



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

in composizione monocratica e in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dott.ssa Julie Martini, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa

da

Parte_1 (C.F. *C.F._1*) rappresentata e difesa dall'avv. D'AMBROGIO LUCA presso lo studio del quale in Seregno Via Palestro n. 3 ha eletto domicilio come da procura in atti

- RICORRENTE -

contro

Controparte_1 (C.F. *P.IVA_1*) rappresentata e difesa dall'avv. CHIRONNA MENA presso lo studio della quale in Pogliano Milanese Via Morgagni n. 40 ha eletto domicilio come da procura in atti

- RESISTENTE -

Oggetto: Impugnazione licenziamento con domanda di reintegrazione

All'udienza di discussione i procuratori concludevano come in atti.

*

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso depositato in data 6.7.2023 avanti al Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, *Parte_1*, premesso di essere stata assunta dalla società convenuta, *Controparte_1* in data 22.11.2022, con contratto a tempo pieno e indeterminato e con periodo di prova di 90 giorni, con inquadramento al 2° livello del CCNL Turismo Pubblici Esercizi e mansioni di *Parte_2*,



lamentava di essere stata licenziata con lettera del 21.2.2023 per presunto mancato superamento del periodo di prova.

Nel presente giudizio, la lavoratrice lamenta la illegittimità del provvedimento di recesso datoriale per le seguenti ragioni:

- in quanto il rapporto iniziato il 22.11.2022 si è interrotto per volontà datoriale il 21.2.2023 e, quindi, oltre il termine del periodo di prova, con l'effetto che il licenziamento per mancato superamento deve ritenersi nullo in quanto intervenuto quando il termine della prova era già decorso;
- in quanto il licenziamento era da ritenersi discriminatorio perché irrogato in ragione dello stato di gravidanza della ricorrente, noto ai titolari della società già dal 18.2.2023, e, comunque, in violazione dell'art. 2, comma 2, della L. n. 1204/1971;
- in quanto il licenziamento era da ritenersi nullo anche perché orale poiché *"privo della sottoscrizione"*;
- in quanto il licenziamento per mancato superamento della prova non era stato specificamente motivato dal datore di lavoro con indicazione delle ragioni del giudizio negativo circa l'esito della prova.

Chiedeva, quindi, di dichiararsi la nullità ovvero l'illegittimità dell'impugnato licenziamento, con conseguente riconoscimento del diritto della ricorrente alla reintegrazione nel posto in precedenza occupato *ex art. 2* del D.Lgs. n. 23/2015 ed al pagamento della indennità risarcitoria dalla data del licenziamento a quello della effettiva reintegra. In subordine, accertata l'assenza di giusta causa e di giustificato motivo del licenziamento, condannare parte resistente ai sensi del D.lgs. n. 23/2015 e L. 604/1966 al pagamento di una indennità risarcitoria tra un minimo di due ad un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione mensile utile ai fini del TFR, pari ad euro 2.348,18; con riconoscimento in ogni caso della indennità di preavviso per euro 1.977,66; la ricorrente ha chiesto altresì la condanna della società al pagamento delle ore di lavoro straordinario asseritamente svolte con la maggiorazione del 15%. Con vittoria delle spese di lite da distrarsi in favore del procuratore antistatario.



La società convenuta, regolarmente costituitasi in giudizio, ha contestato in fatto e in diritto le pretese attoree, chiedendone il rigetto.

Il giudice, esperito con esito negativo il tentativo di conciliazione, ha ammesso le prove testimoniali, fissando poi per discussione l'udienza del 24.4.2024 all'esito della quale la causa è stata decisa come da dispositivo indicando in sessanta il termine per il deposito della motivazione.

*

È pacifico e documentalmente provato che il contratto sottoscritto tra le parti in data 2.11.2022, con decorrenza dal 22.11.2022, prevedeva un periodo di prova di *"90 giorni di effettiva prestazione lavorativa"* (doc. 1 ric.)

Alla luce del chiaro tenore letterale del contratto deve ritenersi destituita di fondamento la doglianza attorea secondo cui il recesso datoriale per mancato superamento della prova sarebbe stato irrogato dalla società oltre il termine dei 90 giorni del periodo di prova.

Infatti, come rilevato dalla società, il contratto ha avuto inizio il 22.11.2022 ed il licenziamento è stato comminato il 21.2.2023 dopo che la Pt_I aveva svolto 74 giorni di lavoro effettivo come documentalmente dimostrato dal LUL prodotto in atti dalla resistente (doc. 15 allegato alla memoria).

Del tutto destituita di fondamento è l'eccezione di oralità del licenziamento in quanto privo della sottoscrizione da parte del datore di lavoro.

Si richiama in merito la pronuncia della Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza n. 12106/17 la quale ha enunciato il seguente principio di diritto: *"La produzione in giudizio d'una lettera di licenziamento priva di sottoscrizione alcuna o munita di sottoscrizione proveniente da persona diversa dalla parte che avrebbe dovuto sottoscriverla equivale a sottoscrizione, purché tale produzione avvenga ad opera della parte stessa nel giudizio pendente nei confronti del destinatario della lettera di licenziamento medesima"*.

La società ha prodotto sub doc. 13 la lettera di licenziamento del 21.2.2023 e, in ossequio al principio enunciato dalla Suprema Corte e su richiamato, tanto basta per ritenere destituita di fondamento la doglianza attorea.

*



La ricorrente ha dedotto la nullità del licenziamento in quanto comminato mentre la stessa si trovava in stato di gravidanza come certificato dai doc. 4 e 5 allegati al ricorso, i quali dimostrano che la Pt_1 al momento del licenziamento del 21.2.2023 si trovava alla settima settimana di gestazione.

La ricorrente invoca l'applicazione dell'art. 2, comma 2, della L. n. 1204/1971 ed eccepisce la nullità del recesso per discriminatorietà, in quanto fondato esclusivamente sul suo stato soggettivo, come si evincerebbe dalla tempistica dei fatti narrati, con conseguente inversione dell'onere della prova in applicazione dell'art. 28, comma 4, del D. Lgs. n. 150/2011.

Nel merito, per quanto concerne il recesso datoriale per mancato superamento del periodo di prova, le doglianze della ricorrente sono articolate sul motivo centrale del suo stato di gravidanza.

Sul punto, l'art. 54 del D. Lgs. n. 151 del 26/03/2001 dispone che

“1. Le lavoratrici non possono essere licenziate dall'inizio del periodo di gravidanza fino al termine dei periodi di interdizione dal lavoro previsti dal Capo III, nonché fino al compimento di un anno di età del bambino.

2. Il divieto di licenziamento opera in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza, e la lavoratrice, licenziata nel corso del periodo in cui opera il divieto, è tenuta a presentare al datore di lavoro idonea certificazione dalla quale risulti l'esistenza all'epoca del licenziamento, delle condizioni che lo vietavano.

3. Il divieto di licenziamento non si applica nel caso:

a) di colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro;

b) di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta;

c) di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine;

d) di esito negativo della prova;

resta fermo il divieto di discriminazione di cui all'articolo 4 della legge 10 aprile 1991, n. 125, e successive modificazioni”.

La disciplina, dunque, per il caso che interessa in questa sede, si presenta come un'eccezione alla regola generale del divieto di licenziamento della dipendente in



gravidanza, elaborando un principio, frutto anche di una lunga produzione dottrinarie, normativa e giurisprudenziale (anche di matrice comunitaria), al quale sono state poste precise condizioni per la sua operatività in termini appunto di eccezione.

Nello specifico, se è vero che la normativa richiamata prevede delle eccezioni al divieto di licenziamento, tra le quali rientra, alla lett. d), l'ipotesi di esito negativo della prova, è altrettanto vero che si premura di mantenere fermo il divieto di discriminazioni di cui al L. n. 125 del 1991 e successive modifiche.

Come evidenziato dalla giurisprudenza (cfr., Corte appello Roma sez. lav., 02/03/2022, n. 132), *«Già prima dell'intervento legislativo sopra richiamato, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 172 del 31.05.1996, pur affermando l'illegittimità costituzionale della L. n. 1204 del 1971, art. 2, comma 3, nella parte in cui non prevedeva l'inapplicabilità del divieto di licenziamento della lavoratrice madre in caso di esito negativo del periodo di prova, aveva nondimeno sancito: "La dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte qua della norma impugnata, che si va a pronunciare, non significa che la condizione fisiopsichica in cui versa la lavoratrice non abbia riflessi sulla disciplina del recesso per mancato superamento della prova. L'esonero dall'obbligo di motivazione, secondo la disciplina generale dell'art. 2096 c.c. e della L. n. 604 del 1966, art. 10 vale soltanto se il datore di lavoro provi o comunque (come nel caso di specie) sia acquisita la certezza che al momento del recesso egli ignorava lo stato di gravidanza della lavoratrice, salva a quest'ultima la prova che il licenziamento è stato determinato da altri motivi pur sempre estranei alle finalità dell'esperimento. Altrimenti subentra una disciplina pedale analoga a quella elaborata dalla Corte di cassazione, e condivisa da questa Corte (sent. n. 255 del 1989), per le assunzioni con patto di prova di soggetti avviati obbligatoriamente al lavoro: disciplina fondata sulla ratio di maggiore tutela dei lavoratori che si trovano in condizioni fisiche o sociali di particolare debolezza».*

In altre parole, il datore di lavoro, nel momento in cui ha intenzione di recedere dal rapporto di lavoro per mancato superamento della prova, in relazione ad una lavoratrice di cui, al momento del recesso, conosca lo stato di gravidanza, ha



l'onere di motivare le ragioni poste alla base dell'esito negativo della prova. Solo così permette una valutazione giudiziale sui reali motivi del recesso, al fine di escludere che esso sia stato determinato dalla condizione della dipendente.

Si reputa necessario effettuare una riflessione in ordine alla ripartizione dell'onere della prova circa la non conoscenza dello stato di gravidanza.

È vero che la sentenza del Giudice delle Leggi del 1996 sembra richiedere che la non conoscenza sia provata dal datore (ove non ne risulti altrimenti la certezza), ma la prova di una "non conoscenza" è ovviamente una dimostrazione di un fatto negativo, che si può raggiungere solo dimostrando fatti incompatibili.

Nel caso di specie, come detto, è pacifico che non vi sia stata alcuna comunicazione formale, tuttavia la ricorrente ha introdotto elementi, quantomeno presuntivi, in parte ammessi anche dalla stessa società, dai quali poter desumere che la società fosse a conoscenza dello stato di gravidanza della Pt_1.

Deve ritenersi che vi siano elementi per ritenere che vi sia un'inversione dell'onere della prova o l'obbligo della parte datoriale di dimostrare i fatti negativi che hanno condotto alla determinazione di ritenere non superato il periodo di prova (Cassazione civile, sez. lav., 13/02/2012, n. 2010: *«In tema di impugnazione del licenziamento, chi si ritiene discriminato deve fornire fatti dai quali possa presumersi la denunciata discriminazione. Il divieto di licenziamento in connessione con lo stato oggettivo di gravidanza non opera, ai sensi dell'art. 54 del d.lg. n. 151/2001, in caso di esito negativo della prova»*).

Nel caso di specie, al capitolo 6 del ricorso la ricorrente ha dedotto di aver riferito in data 18.2.2023 a Per_1 e Persona_2 titolari della società convenuta, di essere in stato di gravidanza.

La società nella memoria ha dedotto che *"Sabato 19 febbraio 2023 la sig.ra [...] Pt_1 diceva al sig. Persona_3 di pensare di essere incinta"* e che il certificato di gravidanza veniva reso noto alla società dalla Pt_1 solo il 27.2.2023 dopo l'avvenuto licenziamento.

Sulla circostanza il giudice ha ammesso i testi.



Nessuno dei testi escussi è stato in grado di confermare che, in data 18.2.2023 o a ridosso del licenziamento, la **Pt_1** avesse comunicato formalmente al datore di lavoro il proprio stato di gravidanza.

Il solo teste che ha confermato la circostanza è stato il teste **Tes_1** compagno della ricorrente, il quale ha riferito *“Io so che la **Pt_1** ha detto ai titolari della società che era incinta quando abbiamo scoperto la notizia e lo so perché prima di dirlo a loro, mi aveva informato che glielo avrebbe detto per correttezza”*.

Tale dichiarazione, seppure resa da un teste della cui attendibilità potrebbe ragionevolmente dubitarsi, trova tuttavia conforto nel dialogo di cui alle registrazioni sub doc. 10 e 12, come trascritte ai doc. 11 e 13 di parte ricorrente.

In particolare, il giudice reputa rilevanti le seguenti dichiarazioni di **Per_3**
[...]

*“a me dispiace che sei rimasta a casa ti dico la verità perché fondamentalmente sei una brava persona però abbiamo parlato con il team e non andava bene capito che prescindere dal fatto quello ci hai detto perché come sai noi non abbiamo detto niente a nessuno.... ti abbiamo licenziata, e ma **Pt_1** la decisione è stata presa prima c'era un malumore generale e anche con **Per_4** con me hai litigato due volte ti ho beccata due volte fuori a fumare e non andava bene eri in prova... **Pt_1** però sabato io ti ho detto che ero incinta insieme a tony ok*

Per_3 : *è successo prima il fatto di volerti mandare a casa a me per quel fatto lì mi dispiace da morire te lo giuro...*

Tes_2 : *e mi dica lei cosa possiamo fare perché lei ha parlato abbastanza onestamente del fatto che è incinta*

Per_3 : *ma assolutamente ma allora io quello lo apprezzo il fatto ma se la decisione è stata presa prima da me e chi che con la squadra che ragioniamo per fare questa decisione io non posso decidere cosa fare e assumerla dopo per quale motivo dovrei se lavorativamente parlando non andava bene secondo i nostri criteri io cosa devo fare.*

STEFANO: *... però il discorso è un altro a me del fatto che tu mi hai detto di essere incinta sabato ci sono rimasto male io tutt'ora non sto bene delfatto che tu*



sei incinta e ti hno lasciato a casa però e cosa successa prima se devo ragionare con il cuore l'azienda la chiudo oggi capito siamo in 15 a dover mangiare hai capito cosa voglio dire ti ripeto a me dispiace per quello che è successo la decisione è stata presa ed è stata corretta secondo i nostri punti di vista”

Deve quindi ritenersi che, quantomeno in via presuntiva, sia stata raggiunta la dimostrazione della conoscenza, da parte del datore di lavoro, dello stato di gravidanza della ricorrente, pur in assenza di una comunicazione formale in tal senso avvenuta.

Ciò comporta, alla luce della normativa e della giurisprudenza di legittimità richiamata, che il datore di lavoro debba motivare il recesso circa il mancato superamento del periodo di prova.

Egli ha l'onere di spiegare le ragioni dell'esito negativo della prova. Solo così, infatti, permette al giudice una valutazione sui reali motivi del recesso, al fine di escludere che esso sia stato determinato dalla condizione della dipendente.

La società ha dedotto che la ricorrente non aveva superato la prova come “*Chef de rang*” in quanto “*Già a dicembre emergevano problematicità nel rapporto di lavoro in essere a causa delle continue discussioni fra la signora Pt_1 ed altri dipendenti nonché del comportamento lavorativo della Pt_1 la quale tendeva a non rispettare le direttive dei titolari, essendo stata più volte ripresa dal sig. Parte_3 e che “Per tale motivo nel mese di dicembre 2022 il CP_1 ricontattava il candidato Controparte_2 al fine di verificare se fosse ancora disponibile” (cap. 5 e 6 del ricorso), ed ancora che “Appurato che il candidato fosse disponibile il sig. Parte_3 il 29 dicembre 2022 parlava apertamente con la sig.ra Pt_1 delle criticità del suo comportamento preannunciandole che il sig. CP_2 avrebbe cominciato il periodo di prova per lo stesso ruolo (Parte_2)” (cap. 7 ricorso).*

La prova testimoniale assunta ha confermato le circostanze dedotte dalla convenuta.

In particolare, il teste Parte_3 responsabile del personale presso la società Controparte_1 e la cui testimonianza è apparsa genuina, coerente ed attendibile, ha riferito che “*la Pt_1 è stata circa due mesi in prova presso il*



locale, io ero sempre presente perché lavoro lì, ci sono state divergenze comportamentali e lavorative della Pt_1 con una collega in particolare con cui lavorava in turno, io assistevo a questi diverbi ricevendo lamentele da questa persona Persona_5 e dai titolari che sono operativi al locale. Si confermo che Pt_1 era in periodo di prova e visto che non stava andando bene ricordo che già da dicembre 2022 stavamo cercando altra persona che poi abbiamo trovato e che ancora oggi collabora con noi Controparte_2 .

La circostanza che il teste CP_2 non abbia assistito a diverbi tra la [...] Pt_1 ed altri colleghi non appare di per sé decisiva tenuto conto che il CP_2 ha lavorato con la Pt_1 per pochi giorni a febbraio 2023 (lui dichiara di aver iniziato a lavorare a febbraio 2023 e la ricorrente è stata licenziata il 21.2.2023) e la società ha dedotto in ricorso ed il teste Pt_3 ha confermato che tali discussioni sarebbero avvenute nel dicembre 2022.

In conclusione, anche ritenuto in via presuntiva che il datore di lavoro fosse consapevole dello stato di gravidanza della Pt_1 al tempo del licenziamento, si ritiene che la società abbia comunque dimostrato che il suo recesso dal rapporto di lavoro sia stato determinato e motivato dalla inadeguatezza della Pt_1 alla mansione di Parte_2 per la quale era stata scelta e ciò in ragione delle discussioni che la stessa aveva con i colleghi, in particolare con tale Per_5
[...]

Una volta ritenuto assolto da parte del datore di lavoro l'onere di provare le ragioni poste alla base dell'esito negativo della prova come reali motivi del recesso, deve escludersi che esso sia stato determinato dalla condizione della dipendente.

*

La ricorrente ha lamentato altresì di aver prestato “42 ore di lavoro settimanale con carattere di predeterminatezza e continuità e, così, prestava due ore di lavoro settimanale, giuste le previsioni del CCNL” come ore di lavoro straordinario che non le venivano remunerate dalla società.

La domanda non può essere accolta.



In materia di straordinario la giurisprudenza è unanime nel riconoscere che *“Il lavoratore che agisca per ottenere il compenso per il lavoro straordinario ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro e, ove egli riconosca di aver ricevuto una retribuzione ma ne deduca l'insufficienza, è altresì tenuto a provare il numero di ore effettivamente svolto, senza che eventuali - ma non decisive - ammissioni del datore di lavoro siano idonee a determinare una inversione dell'onere della prova”* (Cassazione, Sez. L, Sentenza n. 3714 del 16/02/2009). Ed ancora che *“Il lavoratore che ricorre dinanzi all'autorità giudiziaria per far accertare, tra l'altro, l'orario di lavoro effettivamente prestato, e la conseguente corresponsione del compenso per il lavoro straordinario, ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro, senza che l'assenza di tale prova possa esser supplita dalla valutazione equitativa del giudice”* (Corte appello di Milano, sez. lav., 10/04/2019, n. 304), *“ Nel giudizio di accertamento del diritto alla maggiorazione dovuta al prestatore di lavoro subordinato per l'esecuzione di ore di lavoro supplementare, interamente o parzialmente non retribuite dal datore di lavoro, incombe sul lavoratore, in primo luogo, l'onere di allegare, in modo specifico e dettagliato, il numero delle ore effettivamente lavorate nonché di fornire, in conformità ai principi generali in tema di ripartizione dell'onere probatorio, la prova del superamento dell'orario di lavoro normale, affinché possa oggettivamente riscontrarsi, rispetto all'articolazione oraria contrattualmente stabilita, l'eccedenza lavorativa a fondamento dall'integrazione salariale rivendicata. Invero, la maggiore quantità di lavoro prestato per una durata superiore rispetto al monte ore concordato tra le parti, rappresenta il fatto costitutivo del credito retributivo maturato dal lavoratore, corrispondente alla differenza economica tra quanto spettante in ragione della prestazione effettivamente svolta e quanto corrisposto dall'ente datoriale sulla base dell'articolazione oraria prefissata”* (Tribunale Siracusa sez. lav., 05/11/2019, n.1226).

Infine, la Corte Giustizia UE grande sezione, 14/05/2019, n.55 ha ribadito il suddetto principio disponendo: *“Come noto, infatti, l'onere probatorio del lavoro straordinario, domenicale e festivo è a carico del*



lavoratore, il quale deve fornire una prova particolarmente rigorosa: “è onere del lavoratore, che pretenda un compenso per lavoro ulteriore rispetto a quello ordinario, provare rigorosamente la relativa prestazione e, almeno in termini sufficientemente concreti e realistici, i suoi termini quantitativi [...] Si è infatti affermato (sez. L, 29 gennaio 2003, n. 1389; cfr. pure sez. L, 12 settembre 2014, n. 19299) che il lavoratore che chieda in via giudiziale il compenso per il lavoro straordinario ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro, senza che l'assenza di tale prova possa esser supplita dalla valutazione equitativa del giudice” (Cass., sez. lav., n. 9906 del 2015).

Ciò premesso, il ricorso risulta, sul punto, carente, la ricorrente si limita a riferire di aver svolto due ore di straordinario alla settimana per i tre mesi lavorati; tuttavia, non specifica né i giorni né l'orario in cui avrebbe prestato tali ore straordinarie.

*

Anche la domanda di condanna della società al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso va rigettata in quanto non spettante. Ai sensi dell'art. 2096 terzo comma c.p.c. *“durante il periodo di prova ciascuna delle parti può recedere dal contratto, senza obbligo di preavviso o d'indennità”.*

Tenuto conto della natura della controversia, della posizione delle parti e del fatto che la ricorrente aveva aderito alla proposta conciliativa formulata dal giudice, si ritiene che sussistano giustificati motivi per la compensazione

PQM

Il Tribunale di Milano, in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, ogni contraria ed ulteriore istanza, domanda ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- **rigetta** il ricorso;
- **compensa** le spese di lite tra le parti.

Indica in sessanta giorni il termine per il deposito della motivazione.

Così deciso in Milano, il 24 aprile 2024.

Il Giudice del lavoro

Julie Martini

