



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

Sezione Lavoro

Il dott. Nicola Di Leo in funzione di giudice del lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N.

R.G. promossa da:

COOPERATIVA **S.C. (C.F.**), con il
patrocinio dell'avv. CALVINO PASQUALE e con elezione di domicilio in Indirizzo Telematico
presso e nello studio dell'avv. CALVINO PASQUALE

ATTORE

contro:

(C.F.), con il patrocinio dell'avv. ROSSI DARIO , con elezione di domicilio
in PIAZZA CATTANEO, 26/11 16128 GENOVA, presso e nello studio dell'avv. ROSSI DARIO

CONVENUTO

**OGGETTO: Cooperative, delibera di esclusione societaria e tutela ex articolo
18 SL.**

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Milano, quale giudice del lavoro, depositato in cancelleria il
27.10.17, la **COOPERATIVA** **S.C.** ha proposto
opposizione contro l'ordinanza resa, in data 22.9.17, nel procedimento ex articolo 1, co. 48 e
ss. della legge n. 92 del 2012 dal Tribunale di Milano.

Nella fase sommaria, la parte ricorrente ha allegato di essere stato socio della
convenuta dal 2006, con mansioni di *autista di autotreni* per le consegne di generi alimentari



nel territorio lombardo, effettuando anche diverse ore di lavoro straordinario, venendo impiegato in un orario compreso tra il 12 e le 15 ore giornaliere.

Tuttavia, il 4/4/16 avrebbe subito un infortunio sul lavoro che si sarebbe protratto fino al 13/8/16 e, poi, sarebbe stato costretto a un periodo di malattia dal 26/11/16 al 6/5/17.

In tale fase temporale, inoltre, ritenendo esservi stata una imposizione di un orario eccessivo e non correttamente retribuito e di aver diritto a differenze retributive, il 9/1/17, avrebbe chiesto la consegna dei dischi cronotachigrafici e del LUL.

Senonché, con verbale del 18/5/17, sarebbe stata disposta l'esclusione quale socio dello stesso, nonché il licenziamento del medesimo, in ragione delle assenze eccessive secondo le previsioni dell'articolo 21 del Regolamento interno.

Tra i motivi di impugnazione, ha sottolineato che l'articolo 21 del Regolamento interno - per il quale il rapporto sociale con il socio lavoratore sarebbe cessato decorsi 180 giorni di calendario di assenza per malattia o per infortunio - sarebbe da considerarsi quale norma illegittima, essendo *peggiorativa* rispetto alle disposizioni del C.C.N.L. Trasporto Merci Spedizioni e Logistica (che prevederebbe, viceversa, un termine di comporto di 365 giorni e solo per assenza per malattia e non per infortunio), con inosservanza anche dell'articolo 2077 c.c., nonché della norma imperativa di cui all'articolo 2110 c.c.

Inoltre, sarebbe violato il disposto dell'articolo 2533 c.c., che individuerrebbe ipotesi tassative, non potendovi rientrare la fattispecie di cui si tratta.

In tal senso, sostenendo la nullità dell'articolo 21 del Regolamento interno, la stessa parte ha impugnato ex articolo 2533 c.c. la delibera di esclusione dalla cooperativa del 18.5.17, domandando, conseguentemente, l'illegittimità della risoluzione del rapporto lavorativo ex articolo 18, comma 1, SL oppure, in subordine, ex articolo 18, comma 7 e 4, SL.

In tale ottica, ha chiesto la reintegrazione del ricorrente, con un risarcimento del danno o, ulteriormente in subordine, con le tutele di cui al comma quinto della medesima previsione.

In estremo subordine, ha auspicato la tutela di cui all'articolo 1453 CC, o, ancora, quella di cui all'articolo 8 della legge n. 604 del 1966, in ogni caso con vittoria di spese di lite.

Nella fase sommaria, la convenuta si è costituita e ha contestato, in fatto e in diritto, le tesi di parte ricorrente, eccependo, preliminarmente, l'incompetenza funzionale del giudice del lavoro, l'esistenza di una clausola compromissoria secondo la quale la causa avrebbe dovuto essere devoluta ad arbitri, la decadenza per la mancanza di una tempestiva e rituale impugnazione ex articolo 2533 c.c. della delibera di esclusione, l'inammissibilità e improcedibilità delle domande formulate con il rito di cui all'articolo 1, comma 48, della legge n. 92 del 2012.

Nel merito, la stessa ha eccepito l'inammissibilità della richiesta di reintegrazione per non essere applicabile l'articolo 18 SL.

Ancora, ha sostenuto la legittimità del Regolamento interno e del provvedimento di esclusione, anche per quel che riguarda l'articolo 21 e la durata del periodo di comporto pari a 180 giorni, evidenziando come l'articolo 6 della legge n. 142 del 2001 avrebbe limitato la possibilità di disposizioni derogatorie rispetto al C.C.N.L., unicamente con riferimento al trattamento economico minimo e non con riguardo al problema della durata del periodo di comporto.

Inoltre, la stessa parte ha contestato l'entità della retribuzione globale di fatto come quantificata da parte ricorrente, in quanto la trasferta avrebbe una funzione ontologicamente restitutoria e non retributiva, come chiarito all'articolo 15 del Regolamento interno.



Nella fase di opposizione, le parti hanno riproposto analoghe argomentazioni, solo meglio precisando l'opponente come il C.C.N.L. Trasporti e Logistica prevederebbe la facoltà del ricorso alla procedura di arbitrato, cosicché l'operato della società si sarebbe posto in armonia con l'articolo 412 *ter* c.p.c..

Inoltre, secondo la opponente, la reintegrazione di _____ non avrebbe potuto essere disposta fino al passaggio in giudicato dell'eventuale causa sull'esclusione.

La parte opposta, dal proprio canto, proponendo analoghe difese, ha evidenziato come l'articolo 11 *ter* del C.C.N.L. non prevederebbe un obbligo di rivolgersi al collegio arbitrale, quanto piuttosto solo una mera facoltà, non integrandosi le condizioni di cui all'articolo 412 *ter* c.p.c.

Ancora, la stessa parte ha svolto una domanda riconvenzionale relativa alla determinazione corretta della retribuzione globale di fatto, chiedendo l'inclusione del lavoro straordinario, dell'indennità di disagio, dei ratei di TFR, oltre che dell'indennità di trasferta al 100%.

Infine, la parte ha evidenziato come il rapporto di lavoro di _____ sia cessato a seguito dell'esercizio del diritto di opzione ex articolo 18 SL, formalizzato il 16/10/17.

All'udienza, il giudice, tentata inutilmente la conciliazione, ha invitato alla discussione e, al termine, ha trattenuto la causa in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

A) LE ECCEZIONI PRELIMINARI.

Preliminarmente, occorre osservare come la parte opposta abbia impugnato ex articolo 2533 c.c. (con apposita azione inclusa nell'atto introduttivo della fase sommaria della presente causa: cfr. il capo 3 delle conclusioni) la delibera di esclusione del 18/5/17, notificata al medesimo il 19/5/17, *nel termine di 60 giorni* di cui a tale norma, avendo depositato il ricorso il 17/7/17.

Ancora, prima di entrare nel merito, è da notare come, poiché, al contempo, _____ ha impugnato il licenziamento e ha domandato la tutela di cui all'articolo 18 SL (in virtù della domanda di annullamento della delibera di esclusione), sussistano due *cause connesse*, quella attinente all'impugnazione della delibera di esclusione e quella relativa al licenziamento attinente al diverso rapporto di lavoro.

Si tratta, dunque, di controversie connesse da trattare in modo unitario ex articolo 40, comma tre, c.p.c., *con preferenza per il rito speciale del lavoro*.

Nel caso, tra i riti lavoristici, correttamente, poi, l'atto introduttivo del giudizio è stato proposto secondo le forme di cui all'articolo 1, commi 47 e ss. della legge n. 92/12, considerato come la decisione circa la illegittimità della delibera di esclusione si ponga – nella *prospettazione attorea* in ordine alla quale deve essere determinato il rito (cfr., ad es., Cass. Sentenza n. 4662 del 26/05/1997; Sentenza n. 1059 del 13/02/1990) - quale *presupposto fondamentale e costitutivo* della tutela di cui all'articolo 18 SL e, in ogni caso, aparendo le due controversie "*fondate su identici fatti costitutivi*".

Infatti, nel caso in questione, per come formulata la lettera del 18.5.17 (cfr. doc. 18 ric.), il *recesso dal rapporto di lavoro* è seguito, dal lato formale, per le parole utilizzate, quale "*effetto diretto e immediato*", alla risoluzione del rapporto associativo.



Sentenza n. 1217/2018 pubbl. il 09/05/2018
RG n.

Cosicché, includendo la controversia due cause connesse per cui deve essere applicato, ex articolo 40, comma tre, c.p.c., il rito speciale del lavoro ed essendovi una domanda posta ex articolo 18 SL, è stata correttamente incardinata secondo le previsioni di cui all'articolo 1, commi 47 e ss. della legge n. 92/12.

Infatti, *secondo tutte le argomentazioni logiche sovraesposte*, ha chiarito la Suprema Corte (cfr. Cass. sent. n. 16641 del 2016) che:

"nell'ipotesi di connessione tra cause aventi ad oggetto il rapporto mutualistico e quello lavorativo, opera l'art. 40 c.p.c., comma 3, che fa salva l'applicazione del rito speciale quando una di esse rientri tra quelle di cui agli artt. 409 e 442 c.p.c.. Tale regola è dettata in funzione della necessità di dare preminenza ad interessi di rilevanza costituzionale e ciò spiega la prevalenza del rito speciale del lavoro su quello ordinario, allorché la connessione riguardi una controversia rientrante tra quelle previste dall'art. 409 c.p.c.. Si tratta di principi che valgono anche nel nuovo contesto normativo segnato dalla L. n. 27 del 2012, poiché il principio della vis attrattiva del rito del lavoro costituisce una regola a cui deve riconoscersi carattere generale e preminente per gli interessi di rilevanza costituzionale che la norma processuale è preordinata a garantire." Pertanto è in conformità ad esso che si deve provvedere all'interpretazione della locuzione "ragioni di connessione" di cui al d. lgs. 27 giugno 2003, n. 168, art. 3, terzo comma, nel senso che il regime della connessione, ove riferibile al cumulo di cause relative al rapporto mutualistico e al rapporto lavorativo, comporta il radicamento della competenza per le cause connesse dinanzi al giudice del lavoro. In mancanza di una espressa deroga al principio generale della prevalenza della competenza del giudice del lavoro di cui all'art. 40, terzo comma, cod. proc. civ. e comunque in una lettura costituzionalmente orientata della nuova disciplina normativa, deve ritenersi che la nuova norma abbia introdotto ipotesi speciali di modificazione della competenza per ragioni di connessione, determinando un'attrazione a favore delle sezioni specializzate anche di cause che, se non fossero connesse a quelle di loro competenza, non sarebbero a loro attribuite, ma con il limite rappresentato dalla connessione con le cause demandate alla cognizione del giudice del lavoro, poiché in tale ipotesi torna a prevalere la speciale competenza per connessione di cui al terzo comma, seconda parte, dell'art. 40 cod. proc. civ. (cfr. in termini Cass. n. 24917 e 25237 del 2014; Ordinanza n. 19975 del 06/10/2015; Ordinanza n. 15798 del 29/07/2016)".

Da ultimo, per quanto attiene alle questioni preliminari, occorre rilevare come, poiché la clausola compromissoria inizialmente invocata, nella fase sommaria, dalla parte convenuta era contenuta nell'articolo 38 dello Statuto e non in un contratto collettivo, non si poteva ritenere esistente una valida fattispecie di devoluzione ad arbitri, innanzitutto, ai sensi dell'articolo 412 *ter* c.p.c., secondo l'orientamento per cui

"va in diritto rammentato che l'art. 819-*ter* c.p.c., introdotto dall'art. 22 del d.lgs. n. 40 del 2006, individua espressamente in termini di competenza il rapporto tra il potere decisorio conferito agli arbitri e la potestà giurisdizionale spettante al giudice ordinario, dichiarando impugnabile con il regolamento di competenza la sentenza con cui quest'ultimo abbia affermato o negato la propria competenza in relazione ad una convenzione d'arbitrato (cfr. Cass. n. 22748 del 2015). Ove la controversia abbia ad oggetto una materia disciplinata dall'art. 409 c.p.c. l'arbitrato può essere svolto, ai sensi dell'art. 412 *ter* c.p.c., nelle sedi e con le modalità previste dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali maggiormente rappresentative. E' stato affermato che "in materia di rapporto di lavoro dei soci delle cooperative, ai fini della validità della clausola compromissoria di devoluzione in arbitri delle controversie tra società e soci, in base all'art. 412 *ter* c.p.c. è necessario che essa sia prevista non dallo statuto della cooperativa, ma dal contratto collettivo nazionale di lavoro" (cfr. Cass. n. 17868 del 2014). Ne consegue che essendo la clausola compromissoria contenuta nello statuto della società (art. 38 dello stesso) non trova applicazione l'art. 412 *ter* richiamato. Va poi confermata la competenza funzionale del Tribunale del lavoro di Alessandria atteso che l'ambito della competenza del giudice ordinario è circoscritto alle controversie aventi un oggetto riconducibile nell'alveo della prestazione mutualistica" (cfr., ad es., Cass. sent. n. 16641 del 2016)

Quanto, poi, alle previsioni del CCNL Trasporti e Logistica *richiamate nella presente fase dell'opposizione*, non si può non rilevare come l'articolo 11 *ter* venga a stabilire solo che ciascuna delle parti "può" proporre la richiesta di arbitrato, ma, ad ogni modo, nell'ipotesi in parola, tale *possibilità* risulta preclusa dalla *natura indisponibile* dei diritti in questione ai



sensi dell'articolo 806 c.p.c., posto come la materia riguardi l'esclusione dal rapporto societario e il recesso dal rapporto lavorativo per motivi attinenti ad *assenze collegate alla salute del lavoratore*.

Certamente, infatti, la normativa ex art. 2110 cc, attinente alla protezione della salute del lavoratore e alla possibilità per questi di assentarsi dal rapporto di lavoro con diritto alla sua conservazione, attiene a *norme imperative e a diritti indisponibili* (cfr., in materia analoga, ad es., Cass. Sentenza n. 27679 del 20/12/2011; Sentenza n. 14709 del 05/07/2011; Sentenza n. 6166 del 19/06/1999), dovendosi ritenere preclusa la possibilità di un arbitrato ex articolo 806 c.p.c..

Non appare, pertanto, possibile accogliere la tesi dell'opponente circa una carenza di giurisdizione del Giudice Ordinario a favore degli arbitri.

B) L'ILLEGITTIMITÀ DELLA DELIBERA DI ESCLUSIONE.

Venendo, dunque, al merito, occorre, per quanto esposto, dapprima verificare la legittimità o meno della delibera di esclusione del 18/5/17, con una analisi da condursi, innanzitutto, secondo criteri attinenti al rapporto societario ex articolo 2533 c.c..

Per sostenere la sua liceità, la COOPERATIVA

S.C. ha richiamato l'articolo 21 del Regolamento interno che prevede una durata del periodo di comporto pari a 180 giorni (cumulando i giorni di malattia e di infortunio), evidenziando come l'articolo 6 della legge n. 142 del 2001 avrebbe limitato la possibilità di *disposizioni derogatorie rispetto al C.C.N.L. unicamente con riferimento al trattamento economico minimo* e non con riguardo al problema della durata del periodo di comporto, per sostenere la legittimità della prima disposizione.

Viceversa, ha sottolineato che l'articolo 21 del Regolamento citato sarebbe da considerarsi quale norma illegittima, essendo *peggiorativa* rispetto alle disposizioni del C.C.N.L. Trasporto Merci Spedizioni e Logistica (che prevede un termine di comporto di 365 giorni e solo per assenza per malattia e *non per infortunio*) e come vi sarebbe, comunque, la inosservanza dell'articolo 2533 c.c., non rientrando la fattispecie nelle ipotesi "tassative" previste da tale norma, nonché dell'articolo 2077 c.c. e della norma imperativa di cui all'articolo 2110 c.c..

Nell'analizzare la materia, si deve affermare come la tesi di parte opponente non possa essere ritenuta persuasiva.

Infatti, i casi di cui all'articolo 2533 c.c. possono considerarsi *tassativi*, trattandosi delle fattispecie che regolano l'esclusione dal rapporto sociale, consentendo un *recesso unilaterale* dal rapporto associativo, cosicché non possono essere assoggettate a indeterminatezza e, dunque, a interpretazione estensiva (cfr. Cass. sent. 256 del 2007).

Pertanto, occorre, innanzitutto, rilevare come la COOPERATIVA

S.C. non abbia richiamato efficacemente alcuna delle fattispecie contemplate dalla norma.

Innanzitutto, non ha fatto menzione di una *previsione dell'atto costitutivo*, ai sensi del n. 1 dell'articolo 2533 c.c., ma solo di un'ipotesi del suo Regolamento (art. 21).

Inoltre, a pagina 15 dell'atto di opposizione, la stessa parte ha sostenuto come si dovrebbe allora far riferimento al n. 3 dell'articolo 2533 c.c. (esclusione per perdita dei requisiti previsti per la partecipazione a società), argomentando come il ricorrente avrebbe perduto *l'effettiva capacità di lavoro*.

Tuttavia, come correttamente rilevato dalla parte opposta, non è stato estromesso per una definitiva mancanza della capacità lavorativa, quanto piuttosto per il superamento del numero delle assenze previste dall'articolo 21 cit..



Tale eccesso di assenze, in difetto di ulteriori elementi, non può essere considerato, infatti, come perdita definitiva della capacità lavorativa.

Nemmeno, poi, si può ritenere che la fattispecie rientri in quella delle "gravi inadempienze delle obbligazioni che derivano dal regolamento o dal rapporto mutualistico", ai sensi del n. 2 della stessa previsione, posto come il concetto di grave inadempimento, ex articolo 1218 c.c., presupponga che derivi da causa "imputabile" all'obbligato.

Nel caso, è pacifico come i giorni contestati di assenza al socio lavoratore riguardino *periodi di infortunio e di malattia semplice*, ossia fasi temporali nelle quali l'assenza non è imputabile al dipendente.

Si tratta, infatti, di giorni in cui il lavoratore non potrebbe recarsi al lavoro per la tutela della propria salute secondo i principi di cui all'articolo 32 Cost. e, nei quali, parimenti, il datore di lavoro non potrebbe ricevere la prestazione ex articolo 2087 c.c..

Pertanto, non è dato comprendere come la previsione dell'articolo 21 del Regolamento - per la quale "il rapporto sociale con il socio lavoratore cesserà decorsi 180 giorni di calendario anche non consecutivi, in un unico anno solare, di assenza per malattia o infortunio" - possa essere ricondotta a una fattispecie di grave inadempimento *imputabile* al dipendente, non potendo, conseguentemente, integrare un'ipotesi di cui all'art. 2533, n. 2, cc.

Al limite, l'articolo 21 cit. potrebbe essere inquadrato in una "condizione risolutiva", stabilita dalle parti nel Regolamento, ma quest'ultima, in ogni caso, si dovrebbe considerare illecita in quanto priva di causa e contrastante con norme imperative ex articolo 2110 c.c..

Infatti, innanzitutto, se si può comprendere il motivo per cui, oltre un certo periodo c.d. "di comportamento", nell'ambito del rapporto lavoristico, non debba essere assicurata la conservazione del posto di lavoro ai sensi di tale ultima norma (in ragione degli effetti dell'assenza sull'attività produttiva, sull'organizzazione del lavoro e sul regolare funzionamento dell'impresa), parimenti, non è dato capire perché un'assenza prolungata possa esigere anche l'esclusione dal rapporto societario, posto come, anche in caso di recesso dal rapporto lavorativo, il socio possa conservare interesse a non essere escluso dalla cooperativa per mantenere la possibilità di acquisire ulteriori occasioni di lavoro in futuro, dopo la guarigione dalla malattia.

Poi, anche a voler ritenere uno stretto collegamento tra il rapporto societario e quello lavoristico, tale da legittimare la definizione di un "periodo di comportamento" anche per il primo, si deve, come anticipato, osservare come la previsione dell'articolo 21 appaia contrastare con l'articolo 2110 c.c., che devolve, non a regolamenti aziendali, ma *alla autonomia collettiva*, la definizione del "periodo di comportamento" (cfr. Cass. Sentenza n. 4718 del 08/05/1998 ; Sentenza n. 9187 del 15/09/1997), potendosi ritenere che l'affidare alla *discrezionalità* dell'assemblea dei soci lo stabilire tale "limite di tolleranza" per la conservazione del rapporto societario e del posto di lavoro non sia consentito in quanto potrebbe indurre i lavoratori, quali parti deboli, ad accettare previsioni eccessivamente sfavorevoli.

In questo senso, l'articolo 2110 c.c., nella possibilità di individuazione del periodo di comportamento rimessa all'autonomia collettiva, si deve considerare norma imperativa e non derogabile e, in senso contrario, non pare potersi porre l'articolo 6 della legge n. 142 del 2001 che, secondo la opponente, con la parola "solo", avrebbe limitato la possibilità di disposizioni derogatorie rispetto al C.C.N.L., unicamente con riferimento al trattamento economico minimo e non con riguardo al problema della durata del periodo di comportamento.

Infatti, il legislatore, con tale ultima norma, non intendeva, certamente, derogare le disposizioni imperative di legge poste a tutela della salute dei lavoratori e della conservazione del posto di lavoro nel periodo di malattia come disciplinate dall'articolo 2110 c.c., non potendosi ritenere che volesse rendere la materia "disponibile" alla autonomia delle parti private, nemmeno per le cooperative.



Pertanto, anche qualora si considerasse l'articolo 21 del Regolamento Interno come una condizione risolutiva, dovrebbe considerarsi come una previsione illecita in quanto contrastante con norma imperativa e, dunque, come non apposta ex articolo 1354, comma tre, c.c. e ex articolo 1419, comma due, c.c. (ben potendo il rapporto sociale sopravvivere rispetto alla nullità di tale statuizione, restando le disposizioni di cui si tratta non rilevanti ex articolo 2533 c.c. e sostituite di diritto dalle previsioni di cui al contratto collettivo per quanto attiene al rapporto di lavoro).

Pertanto, la delibera di esclusione del socio lavoratore deve considerarsi *illecita e nulla* ex articolo 2533 c.c.

C) LA ILLEGITTIMA RISOLUZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO E L'APPLICAZIONE DELL'ARTICOLO 18 SL.

I) *Quanto al rapporto lavorativo*, per quanto esposto, considerato come il licenziamento segua, nella stessa comunicazione del 18/5/17, quale *"effetto diretto e immediato"*, alla risoluzione del rapporto associativo di cui alla delibera di esclusione, *per effetto derivato*, si deve ritenere illegittimo anche il recesso non fondato su altro presupposto, con applicazione della tutela reale.

Infatti, ha chiarito la Suprema Corte che

"In tema di società cooperativa di produzione e lavoro, nel caso di *accertata illegittimità del provvedimento espulsivo del socio - cui consegue automaticamente la cessazione del rapporto di lavoro - che si fondi esclusivamente su ragioni disciplinari* trova applicazione, *in forza del rinvio operato dall'art. 2 della legge 3 aprile 2001, n. 142, l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, con ripristino sia del rapporto associativo che di quello lavorativo*" (cfr. Cass. Sentenza n. 1259 del 23/01/2015; Sentenza n. 11548 del 04/06/2015).

Sicché, anche in questo caso di accertata illegittimità del provvedimento espulsivo del socio - cui consegue automaticamente la cessazione del rapporto di lavoro - trova applicazione, *in forza del rinvio operato dall'art. 2 della legge 3 aprile 2001, n. 142, l'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, dato come i principi affermati dalla Corte di cassazione corrispondano a canoni generali, non limitati certamente ai soli recessi disciplinari*, ma validi per ogni specie di licenziamento.

Né, certamente, per disporre una tutela per la illegittima estinzione del rapporto di lavoro, è necessario attendere il *passaggio in giudicato* della pronuncia relativa alla delibera di esclusione, come sostenuto dalla opponente, considerata la immediata efficacia ed esecutività delle sentenze di primo grado.

Con riguardo alle istanze della parte opposta, però, è possibile rilevare come gli elementi dedotti non siano in alcun modo sufficientemente specifici e sufficienti per sostenere un'ipotesi di *licenziamento ritorsivo o discriminatorio*, dovendosi, quindi, rigettare le domande svolte ai sensi del primo comma dell'articolo 18 SL.

Unicamente, posto come non risulti un giustificato motivo oggettivo o soggettivo per la risoluzione del rapporto di lavoro, si deve applicare la tutela di cui all'articolo 18, co. 4, SL (citato, peraltro, anche dal comma 7 della stessa norma per il caso del mancato superamento del termine di comporta, che, nel caso, *ad abundantiam*, si può richiamare considerato come, anche se si valutasse il rapporto lavorativo per una causa di recesso per superamento del periodo di comporta, pacificamente, nella fattispecie non risultino i 365 giorni di assenza di cui al C.C.N.L.).

II) Né, per conclusioni differenti rispetto all'applicabilità dell'articolo 18 SL, appare giovi la considerazione della pronuncia delle *Sezioni Unite della Corte di cassazione n.*



27.436/17 che, peraltro, riguarda, *per il suo caso specifico*, direttamente una differente materia in cui il lavoratore *non aveva impugnato la delibera di esclusione*.

È vero che, *in un obiter dictum*, la Suprema Corte viene a affermare

"è la tutela restitutoria ad essere preclusa *dall'omessa impugnazione della delibera di esclusione* (sull'applicabilità di tale tutela, in caso di accoglimento dell'impugnazione della delibera, vedi Cass. n. 9916/16, cit.; n. 2802/15, cit.; n. 11741/11, cit.). Tutela restitutoria, che consegue all'invalidazione della delibera, dalla quale deriva la ricostituzione sia del rapporto societario, sia dell'ulteriore rapporto di lavoro e che, quindi, ripete genesi e fisionomia dalla dinamica del rapporto sociale. *Essa risulta quindi del tutto estranea ed autonoma rispetto alla tutela reale prevista dall'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, di matrice, appunto, lavoristica (sulla quale invece punta, una volta «rimosso il provvedimento di esclusione», Cass. 4 giugno 2015, n. 11548)".

Tuttavia, pur preso atto delle brevi locuzioni sovraespresse, *solo succintamente sviluppate dalla menzionata sentenza*, si deve osservare come non appaiano, allo stato, comprensibili o persuasive, in quanto risulta insuperabile il dato dell'articolo 2 della legge n. 142/12, per il quale

"ai soci lavoratori di cooperativa con rapporto di lavoro subordinato si applica la legge 20 maggio 1970, n. 300, *con esclusione dell'articolo 18 ogni volta che venga a cessare, col rapporto di lavoro, anche quello associativo*".

Infatti, per il tenore della legge (art. 2 cit.), *solo nel caso in cui vi sia l'esclusione societaria* non viene ad applicarsi l'articolo 18 SL.

Nell'ipotesi, in cui, viceversa, l'esclusione societaria non vi sia o venga annullata (il che è analogo, operando l'annullamento *ex tunc* secondo i principi generali: cfr. Cass. Sentenza n. 6829 del 24/03/2014; Sentenza n. 16150 del 22/12/2000; Sentenza n. 5958 del 28/05/1993; Sentenza n. 5321 del 09/08/1983), deriva dalla stessa legge ex art. 101 Cost., ossia dal menzionato articolo 2, il *vincolo* per il giudice di applicazione dell'articolo 18 SL.

Dunque, non appare potersi giungere alla soluzione ermeneutica differente proposta nella menzionata pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 27.436/17 che, per l'eventualità dell'esclusione a cui segua il recesso dal rapporto di lavoro ex art. 5, co. 2, della legge n. 142/01, pare ipotizzare *una semplice tutela civilistica* in luogo dell'articolo 18 SL.

Infatti, se così fosse, si verrebbe ad adottare una soluzione esegetica che produrrebbe il risultato di differenziare, *nelle conseguenze sanzionatorie, fattispecie del tutto assimilabili quanto gli effetti sostanziali*.

In questo senso, non vi è chi non veda come *l'effetto sostanziale* circa la cessazione del rapporto di lavoro - ossia dal lato degli interessi ex articolo 4 Cost. - di un licenziamento irrogato con *atto separato* rispetto alla (successiva o preventiva o contemporanea) delibera di esclusione societaria (poi annullata) e quello di una sola delibera di esclusione (poi annullata) a cui segua, per previsione di legge, ex art. 5, co. 2, cit., *automaticamente l'interruzione del rapporto mutualistico di lavoro* (senza che sia posto in essere un distinto atto di licenziamento), *è esattamente lo stesso*.

In entrambi i casi, infatti, *il risultato pratico è la risoluzione della relazione di impiego*, cioè l'espulsione del dipendente dal luogo di lavoro.

Si deve, quindi, ritenere che in ambedue le fattispecie descritte i provvedimenti emessi siano connotati, con riguardo al rapporto di lavoro, da quella *vis espulsiva* tipica del licenziamento, ossia dalla *consapevolezza e dalla volontà* di escludere il destinatario dalla relazione di impiego.

D'altronde, nel momento in cui pone in essere una delibera di esclusione, la società cooperativa è resa edotta dalla stessa legge che quel provvedimento comporta,



automaticamente e direttamente, l'estinzione del rapporto di lavoro, come stabilito dal menzionato art. 5, co. 2, della legge n. 142/01 e dall'articolo 2533, u.c., c.c..

Dunque, chi adotti anche solo la delibera di esclusione realizza un atto che produce gli *effetti di legge tipici dell'espulsione dal rapporto lavorativo*, con volontà e consapevolezza che si debbono ritenere sussistenti fino a prova contraria, secondo i principi generali dei negozi giuridici.

E per giustificare una tutela civilistica non si potrebbe ritenere che la delibera di esclusione societaria determina solo una *sospensione* del rapporto lavorativo sino a un suo annullamento, in quanto è la stessa legge, nel menzionato articolo 5, comma due, a chiarire che il rapporto di lavoro *si estingue* con tale provvedimento.

Quanto, dunque, alle due fattispecie illustrate (licenziamento più delibera di esclusione oppure semplice delibera di esclusione con esiti interruttivi del rapporto di lavoro ex art. 5, co. 2), si deve concludere come siano del tutto *assimilabili quanto agli effetti concreti* della interruzione della relazione lavorativa.

Cosicché, se nella seconda figura giuridica i si assicurasse la sola tutela civilistica e non quella di cui all'articolo 18 SL, *si verrebbe a trattare diversamente fenomeni identici dal lato sostanziale*, in violazione dell'articolo 3 Cost..

Inoltre, dal lato pratico, al datore di lavoro sarebbe sufficiente realizzare la seconda ipotesi e porre in essere il solo provvedimento di esclusione per non essere mai assoggettato all'art. 18 SL, anche in caso di annullamento della delibera ex articolo 2533 cc, cosicché, qualora si giungesse a tale soluzione ermeneutica, si avrebbe *l'effetto che l'atto di esclusione non sarebbe realmente assoggettabile a vaglio giurisdizionale*, con violazione dell'articolo 24 Cost., *posto che anche in caso di sua invalidazione permanerebbe la conseguenza (non voluta dalla legge) della non applicazione dell'articolo 18 SL..*

In tal modo, si consentirebbe una *disapplicazione* dell'articolo 2 della legge n. 142/01 sopra menzionato, per il quale, invece, l'articolo 18 SL, per quanto esposto, non si applica solo nell'ipotesi in cui sia posta in essere una delibera di esclusione, che non venga annullata con efficacia *ex tunc*.

Come, del resto, è stato assai efficacemente argomentato dalla stessa Suprema Corte:

"In altri termini, ciò che conta è la sostanza e, nella sostanza, in questo caso, così come in quello esaminato dalle suindicate sentenze, si è avuto un licenziamento disciplinare illegittimo. Del resto, ragionando diversamente, alla Cooperativa sarebbe sufficiente comunicare l'esclusione dal rapporto sociale (implicante la risoluzione di quello lavorativo) per sottrarsi alle conseguenze di cui all'art. 18 St.lav." (cfr. Cass. Sentenza n. 1259 del 23/01/2015).

Pertanto, non appare convincente la locuzione sovraesposta di cui all'*obiter dictum* della menzionata pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione n. 27.436/17 (cfr., nello stesso senso della non persuasività della pronuncia della Corte di cassazione anche l'ordinanza del Tribunale di Bergamo RG n. 14/2018 del 02/01/2018).

Occorre, quindi, mantenere la già citata impostazione che determina l'applicazione dell'art. 18 SL (di cui a Cass. Sentenza n. 1259 del 23/01/2015; Sentenza n. 11548 del 04/06/2015), in quanto sia *rispettosa del dettato legislativo*, al quale il giudice è innanzitutto assoggettato ex art. 101 Cost., sia in quanto *costituzionalmente orientata* ex art. 3, 4 e 24 Cost..

Del resto, si deve anche osservare come chi, *in dottrina*, ha sostenuto la condivisibilità della applicazione della tutela civilistica in luogo dell'articolo 18 SL per il caso dell'annullamento della delibera di esclusione, ha criticato la pronuncia delle Sezioni Unite in



parola per il fatto che avrebbe dovuto, allora, sostenere *l'abrogazione tacita* dell'articolo 2 della legge n. 142/01 dopo l'entrata in vigore della legge n. 30/03.

Tuttavia, non solo tale tesi dell'abrogazione tacita non appare convincente, potendo ben sopravvivere il menzionato art. 2 e la tutela ex articolo 18 SL alla riforma del 2003 (non essendovi incompatibilità alcuna, ex art. 15 prel. cc), ma neppure risulta sostenuta dalla sentenza n. 27.436/17 e nemmeno dalla giurisprudenza precedente della Corte.

Sicché, si deve dichiarare l'applicabilità dell'articolo 18 SL al caso in parola, potendosi confermare, quindi, come il dipendente abbia legittimamente esercitato il diritto di opzione ai sensi di tale norma.

Solo *ad abundantiam*, dunque, si può anche rilevare come, anche prescindendo dalle esposte argomentazioni, la comunicazione di esclusione, risultando *fondata solo su un motivo tipicamente lavoristico* come il superamento del periodo di comporto (doc. 18 ric.), certamente possa essere ben interpretata come *inclusiva* anche di un *provvedimento di licenziamento*, al di là delle parole *formalmente* espresse, potendosi, quindi, certamente pure far rientrare la fattispecie nell'ambito *dell'applicabilità diretta* dell'articolo 2 della legge n. 142/01 (e non dell'art. 5, co. 2), che, come anticipato, stabilisce la disciplina dell'articolo 18 SL in caso di annullamento della delibera di esclusione.

D) L'ENTITÀ DELLA RETRIBUZIONE GLOBALE DI FATTO.

Quanto, infine, alla retribuzione globale di fatto su cui ponderare il risarcimento ex articolo 18 SL vi è controversia tra le parti.

In particolare, i contendenti hanno disquisito sul contenuto del comma sei dell'articolo 62 del C.C.N.L. che prevede che "l'indennità di trasferta prevista dal presente articolo ha *natura restitutoria nella misura fissata dalle parti* e può essere integrata fino alla concorrenza dei limiti stabiliti per l'esenzione contributiva e fiscale".

In tale ambito, la parte opposta ha sostenuto la natura interamente retributiva dell'indennità di trasferta.

Ora, in materia, ha statuito la Corte di cassazione che

"con riguardo al trattamento economico aggiuntivo attribuito da pattuizioni individuali al lavoratore che, alle dipendenze di datore di lavoro italiano, presti la sua opera all'estero, l'accertamento *in ordine alla natura retributiva o meno dell'erogazione* (in relazione alla sua funzione di corrispettivo della collaborazione dell'impresa, o di reintegrazione di perdite patrimoniali subite dal lavoratore a cagione delle particolari modalità esecutive della prestazione) è riservato al giudice di merito; al medesimo spetta verificare la natura eventualmente composita dell'attribuzione, determinando l'incidenza percentuale della componente retributiva anche mediante ricorso a valutazione equitativa ai sensi dell'art. 432 cod. proc. civ., nell'ambito della quale può essere utilizzata la disposizione dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, che ai fini contributivi presume il carattere retributivo dell'indennità di trasferta nella misura del 50 per cento" (cfr. cass. Sentenza n. 4945 del 10/03/2004; Sentenza n. 1077 del 08/02/1999).

Nel caso in parola, il fatto che il corrispettivo per l'indennità di trasferta sia stato previsto dal C.C.N.L., *considerando una potenziale natura mista della stessa*, appare ben chiarito nell'articolo 62, comma sei, cit.

Sicché, si deve *presumere* la natura mista, al 50% retributiva e al 50% restitutoria, anche richiamando le previsioni dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, oltre che il caso concreto, per il quale il lavoratore ha dedotto di lavorare dalle 12 alle 15 ore giornaliere (cfr. cap. 12 e 15 ric. introduttivo della fase sommaria), cosicché è ben presumibile che debba affrontare nell'arco della giornata in trasferta *spese vive* quantomeno per il vitto.

Sicché, spettando al giudice di merito il verificare la natura eventualmente composita dell'attribuzione dell'indennità di trasferta anche, eventualmente, mediante ricorso a



valutazione equitativa ai sensi dell'art. 432 cod. proc. civ., si ritiene congrua la determinazione della natura retributiva nella fattispecie in parola per il solo 50%.

Nè, in senso differente, vale il richiamo all'articolo 11 del C.C.N.L. e a una tesi per la quale la trasferta sarebbe un *elemento caratterizzante* della prestazione lavorativa dei conducenti, considerato come, nel medesimo accordo collettivo, vi sia pure il menzionato articolo 62, che viene a far escludere che i contraenti collettivi abbiano stabilito, una volta per tutte e in via definitiva, una natura integralmente retributiva dell'indennità di trasferta, avendo, al contrario, come anticipato, piuttosto, lasciato alla decisione delle parti collettive l'individuazione della parte di tipo restitutorio e di quella di natura retributiva.

Non avendo poi provveduto queste ultime a disciplinare la materia, pare congrua la ripartizione al 50% nelle due nature, sopra esposta.

Poi, certamente non deve essere incluso nella retribuzione globale di fatto in parola il rateo del TFR, in quanto si tratta di *emolumento differito* da pagarsi solo dopo la cessazione del rapporto di lavoro, mentre l'articolo 18 SL *presuppone la sua continuazione con la reintegrazione*.

Quanto al *lavoro straordinario*, anche questo appare da escludersi, considerato come le buste paga antecedenti al recesso per superamento del periodo di comporto mostrano *significative assenze per malattia* piuttosto che prestazioni oltre l'orario normale di lavoro e appaiono non prossime al recesso quelle che contengono la voce del lavoro straordinario, peraltro in misura variabile (cfr. doc. 6 ric.).

Anche *l'indennità di disagio* non appare da comprendersi nel conteggio della retribuzione globale di fatto ex articolo 18 SL, in quanto non continuativamente posta nelle buste paga e, in ogni caso, risulta versata solo per parte dei giorni della prestazione.

Per tali voci, quindi, non risulta dimostrata, secondo i principi della materia del lavoro, la *continuatività* dell'attribuzione (cfr., ad es., Cass. Sentenza n. 215 del 10/01/2004; Sentenza n. 12628 del 28/08/2003).

Pertanto, si debbono confermare i conteggi che vengono ad includere la indennità di trasferta al 50% ed ad escludere il lavoro straordinario e l'indennità di disagio e i ratei di TFR, con una retribuzione globale di fatto pari ad euro 2451,32 lordi mensili (computati secondo i conti attorei depositati il 19/9/17, depurati delle voci non pertinenti e verificati, per quel che riguarda la retribuzione base, secondo le buste paga prodotte nel documento 6 ric.).

Non risulta da detrarre alcunché a titolo di *aliunde perceptum*, considerato il contenuto del documento del Centro Provinciale dell'Impiego di Pavia, depositato dal ricorrente il 11/9/17 in causa e di quello prodotto il 2/5/18 (doc. 29 ric.).

Quanto alle spese di lite, ex articolo 92 c.p.c., viene valorizzata la novità della causa e i menzionati problemi interpretativi che sono valutati ai fini della liquidazione delle stesse, ritenendosi, perciò, giustificata la compensazione per il 50% e la determinazione di un residuo importo come da dispositivo a favore di parte opposta, tenendo conto della brevità e della natura del giudizio;

PQM

Conferma l'ordinanza opposta e dichiara l'illegittimità della delibera di esclusione del 18/5/17, dichiarando, al contempo, illegittimo il recesso dal rapporto di lavoro intimato con la stessa lettera ai sensi dell'articolo 18, comma 4, SL e conferma il diritto del lavoratore alla reintegrazione nel posto di lavoro o in altro equivalente;

conferma, quindi, la legittimità dell'esercizio del diritto di opzione, comunicato il 16/10/17 ex articolo 18 SL dalla parte opposta alla opponente;



condanna, pertanto, la opponente a corrispondere alla stessa parte opposta, ai sensi del IV comma dell'art. 18 della legge n. 300/70, la retribuzione mensile – pari alla retribuzione globale di fatto (€ 2451,32 mensili lordi) - dalla data del licenziamento al 16/10/17, oltre a 15 mensilità in virtù dell'esercizio dell'opzione suddetta, oltre rivalutazione e interessi dalle singole scadenze al saldo, nonché a versare i contributi previdenziali ed assistenziali secondo legge;

condanna altresì la opponente a rimborsare alla parte opposta le spese di lite che liquida in complessivi € 2000,00, oltre 15% per spese forfettarie e oltre Iva e cpa, già operata la compensazione per il 50%.

Milano, il 9/5/18

Il Giudice
dott. Nicola Di Leo

