



## TRIBUNALE DI NAPOLI SEZIONE LAVORO E PREVIDENZA

Il giudice del lavoro dr. Carla Musella ha emesso la seguente

### ORDINANZA

Nel procedimento RG 14158/2015 promosso ex art. 1 comma 47 legge 2012/92 da

LEONARDI GIOVANNI, con l'avv. DOMENICO PUCA

CONTRO

COSMOPOL SPA, in persona del legale rappresentante pro tempore, con l'avv. NUNZIO RIZZO

Con ricorso depositato il 25.6.2015 LEONARDI GIOVANNI, dipendente di COSMOPOL SPA assegnato al servizio vigilanza privata, impugna il licenziamento disciplinare per giusta causa, intimatogli in data 3.3.2015 dalla convenuta, all'esito di un procedimento disciplinare iniziato il 29.12.2014 con la contestazione di aver tenuto comportamenti attestanti la simulazione di malattia ovvero diretti a ritardarne la guarigione e consistenti sostanzialmente nell'essersi allontanato dall'abitazione in data 11.12.2014, 12.12.2014, 15.12.2014, 16.12.2014 con le modalità analiticamente indicate nella contestazione disciplinare.

Il ricorrente sostiene la natura discriminatoria, ritorsiva del licenziamento evidenziando che dall'ottobre 2014, data di inizio della malattia, non ha percepito più lo stipendio e ha dovuto ricorrere ad un legale per ottenere il pagamento di quanto dovuto dall'azienda; afferma inoltre la inesistenza del fatto contestato sia per la illegittimità dei controlli a distanza effettuati dal datore di lavoro, sia perché comunque dagli stessi non è emerso alcun comportamento incompatibile con lo stato di malattia psichica da cui era affetto il ricorrente, né è emerso lo svolgimento di altre attività lavorative. Conclude per la reintegra nel posto di lavoro sia per la natura discriminatoria del licenziamento, sia per la totale insussistenza del fatto contestato e richiama in proposito il CCNL vigilanza privata. In via subordinata chiede applicarsi la tutela di cui al 5° comma dell'art. 18 novellato.

Assume inoltre di aver sottoscritto un verbale di conciliazione nella medesima data del 3.3.2015 in cui è stato intimato il licenziamento; verbale di conciliazione palesemente privo dei minimi requisiti

formali per poter essere definito un verbale di conciliazione in sede sindacale in quanto sottoscritto presso la sede aziendale e senza la presenza del rappresentante sindacale .

La convenuta costituitasi, eccepisce la improponibilità della domanda per la intervenuta conciliazione sindacale riguardante anche la cessazione del rapporto di lavoro e la conseguente temerarietà della lite. Nel merito sottolinea che l'anomalo andamento della malattia del lavoratore ha costretto l'azienda a conferire incarico ad una agenzia investigativa e, dai controlli effettuati, sono emersi i comportamenti contestati al lavoratore che non sono per nulla smentiti in giudizio e devono ritenersi, quindi, definitivamente accertati. Chiede, pertanto, con varie argomentazioni, il rigetto della domanda in quanto i comportamenti posti in essere dal lavoratore sono idonei a recidere il vincolo fiduciario.

All'esito della comparizione delle parti, fallito il tentativo di conciliazione, osserva il giudicante:

1. La eccezione di improponibilità della domanda è infondata. Il verbale di conciliazione sottoscritto dal lavoratore in sede aziendale in data 3.3.2015 senza l'assistenza di un sindacalista ma alla presenza di un **mero conciliatore tal Raffaele Montefusco**, del quale, nella versione sottoscritta prodotta dall'azienda e depositata nella produzione della convenuta, viene cancellata l'affiliazione al sindacato FISACAT CISL ( cfr invece doc. a f 5 produzione attore), alla presenza di un legale, avv. Vincenzo Muro, non costituisce una conciliazione sindacale ai sensi degli artt. 411 c.p.c. , in quanto non vi è né la presenza né la partecipazione di rappresentanti sindacali, ma la presenza delle parti e di un terzo tal Raffaele Montefusco del quale non è chiarita la affiliazione ad alcun sindacato.

**Sul punto va sottolineato che nel verbale di conciliazione prodotto dall'azienda e sottoscritto dalle parti è chiaramente cancellata l'appartenenza al sindacato FISACAT CISL in modo da precludere qualsiasi indagine istruttoria che, del resto, neanche la convenuta ha sollecitato chiedendo al giudice di riservarsi all'esito dell'interrogatorio delle parti.**

Si deve, invero, osservare che la ragione per cui l'ordinamento giuridico riconosce un particolare valore alle conciliazioni sindacali è proprio derivante dalla funzione che l'ordinamento, a partire dalla legge fondamentale, riconosce al sindacato come associazione diretta a proteggere gli interessi dei lavoratori. E' evidente che quando manchi del tutto la presenza del sindacato viene meno la ragione per assegnare a tali transazioni la natura di conciliazione sindacale avente la forza preclusiva dell'azione in giudizio.

Alcuna funzione equipollente a quella che l'ordinamento giuridico riconosce al sindacato, come istituzione, può essere assegnata ad un avvocato che assiste il lavoratore, come più volte osservato dalla giurisprudenza di legittimità e come del resto deriva dalla natura di istituzione volta a difendere gli interessi dei lavoratori di rilievo certamente pubblicistico che può essere assegnata al

sindacato e non certo ad un legale privato, che, nel caso di specie, era stato incaricato di ottenere dall'azienda il pagamento degli stipendi arretrati del lavoratore.

La giurisprudenza di legittimità ha osservato, in proposito, che *Il verbale di conciliazione non può ritenersi qualificabile agli effetti di cui all'art. 411 c.p.c. nelle ipotesi in cui non risulti sottoscritto in sede sindacale, né dal rappresentante sindacale alla presenza ed in contestualità del lavoratore. In ipotesi siffatte, invero, non può attribuirsi al menzionato documento quella funzione di supporto che la legge riconosce al sindacato nella fattispecie conciliativa.* Cass. 2011/3237.

Ed ancora è stato affermato in Cass. 2013/24024, richiamata da Cass.8.7.2015 n. 14254 in motivazione, che *Le rinunzie e le transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o di contratti collettivi, stipulate in sede sindacale, non sono valide e sono impugnabili a norma dell'art. 2113, 2° e 3° comma, c.c. nel caso in cui non risulti che l'assistenza del lavoratore ad opera di un rappresentante sindacale sia stata effettiva, consentendogli di individuare esattamente il diritto al quale rinuncia e a fronte di quale vantaggio (nella specie, la corte ha censurato la sentenza impugnata per non avere sufficientemente verificato l'effettività dell'assistenza sindacale del lavoratore, ritenendo irrilevante il fatto che questi fosse assistito da un avvocato e avesse ricevuto dai conciliatori generiche informazioni sulla transazione).*

Nel caso di specie l'assenza di qualsivoglia figura sindacale, sia quale rappresentante del datore di lavoro che quale rappresentante del lavoratore, esclude in radice la possibilità di qualificare come conciliazione sindacale il documento prodotto in atti, trattandosi piuttosto di una transazione che non riveste connotati formali e sostanziali tali da precludere l'odierna impugnativa di licenziamento, tenuto conto, altresì, sia che non viene menzionata affatto la vicenda disciplinare connessa alla malattia del lavoratore sfociata nel licenziamento per giusta causa e sia della coincidenza di date del 3.3.2015, della transazione e del licenziamento.

In definitiva l'assenza totale del sindacato nel verbale di conciliazione sottoscritto nella sede aziendale e senza alcuna partecipazione di sindacato sia del lavoratore che del datore di lavoro preclude, per evidenti ragioni logiche prima ancora che giuridiche, la qualificazione del verbale come verbale di conciliazione sindacale.

2. Nel merito, il licenziamento appare illegittimo per la totale insussistenza del fatto contestato che può essere sinteticamente indicato come strumentalità della malattia/ comportamento non idoneo a consentirne la guarigione.

Basterà al riguardo osservare che la malattia da cui era affetto il lavoratore di natura psichica non richiede necessariamente di stare al riposo in casa come se si trattasse di una bronchite, a meno che non vi siano chiare indicazioni terapeutiche di rimanere nell'ambito domestico; indicazioni

terapeutiche non presenti nei certificati di malattia del lavoratore e smentite da quanto asserito nell'interrogatorio libero, nel corso del quale il lavoratore ha dichiarato che i medici, anzi gli avevano consigliato di fare una vita normale . Prescrizione logicamente plausibile con la patologia di depressione del tono dell'umore da cui era affetto il lavoratore.

Dai certificati medici depositati in atti risulta, invero, che il lavoratore era affetto da *sintomatologia caratterizzata da alti livelli di ansia e somatizzazioni viscerali, insonnia e depressione del tono dell'umore; disturbi di carattere reattivo correlati a riferite situazioni di stress in ambito lavorativo ( cfr certificato di malattia in produzioni parti)*. Una persona affetta da sindrome depressiva reattiva, come il lavoratore, non deve necessariamente rimanere chiuso in casa, non ha impacci nello svolgimento di attività fisiche, può stare alle intemperie.

Si considerino, alla luce di tale considerazione, i comportamenti contenuti nella contestazione disciplinare: *in data 11 12.2014 alle ore 10,30 circa Lei è uscito dalla sua abitazione in Ischia alla via Cà Tavola n. 7 e camminando in maniera spedita, è acceduto all'interno della sua auto ponendosi alla guida ed allontanandosi. Dopo circa dieci minuti Lei è tornato presso la sua abitazione . Alle ore 16,00 la sua auto non era parcheggiata presso la sua abitazione . Alle 18,30 ha fatto rientro sempre alla guida della sua Fiat Bravo presso la abitazione per poi ripartire in direzione del centro, parcheggiare in via Alfredo De Luca, scendere dall'auto e dirigersi a piedi verso il centro di Ischia Porto. Alle 19,30 ripresa l'auto ha fatto ( rientro n.d.r) presso la sua abitazione. Tali attività sono state svolte con naturalezza e senza mostrare alcun impedimento fisico . Analoghi episodi vengono contestati relativamente ai giorni 12.12.2014 15.12.2014 e 16.12.2014 ove è menzionata anche la presenza di temporali ( cfr contestazione disciplinare del 29.12.2014 ).*

In definitiva il comportamento contestato è quello di essere uscito di casa più volte con normalità e quindi di svolgere una vita normale nonostante la malattia psichica.

A prescindere dalla questione della contestazione sui fatti relativa alla residenza del lavoratore, che afferma di non risiedere a via Cà Tavola e alle eccezioni sollevate dalla parte ricorrente sulla legittimità dei controlli investigativi, non vi è chi non veda che il comportamento contestato, vale a dire di aver simulato la malattia o ritardato la sua guarigione, è palesemente insussistente in quanto non ricavabile, nemmeno in via presuntiva, dai comportamenti contestati, tutti perfettamente compatibili con la malattia psichica: così è per la circostanza di non aver mostrato impedimenti fisici, di essersi mosso con naturalezza, di essere uscito più volte di casa e di aver guidato l'auto nonché di essere uscito mentre c'era un temporale, in quanto la sindrome depressiva reattiva anzi guarisce più facilmente conducendo una vita normale anziché rimanendo inattivo nel chiuso delle mura domestiche.

Il punto è che l'azienda ha equiparato erroneamente, ad avviso del giudice, la malattia psichica da cui risulta affetto il lavoratore ad un malanno fisico quale può essere un'affezione bronco-polmonare, incompatibile con l'esposizione alle intemperie o una patologia artrosica incompatibile con un movimento naturale, desumendo dai controlli investigativi effettuati che il lavoratore stesse simulando la patologia o ritardandone la guarigione quando è evidente che se mai il condurre una vita normale può giovare alla guarigione da una patologia psichica.

La simulazione della malattia psichica d'altra parte, è smentita dalle certificazioni mediche provenienti da strutture pubbliche prodotte in atti che sono state confermate anche dalle visite fiscali.

Il fatto contestato - aver simulato la malattia o ritardato la sua guarigione - deve pertanto ritenersi, palesemente inesistente.

In questo caso i comportamenti materiali tenuti dal lavoratore - essere uscito più volte di casa anche con le intemperie - non sono idonei a determinare l'esistenza del **fatto contestato che è appunto aver simulato la malattia o aver ritardato la sua guarigione.**

Sotto tale profilo una volta individuato il fatto contestato appare, ad avviso del giudice, non rilevante la questione, molto dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, sui confini del fatto vale a dire se esso debba essere inteso come fatto materiale o come fatto giuridico comprensivo delle componenti oggettive e soggettive.

In questo caso invero è dirimente la circostanza che il fatto contestato - aver simulato la malattia o aver ritardato la sua guarigione - palesemente non sussista.

3. Le conseguenze della insussistenza del fatto contestato sono quelle disciplinate dall'art. 18 come modificato dalla legge 92/2012 che qui si riporta, applicabile al rapporto di lavoro in esame.

*Il giudice, nelle ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili, annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a dodici mensilità della retribuzione globale di fatto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione,*

*maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative. In quest'ultimo caso, qualora i contributi afferiscano ad altra gestione previdenziale, essi sono imputati d'ufficio alla gestione corrispondente all'attività lavorativa svolta dal dipendente licenziato, con addebito dei relativi costi al datore di lavoro. A seguito dell'ordine di reintegrazione, il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio entro trenta giorni dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro ai sensi del terzo comma.*

La norma prevede un tetto massimo di risarcimento a seguito della reintegra che non a caso è stata definita dalla dottrina tutela reintegratoria debole perché accompagnata da un risarcimento del danno che non può mai superare l'importo massimo di dodici mensilità di retribuzione globale.

Il licenziamento va quindi annullato, il lavoratore deve essere reintegrato nel posto di lavoro e l'azienda condannata al pagamento della indennità risarcitoria come sopra indicata dalla data del licenziamento alla reintegra; indennità risarcitoria che non può superare le dodici mensilità.

In proposito va chiarito che non è risultato in alcun modo provato che il lavoratore abbia svolto altre attività lavorative e d'altro canto, l'azienda non ha insistito per sentire informatori al riguardo avendo peraltro dedotto molto genericamente, nei capitoli di prova, che il lavoratore presta attività lavorativa a favore di diversa società.

L'azienda è tenuta al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

4. Deve tassativamente escludersi la natura ritorsiva del licenziamento addotta dal lavoratore.

Il comportamento illegittimo dell'azienda, che non ha erogato lo stipendio quale anticipazione del trattamento di malattia, non può certo definirsi, di per sé, comportamento di natura discriminatoria/ritorsiva, mentre deve riconoscersi che la malattia del lavoratore ha effettivamente assunto una eccessiva durata in relazione alla entità, che non sembra essere grave, della sindrome depressiva reattiva, tenuto conto che l'azienda lavora in base alle commesse su base provinciale e quindi non è possibile garantire ai suoi dipendenti il lavoro nell'isola di Ischia.

In tal senso l'origine dello stress psichico del lavoratore, indicato nel verbale di interrogatorio dallo stesso lavoratore, come l'eccessivo dispendio di denaro per lavorare fuori sede a Napoli, dopo essere passato alla nuova società, è di per sé un rischio che è insito nella natura stessa dell'attività professionale che il lavoratore ha accettato di svolgere in quanto è evidente che se non vi sono richieste per l'isola di Ischia, il lavoro svolto dall'azienda non può che effettuarsi dove c'è la domanda di servizi su base provinciale.

La perdurante assoluta novità della questione relativa alla interpretazione del fatto materiale, tenuto conto dell'evoluzione del quadro normativo ed il rigetto della domanda relativa alla natura ritorsiva del licenziamento inducono a compensare per metà le spese ai sensi dell'art. 92 c.p.c come riformulato dalla legge 134/2014.

Le residue vanno poste a carico della società per la soccombenza e liquidate in base al DM 55/2014.

P.Q.M.

Respinta ogni diversa istanza eccezione e difesa, annulla il licenziamento intimato al lavoratore il 3.3.2015 e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione nonché al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione. Compensa per metà le spese e condanna la società alla rifusione delle residue che liquida per metà in € 1400,00 oltre spese generali, IVA, CPA se dovute con attribuzione all'avv.

DOMENICO PUCA.

Napoli, 18.8.2015

Il giudice del lavoro

Dr. Carla Musella