

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Corte D'Appello di Roma
SEZIONE LAVORO e PREVIDENZA
Il Collegio

La Corte nelle persone dei seguenti magistrati:

- | | |
|-----------------------------|------------------|
| Dott. Tiziana Assunta Orru' | Presidente |
| Dott. Maria Pia Di Stefano | Consigliere rel. |
| Dott. Glauco Zaccardi | Consigliere |

all'udienza del 5.5.2015
nella causa civile di II Grado iscritta al n. r.g. 9147/2012:

tra
[redacted] domiciliata in VIA OSLAVIA 30 00195
ROMA rappresentata dall'avv. ANTONUCCI MARCO

Parte appellante

contro

[redacted] domiciliata in VIA SABOTINO, 2 00192 ROMA rappresentata
dall'avv. ZAZA CLAUDIO e avv. PACIOTTI PAOLO (PCTPLA75H05H501G)
VIA SABOTINO, 2 00195 ROMA;

Parte appellata

Ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Oggetto: appello avverso la sentenza n.14822/2012 emessa dal Tribunale di Roma in
funzione di Giudice del Lavoro in data 26.9.2012

Conclusioni: come da scritti difensivi in atti

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Roma Giudice del Lavoro [redacted] conveniva in
giudizio la ditta individuale [redacted] deducendo:

FIRMA DA: DI STEFANO MARIA FIA ENNESSO DA: FUSICCHI CAR SERIATA, 00000 - FIRMATO DA: CURGIULO EMILIANA DISSO DA: FUSICCHI CAR SERIATA, 00000 - FIRMATO DA: CURGIULO EMILIANA DISSO DA: FUSICCHI CAR SERIATA, 00000 - FIRMATO DA: CURGIULO EMILIANA DISSO DA: FUSICCHI CAR SERIATA, 00000



di avere lavorato con mansioni di estetista alle dipendenze della convenuta dal 31.3.2003 al 5.8.2003 senza regolarizzazione e dal 6.8.2003 al 5.10.2009 con contratto di apprendistato della durata di 60 mesi, inquadrata al 3° livello del CCNL Barbieri Parrucchieri ed Estetisti; che tra le parti si era di fatto incardinato, fin dalla stipula del contratto, un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato; che essa ricorrente aveva svolto mansioni di estetista provvedendo ad eseguire tutti i trattamenti previsti dal centro; che le mansioni erano di fatto riconducibili al 2° livello del predetto CCNL; che non aveva percepito una retribuzione adeguata alla qualità e quantità del lavoro prestato; che era stata licenziata senza preavviso con lettera ricevuta il 29.9.2009 a far data dal 5.10.2009 nonostante lo stato di gravidanza iniziato il 29/30.9.2009; che in particolare nella suddetta missiva la datrice di lavoro deduceva che: *“come già segnalato più volte nelle riunioni periodiche le confermo che la crisi generale ha determinato evidenti difficoltà anche nel nostro settore con conseguenze pesanti sulla gestione finanziaria della nostra attività. Visto che la richiesta di un maggior impegno da parte sua nel coinvolgimento del cliente non ha avuto ad oggi alcun riscontro sono a richiamare con la presente la sua attenzione sull'andamento aziendale ancora evidentemente critico”*. Ed inoltre: *“in data 23.9.2009 apprendevo da fonte certa di una sua pronta guarigione (a meno di 24 ore dall'inizio dell'evento malattia) nonostante lei mi richiedesse un'assenza dal lavoro, a questo punto totalmente ingiustificata, di 5 giorni in quanto affetta da stato influenzale con febbre alta e presenza di placche alla gola, stato che normalmente non consente di circolare liberamente. Al suo rientro al termine dei 5 giorni nessun commento da parte sua in merito. Anzi il giorno 26 c.m. la trovo personalmente a cercare non so cosa furtivamente all'interno della mia borsa, nel mio ufficio. Anche in questo caso nessun commento”*.

Concludeva chiedendo che, accertato il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato intercorso tra le parti, con inquadramento nel secondo livello, e la nullità/illegittimità del licenziamento per essere stato intimato in periodo di gravidanza e comunque per insussistenza della giusta causa o giustificato motivo oggettivo, la convenuta fosse condannata al ripristino del rapporto di lavoro ed al pagamento delle retribuzioni medio tempore maturate o, in subordine, alla riammissione in servizio ed al risarcimento del danno nella misura di 6 mensilità, oltre in ogni caso al pagamento delle differenze retributive quantificate in euro 13.879,19.

La convenuta si costituiva in giudizio eccependo l'esistenza di una precedente conciliazione sindacale che copriva il periodo compreso sino al 12.6.2007; contestava che la ricorrente avesse svolto mansioni di estetista poiché le sua era invece un'attività di formazione; le mansioni erano comunque legate al terzo livello professionale, anzi la ricorrente si era più volte rifiutata ingiustificatamente di eseguire determinati trattamenti estetici che le venivano richiesti, così come di seguire dei corsi formativi fuori dal centro estetico o di fare straordinari, circostanza che inaspriva fin dall'inizio i rapporti con essa datrice di lavoro tanto da comportare, in data 10.9.2007/ 21.9.2007, un primo licenziamento scritto per giusta causa, poi revocato dalla convenuta su richiesta della [REDACTED]. Evidenziava che il secondo licenziamento del 28.9.2009 era stato intimato in ragione della riduzione del personale conseguente alla crisi del settore, del comportamento lavorativo negligente della [REDACTED] per assenza giustificata oltre tre giorni consecutivi e per simulata malattia, in violazione dell'art. 37 CCNL, e per tentativo di furto in azienda, anch'esso vietato dall'art. 37 CCNL.

Contestava che il licenziamento fosse stato intimato durante lo stato di gravidanza, avvenuta in base a fecondazione assistita, conformemente alla sentenza della CGU C - 506 del 26.2.2008, del 15° considerando e dell'art. 2 lett. a) della Direttiva del Consiglio 19.10.1992, 92/85/CEE; rilevava di non avere mai ricevuto certificazione attestante il percorso di fecondazione assistita al quale la lavoratrice si era sottoposta, di cui veniva a conoscenza solo con la notifica del ricorso; che in ogni caso il divieto di licenziamento di cui all'art. 54 D. Lgs. 151/2001 non trovava applicazione, ricorrendo l'ipotesi della "colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro" di cui al comma 3 del citato articolo 1 D.lgs 151/2001; chiedeva in subordine che la Corte presentasse rinvio pregiudiziale alla CGUE sulla interpretazione della Direttiva 92/85 nei limiti di incidenza sulla presente controversia.

Contestava i conteggi allegati al ricorso, che non tenevano conto del corretto inquadramento e del verbale di conciliazione sindacale.

Il Tribunale emetteva la seguente pronuncia: *"dichiara la nullità del licenziamento intimato con lettera del 28.9.2009 ed ordina il ripristino del rapporto. Condanna la convenuta a corrispondere alla lavoratrice tutte le retribuzioni maturate e maturande dal 5.10.2009 all'effettiva reintegra oltre accessori dalla maturazione al saldo. Accertato il diritto della ricorrente ad essere inquadrata nel II livello ccnl del settore, condanna [REDACTED] al pagamento in favore dell'istante della somma di euro 7.433,73 oltre accessori dalla maturazione al saldo.*

Condanna la convenuta al pagamento dei compensi del giudizio che si liquidano complessivamente in euro 2100".

Il Tribunale, nel valutare se il licenziamento fosse stato o meno disposto in periodo di gravidanza, attribuiva rilievo alla data di effettiva interruzione del rapporto di lavoro indicata dal datore di lavoro nella lettera di licenziamento ("5 ottobre" 2009): poiché risultava dal certificato medico versato in atti che la gravidanza era iniziata tra il 29 e i 30 settembre 2009 e il licenziamento veniva disposto con lettera del 28.9.2009 (ricevuta il 29.9.2009) *ma con effetto a far data dal 5 ottobre*, il recesso cadeva sicuramente nel periodo di gravidanza della lavoratrice.

Quanto alle rivendicazioni economiche, il Tribunale rilevava che il verbale redatto in sede sindacale il 12.6.2007 integrava una vera e propria transazione tra le parti, che esonerava il giudice dal valutare quanto relativo al periodo precedente.

L'inquadramento economico nel secondo livello e il riconoscimento delle differenze retributive trovavano riscontro nella espletata istruttoria, che aveva dimostrato che la ricorrente aveva svolto ogni tipo di trattamento estetico (conformemente a quanto richiesto nella declaratoria del livello secondo) e che non era stata impartita alcuna formazione; la quantificazione era contenuta nei conteggi allegati al ricorso, redatti in modo preciso e comunque non contestati, pacificamente riferiti al solo periodo successivo al 12.6.2007.

La sentenza veniva impugnata dalla datrice di lavoro sulla base dei seguenti motivi:

1. Violazione art. 112 c.p.c. ed art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea.
2. Violazione art. 112 c.p.c. – Errore di inquadramento contrattuale (II livello anziché III) – Violazione art. 46 CCNL barbieri parrucchieri ed estetisti vigente al momento dell'assunzione (2000-2003).

L'appellata si costituiva in giudizio resistendo al gravame e chiedendone il rigetto.

La causa, alla pubblica udienza del 5.5.2015, è stata decisa come da dispositivo in calce.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appellante lamenta, con il primo motivo, la inesatta ricostruzione in fatto della vicenda lavorativa tra le parti (lettere dalla *a* alla *d* del ricorso), censura che, più organicamente, la Corte ritiene di esaminare con riguardo al secondo motivo di gravame, e la omessa considerazione (lettere *e* ed *f* del ricorso) della questione di diritto comunitario sollevata in primo grado, rilevante ai fini dell'esame della legittimità del licenziamento.

Ciò premesso, va osservato che la certificazione della data presunta del concepimento, utile a verificare se il licenziamento sia stato intimato o meno in corso di gravidanza, è indicata nel 29/30.9.2009 (v. doc. 8 in atti della società resistente in primo grado), e tale certificazione va interpretata quale attestazione del fatto che la gravidanza risale al 29.9.2009 (quale data ritenuta più vicina alla certezza scientifica della data di concepimento): ritiene infatti la Corte che nel caso in cui, come quello di specie, il dato non sia individuabile con grado di certezza assoluto e sia indicato con riferimento ad una doppia data, esso non può che essere letto con il "favor" dovuto al soggetto debole del rapporto lavorativo dedotto, trattandosi di assicurare alla lavoratrice la tutela del posto di lavoro nella delicata fase che precede la nascita di un figlio.

Pertanto, ai fini della verifica della operatività del divieto ex art. 54, anche doverosamente arretrando al 29.9.2009 la data della operatività del licenziamento rispetto a quella individuata dal primo giudice (5 ottobre), il recesso è pur sempre intervenuto durante il periodo di gravidanza della [REDACTED], la cui decorrenza è certificata in atti.

Di alcun pregio il rilievo dell'appellante secondo il quale la disciplina sul divieto di licenziamento non troverebbe applicazione in presenza di fecondazione assistita.

Invero, l'invocata pronuncia della Corte di Giustizia, contrariamente a quanto sostenuto nel gravame, non esprime alcun principio contrastante con il divieto di licenziamento della lavoratrice in gravidanza, siccome delineato dalla normativa interna e dalla quella comunitaria, in particolare della richiamata Direttiva 92/85/CEE, concernente "l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute sul lavoro delle lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento".

La pronuncia in esame, in particolare, non pone un limite generale all'applicabilità della citata Direttiva (e del divieto di licenziamento in essa sancito), alle lavoratrici che abbiano fatto ricorso alla procreazione artificiale.

Detta sentenza riguarda invero un'ipotesi tutta peculiare di fecondazione assistita, affatto diversa da quella in esame: si tratta di una lavoratrice che, sottoposta al trattamento ormonale previsto per l'applicazione delle tecniche di fecondazione *in vitro*, veniva licenziata nel periodo ricompreso tra il congedo accordato per sottoporsi al prelievo follicolare e il successivo trasferimento in utero degli ovuli fecondati; senonché, proprio in quest'arco di tempo, il suo datore di lavoro le comunicava il licenziamento.

Si poneva, avanti al giudice nazionale austriaco, il problema, che la Corte di giustizia era stata chiamata a dirimere in via pregiudiziale, del momento dell'insorgenza dello "stato di gravidanza", se con la fecondazione degli ovuli *in vitro*, oppure in seguito al loro impianto nell'utero della donna, sotto il duplice profilo della operatività del divieto di licenziamento ex art 10 comma 1 della Direttiva e della attuazione del principio delle pari opportunità e della parità



di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione.

La Corte, in estrema sintesi, ha risolto la domanda pregiudiziale sul primo quesito (estensione della tutela contro il licenziamento prevista dalla direttiva del Consiglio 19 ottobre 1992 alla lavoratrice gestante che si sia ricorsa alla fecondazione in vitro) rispondendo che non si può considerare gestante la lavoratrice licenziata prima che siano impiantati nel suo utero i semi fecondati (e gli stessi abbiano prodotto il primo sviluppo dell'embrione), condicio sine qua non per considerare iniziata la gestazione (in analogia con la gravidanza "naturale").

La Corte europea ha dunque risolto il problema interpretativo della Direttiva in parola solo con riferimento alla fecondazione in vitro e solo con riguardo allo iato temporale esistente tra tale fecondazione e l'impianto dell'ovulo fecondato, affermando che non può essere considerata gestante colei alla quale, in tale procedimento, gli ovuli già fecondati non siano stati ancora impiantati.

Quindi, è ben vero che la Corte GU, nella richiamata pronuncia, ha ritenuto nella sua fattispecie inapplicabile la direttiva del Consiglio 92/85/CEE, ma ciò in quanto le tutele contro il licenziamento di lavoratrici gestanti, puerpere o in periodo di allattamento previste dall'art. 10 di tale direttiva richiedono *"che la gravidanza abbia avuto inizio"*, circostanza, questa, che pur volendo *"tenersi conto della prima data possibile di inizio della gravidanza"*, il giudice non riteneva di poter ravvisare nel caso in esame per *"ragioni relative al rispetto del principio della certezza del diritto"*.

Secondo la Corte, infatti, la mancanza, in ambito comunitario, di una disciplina uniforme, delimitante in un lasso di tempo ragionevolmente circoscritto il periodo intercorrente dalla data di fecondazione degli ovuli al loro impianto, consente che in alcuni Stati gli ovuli fecondati possano essere conservati anche per lunghissimo tempo (proprio come in Austria, dove la legge sulla riproduzione medicalmente assistita consente che le cellule in via di sviluppo possano essere conservate fino a dieci anni).

Dunque, applicare la tutela istituita dall'art. 10 della direttiva 92/85 CEE alla fase precedente l'impianto degli ovuli fecondati, secondo il giudice comunitario poteva *"avere l'effetto di concedere il beneficio di tale tutela anche qualora il trasferimento degli ovuli fecondati, per un qualsivoglia motivo, sia rimandato per diversi anni o addirittura si sia definitivamente rinunciato a un tale trasferimento e la fecondazione in vitro sia stata praticata come semplice misura cautelativa"*.

E' evidente, pertanto, come il caso affrontato dalla sentenza CGUE qui invocata non è assolutamente confrontabile con quello sottoposto all'esame di questa Corte, che non riguarda la fecondazione in vitro; dal che consegue la piena operatività della normativa sul divieto di licenziamento applicata dal primo

giudice, nonché la irrilevanza della c.d. pregiudiziale comunitaria che l'appellante, in via di subordine, vorrebbe sollevata da questo giudice nazionale.

Secondo la Raccomandazione della Corte di giustizia dell'unione europea n. 2012/c 337/01 infatti, la presentazione del rinvio alla Corte di giustizia per ottenere una pronuncia pregiudiziale sull'interpretazione di una norma del diritto dell'unione, conformemente al disposto dell'art. 267 TFUE, può avvenire qualora il giudice nazionale "*lo ritenga necessario ai fini della soluzione della controversia ad esso sottoposta*" (art. 11) ovvero quando si tratti di una "*questione di interpretazione nuova che presenta un interesse generale per l'applicazione uniforme del diritto dell'unione o quando la giurisprudenza esistente non sembra applicabile ad un contesto di fatto inedito*"; altrimenti può decidere esso stesso l'esatta interpretazione del diritto dell'unione e l'applicazione di quest'ultimo alla situazione di fatto che esso constata (art. 13): nel caso di specie questa Corte reputa di poter ricorrere a siffatta autonoma interpretazione della Direttiva 92/85 sul divieto di licenziamento delle lavoratrici gestanti, che è chiara nel prevedere una tutela indistintamente applicabile ai casi di fecondazione naturale come a quelli di fecondazione assistita, purchè il periodo "protetto" sia "compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità di cui all'art. 8 paragrafo 1" e, secondo la richiamata sentenza del giudice comunitario, "la gravidanza abbia effettivamente avuto inizio".

Né la questione interpretativa appare determinante ai fini della risoluzione della presente controversia, in fatto diversa da quella considerata dal giudice comunitario.

E' appena il caso di sottolineare che, nel caso che occupa, il certificato medico relativo alla data presunta del concepimento non specifica, come di dovere, il tipo di fecondazione adottato dalla ricorrente (né esso risulta altrimenti provato), sicchè – per quanto sopra considerato – potrebbe escludersi che alla data del 29.9.2009 la Tucci non fosse *gestante* solo ipotizzando che la sua sia stata una fecondazione artificiale, in vitro, e che la data indicata dal medico sia riferita ad un momento intermedio del processo in cui l'ovulo, già fecondato, non fosse stato tuttavia ancora impiantato, o che si sia trattato di una tecnica artificiale comunque comportante una soluzione di continuità tra i due momenti.

Ma nulla di tutto ciò trova riscontro in atti; d'altronde, dovendosi presumere in detto certificato la coincidenza tra data certificata e inizio del processo biologico, la prova contraria doveva essere fornita dal datore di lavoro che contestava la circostanza.



Deve pertanto concludersi che la [REDACTED] è stata licenziata in periodo di tutela legale della maternità, in violazione del divieto di licenziamento posto dalla normativa nazionale e comunitaria.

Nemmeno è ravvisabile l'esimente, invocata dalla società oggi appellante, della "colpa grave della lavoratrice costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro" di cui al comma 3 del citato articolo 1 D.lgs 151/2001.

Ripercorrendo partitamente i motivi indicati nella lettera di licenziamento la Corte osserva che:

-non vi è prova dell'asserito tentativo di furto: il datore di lavoro non ha chiesto di provarlo (cfr. capitoli di prova di cui alle conclusioni istruttorie del ricorso di primo grado) e comunque la circostanza non è emersa dall'istruttoria; non risulta nemmeno che la [REDACTED] abbia sporto denuncia per questo fatto;

-non vi è prova del giustificato motivo oggettivo: la [REDACTED] non ha chiesto di provare la riduzione del personale per crisi aziendale, la circostanza non emerge dall'istruttoria e non risulta da alcun documento;

- non vi è riscontro dell'assenza ingiustificata per tre giorni consecutivi e della simulazione della malattia: è in atti il certificato medico inviato all'INPS che copre la [REDACTED] dal 15.9.2009 al 19.9.2009; il fatto che un giorno ricadente in questo periodo la stessa sia stata vista in strada dalla teste di parte resistente [REDACTED] è circostanza del tutto compatibile con la malattia certificata quale "sindrome influenzale" e con la giustificazione resa nell'occasione dalla ricorrente (esigenza di recarsi in farmacia); inoltre, dal racconto fornito dalla teste non traspare alcun elemento di imbarazzo o difficoltà della [REDACTED], che, anzi, risulta essere andata per prima incontro alla madre della convenuta (amica della teste, presente all'incontro) per salutarla;

-non vi è prova del comportamento negligente: la teste [REDACTED], cliente del centro estetico, riferisce che la [REDACTED] ha seguito i corsi di formazione. La teste [REDACTED], estetista dipendente del centro con turni coincidenti con quelli della ricorrente, riferisce che la [REDACTED] partecipava ai corsi cui partecipavano tutti, che talvolta si svolgevano anche all'esterno del centro; esclude inoltre che la [REDACTED] sia mai incorsa in ritardi rilevanti; comunque, dal complesso testimoniale non emerge che la lavoratrice si sia mai rifiutata di eseguire le direttive della [REDACTED] o abbia tenuto comportamenti in altro modo negligenti nei confronti della datrice di lavoro.

Con il secondo motivo di appello la società lamenta la erronea valutazione del materiale istruttorio da parte del primo giudice in ordine alla natura subordinata del rapporto fin dall'inizio dell'attività lavorativa e all'inquadramento della [REDACTED] nel secondo livello professionale.

Il Tribunale ha riconosciuto che la [REDACTED] aveva svolto fin dall'inizio mansioni di estetista riconducibili al livello rivendicato (II) valorizzando il dato della partecipazione della ricorrente a corsi destinati a tutti i dipendenti e alla stessa datrice di lavoro (testimonianza Montefusco) e la deposizione dei testi [REDACTED] e [REDACTED]

in ordine alla somministrazione da parte della [REDACTED] dell'intera gamma dei trattamenti estetici che le venivano richiesti.

Il Tribunale ha evidenziato il fatto che la ricorrente eseguiva *ogni tipo di trattamento* e che lo aveva fatto con i relativi macchinari, ed ha richiamato la declaratoria del II livello che richiede la capacità di eseguire tutti i trattamenti dell'estetica, avvalendosi inoltre delle apparecchiature elettromeccaniche idonee ad ogni trattamento.

L'appellante, nel richiedere che i primi 60 mesi di attività fossero conteggiati come apprendistato e premesse la deduzione in fatto circa l'apprendimento graduale delle tecniche di lavoro (lettere a-d del primo motivo di appello), richiama gli attestati professionali che evidenziavano il percorso formativo e la parte di testimonianza [REDACTED] secondo cui la [REDACTED], per i primi giorni, si limitava ad osservare il lavoro delle colleghe e a ricevere dalla teste e dalla proprietaria indicazioni sulle tecniche in uso presso il centro.

In secondo luogo, sulle mansioni, sostiene che esse ricalcano quelle del III livello, che prevedono l'esecuzione di massaggi, manicure e trattamenti viso con utilizzo di elementari apparecchiature elettromeccaniche.

Le censure non sono condivisibili.

Correttamente il giudice ha evidenziato la carenza di prova della formazione, di cui non costituisce adeguato riscontro il fatto che, come riferito dalla teste [REDACTED], solo *per pochi giorni* la ricorrente abbia osservato le tecniche di lavoro delle colleghe, tanto più che *"dopo poco iniziò a occuparsi di mani e piedi e cerette"*. Le clienti del centro estetico non hanno del resto notato mutamenti nelle modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte della [REDACTED] dopo i primi due mesi, pur essendo assidue frequentatrici del centro la [REDACTED] dal gennaio 2003 e la [REDACTED] dalla primavera dello stesso anno.

Generico è poi il riferimento della teste [REDACTED] alla (necessaria e coesenziale) formazione teorica, risultando a tal fine insufficiente la riferita "disponibilità" della stessa teste e della proprietaria "ad aiutare la ricorrente e a indicarle le tecniche che si utilizzavano presso il centro", avuto riguardo allo scopo tipico del contratto di formazione e lavoro *"che è quello di favorire un ingresso guidato dei giovani nel mondo del lavoro, attraverso un rapporto che dia loro anche gli strumenti per apprendere una determinata professionalità. E consentito al datore di lavoro l'uso di una circoscritta discrezionalità nel realizzare il programma di formazione, che si traduce nella possibilità di alternare la fase teorica con la fase pratica tenendo conto delle esigenze dell'impresa; tale discrezionalità non può mai spingersi fino ad espungere una delle due fasi dalla esecuzione del contratto, atteso che entrambe sono coesenziali, con la conseguenza che il periodo di prova in tanto è rilevante per giudicare delle attitudini del lavoratore in formazione in quanto nello stesso, sia pure con cadenze diverse rispetto a quelle previste dal programma, siano presenti*

Il Consigliere estensore
dott. Maria Pia Di Stefano

Il Presidente
dott. Tiziana Assunta Orru'