



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SEZIONE LAVORO

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Maria Grazia Cassia, esaurita l'escussione orale ed udite le conclusioni delle parti, ha pronunciato *ex art. 429 c.p.c.* la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. r.g. **9023/2016** promossa da:

con l'avv.to MAURO TAGLIABUE

RICORRENTE

contro

con l'avv.to ANDREA FORTUNAT

RESISTENTE

Fatto e diritto

- Rilevato che con ricorso ritualmente notificato A afferma di aver lavorato presso l di Rozzano dal 5.5.1998, alle dirette dipendenze della società gerente la S.p.A., con contratto di formazione e lavoro convertito in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato dal 6.5.2000 (doc. 2), con inquadramento iniziale nel 5° livello del CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi, poi divenuto 4° livello; che con accordo sindacale del 5.3.2012 era stata prevista la terziarizzazione del servizio notturno di movimentazione merci presso il suddetto supermercato e conseguentemente tutti i dipendenti addetti a tale mansione venivano assunti da società appaltatrici che avevano operato su tale sede in forza di contratti di

pagina 1 di 9



appalto via via stipulati dalla committente S.p.A.; che per effetto del verbale di accordo sindacale del 5.3.2012, i rapporti di lavoro di tutti dipendenti addetti al caricamento notturno cessavano il 31.3.2012 e dal giorno successivo, l'1.4.2012, transitavano alle dipendenze della società alla quale era stato assegnato l'appalto, la Società Cooperativa a responsabilità limitata, "con riconoscimento dell'anzianità maturata in S.p.A." e mantenimento delle medesime condizioni contrattuali; che a seguito di nuovo cambio di appalto, in data 1.1.2014 tutti i dipendenti addetti al caricamento notturno venivano assunti dalla nuova assegnataria dell'appalto, la Cooperativa, mantenendo le medesime condizioni contrattuali; che a seguito di nuovo cambio di appalto, in data 1.1.2016 tutti i dipendenti addetti al caricamento notturno venivano assunti dall'odierna resistente, mantenendo l'anzianità di servizio e le medesime condizioni contrattuali; che dal 5.5.1998 al 29.6.2016 (15 anni e 2 mesi), aveva sempre svolto mansioni di facchino addetto al caricamento notturno presso il magazzino di Rozzano; che con lettera datata 29.6.2016, consegnatagli il giorno successivo (30.6.2016), la datrice di lavoro gli contestava l'appropriazione indebita di merci dallo scaffale del supermercato, e lo sospendeva cautelativamente dal servizio; che rendeva le proprie controdeduzioni con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno inviata il 2.7.2016; che la raccomandata era tornata al mittente, dopo che egli aveva già ricevuto la lettera di licenziamento, con l'attestazione che a tale indirizzo la società era "sconosciuta"; che con lettera datata 7.7.2016, e pervenutagli il 13.7.2016, la resistente gli comunicava il licenziamento disciplinare, che impugnava sia a mezzo PEC (pervenuta alla datrice di lavoro il 15.7.2016), sia a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno; che tutte le mattina, alla fine del turno, gli addetti al caricamento notturno, prima di abbandonare il luogo di lavoro, dovevano passare attraverso un metal detector il quale rilevava se gli stessi portassero addosso della merce; che la mattina del 29 giugno 2016 alla fine del proprio turno di lavoro si accingeva a varcare l'accesso del metal detector allorquando l'addetto alla vigilanza gli intimava



di fermarsi e lo accusava di furto, ciò, appunto, prima che egli passasse attraverso il varco; che l'addetto alla vigilanza si era recato presso un cestino della spazzatura e aveva estratto un prodotto, mostrandoglielo e accusandolo di volerlo rubare; che l'addetto alla sicurezza non lo aveva perquisito; che non si era appropriato indebitamente di alcun bene, né tantomeno aveva tentato di farlo, tant'è che nessuna denuncia era stata sporta nei suoi confronti; che non era possibile rinvenire dalla contestazione un fatto materiale specifico, il che configurava, già sotto un profilo formale, la sua insussistenza; che andava accertata e dichiarata la nullità e/o illegittimità e/o inefficacia e, comunque, l'annullabilità del licenziamento intimato e per l'effetto la resistente andava condannata a reintegrarlo nel posto di lavoro e a pagargli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (e dunque € 1,991,90), ovvero il diverso importo dovuto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento (13.7.2016) fino a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre al versamento, sull'importo di tale indennità, dei contributi previdenziali ed assistenziali; che, in via subordinata, la resistente andava condannata a pagargli un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, e dunque la misura massima di ventiquattro mensilità pari a € 47.805,60, ovvero il diverso importo ritenuto di giustizia; che in ulteriore subordine, in caso di ritenuto vizio formale e/o procedurale, la resistente andava condannata a pagargli un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, e dunque la misura massima di dodici mensilità, pari a € 23.902,80, ovvero il diverso importo ritenuto di giustizia; che, in estremo subordine, la resistente andava condannata a pagargli l'indennità prevista dall'art. 9 D.Lgs. 23/2015, nella misura massima di sei mensilità pari a € 11.951,40, ovvero il diverso importo ritenuto di giustizia; che in ogni caso di accertata nullità e/o illegittimità e/o



inefficacia del licenziamento, previo accertamento dell'illegittima sospensione cautelare del ricorrente disposta con lettera 29.6.2016 da tale data alla cessazione del rapporto di lavoro, la resistente andava condannata a pagargli un'indennità pari alle retribuzioni che avrebbe percepito ove avesse lavorato dal 29.6.2016 alla data del licenziamento (13.7.2016) e dunque la somma di € 764,28;

- Rilevato che SRL, costituitasi tardivamente in giudizio, allega che in data 29 giugno 2016, al termine del proprio turno di lavoro, e dunque alle ore 05,00 circa, il ricorrente si rendeva responsabile di un tentativo di appropriazione indebita di merci dagli scaffali del supermercato; che tale condotta veniva segnalata con lettera del 29 giugno 2016 da parte del responsabile per la sicurezza di _____),

che dopo avere varcato di qualche metro la soglia dell'antitaccheggio, accortosi di aver azionato il meccanismo, il ricorrente tornava indietro, facendo suonare nuovamente l'impianto; che, girato l'angolo, il ricorrente buttava nel cestino gli oggetti che aveva occultato nelle tasche: due trucchi, n. 1 Check Glow e n. 1 Debora Love My Lashes Mascara Volume, per un totale di € 11,40; che l'addetto alla sicurezza, avendolo seguito, assisteva con i propri occhi all'intero accadimento, compreso il momento in cui il ricorrente gettava nel cestino i trucchi estratti dalla tasca; che alla richiesta di fornire spiegazione, il ricorrente rispondeva di non aver mai preso i trucchi in questione; che all'accaduto assistevano anche gli altri colleghi del ricorrente, che avevano appena concluso il turno di lavoro,

_____ che dalla relazione del Responsabile Sicurezza _____ del 29 giugno, i colleghi del ricorrente, tra cui il Sig. _____, avevano fatto tra loro considerazioni che lasciavano intendere come tale comportamento non fosse il primo di tale tenore; che era lo stesso CCNL Terziario, Distribuzione e Servizi a contemplare, all'art. 229, la condotta posta in essere dal ricorrente tra quelle rilevanti ai fini del licenziamento per giusta causa; che, in via subordinata, andava riconosciuta la sussistenza di un giustificato motivo soggettivo di licenziamento, che,



in via ulteriormente subordinata, la domanda di reintegrazione andava rigettata per mancata dimostrazione diretta dell'insussistenza del fatto materiale contestato; che la domanda di dichiarazione dell'inefficacia del licenziamento per vizio formale era infondata tanto è vero che il ricorrente aveva ben chiari i fatti contestategli; che la domanda di illegittimità della sospensione cautelare era infondata perché il licenziamento del ricorrente era supportato da una giusta causa di recesso e, ai sensi dell'art. 1, comma 41, legge n. 92/2012, *"Il licenziamento intimato all'esito del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300 [...] produce effetto dal giorno della comunicazione con cui il procedimento medesimo è stato avviato"*; che in via istruttoria il Giudice avrebbe potuto procedere anche d'ufficio all'escussione della prova testimoniale sui fatti esposti nella narrativa della memoria di costituzione; che il ricorso, essendo infondato, andava conseguentemente rigettato, con il favore delle spese;

- Rilevato che compete alla parte resistente di offrire prova della sussistenza delle condizioni legittimanti il licenziamento;
- Rilevato che nel caso di specie parte resistente, costituitasi tardivamente in giudizio, è decaduta dalla possibilità di dedurre prova per testi e produrre documentazione, giusto il disposto dell'art. 416 u.c. c.p.c., né l'esercizio dei poteri d'ufficio riconosciuti al giudice dall'art. 421 c.p.c. può valere a superare le decadenze in cui sia incorsa la parte;
- Rilevato infatti che secondo giurisprudenza costante e condivisibile l'esercizio del suddetto potere va esercitato contemperando il principio dispositivo con quello della ricerca della verità, il che presuppone che risultino acquisite al processo delle prove, e che il giudice le reputi insufficienti, essendovi peraltro risultanze processuali che offrano ulteriori, significativi spunti d'indagine; in altre parole, il giudice può disporre atti istruttori sollecitati dal materiale probatorio già in atti, ed idonei a superare l'incertezza sui fatti in contestazione, senza che, in tal caso, si verifichi alcun



aggiramento di eventuali preclusioni e decadenza processuali già prodottesi a carico delle parti, in quanto la prova disposta d'ufficio rappresenta solo un approfondimento, ritenuto indispensabile ai fini del decidere, di elementi probatori già obiettivamente presenti nella realtà del processo;

- Ritenuto che sia ben diversa la situazione nel caso di specie, in cui alla tardività della costituzione in giudizio consegue di fatto l'assenza di elementi istruttori che giustificano un approfondimento da parte del giudice al fine di chiarire fatti rimasti incerti;
- Ritenuto che, essendo incontestato che il rapporto di lavoro per cui è causa risulta disciplinato dal D.lgs. n. 23/2015, occorra verificare la sussistenza dei presupposti per la concessione della invocata tutela reintegratoria prevista dall' art. 3 co. 2 del D.Lgs. citato, siccome contestati dalla resistente;
- Rilevato che a norma della suddetta disposizione l'annullamento del licenziamento e la condanna del datore di lavoro alla reintegra del lavoratore nel posto di lavoro (oltre che al pagamento dell'indennità normativamente prevista) può essere disposta "esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore";
- Ritenuto che la *ratio* sottesa all'intera normativa di cui al D.lgs. in esame sia all'evidenza quella di limitare al minimo le ipotesi di reintegra, e che tuttavia la formulazione della disposizione in esame presenti (oltre che profili di contrasto con la legge delega n. 183/2014) diversi elementi di irrazionalità, apparendo problematico addossare al lavoratore (in contrasto con il principio della vicinanza della prova e del disposto di cui all'art. 5 L.n. 604/1966) la prova di un fatto negativo, peraltro "direttamente", ossia senza potersi avvalere della prova presuntiva od indiretta;
- Ritenuto che sia materialmente impossibile dimostrare un fatto non avvenuto, se non dando la prova di uno specifico fatto positivo incompatibile con l'esistenza del fatto



di cui si afferma l'inesistenza, o anche mediante presunzioni semplici dalle quali possa desumersi il fatto negativa, e che pertanto all'avverbio "direttamente" non possa ricollegarsi alcuna conseguenza di tipo processuale; ciò considerato anche il fatto che, sebbene sia chiara l'intenzione del legislatore di addossare sul lavoratore l'onere della prova di un fatto negativo, un'interpretazione che rispetti siffatta intenzione impedendo al lavoratore di avvalersi della prova presuntiva od indiretta risulterebbe di dubbia costituzionalità;

- Ritenuto che, dovendosi per quanto detto elidere l'avverbio "direttamente", per darsi luogo alla tutela reintegratoria in esame occorre che sia "dimostrata in giudizio l'insussistenza materiale del fatto contestato al lavoratore";
- Rilevato che la disciplina dell'onere della prova integra criterio per regolare il giudizio sul fatto rimasto incerto, imponendo al giudice di considerare non vero il suddetto fatto;
- Ritenuto che nel caso di specie, operando un'interpretazione della norma secondo la volontà del legislatore, competerebbe al lavoratore di dimostrare in giudizio l'insussistenza del contestato tentativo di furto di merce della resistente, e ritenuto che i capitoli di prova dedotti dallo stesso sul punto non possano consentire di raggiungere la prova, sia pure indiretta, dell'insussistenza materiale del fatto contestato, posto che è incontestato che il lavoratore non è stato perquisito dall'addetto alla sicurezza, e che lo stesso ammette che quest'ultimo lo ha accusato di furto all'atto dell'uscita dal lavoro a fine turno, ma allega di non aver nemmeno avuto contezza della merce da questi estratta da un cestino della spazzatura, e la cui sottrazione gli veniva contestata;
- Ritenuto infatti che l'unica prova indiretta che possa consentire al lavoratore di dimostrare l'insussistenza del fatto contestato sia quella di dimostrare un fatto incompatibile, ossia che quanto estratto dal cestino della spazzatura dall'addetto alla sicurezza non era prodotto proveniente dagli scaffali del supermercato, e che peraltro



il lavoratore allegghi di non aver neppure visto l'oggetto in questione; rilevato inoltre che né nella lettera di contestazione disciplinare né nella comunicazione di licenziamento vi è una compiuta descrizione del fatto contestato e delle modalità del relativo accertamento (parlandosi solamente di "appropriazione indebita di merce dagli scaffali del supermercato"; cfr. doc. n. 7 di parte ricorrente), sicchè, trovando applicazione il principio della prova cd. eventuale, l'onere di allegazione e prova a carico del lavoratore risulta oltremodo gravoso, e tale da rendere eccessivamente difficile, se non impossibile, l'esercizio del diritto alla reintegra;

- Ritenuto conseguentemente che la disposizione in questione debba interpretarsi nel senso che la dimostrazione in giudizio del fatto negativo equivalga alla mancata prova del fatto positivo, e che pertanto l'unica interpretazione razionale e costituzionalmente orientata sia quella che fa salva la regola sull'onere della prova da ritenersi dettata in via generale dall'art. 5 L.n. 604/1966, e non esplicitamente disattesa dal testo normativo in esame;
- Ritenuto che all'insussistenza della giusta causa addotta a motivo del licenziamento disciplinare consegue l'illegittimità della sospensione cautelare del lavoratore, con conseguente diritto dello stesso a percepire la retribuzione non erogatagli dalla data della sospensione al licenziamento;
- Ritenuto conseguentemente che il ricorso vada accolto nei termini di cui al dispositivo, con le conseguenze di legge in ordine alle spese;

P.Q.M.

Il Tribunale Ordinario di Milano, Sezione Lavoro, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, in accoglimento del ricorso, annulla il licenziamento per cui è causa e per l'effetto condanna parte resistente a reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro ed a pagargli una indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegra, nonché al versamento dei contributi previdenziali ed



assistenziali.

Condanna parte resistente a pagare al ricorrente la somma di € 764,28, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali con decorrenza dal dovuto al dì del saldo effettivo.

Condanna parte resistente a rimborsare alla parte ricorrente le spese di lite, che si liquidano in € 3.800,00 per compensi, oltre spese generali 15% i.v.a. e c.p.a., da distrarsi in favore del procuratore di parte ricorrente, che si dichiara antistatario.

Milano, 14/03/2017

Il Giudice
Maria Grazia Cassia



