



TRIBUNALE ORDINARIO DI TRENTO
sezione per le controversie di lavoro

ORDINANZA ex art. 1 co. 49 L. 28.6.2012, n. 92

Il tribunale ordinario di Trento, in funzione di giudice del lavoro, nella persona del magistrato dott. Giorgio Flaim,
letti gli atti e i documenti prodotti,
sentite le parti all'udienza dell'8 settembre 2020,

OSSERVA

le domande proposte dalla ricorrente

La ricorrente BALDO MARLENE –

premessi di aver lavorato dal 26.2.1996 alle dipendenze della società convenuta UNIFARM UNIONE FARMACISTI TARENTINO ALTO ADIGE s.p.a., con inquadramento nel 4° livello CCNL Terziario Distribuzione e Servizi, svolgendo mansioni di addetta al magazzino –

impugna il licenziamento per giusta causa a lei intimato, con lettera del 4.5.2020 (doc. 7 fasc. ric.), in ragione degli addebiti disciplinari contestati con lettera 24.4.2020 (doc. 5), avente il seguente tenore:

“In data 8 aprile 2020 Lei produceva alla Scrivente domanda di congedo parentale (c.d. congedo COVID) ai sensi del DL 18 marzo 2020 ex. Art 23. La stessa richiesta è contrassegnata da protocollo INPS no INPS.8300/08/04/2020.0080642. Tale richiesta, come da documentazione da lei prodotta, copriva il periodo 9 marzo 2020- 23 marzo 2020.



Da un controllo effettuato, pertanto, risulta che Lei sia rimasta assente ingiustificata dal lavoro per 11 (undici) giorni consecutivi: 8 aprile 2020; 9 aprile 2020; 10 aprile 2020; 14 aprile 2020; 15 aprile 2020; 16 aprile 2020; 17 aprile 2020; 20 aprile 2020; 21 aprile 2020; 22 aprile 2020; 23 aprile 2020.

Tale mancanza rappresenta una violazione a quanto previsto ex art. 235 del CCNL applicato”.

La ricorrente propone:

1)

domanda di accertamento della nullità del licenziamento *de quo* “in quanto discriminatorio e/o ritorsivo e/o comunque irrogato per motivi illeciti”;

chiede l’applicazione della tutela ex art. 18 co.1 e 2 St.Lav.;

2)

domanda di annullamento del licenziamento *de quo* per difetto della giusta causa addotta “per insussistenza del fatto contestato e/o per l’irrelevanza disciplinare dello stesso”;

chiede l’applicazione della tutela ex art. 18 co.4 St. Lav.;

3)

domanda di accertamento dell’illegittimità del licenziamento *de quo* “in quanto non ricorrono gli estremi della giusta causa”;

chiede l’applicazione della tutela ex art. 18 co.5 St. Lav.

i motivi della decisione

1)

in ordine alle domande di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio e perché ritorsivo

La ricorrente propone sia una domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio, sia una domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché ritorsivo, in ragione delle medesime allegazioni che seguono:

ella è madre di una bambina di nove anni con la quale convive senza la presenza di altro genitore;

a causa della sospensione delle attività didattiche disposta in ragione dell’emergenza COVID 19 si è trovata nell’impossibilità di svolgere le prestazioni lavorative dovute alla società



datrice, trovandosi nella necessità di assistere la figlia minore che, altrimenti, si sarebbe trovata sola in casa, stante la mancanza di qualsiasi sostegno di parenti o di vicinanza.

Tuttavia le due domande devono essere esaminate, per ragioni giuridiche, distintamente.

1.1. in ordine alla domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio

Di recente la Suprema Corte ha specificato (Cass. 5.4.2016, n. 6575;) che il motivo discriminatorio discende direttamente dalla violazione oggettiva di specifiche norme di diritto europeo (direttiva 2000/43/CE del 29.6.2000 sull'attuazione del principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; direttiva n. 2000/78/CE del 27.11.2000 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; direttiva n. 2006/54/CE del 5.7.2006 relativa al principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego) ed interno (d.lgs. 9.7.2003, n. 215 per la parità di trattamento tra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica; d.lgs. 9.7.2003, n. 216 per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; d.lgs. 11.4.2006, n. 198 e d.lgs. 25.1.2010, n. 5 in tema di pari opportunità e parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego; in ordine al licenziamento discriminatorio: art. 4 L. 15.7.1966, n. 604; art. 15 St.lav.; art. 3 L. 11.5.1990, n. 108)), secondo le quali la discriminazione opera in modo oggettivo e consiste in un trattamento peggiore riservato al lavoratore in conseguenza del fatto di appartenere ad una categoria protetta tipizzata (età, genere, razza o origine etnica orientamento sessuale, *handicap*, lingua, convinzioni religiose o politiche o personali,) e a prescindere da ogni intenzione datoriale di vessarlo per le stesse ragioni.

Inoltre ha precisato (nello stesso senso in precedenza Cass. 5.6.2013, n. 14206;) che la nullità degli atti di gestione del rapporto di lavoro (compreso il licenziamento), che deriva dal divieto di discriminazione discende *ex se* dalla violazione di specifiche norme di diritto interno ed europeo, di talché la condotta discriminatoria, operando obiettivamente, a differenza del motivo illecito, è idonea di per sé sola a determinare la nullità dell'atto adottato in conseguenza della condotta tale sua efficacia viziante non è esclusa dalla concorrenza di ragioni lecite.

Nell'ambito delle specifiche norme che tutelano contro le discriminazioni, è fondamentale



sottolineare il carattere tipico dei fattori di protezione introdotti dal legislatore a tutela di specifiche categorie (come si è appena visto: età, genere, razza o origine etnica orientamento sessuale, *handicap*, lingua, convinzioni religiose o politiche o personali).

Deve, però, aggiungersi che secondo la consolidata giurisprudenza della Suprema Corte (Cass. 3.12.2015, n. 24648; Cass. 18.3.2011, n. 6282, Cass. 3.5.1997, n. 3837;) il divieto di licenziamento discriminatorio è suscettibile - in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997 - di interpretazione estensiva, di talché, esemplificando in modo conferente al caso in esame, la protezione che il legislatore attribuisce ai portatori di *handicap* (i quali non possono essere trattati in modo più svantaggiato in ragione della loro condizione) può essere riconosciuta in via giurisprudenziale anche a coloro che risultano essere stati pregiudicati a motivo di uno stato di salute precario, anche se non propriamente riconducibile a una condizione di *handicap*.

Quanto al profilo probatorio, in via generale, ad avviso della Suprema Corte (Cass. 2.1.2020, n. 1; Cass. 12.10.2018, n. 25543; Cass. 5.6.2013, n. 14206;), in tema di comportamenti datoriali discriminatori la disciplina nazionale (ad esempio l'art. 40 d.lgs. 198/2006), in linea con quella europea (ad esempio l'art. 19 della direttiva CE n. 2006/54, secondo l'interpretazione data dalla Corte di giustizia nella sentenza 21.7.2011, in C-104/2010, *Kelly*, punti 29 e 30), non stabilisce un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'attenuazione del regime probatorio ordinario, prevedendo a carico del soggetto convenuto (ad esempio il datore di lavoro) l'onere di fornire la prova dell'inesistenza della discriminazione, ma ciò solo dopo che il ricorrente abbia fornito al giudice elementi di fatto (desunti anche da dati di carattere statistico), relativi ai comportamenti discriminatori lamentati e idonei a fondare, in termini precisi (ossia determinati nella loro realtà storica) e concordanti (ossia fondati su una pluralità di fatti noti convergenti nella dimostrazione del fatto ignoto), anche se non gravi, la presunzione dell'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori;

icasticamente Cass. 14206/2013 cit. ha statuito che: “*dimostrati i fatti che fanno ritenere probabile la discriminazione, spetta alla controparte dimostrarne l'insussistenza*”.

Più specificamente, in tema di licenziamento discriminatorio, ad avviso della Suprema Corte (Cass. 27.9.2018, n. 23338; Cass. 5.6.2013, n. 14206;), in forza dell'attenuazione del regime



probatorio ordinario introdotta per effetto del recepimento delle direttive n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla CGUE (sentenze 17.7.08, C303/06 Colemann, 10.7.08 C-54/07 Feryn, 16.7.15 C- 83/14 Chez), incombe sul lavoratore l'onere di allegare e provare il fattore di rischio, il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, deducendo una correlazione significativa fra questi elementi che rende plausibile la discriminazione; il datore dei lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione.

Nel caso in esame la ricorrente si limita a sostenere che *“il comportamento datoriale si colloca nella fattispecie discriminatoria in danno di una madre sola”*.

Risulta, però, il carattere assolutamente generico dell'assunto, specie in riferimento all'individuazione del fattore di protezione tipico (seppur interpretato estensivamente) che assumerebbe rilievo nella vicenda in esame (essendo del tutto insufficiente l'allegazione della qualità di “madre sola”) e al nesso tra l'essere portatore di un fattore di protezione e il licenziamento intimato.

In definitiva, dal mancato assolvimento degli oneri allegatori (oltre che probatori) a carico della ricorrente discende il rigetto della domanda, da lei proposta, di accertamento della nullità del licenziamento perché discriminatorio.

1.2 in ordine alla domanda di accertamento della nullità del licenziamento perché ritorsivo

Ad avviso della Suprema Corte il licenziamento per ritorsione costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione a un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona a lui legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità ex art. 1345 cod.civ. del licenziamento, quando la finalità ritorsiva abbia costituito il motivo esclusivo e determinante dell'atto espulsivo (*ex multis*, anche di recente, Cass. 3.12.2019, n. 31527; Cass. 17.1.2019, n. 1195; Cass. 19.11.2018, n. 29764; Cass. 3.12.2015, n. 24648; Cass. 18.3.2011, n. 6282;).

Ne consegue che, allorquando il lavoratore allegghi che il licenziamento gli è stato intimato



per un motivo illecito esclusivo e determinante ex art. 1345 cod.civ., il datore di lavoro non è esonerato dall'onere di provare, ai sensi dell'art. 5 L. 15.7.1966, n. 604, l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso; quindi l'indagine in ordine alla sussistenza nonché al carattere esclusivo e determinante del motivo ritorsivo dovrà essere condotta successivamente a quella concernente il presupposto giustificativo addotto dalla società datrice a fondamento del licenziamento intimato e solo nell'ipotesi di accertata insussistenza della stessa; diversamente, infatti, il motivo ritorsivo non sarebbe, per forza di cose, esclusivo e determinante e quindi non renderebbe nullo il negozio estintivo.

In questo senso si è pronunciata di recente la Suprema Corte (Cass. 23.9.2019, n. 23583; Cass. 4.4.2019, n. 9468), la quale ha statuito con cristallina chiarezza: *“Per accordare la tutela prevista per il licenziamento nullo [L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 1... [oggi anche d.lgs. 23/2015 art. 2], perché adottato per motivo illecito determinante ex art. 1345 c.c., occorre che il provvedimento espulsivo sia stato determinato esclusivamente da esso, per cui la nullità deve essere esclusa se con lo stesso concorra un motivo lecito, come una giusta causa (art. 2119 c.c.) o un giustificato motivo (L. n. 604 del 1966, ex art. 3). Il motivo illecito può ritenersi esclusivo e determinante quando il licenziamento non sarebbe stato intimato se esso non ci fosse stato, e quindi deve costituire l'unica effettiva ragione del recesso, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. L'esclusività sta a significare che il motivo illecito può concorrere con un motivo lecito, ma solo nel senso che quest'ultimo sia stato formalmente addotto, ma non sussistente nel riscontro giudiziale. Il giudice, una volta riscontrato che il datore di lavoro non abbia assolto gli oneri su di lui gravanti e riguardanti la dimostrazione del giustificato motivo oggettivo, procede alla verifica delle allegazioni poste a fondamento della domanda del lavoratore di accertamento della nullità per motivo ritorsivo, il cui positivo riscontro giudiziale dà luogo all'applicazione della più ampia e massima tutela prevista dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 1 [oggi anche d.lgs. 23/2015, art.2]. Dunque, in ipotesi di domanda proposta dal lavoratore che deduca la nullità del licenziamento per il suo carattere ritorsivo, la verifica di fatti allegati dal lavoratore richiede il previo accertamento della insussistenza della causale posta a fondamento del recesso, che risulti solo allegata dal datore, ma non provata in giudizio, poiché la nullità per motivo illecito ex art. 1345 c.c. richiede che questo abbia carattere determinante e che il motivo addotto a sostegno del licenziamento sia solo formale e apparente...”*



In definitiva l'indagine in ordine alla sussistenza nonché al carattere esclusivo e determinante del motivo ritorsivo addotto dovrà essere condotta successivamente a quella concernente il presupposto giustificativo addotto dalla società datrice a fondamento del licenziamento intimato (qui giusta causa) e solo nell'ipotesi di accertata insussistenza dello stesso (diversamente, infatti, il motivo ritorsivo non sarebbe, per forza di cose, esclusivo e determinante e quindi non renderebbe nullo il negozio estintivo).

2)

in ordine alla domanda di annullamento del licenziamento *de quo* per difetto della giusta causa addotta “*per insussistenza del fatto contestato e/o per l'irrilevanza disciplinare dello stesso*”;

Anche questa domanda attiene alle medesime circostanze di fatto, ossia quelle oggetto degli addebiti disciplinari – che la società datrice ha contestato alla ricorrente con lettera del 24.4.2020 e posto a fondamento del licenziamento qui impugnato – consistenti nell'essere “*rimasta assente ingiustificata dal lavoro per 11 (undici) giorni consecutivi: 8 aprile 2020; 9 aprile 2020; 10 aprile 2020; 14 aprile 2020; 15 aprile 2020; 16 aprile 2020; 17 aprile 2020; 20 aprile 2020; 21 aprile 2020; 22 aprile 2020; 23 aprile 2020*”.

La questione sottesa alla presente controversia consiste nello stabilire se l'assenza dal lavoro della ricorrente debba considerarsi o meno giustificata.

In caso negativo la domanda dovrebbe esser rigettata anche alla luce della disciplina collettiva, la quale sanziona con il licenziamento senza preavviso l' “*assenza ingiustificata oltre tre giorni nell'anno solare*” (art. 238 CCNL cit.).

Tuttavia vi sono molteplici ragioni che inducono a ritenere la ricorrente immeritevole della sanzione espulsiva che le è stata irrogata.

a)

In primo luogo emerge *per tabulas* (doc. 9 fasc. ric.) che la ricorrente, all'epoca in cui iniziò l'assenza dal lavoro oggetto di addebito (8-23.4.2020), aveva a disposizione ancora 6,68 giorni di ferie e 70 ore di permessi (verosimilmente quelli ex art. 158 CCNL cit.).

Parte convenuta sostiene che la ricorrente non avrebbe formulato alcuna richiesta di fruizione di ferie e permessi.

L'assunto non è condivisibile.



Infatti risulta documentalmente (doc. 4 fasc. ric.) che la lavoratrice, con *mail* dell'13.3.2020, ore 12,16, formulò alla società datrice "*richiesta di ferie per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche (come previsto dal decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri causa Covid-19) con l'impedimento di rientrare al lavoro finché non si ritornerà ad una situazione di normalità e alla riapertura delle scuole*".

E' vero che all'epoca la sospensione delle attività didattiche era stata disposta fino al 3.4.2020 (art. 2 co.1 d.p.c.m. 9.3.2020); tuttavia questo termine è stato prorogato al 13.4.2020 con l'art. 1 d.p.c.m. 1.4.2020 e successivamente, senza soluzione di continuità, sostituito con il termine del 3.5.2020 con l'art. 1 co.1 lett. k) e l'art. 8 co.2 d.p.c.m. 10.4.2020.

Alla luce dell'esigenza, incontestatamente sussistente e ben nota alla società datrice (in ragione della fruizione, da parte della ricorrente, del congedo ex art. 23 co.1 D.L. 17.3.2020, n. 18 conv. in L. 24.4.2020, n. 27, in relazione al periodo 9.-23.3.2020), che induceva la lavoratrice a richiedere di fruire di ferie (assistenza in favore di una figlia di nove anni convivente senza la presenza dell'altro genitore), nonché dell'amplissima formula utilizzata dalla lavoratrice ("*per tutto il periodo di sospensione delle attività scolastiche...con l'impedimento di rientrare al lavoro finché non si ritornerà ad una situazione di normalità e alla riapertura delle scuole*"), la richiesta non poteva non essere considerata dalla società datrice – sulla base di un'interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod.civ.), in particolare dell'affidamento che, secondo quanto poteva ragionevolmente apparire alla società datrice, l'istanza suscitava nella sua autrice – come riferita a qualsiasi periodo di sospensione della attività didattiche disposto dall'autorità statale allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sul territorio nazionale.

Inoltre, se è vero che i periodi di fruizione delle ferie vengono individuati dal datore "*tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro*" (art. 2109 co.2 cod.civ.) e "*i permessi saranno fruiti individualmente in periodi di minore attività e mediante rotazione dei lavoratori che non implichi assenze tali da ostacolare il normale andamento dell'attività produttiva*" (art. 158 co.2 CCNL cit.), tuttavia nel caso in esame, mentre il carattere impellente dell'esigenza, di cui la ricorrente era portatrice, appare manifesto in quanto essenziale alla tutela di interessi protetti a livello anche costituzionale (art. 30 co.1 Cost.), la società datrice non ha allegato alcuna circostanza da cui sia possibile evincere un qualche impedimento di carattere produttivo a che la ricorrente fruisse nel periodo 8-23 aprile



2020 dei 6,68 giorni di ferie e 70 ore di permessi (ampiamente in grado di coprire gli undici giorni di assenza addebitati disciplinarmente), di cui la lavoratrice disponeva, allegazione (e prova) tanto più necessaria in considerazione del ruolo gerarchicamente modesto e quindi facilmente fungibile rivestito dalla ricorrente (operaia di 4° livello addetta al magazzino).

Seppure in riferimento a fattispecie diversa – ma accomunata a quella rilevante nel caso in esame dall’esigenza del lavoratore di non incorrere nella cessazione del rapporto per effetto dell’esercizio del potere datoriale di licenziamento – è consolidato l’orientamento della Suprema Corte (Cass. 29.10.2018, n. 27392; Cass. 3.3.2009, n. 5078; Cass. 19.11.1998, n. 11691;) secondo cui il lavoratore assente per malattia ha facoltà di domandare la fruizione delle ferie maturate e non godute, allo scopo di sospendere il decorso del periodo di comporto, non sussistendo un’ incompatibilità assoluta tra malattia e ferie, senza che a tale facoltà corrisponda comunque un obbligo del datore di lavoro di accedere alla richiesta, ove ricorrano ragioni organizzative di natura ostativa, ma, in un’ottica di bilanciamento degli interessi contrapposti, nonché in ossequio alle clausole generali di correttezza e buona fede, è necessario che le dedotte ragioni datoriali siano concrete ed effettive.

In definitiva, la società datrice, anziché procedere disciplinarmente nei confronti della lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire delle ferie e dei permessi già maturati e, compatibilmente con le esigenze produttive, anche di quelle maturande in relazione all’anno 2020 (come peraltro comunicato alla ricorrente dal responsabile delle risorse umano Rattin nella mail 11.3.2020, ore 12,51 sub doc. 4 fasc.ric.: *“Tramite il Suo responsabile, sig. CAU, siamo disponibili a valutare Sue richieste di ferie e permessi. Può attingere a quelle arretrate senza dover ricorrere alle ferie e permessi di nascente maturazione, che comunque potrà fruire come da pianificazione in armonizzazione allo stato del reparto”*, alla quale la lavoratrice diede riscontro con la già citata mail dell’13.3.2020, ore 12,16).

b)

L’art. 169 co.1 CCNL cit. prevede: *“Ai sensi e per gli effetti di quanto previsto dall’art. 4, 2° comma, della Legge n. 53/2000 e dagli artt. 2 e 3 del regolamento d’attuazione di cui al Decreto Interministeriale 21.7.2000, n. 278, il lavoratore, anche apprendista, ha diritto ad un periodo di congedo per i gravi motivi familiari espressamente indicati dalle richiamate disposizioni di legge, relativi alla situazione personale, della propria famiglia anagrafica e dei soggetti di cui all’art. 433 cod. civ. anche se non conviventi, nonché dei portatori di*



handicap, parenti o affini entro il terzo grado, anche se non conviventi”;

l’art. 4 co.2 L.8.3.2000, n. 53 dispone: “I dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati possono richiedere, per gravi e documentati motivi familiari, fra i quali le patologie individuate ai sensi del comma 4, un periodo di congedo, continuativo o frazionato, non superiore a due anni. Durante tale periodo il dipendente conserva il posto di lavoro, non ha diritto alla retribuzione e non può svolgere alcun tipo di attività lavorativa”;

l’art. 2 co.1 d.m. 21.7.2000, n. 278 prevede: “1. La lavoratrice e il lavoratore, dipendenti di datori di lavoro pubblici o privati, possono richiedere, ai sensi dell’articolo 4, comma 2, della legge 8 marzo 2000, n. 53, un periodo di congedo per gravi motivi, relativi alla situazione personale, della propria famiglia anagrafica, dei soggetti di cui all’articolo 433 del codice civile anche se non conviventi, nonché dei portatori di handicap, parenti o affini entro il terzo grado, anche se non conviventi. Per gravi motivi si intendono: ...

b) le situazioni che comportano un impegno particolare del dipendente o della propria famiglia nella cura o nell’assistenza delle persone di cui al presente comma;”.

Appare indubbio che la necessità di assistere una figlia dell’età di 9 anni convivente senza la presenza dell’altro genitore, la quale, a causa dell’emergenza COVID 19 non possa avvalersi del servizio scolastico, integri un grave motivo familiare afferente a una situazione che comporta un impegno particolare della lavoratrice nell’assistenza della minore.

E’ vero che l’art. 169 co. 3 CCNL cit. prevede: *“Il lavoratore dovrà presentare richiesta scritta specificando i motivi e la durata del periodo di congedo precisando, di norma, la durata minima dello stesso e documentare, anche attraverso dichiarazione sostitutiva nei casi consentiti, il legame di parentela, affinità o di famiglia anagrafica con i soggetti sopra indicati”.*

Tuttavia per le stesse ragioni esposte *sub a)*, in particolare alla luce dell’esigenza, incontestatamente sussistente e ben nota alla società datrice, che induceva la lavoratrice a richiedere di fruire di ferie (assistenza in favore di una figlia di nove anni convivente senza la presenza dell’altro genitore), la richiesta, formulata dalla lavoratrice con la *mail* dell’13.3.2020, ore 12,16, doveva essere considerata dalla società datrice – ancora una volta sulla base di un’interpretazione secondo buona fede (art. 1366 cod.civ.), in particolare dell’affidamento che, secondo quanto poteva ragionevolmente apparire alla società datrice, l’istanza suscitava nella sua autrice – come riferita a qualsiasi causa idonea a giustificare



l'assenza dal lavoro cui la ricorrente era costretta dalla necessità di assistere la figlia di nove anni, che si trovava a essere sola a casa a seguito della sospensione delle attività didattiche disposta dall'autorità statale allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sul territorio nazionale.

In definitiva, la società datrice, anziché procedere disciplinarmente nei confronti della lavoratrice, avrebbe dovuto consentirle di fruire di un congedo non retribuito per gravi motivi familiari ex art. 169 co.1 CCNL cit. durante l'intero periodo di detta sospensione delle attività didattiche.

c)

Un'ulteriore ragione di insussistenza della giusta causa, addotta a fondamento del licenziamento intimato alla ricorrente, è costituita dal carattere giustificato dell'assenza dal lavoro oggetto di addebito in quanto dovuta a impossibilità di svolgere la prestazione per causa non imputabile alla lavoratrice.

L'art. 1218 cod. civ., pur onerando il debitore della prova che l'inadempimento è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, alla luce del coordinamento con l'art. 1256 cod.civ. (che prevede l'estinzione dell'obbligazione nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione), pone a carico del creditore (qui il datore) il rischio dell'impossibilità della prestazione e, in ragione del disposto ex art. 1463 cod.civ., a carico del debitore (qui il lavoratore) il rischio di perdere la controprestazione.

Com'è noto, in ordine al fondamento della responsabilità per inadempimento si fronteggiano due concezioni:

l'una oggettivistica, secondo cui risiede nella mancata esecuzione della prestazione, di talché la responsabilità del debitore può essere esclusa soltanto quando egli dimostri l'avvenuta estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta impossibilità, verificatasi, per una causa a lui non imputabile.

l'altra soggettivistica, secondo cui la responsabilità del debitore si fonda sulla colpa intesa come mancata esplicazione della diligenza richiesta dall'art. 1176 cod.civ. e, conseguentemente, il debitore può non rispondere anche nel caso la mancata esecuzione della prestazione non sia dovuta a impossibilità sopravvenuta, qualora sia in grado di provare di aver posto in atto tutta la diligenza dovuta secondo le circostanze.

In riferimento all'obbligazione di lavoro, la cui disciplina attribuisce tutela non solo



all'interesse del datore di ricevere la prestazione, ma anche a interessi attinenti alla persona del lavoratore (si pensi alla normativa in tema di malattia, infortunio, maternità e paternità), assume particolare rilievo la nozione di impossibilità della prestazione in termini di inesigibilità della prestazione secondo buona fede, che, secondo un insigne giurista, ricorre quando emerga una difficoltà nell'adempiere che, alla luce del contenuto della prestazione dovuta e dei mezzi correntemente impiegati per eseguirla, non è corretto pretendere che il debitore superi.

Si ritiene che nella vicenda in esame le prestazioni di lavoro nelle giornate afferenti all'assenza oggetto di addebito fossero divenute inesigibili per la ricorrente e, quindi, impossibili per causa a lei non imputabile.

Questa statuizione trova riscontro in due dati legislativi che appaiono indicativi dell'esistenza di una situazione, in capo ai dipendenti genitori di figli in età scolare, che andava ben oltre la mera *difficultas* nell'adempiere l'obbligazione di lavoro:

Fin dall'origine l'art. 23 co. 6 D.L. 18/2020 ha disposto che: *“I genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori, di età compresa tra i 12 e i 16 anni, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia genitore non lavoratore hanno diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e grado, senza corresponsione di indennità né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro”*.

Questa disposizione – se interpretata in coordinamento con il disposto ex art. 23 co.1 D.L. 18/2020, che attribuiva ai genitori lavoratori dipendenti del settore privato con i figli di età non superiore a 12 anni uno specifico congedo indennizzato nella misura del 50 per cento della retribuzione – deve ritenersi applicabile anche a questi ultimi.

Infatti, a meno di non ritenere la norma affetta da una palese irragionevolezza, il sistema di tutela realizzato dall'art. 23 D.L. 18/2020 in favore dei lavoratori dipendenti del settore privato con i figli di età non superiore a 16 anni deve essere così delineato:

a tutti questi dipendenti (e non solo a coloro che sono genitori di figli minori di età compresa tra i 12 e i 16 anni) era attribuito il diritto di astenersi dal lavoro per il periodo di sospensione dei servizi educativi per l'infanzia e delle attività didattiche nelle scuole di ogni ordine e



grado, senza corresponsione di indennità, né riconoscimento di contribuzione figurativa, con divieto di licenziamento e diritto alla conservazione del posto di lavoro; il riconoscimento di un tale diritto presuppone necessariamente che la prestazione di lavoro era divenuta impossibile *melius* inesigibile a causa della necessità di assistere i figli insorta a seguito della sospensione delle attività didattiche disposta dall'autorità statale allo scopo di contrastare e contenere il diffondersi del virus COVID-19 sul territorio nazionale; in questo senso appare diretta la novella del comma 6 ad opera dell'art. 72, comma 1, lett. b), D.L. 19 maggio 2020, n. 34 conv. in L. 17.7.2020, n. 77 che ha attribuito tale diritto ai “*genitori lavoratori dipendenti del settore privato con figli minori di anni 16, a condizione che nel nucleo familiare non vi sia altro genitore beneficiario di strumenti di sostegno al reddito in caso di sospensione o cessazione dell'attività lavorativa o che non vi sia altro genitore non lavoratore*”;

ai dipendenti genitori di figli minori di età compresa tra i 12 e i 16 anni) era attribuito uno specifico congedo indennizzato nella misura del 50 per cento della retribuzione per un periodo non superiore a quindici giorni.

In secondo luogo l'art. 72 co.1, lett. a) D.L. 34/2000, novellando l'art 23 co.1 D.L. 18/2020, ha disposto l'incremento da quindici a trenta giorni di quello specifico congedo da godersi fino al 31 luglio 2020 a comprova che la situazione considerata dal legislatore al momento dell'emanazione del D.L. 18/2020 è persistita fino a quella data.

Sebbene questa norma non sia direttamente applicabili *ratione temporis* alla vicenda in esame, è opportuno evidenziare che la ricorrente ha goduto soltanto di 15 giorni di congedo ex art. 23 co.1 D.L. 18/2020.

- - -

Sciogliendo la riserva di cui al paragrafo **1.2.**, non si ritiene che il licenziamento, pur invalido per difetto della giusta causa addotta, sia affetto da nullità per ritorsività. Infatti la società datrice ha proceduto disciplinarmente nei confronti della ricorrente in ragione di una condotta che oggettivamente costituiva un'assenza prolungata dal lavoro e, quindi, non appariva una manifesta forma di esercizio di un diritto, ma che si è ritenuta giustificata solo a seguito di elaborate considerazioni di ordine giuridico.

- - -



Quindi il licenziamento, di cui alla lettera del 4.5.2020, è stato intimato dalla società UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a. al ricorrente BALDO MARLENE per un fatto giuridicamente inesistente in quanto disciplinarmente irrilevante.

Ne consegue che ai sensi dell'art. 18 co.4 St.Lav. (come novellato dall'art. 1 co. 42 L. 28.6.2012, n. 92):

- il licenziamento deve essere annullato;
- la società datrice va condannata alla reintegrazione del ricorrente nel posto di lavoro occupato al momento della cessazione del rapporto (stabilimento di Trento – fraz. Ravina);
- la società datrice va condannata al pagamento, in favore del ricorrente, di un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione globale di fatto che sarebbe maturata dalla data di cessazione del rapporto alla data odierna (secondo un importo mensile di € 1.828,44 risultante dal doc. 9 fasc. ric.), con le maggiorazioni ex art.429 co.3 cod.proc.civ. (con gli interessi legali dovuti sul capitale via via rivalutato ogni fine anno secondo quanto stabilito in Cass. S.U. 29.1.2001, n.38);
- la società datrice va condannata 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.

Le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

visto l'art. 1 co 49 L. 28.6.2012, n. 91

- 1. Accerta che il licenziamento, di cui alla lettera del 4.5.2020, è stato intimato dalla società resistente UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a. al ricorrente BALDO MARLENE per un fatto giuridicamente inesistente in quanto disciplinarmente irrilevante, difettando così la giusta causa addotta quale presupposto giustificativo del recesso.***
- 2. Annulla il licenziamento intimato dalla società UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a. a BALDO MARLENE.***



3. *Condanna la società UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a. a reintegrare BALDO MARLENE nel posto di lavoro occupato al momento della cessazione del rapporto (stabilimento di Ravina di Trento).*
4. *Condanna la società UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a., a corrispondere, in favore di BALDO MARLENE, un'indennità risarcitoria commisurata alla retribuzione che sarebbe maturata dalla cessazione del rapporto alla data odierna (secondo un importo mensile di € 1.828,44), con il maggior danno da svalutazione liquidato sulla base della variazione percentuale degli indici ISTAT, intervenuta dalle date di maturazione delle singole mensilità fino ad oggi, e con gli interessi legali computati sulle somme così rivalutate e decorrenti dagli stessi termini a quibus fino al saldo.*
5. *Condanna la società UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a. a versare i 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.*
6. *Condanna la società UNIFARM – UNIONE FARMACISTI TRENINO ALTO ADIGE s.p.a. alla rifusione, in favore di BALDO MARLENE, delle spese di giudizio, liquidate nella somma complessiva di € 2.000,00, maggiorata del 15% per spese forfettarie ex art. 2 co.2 d.m. 10.3.2014, n. 55, oltre ad IVA e CNPA.*

Trento, 8 settembre 2020

IL GIUDICE DEL LAVORO

(dott. Giorgio Flaim)

Si comunichi alle parti costituite

