

Sentenza n.

643/13

CRONOLOGICA n. 2520/13

Registro generale n. 399/13 Appello Lavoro



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott. Laura CURCIO

PRESIDENTE

Dott. Anna Maria PIZZI

CONSIGLIERE

Dott. Angela CINCOTTI

CONSIGLIERE REL.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Sul reclamo ex art. 1, comma 58 legge n. 92/2012 iscritto al numero di ruolo sopra riportato avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 637/13, estensore giudice N. Greco discussa all'udienza collegiale del 14 maggio 2013 e proposto con atto depositato il 15/3/2013

DA

COLOSIO LINDA, rappresentata e difesa dall'Avv. Mirko Rizzoglio, el. dom. ata in Milano, via N. Bixio n. 14

RECLAMANTE

Contro

FONDAZIONE " FRANCESCO RAIMONDI", rappresentata e difesa dall'Avv. Roberto Testa, el. dom.ato in Milano, Piazzale Cadorna n. 4

RECLAMATA

E contro

H.C.M. COOPERATIVA SOCIALE

RECLAMATA CONTUMACE

Cincotti

Conclusioni PER LA RECLANANTE

Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello adita, ogni contraria domanda e istanza respinta, così giudicare:

- riformare e/o annullare la sentenza del Giudice Unico del Lavoro del Tribunale di Milano dott. Nicola Greco n. 637/12 del 15.02.2013, non notificata.
- in accoglimento del proposto reclamo:

Nel merito:

- previo accertamento e dichiarazione di ammissibilità del ricorso ex art. 1, c. 47, l. n. 92/2012, in ordine a tutte le domande ivi formulate, o in via subordinata, quanto meno in ordine alle domande formulate dalla lavoratrice nei confronti di HCM cooperativa sociale;

in via principale:

- 1) accertata la nullità dell'appalto in oggetto e l'illegittima interposizione nell'appalto medesimo, previa, in applicazione dell'art. 29, d.lgs. n. 276/03, accertare il diritto della ricorrente alla **costituzione** del rapporto di lavoro alle dipendenze della Fondazione "Francesco Raimondi" a decorrere dal 02/07/2007 o, in subordine, dal 30/09/2011 (data del provvedimento di licenziamento da parte di HCM soc. coop.) con applicazione del CCNL Istituti socio-sanitari-assistenziali-educativi, inquadramento della lavoratrice nel livello C1 e mansioni

di "Ausiliaria socio assistenziale (ASA)", **dichiarare** comunque nullo, inefficace e/o illegittimo e/o annullare il provvedimento di licenziamento ed eventualmente l'esclusione di socio comminato da "HCM" soc. coop.

2) in conseguenza condannare la Fondazione "Raimondi Francesco" a "reintegrare" e/o riammettere in servizio la ricorrente nel posto di lavoro precedentemente occupato ed a corrispondere alla medesima, anche a titolo di risarcimento, le retribuzioni dovute a decorrere dal 30/09/2011 e fino al momento dell'effettiva ripresa del lavoro, e comunque nella misura non inferiore alle 5 mensilità, ivi compresi i versamenti contributivi e previdenziali, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

in via subordinata:

1) accertare la simulazione del rapporto associativo e in ogni caso la nullità e/o illegittimità del licenziamento e del provvedimento di esclusione di socio – ove necessario -, dichiararli nulli, invalidi, inefficaci, inesistenti e annullarli condannando la cooperativa convenuta a reintegrare e/o a riammettere in servizio immediatamente la sig.ra Colosio Linda, adibendola alle stesse mansioni espletate al momento della cessazione del rapporto;

2) conseguentemente condannare La H.C.M. soc. coop. a corrispondere alla sig.ra Linda Colosio, anche a titolo di risarcimento, la retribuzione dovuta dal momento del suo licenziamento e sino alla effettiva ripresa del lavoro e/o secondariamente fino al reperimento di una nuova occupazione, o in ultima ipotesi nella misura di quindici mensilità della retribuzione, compresa, in ogni caso, la regolarizzazione sotto il profilo previdenziale ed assistenziale;

3) condannare, in ogni caso, La H.C.M. soc. coop. a corrispondere alla sig.ra Linda Colosio il risarcimento di tutti i danni subiti in ragione del provvedimento assunto da quantificarsi nella misura minima del 50% della retribuzione mensile dalla data del licenziamento e sino alla reintegra.

In via ulteriormente subordinata:

1) qualora il Giudice adito dovesse dichiarare risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento, ai sensi dell'art. 18, comma 5° e 7°, l. 300/1970, come riformato dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, condannare, comunque, la Fondazione "Raimondi Francesco", in persona del legale rappresentante pro tempore e la H.C.M. società cooperativa, in persona del legale rappresentante pro tempore, in solido tra loro e/o alternativamente, al pagamento

in favore della ricorrente di un'indennità risarcitoria determinata in ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto e, in ogni caso, non inferiore a dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, o nella diversa misura maggiore o minore, ritenuta di giustizia;

2) Il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria dal dovuto al saldo;

In ogni caso:

1) con condanna delle convenute al pagamento in favore della ricorrente delle spese, diritti ed onorari del presente giudizio.

In via istruttoria:

- Si chiede ammettersi la prova per interpellato e testi su tutti i capi di cui alle premesse in fatto, da intendersi qui integralmente trascritte e precedute dalle parole "vero è che". Si indicano a testi, da sentirsi anche a eventuale prova contraria, i Sig.ri:

- 1) Imperio Teresa;
- 2) Arenare Giovanna;
- 3) Caldiroli Sara;
- 4) Bucci Elisabeth;
- 5) Peschiera Mariagrazia;
- 6) Baratto Annunziata.

- si chiede, altresì, ordinare alle società convenute l'esibizione in giudizio del contratto di appalto stipulato tra "Utilità sociale" cooperativa sociale, H.C.M. cooperativa sociale e la Fondazione "Raimondi Francesco" relativo al periodo in questione, dal 2.07.2007 (data di assunzione della ricorrente) al 30.09.2011 (data del provvedimento di licenziamento e di esclusione di socio);

- occorrendo, si chiede altresì al Giudice di ordinarsi alla cooperativa convenuta l'esibizione e/o produzione in giudizio di tutti i bilanci della cooperativa sociale HCM nonché copia della dichiarazione dei redditi della Cooperativa convenuta e del presidente, vice presidente, consiglieri del consiglio di amministrazione e procuratore della medesima cooperativa;

- si chiede altresì al Giudice di ordinarsi alla convenuta l'esibizione e/o produzione in giudizio dei verbali di approvazione relativi alla distribuzione degli utili e dei bilanci annuali;

- si chiede altresì al Giudice di ordinarsi alla convenuta l'esibizione di tutti i cartellini marca tempo e dei registri presenze giornaliere della ricorrente;

- si chiede, infine, ammettersi, in caso di contestazione degli allegati conteggi, CTU contabile, al fine di verificare l'esatto importo delle somme dovute alla ricorrente.

Valore della causa: indeterminabile in materia di lavoro: ai sensi del d.l. 6 luglio 2011 n. 98, convertito in legge n. 111 del 15 luglio 2011, non sconta il contributo unificato pari ad euro 225,00, in quanto la ricorrente dichiara di essere soggetto titolare di reddito Irpef inferiore ad euro 31.884,48 (doc. 18 fascicolo di parte relativo alla prima fase del giudizio).

Si producono i seguenti documenti in copia:

- 1) copia autentica sentenza n. 637/13 del Tribunale di Milano - Giudice Unico del Lavoro dott. Nicola Greco, emessa il 15.02.2013, non notificata;
- 2) sentenza della Corte Costituzionale n. 387/1999;
- 3) sentenza del Consiglio di Stato a. plen. N. 2/2009;
- 4) "L'impugnativa del licenziamento secondo il c.d. "rito Fornero": questioni interpretative", di Domenico Dalfino, in Foro Italiano – 2013, V, pp. 6 e ss.;
- 5) "Procedimento specifico per i licenziamenti nella recente riforma del mercato del lavoro (l. n. 92 del 2012): note minime, di Michele De Luca, in Foro Italiano – 2012, V, pp. 346 e ss.;
- 6) fascicolo relativo alla fase di opposizione del "Rito Fornero";
- 7) ordinanza resa dal Tribunale di Milano, Giudice del lavoro, Dott. Nicola Greco, il 13 novembre 2012, depositata in Cancelleria il 15 novembre 2012 . RG: 11539/2012.
- 8) fascicolo di parte della prima fase con documenti ivi prodotti.

Milano,

~~avv. Mireo Rizzoglio.~~

PRECISAZIONE CONCLUSIONI

Per la

FONDAZIONE FRANCESCO RAIMONDI

Piaccia al Tribunale Ill.mo, *contrariis reiectis* e previe le
declaratorie del caso in rito e in merito

IN VIA PRELIMINARE

Confermare integralmente la sentenza n. 637/2013 e, in
ogni caso:

a) accertare e dichiarare l' inammissibilità del rito previsto
dalla L. 92/2012 nei confronti delle domande proposte nei
confronti della Fondazione Francesco Raimondi.

In via subordinata:

b) accertare e dichiarare la decadenza della signora
Colosio dall'impugnativa del licenziamento nei confronti della
Fondazione ex art. 6 L. 604/66;

c) in via subordinata alla domanda b) accertare e
dichiarare l'inefficacia dell'impugnazione del licenziamento ex art.
32 L. 183/2010

d) accertare e dichiarare l'incompetenza territoriale del
Giudice adito in relazione alla domanda principale essendo
competente il Tribunale di Busto Arsizio – sezione Lavoro, con
ogni conseguenza di legge;

e) accertare e dichiarare la carenza di legittimazione
passiva della Fondazione Francesco Raimondi in merito alle
domande svolte in via subordinata dalla signora Colosio;

f) accertare e dichiarare la nullità della domanda n. 1 formulata nel reclamo “*in via ulteriormente subordinata*”.

NEL MERITO

rigettare integralmente le domande *ex adverso* azionate, siccome destituite di qualsivoglia fondamento, con ogni conseguente pronuncia.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari del giudizio.

IN VIA ISTRUTTORIA

Senza inversione alcuna dell'onere della prova, si chiede ammissione di prova testimoniale sulle circostanze e sui fatti dedotti nella parte IN FATTO della presente memoria, da intendersi qui interamente riscritti, in forma interrogativa, premesse le parole “*Vero che*” e specificamente articolati in capitoli con identica numerazione.

Si indicano a testi, anche a prova contraria, con riserva di altri indicarne (cfr. Cass. SS.UU n. 262/1997; Cass. Sez. lav. n. 14465/2000; Cass. Sez. lav. 27.4.2004, n. 8054 e Cass. 21.08.2004 n. 16529) i signori:

Alessandro Luoni; Dott. Felice Colombo; Augusta Mazzon; Botter Cinzia; Mazzetto Maria Grazia; Chionna Lucia; Mauro Pepe

Ulteriore istanza istruttoria: si chiede ordinarsi alla reclamante l'esibizione, anche in copia, di scheda professionale e della documentazione relativa alla dichiarazione dei redditi a decorrere dalla risoluzione del rapporto.

RILEVATO IN FATTO

Linda Colosio adiva il Tribunale di Milano ai sensi dell'art. 1 commi 58 e ss L. 92/2012 esponendo che:

aveva sempre lavorato presso la sede della struttura RSA "Fondazione Francesco Raimondi", dapprima con contratto di lavoro subordinato stipulato dalla cooperativa "Utilità Sociale" (dal 2 luglio 2007) e successivamente, dal 20 gennaio 2009, quale dipendente della HCM Cooperativa sociale, con mansioni di ausiliario socio assistenziale (ASA) e qualifica di impiegata di livello C1 per i lavoratori delle cooperative del settore socio sanitario assistenziale educativo e di inserimento lavorativo;

contestualmente all'assunzione le era stata imposta la qualifica di "socio-lavoratore", tuttavia non aveva mai avuto in concreto la possibilità di esercitare i poteri attribuiti ai soci lavoratori dall'articolo 1, comma 2, della legge n. 142/2001;

il **27 settembre 2011** la cooperativa HCM le aveva comunicato la risoluzione del contratto di appalto presso la fondazione Raimondi con decorrenza dal 30 settembre 2011 e quindi la risoluzione del suo rapporto di lavoro ai sensi dell'articolo 3 della legge 604/66 per giustificato motivo oggettivo;

solo il 4 novembre 2011 le era stata comunicata, verbalmente, la sua esclusione da socia;

nella stessa data aveva impugnato il licenziamento e l'esclusione da socia; la Fondazione Raimondi aveva sostituito la ricorrente e gli altri dipendenti della cooperativa, anch'essi addetti alla medesima fondazione di Gorla Minore e licenziati contestualmente, stipulando contratti di somministrazione a tempo determinato con alcune agenzie di lavoro interinale (alcune colleghe avevano continuato a lavorare con un contratto di somministrazione o, sempre attraverso la cooperativa, presso un'altra struttura ospedaliera);

La ricorrente aveva reso la propria prestazione in maniera identica e fungibile con i dipendenti della Fondazione Raimondi, con analoghi orari, analoghe mansioni sulla base di identiche indicazioni operative; da marzo 2009 tutti dipendenti della cooperativa erano stati assegnati al reparto di riabilitazione, sito al piano terra della struttura di Gorla Minore; le direttive erano state impartite dalla signora Mazzon Augusta fino a metà settembre 2010 e dalla signora Barbu Maria successivamente, entrambe dipendenti della cooperativa HCM.

Colosio

In diritto la ricorrente eccepiva che era stato violato l'articolo 26 del D.Lgs. 81/2008 per mancata elaborazione del Documento di Valutazione dei Rischi da Interferenze e per la mancata indicazione dei costi.

Deduceva la nullità del contratto di appalto ai sensi del citato art. 26; sosteneva la simulazione del rapporto associativo con la cooperativa e l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato puro e semplice, nonché l'illegittimità o la nullità del licenziamento per inesistenza del giustificato motivo oggettivo e in ogni caso per violazione dell'obbligo di repectage.

Conveniva pertanto in giudizio la Fondazione e la cooperativa HCM affinché venisse accertata la nullità dell'appalto e l'illegittima interposizione nell'appalto medesimo, previo, in applicazione dell'articolo 29 del decreto legislativo 276 del 2003, l'accertamento del diritto alla costituzione del rapporto di lavoro alle dipendenze della Fondazione Raimondi a decorrere dal 2 luglio 2007 o in subordine del 30 settembre 2011, nonché l'inefficacia del subito licenziamento, con la conseguente condanna della Fondazione a tutte le conseguenze di cui all'art. 18 St.Lav.;

in via subordinata chiedeva che venisse accertata la simulazione del rapporto associativo e quindi l'illegittimità del licenziamento del provvedimento di esclusione di socio con conseguente ordine alla cooperativa di reintegrarla in servizio o di riammetterla in servizio e condanna della stessa alla corresponsione della retribuzione dovuta dal licenziamento alla ripresa del lavoro, oltre che al risarcimento del danno ulteriore nella misura minima del 50% della retribuzione dovuta;

in via ulteriormente subordinata chiedeva, ai sensi dell'articolo 18, comma quinto e settimo legge 300/70, come riformato dalla legge n. 92/12 la condanna della Fondazione Raimondi e della Cooperativa al pagamento dell'indennità risarcitoria determinata in 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Nel contraddittorio delle parti il giudice adito con ordinanza riservata in data 15 novembre 2012 dichiarava inammissibile il ricorso per incompatibilità dell'oggetto del giudizio con il rito di cui alla legge 92/12 nonché l'inammissibilità delle domande svolte in via subordinata, non essendo possibile procedere al loro esame se non dopo aver escluso nel merito la fondatezza della domanda principale.



La lavoratrice proponeva opposizione lamentando l'erroneità della decisione e chiedendo l'accoglimento delle originarie conclusioni.

Ritualmente costituitesi le parti opposte che resistevano alle domande, con sentenza n. 637/13 il Tribunale di Milano respingeva il ricorso in opposizione.

La Colosio ha proposto reclamo ex art. 1, comma 58 della legge 92/2012 lamentando:

1) la violazione dell'articolo 51 n. 4 c.p.c. in quanto l'opposizione proposta ex comma 51 dell'articolo 1 L. 92/12 era stata affidata, sulla base dei criteri di assegnazione delle cause stabilite dalla sezione del tribunale del lavoro di Milano, allo stesso giudice che si era occupato della fase precedente: ha richiamato la sentenza della Corte Costituzionale n. 387/99;

2) l'erroneità della pronuncia di inammissibilità del ricorso per inapplicabilità della disciplina processuale di cui alla citata legge n.92/12;

3) in via subordinata l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha affermato che non risulterebbe possibile nella fase di cui al comma 49 dell'articolo 1 L. 92/12 convertire il rito nelle forme di cui agli articoli 413 e ss;

4) l'erroneità della pronuncia di inammissibilità delle domande articolate in via subordinata, sostenendo che se il ricorso fosse stato introdotto con le forme dell'articolo 414 c.p.c. il Tribunale avrebbe mutato il rito, sicuramente per giudicare la domanda proposta in via subordinata di reintegrazione ex articolo 18 L.300/1970; secondo la reclamante l'effetto della dichiarazione di inammissibilità della domanda principale e quindi della sua esclusione dal processo avrebbe comunque dovuto determinare la circoscrizione del giudizio ad altre domande, in precedenza subordinate, con la normale prosecuzione delle stesse secondo il nuovo rito accelerato previsto dall'ordinamento.

Ha quindi concluso per l'accoglimento delle originarie domande.

La Fondazione "Francesco Raimondi ha resistito mentre la Cooperativa H.C.M. è rimasta contumace.

CONSIDERATO IN DIRITTO

Il primo motivo di reclamo, pur meritevole di attenzione, si deve ritenere inammissibile.

Condivisibilmente infatti il reclamante fa riferimento ai principi espressi dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza 15 ottobre 1999 n. 387 che riconduce la fattispecie dell'incompatibilità tra le funzioni del giudice che pronuncia decreto di repressione della condotta antisindacale ex art.28 St.Lav. e quelle del giudice dell'opposizione a tale decreto.

Peraltro lo stesso reclamante non formula poi alcuna precisa censura, non solleva neppure la questione della eventuale nullità della sentenza ai sensi degli artt.158 e 161 c.p.c., pur trattata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità, sulla scorta dei principi affermati dalla Corte Costituzionale.

Tale rilievo basterebbe di per sé per ritenere l'inammissibilità del motivo di censura.

E' peraltro assorbente il rilievo che, come da consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione "il motivo di astensione di cui all'art. 51 c.p.c., comma 1, n. 4 che la parte non abbia fatto valere in via di ricusazione del giudice ai sensi dell'art. 52 c.p.c. non può essere invocato in seguito in sede di gravame", non trovando deroga neppure qualora venga dedotta la tardiva conoscenza della composizione dell'organo giudicante (v. da ultimo Cassaz. n. 26976/11 che richiama Cass. N. 9905/03 e Cassaz. N. 12848/05).

Il secondo motivo di doglianza è fondato.

L'art. 1, comma 47 della L. 92/2012 stabilisce che "le disposizioni dei commi da 48 a 68 si applicano alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro".

Secondo il primo giudice la pretesa azionata in via preliminare e principale della parte ricorrente non può essere intesa in termini di "questione relativa qualificazione del rapporto di lavoro" *attenendo, piuttosto, alla imputazione della collaborazione lavorativa dedotta in giudizio a soggetto diverso da quello che risulta essere il formale datore di lavoro, imputazione che sulla base della stessa causa petendi individuata in ricorso (art. 29 D. Lgs. n. 276/2003), è frutto di una azione di tipo*



costitutivo, con evidenza esorbitante da mere problematiche relative alla qualificazione del rapporto. Neppure sarebbe possibile ritenere che l'azione costitutiva in commento possa essere proposta con ricorso ex art. 1, commi 48 e ss. L. 92/2012 muovendo da quanto previsto dal primo e dal terzo periodo di tale comma. Ciò in quanto la domanda avente ad oggetto l'illegittimità del licenziamento e quella relativa all'imputazione del rapporto risultano del tutto eterogenei tra di loro e sono non fondate su identici fatti costitutivi, potendo ritenersi, al più, che la titolarità effettiva della collaborazione lavorativa in capo ad un soggetto diverso dal datore di lavoro sia un possibile profilo di illegittimità (meglio, di inefficacia) dell'atto di recesso impugnato con il ricorso (così nell'ordinanza opposta in primo grado riportata nella parte motiva della reclamata sentenza).

Il primo giudice ha altresì affermato che non è possibile ritenere che l'azione costitutiva.. possa essere fatta rientrare nel concetto di qualificazione del rapporto di lavoro muovendo dall'art. 32, comma 4, lett. d) L. n. 183/2010, il quale, pur avendo ad oggetto problematiche del tutto estranee alla individuazione dell'area di applicazione ed all'esatta interpretazione dell'art. 1, comma 47, L. n. 92/2012, semmai, depone in senso opposto alla tesi sostenuta dalla difesa della Sig.ra Linda Colosio, dal momento che trattasi di norma che, nell'estendere la disciplina di cui all'art. 6 L. n. 604/1966 a tutta una serie di ipotesi sino quel momento pacificamente estranee all'onere di impugnazione di cui allo stesso art. 6 per non configurabilità di un atto qualificabile in termini di licenziamento, presuppone la eterogeneità delle fattispecie e conferma l'attualità della permanenza di tale eterogeneità strutturale nell'ambito dell'ordinamento.

Se si può convenire su quest'ultima considerazione, in base alla quale, in altri termini, l'estensione dell'onere di impugnazione ex art. 6 legge 604/1966 a tutta una serie di ipotesi non comprese nell'originaria formulazione dello stesso art. 6, prima delle modifiche apportate dalla legge 183/2010, non trasforma per ciò stesso le varie ipotesi *de quibus* in ipotesi di licenziamento (l'esempio più eclatante è quello dei contratti a termine, dalla cui nullità deriva solo l'applicazione della disciplina della nullità di diritto comune), nondimeno va osservato che, come ricorda lo stesso primo giudice, è stata dedotta in ricorso *l'inefficacia* del licenziamento per essere stato intimato da un soggetto privo della necessaria legittimazione (vale a dire da HCM e non dalla Fondazione).

Nella specie l'applicabilità dell'art. 18 L. 300/1970 e, di conseguenza, la scelta del rito, sono invocati sulla base del duplice presupposto, da un lato della dedotta nullità e fittizietà dell'appalto conferito dalla Fondazione alla Cooperativa, e dunque dalla sussistenza fin dall'origine di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con la committente, dall'altro della configurabilità di un licenziamento inefficace in quanto intimato dal soggetto non titolare del rapporto di lavoro, nell'ambito di una dimensione aziendale (quella della Fondazione) pacificamente assoggettata a tutela reale e pertanto, dovendosi prescindere dalla fondatezza o meno della domanda, non può affermarsi che ci si trovi in un ambito estraneo all'applicazione dell'art. 18.

Quanto alla preliminare questione della ritenuta non sussumibilità dell'accertamento dell'imputazione de rapporto di lavoro in capo alla Fondazione nelle *"questioni relative alla qualificazione del rapporto"* ai sensi del comma 47 art 1 L 92/2012, questo collegio non ritiene che la locuzione legale vada intesa come limitata ai soli casi in cui si tratta di qualificare come subordinato un rapporto avente veste formale diversa, rilevandosi che la domanda del lavoratore è sostanzialmente diretta a fare accertare la sussistenza del rapporto di lavoro subordinato con il committente, sicché il fatto che si tratti di pronuncia costitutiva o che la qualificazione del rapporto investa principalmente l'aspetto soggettivo (cioè l'imputazione del rapporto) non appare ostativa all'applicazione del rito accelerato dettato dalla legge n. 92/2012.

Il comma 3bis dell'art. 29 del D. Lgs. 276/2003, introdotto dal D. Lgs. N. 251/2004 pone infatti sul medesimo piano processuale il lavoratore impiegato in un appalto non genuino e quello impiegato nell'ambito di una somministrazione irregolare, poiché nel caso in cui il concreto atteggiarsi del rapporto tra appaltante e appaltatore non rientri nello schema lavoristico del contratto di appalto come delineato dal comma 1 dell'art. 29 ci si trova in presenza di un rapporto che simula tale istituto per celare una somministrazione di lavoro non autorizzata, ossia di una situazione nella quale la scissione tra utilizzatore e titolare del rapporto di lavoro che caratterizza le fattispecie tipizzate di deroga al rapporto di lavoro c.d. tradizionale, si configura come interposizione illecita.

Si tratterebbe pertanto (in astratto, per ciò che si dirà) di accertare, secondo la descrizione dell'appalto di cui al citato art. 29 se esista il potere direttivo e l'assunzione del rischio di impresa da parte



dell'appaltatore, identificati dalla norma come indici di un appalto genuino, ossia di svolgere una indagine non così dissimile (se non addirittura più snella) da quella richiesta per la qualificazione del rapporto in termini di subordinazione, così da doversi concludere per l'applicabilità del rito ex lege n. 92/2012 prescelto dalla reclamante.

Tale opzione interpretativa appare del resto maggiormente rispondente alla *ratio* della riforma, dettata per contrarre i tempi del processo nei casi di licenziamento illegittimo sanzionato con la tutela ripristinatoria e risarcitoria ex art. 18 legge 300/1970 e costituita, all'evidenza, dall'esigenza di non far gravare sulle parti tempi lunghi del processo tenuto conto dello specifico rimedio applicabile.

Il terzo ed il quarto motivo di reclamo sono assorbiti, con la conseguenza che occorre esaminare il merito delle domande.

Quanto alla domanda principale svolta nei confronti della committente Fondazione, si deve ritenere fondata l'eccezione di decadenza formulata ai sensi dell'art. 6 L. 604/66, essendo pacifico che nessuna impugnazione del licenziamento è stata formulata nei confronti dell'asserita reale datrice di lavoro che ha avuto conoscenza dell'impugnativa, rivolta esclusivamente nei confronti della Cooperativa, solo con la notifica del ricorso ex art. 1 comma 48 L. 92/2012 avvenuta il 2 ottobre 2012.

Si è infatti già richiamato l'art. 32, 4° comma lettera d) della L. 183/2012, a mente del quale l'impugnativa ex art. 6 è richiesta "in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto".

Pur applicando il disposto di cui all'art. 2 comma 54 del DL "milleproroghe" n. 25/2010 conv. in L. 10/11, è però pacifico che neppure dopo il 31 dicembre 2011 (rispetto ad un licenziamento adottato il 27 settembre 2011), è intervenuta l'impugnazione nel termine di sessanta giorni.

Il rilievo che precede è assorbente e tuttavia è appena il caso di osservare che la reclamante, che nel ricorso introduttivo del giudizio dava atto di aver ricevuto le direttive di lavoro da altre dipendenti della stessa cooperativa appaltatrice (cap. 41) e che non aveva messo in



discussione l'assunzione del rischio di impresa da parte di quest'ultima, ha fondato la propria domanda di imputazione del rapporto alla Fondazione sull'unica asserzione della pretesa mancanza della elaborazione del Documento di valutazione dei rischi da interferenze (DUVRI) e dalla asserita mancanza, nel contratto di appalto, dell'indicazione dei costi, di cui all'art. 26, commi 3 ter e 5 del D. Lgs 81/2008 (la seconda prescrizione è prevista a pena di nullità del contratto di appalto ai sensi dell'art. 1418 c.c.).

Si tratta di tesi che non può essere condivisa non solo perché smentita dalla documentazione prodotta dalla Fondazione sub 1 ("appendice integrativa- Costi dell'appalto ex art. 26 comma 5 D. Lgs. n. 81/2008") e sub 2 (Documento Unico Valutazione dei Rischi Interferenziali), della quale la Colosio ha sostenuto l'inadeguatezza nella fase di opposizione, ma perché l'eventuale nullità del contratto di appalto nei rapporti interni tra la committente e l'appaltatrice non dà luogo per ciò stesso ad un appalto non genuino ai sensi dell'art. 29 D. Lgs 276/2009 invocato dalla lavoratrice.

Fondata si deve invece ritenere la domanda subordinata svolta nei confronti della Cooperativa sociale HCM, al cui esame può procedersi, all'esito della reiezione della domanda principale (del tutto corretta è infatti l'affermazione del primo giudice, infondatamente censurata dalla reclamante, secondo la quale il mancato esame, per motivi di rito, della domanda principale, non consente di esaminare la domanda subordinata).

In sintesi si ricorda che la Colosio ha dedotto la simulazione del rapporto associativo, per l'inesistenza di qualunque documento o atto o comportamento rivelatori di tale rapporto e l'esistenza esclusiva di un rapporto di lavoro subordinato puro e semplice; l'inesistenza di una delibera o di un atto di esclusione dalla qualità di socia; l'illegittimità del licenziamento per inesistenza dell'addotto giustificato motivo oggettivo, in particolare per violazione dell'obbligo di *repechage* per essere la HCM, che ha un organico di 467 dipendenti, titolare di numerosi appalti di fornitura di servizi assistenziali ed infermieristici a strutture ospedaliere pubbliche e private nella provincia di Milano e di Monza ed in Brianza.

La contumacia della Cooperativa in questa fase farebbe presumere una

A handwritten signature in black ink, appearing to read "C. Colosio", is located at the bottom right of the page.

mancanza di interesse alla decisione ed indurrebbe a ritenere non assolto l'onere di riproposizione delle eccezioni sollevate nella prima fase, ancorché ritenute semplicemente assorbite dal primo giudice.

Si osserva in ogni caso quanto segue.

-L'eccezione di decadenza ai sensi del citato art. 6 L. 604/66, avuto riguardo

all'impugnazione del licenziamento (del 27/9/11) avvenuta con lettera ricevuta l'8/11/11 (doc. 99 reclamante) e seguita dal deposito del ricorso giudiziale (il 25/9/212), nel termine di 270 giorni decorrente dal 31/12/2011 (per effetto del decreto Milleproroghe) è infondata.

-Nessuna circostanza di fatto descritta in ricorso a sostegno della asserita simulazione del rapporto associativo e della dedotta esistenza del solo rapporto di lavoro subordinato (pacifica e documentale - doc.1) era stata contestata.

-Nessuna circostanza positiva era stata per contro dedotta e nessun documento era stato prodotto, significativi del rapporto associativo (ricevute di versamento della quota di ammissione o delle quote sociali, buste paga dalle quali si evincano trattenute a tal titolo, libro soci dal quale risulti l'effettiva iscrizione della lavoratrice, delibera di ammissione alla qualità di socio, verbali di partecipazione o anche solo convocazioni alle assemblee, distribuzione di utili, messa a disposizione dei bilanci, verbale di delibera di esclusione dalla cooperativa etc.).

La dedotta simulazione del rapporto associativo si deve quindi ritenere fondata.

Quanto alla legittimità del licenziamento la Cooperativa si era limitata ad affermare che "è fatto certo che la Cooperativa non è più titolare dell'appalto e che non aveva alcuna possibilità ricollocativa sul territorio, essendo gli appalti saturi. Inoltre si ribadisce la tardività della procedura avviata e la relativa decadenza".

Se può darsi per pacifica la cessazione dell'appalto presso il quale era occupata la Colosio, quanto al repechage si rammenta che l'onere della dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza grava interamente sul datore di lavoro ed implica comunque per il lavoratore un onere di deduzione ed allegazione tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda, della possibilità di essere adibito ad altre mansioni, allo scopo di sollecitare il relativo onere probatorio datoriale. Tale onere può essere assolto anche mediante il



ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria, quale per esempio il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato.

Nulla di ciò ha dimostrato la Cooperativa, non indicando gli asseriti appalti saturi di personale e non producendo neppure il libro matricola, essendosi limitata ad affermare apoditticamente la legittimità del proprio recesso.

Il licenziamento va dunque ritenuto illegittimo.

Dalla mancata dimostrazione della sussistenza anche del rapporto associativo con il lavoratore, il cui onere compete alla società, con la conseguenza che il medesimo, cui non è possibile attribuire la qualità di socio-lavoratore, va considerato quale lavoratore subordinato puro e semplice, discende l'inapplicabilità dell'art. 2 della legge 142/2001, secondo il quale, nel caso in cui venga cessare, come rapporto di lavoro, anche quello associativo, sarebbe esclusa l'applicazione dell'art. 18 L. 300/1970 (v. Cassaz. 3043/11).

Si aggiunga che nel caso specifico, nonostante la specifica deduzione della lavoratrice di essere stata esclusa dalla qualità di socio solo verbalmente, la cooperativa non aveva prodotto alcuna delibera avente tale contenuto. Essendo incontestato anche il requisito dimensionale necessario, va dunque ordinata la reintegrazione in servizio della Colosio e la Cooperativa va altresì condannata al risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni globali di fatto maturate dal licenziamento all'effettiva reintegrazione, oltre rivalutazione ed interessi ai sensi dell'articolo 429 c.p.c..

Non può invece accogliersi la domanda dell'ulteriore risarcimento richiesto nella misura del 50% della retribuzione mensile perduta, in mancanza di precise allegazioni sull'esistenza di danni diversi da quelli strettamente correlati alla perdita della retribuzione, già ristorabili con la tutela apprestata dall'art. 18 applicato e ritenendosi altrettanto generica la doglianza relativa al preteso danno alla professionalità per la completa inattività da oltre 8 mesi (così si legge nell'atto di opposizione) che, altrimenti, dovrebbe essere sempre riconosciuto per il solo fatto del subito licenziamento, a prescindere da una prova, che si ritiene debba invece essere precisa e rigorosa, sulla perdita concreta di una specifica professionalità non più o difficilmente recuperabile (ciò che non è



ravvisabile se non in presenza di funzioni e qualifiche altamente specializzate).

Quanto al regolamento delle spese tra la reclamante e la Fondazione, la novità della materia processuale trattata e l'esistenza di precedenti giurisprudenziali conformi alla decisione del primo giudice, ma al contempo l'infondatezza della domanda nel merito, inducono la Corte a compensare le spese di ogni fase nella misura della metà condannandosi la Colosio alla rifusione della residua metà liquidata in € 3.000,00, oltre accessori di legge.

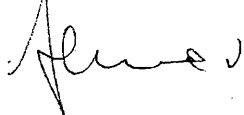
La soccombenza, pressoché integrale, della Cooperativa HCM, comporta invece la condanna di quest'ultima alla rifusione delle spese di ogni fase del procedimento, liquidate in € 6.000,00, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

In riforma della 637/2013 del Tribunale di Milano, respinge la domanda principale proposta da Linda Colosio e, in parziale accoglimento della domanda subordinata, dichiara l'illegittimità del licenziamento intimato con lettera del 27 settembre 2011 e condanna la HCM Cooperativa Sociale alla reintegrazione di Linda Colosio nel posto di lavoro nonché al risarcimento del danno commisurato alla retribuzione globale di fatto maturata dal licenziamento alla effettiva reintegrazione, oltre rivalutazione ed interessi dalle scadenze saldo; compensa le spese di ogni fase tra la reclamante Linda Colosio e la Fondazione Raimondi Francesco per metà, condannando la Colosio alla rifusione della residua metà liquidata in € 3.000,00 oltre accessori, e condanna la HCM Cooperativa Sociale alla rifusione delle spese di ogni fase liquidate in euro 6000,00, oltre accessori di legge

Milano 23 maggio 2013

Il Presidente
Laura Curcio



Il Cons. relatore
Angela Cincotti

