie, nella misura in cui la stessa non è stata accompagnata dal rinvio a turni di lavoro programmati già alla data dell'assunzione;

-Condanna la resistente al risarcimento del danno per mancata corretta fissazione della collocazione oraria della prestazione lavorativa, nel periodo dal luglio 2018-

agosto 2019,in favore della ricorrente, risarcimento liquidato in misura pari a € 1645,62.

- condanna la parte convenuta a rimborsare alla parte ricorrente le spese di lite, che si liquidano complessivamente in € 3.500,00 oltre accessori;

Milano 26 aprile 2021

Il giudice
Dott.ssa Sara Manuela MOGLIA