

N. R.G. 429/2019



TRIBUNALE ORDINARIO di MODENA

SEZIONE LAVORO

VERBALE DELLA CAUSA n. r.g. 429/2019

tra

SAID LAAFOU

RICORRENTE/I

e

LODESANI & CARRERI SRL

RESISTENTE/I

LIVE COLOR SRL

Oggi **28/04/2022** a ore **9.59** il Giudice, dott. Andrea Marangoni, dà atto che:

Per SAID LAAFOU e EL MAIDI EL MOKHTAR sono comparsi l'Avv. PELLEGRINO MARCO e l'avv. PROSPERI MARINA mediante deposito delle note di trattazione scritta.

Per LODESANI & CARRERI SRL è comparso l'Avv. LAVERSA MICHELE mediante deposito delle note di trattazione scritta.

Per LIVE COLOR SRL è comparso l'avv. SAGUATTI VITTORIO mediante deposito delle note di trattazione scritta.

Dato atto di quanto sopra, il Giudice si ritira in camera di consiglio per la decisione.

All'esito della camera di consiglio, rientrato in udienza, il Giudice decide la causa ex art. 429 c.p.c.

Il Giudice Del Lavoro

Andrea Marangoni





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

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott. Andrea Marangoni ha pronunciato *ex art. 429 c.p.c.* la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al n. r.g. **429/2019** promossa da:

SAID LAAFOU (C.F. LFASDA82R03Z330D), **EL MAIDI EL MOKHTAR** (C.F.LMDLKH69A13Z330I), elettivamente domiciliati in BOLOGNA, VIA C. BATTISTI N. 33, rappresentato e difeso dall'avv. PELLEGRINO MARCO e dall'avv. **PROSPERI MARINA;**

RICORRENTE/I

contro

LODESANI & CARRERI SRL (C.F. 01571970365), elettivamente domiciliata in VIALE VERDI N. MODENA, rappresentata e difesa dall'Avv. LAVERSA MICHELE;

RESISTENTE/I

LIVE COLOR SRL (C.F. 03232590368) rappresentata e difesa dall'avv. SAGUATTI VITTORIO, elettivamente domiciliata in LARGO FRANCESCO TORTI 4 MODENA;

CHIAMATA

IN FATTO ED IN DIRITTO

Con ricorso depositato in data 2/04/2019, i ricorrenti indicati in epigrafe, hanno rassegnato le seguenti conclusioni:

"In via cautelare:



1) accertato e dichiarato, per le causali di cui in narrativa, che tra i ricorrenti e Lodesani & Carreri S.r.l. si è costituito un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, terzo livello del Ccnl Metalmeccanica PMI, o il diverso livello che dovesse risultare in corso di causa, a far data dell'inizio del rapporto di lavoro dei ricorrenti in favore di Lodesani & Carreri S.r.l. come precisato in parte narrativa, o dalla diversa data che dovesse risultare in corso di causa, accertare e dichiarare l'illegittimità e/o inefficacia e/o nullità del licenziamento orale intimato al sig. Laafou Said in data 04.09.2018 ed al sig. El Maidi El Mokhtar in data 28.09.2018, o la differente data che dovesse risultare in corso di causa, e per l'effetto ordinare a Lodesani & Carreri S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, di reintegrare i ricorrenti nel posto di lavoro e nelle mansioni ricoperte fino al momento dell'interruzione del rapporto di lavoro;

In via principale

2) accertare e dichiarare, per le causali di cui in narrativa, che tra i ricorrenti e Lodesani & Carreri Srl si è costituito un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, terzo livello del Ccnl Metalmeccanica PMI, o il diverso livello che dovesse risultare in corso di causa, a far data dell'inizio del rapporto di lavoro dei ricorrenti in favore della convenuta come precisato per ciascuno di essi in parte narrativa (e dunque dal 03.11.2017 per il sig. Laafou e dal 27.12.2017 per il sig. El Maidi), o dalla diversa data che dovesse risultare in corso di causa;

3) accertare e dichiarare, per le causali di cui in narrativa, l'inefficacia del licenziamento orale intimato al sig. Laafou in data 04.09.2018 ed al sig. El Maidi in data 28.09.2018, di conseguenza ordinare a Lodesani & Carreri Srl di reintegrare i lavoratori nel posto di lavoro e nelle mansioni svolte sino al licenziamento e condannare Lodesani & Carreri Srl a pagare a ciascuno dei ricorrenti un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, pari ad Euro 1889,21, o al differente importo risultante in corso di causa, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione e in ogni caso non inferiore a cinque mensilità, ed a versare, per il medesimo periodo, i contributi previdenziali ed assistenziali;

4) accertare e dichiarare, per le causali di cui in narrativa, il diritto dei ricorrenti alle differenze retributive maturate dall'inizio del rapporto di lavoro e sino al licenziamento, pari ad Euro



13.701,93 per il sig. Laafou, e ad Euro 12.221,73 per il sig. El Maidi, o ai differenti importi che dovessero risultare in corso di causa e per l'effetto condannare Lodesani & Carreri Srl a pagare al sig. Laafou Said Euro 13.701,93 ed al sig. El Maidi El Mokhtar Euro 12.221,73, o i differenti importi che dovessero risultare in corso di causa”.

In particolare, hanno dedotto di aver svolto attività lavorativa presso Lodesani & Carreri con mansioni di operai metalmeccanici, addetti a due macchine che producono pezzi diversi, quali bulloni, dischi per i freni, pistoni etc., occupandosi inoltre di rifinire i pezzi con la smerigliatrice e dell'imballaggio dei pezzi finiti, ricevendo direttive dai sig.ri Andrea e Marco Carreri, pur essendo formalmente assunti da M.R. And CO. Soc. Coop., con contratti stipulati presso la Live Colors Srl; hanno altresì eccepito di non aver percepito una retribuzione proporzionata e adeguata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché di essere stati allontanati verbalmente dall'azienda resistente.

Si è costituita la Lodesani & Carreri S.r.l., deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto nonché chiedendo, in via riconvenzionale, di “accertare e dichiarare l'obbligo di Live Color S.r.l., in persona de legale rappresentante pro tempore, a tenere garantita. Indenne e manlevata l'esponente da qualsivoglia pronuncia pregiudizievole, ovvero, dichiarare sussistente il diritto dell'esponente a rivalersi nei confronti della predetta società per tutto quanto eventualmente tenuta ad erogare a favore dei ricorrenti, nonché, qualora sia accertata e dichiarata dei contratti d appalto in atti, condannare Live Coloro S.r.l. alla restituzione a favore dell'esponente della somma di €.30.529,60 erogata in virtù dei predetti contratti”.

In particolare, la resistente ha eccepito la stessa non avrebbe mai avuto alcun rapporto diretto con i due attuali ricorrenti, i quali si sarebbero recati presso la ditta convenuta Lodesani in virtù dei contratti di appalto da quest'ultima stipulati con la ditta LIVE COLOR.

Si è costituita la LIVE COLOR SRL, eccependo pregiudizialmente l'incompetenza del Giudice adito, il proprio difetto di legittimazione passiva nonché, nel merito, l'infondatezza della spiegata domanda riconvenzionale.

Specificamente, ha rilevato come, dal mese di novembre 2017 e sino all'agosto 2018, essa avrebbe eseguito per conto della società Lodesani & Carreri s.r.l., e presso la sede di quest'ultima, una serie di attività di saldatura e che, per tali servizi, avrebbe emesso fatture alla Lodesani &



Carreri s.r.l., saldando conseguentemente le fatture dei sub-appaltatori per le attività di loro competenza; ha eccepito di essere avulsa “dalla gestione dei rapporti di lavoro dei due ricorrenti con i propri rispettivi datori di lavoro, limitandosi all’attività di coordinamento necessaria per consentire di realizzare i servizi commissionati dalla Lodesani & Carreri s.r.l.” e che nel mese di settembre 2018 Lodesani & Carreri s.r.l. avrebbe interrotto ogni rapporto con l’esponente e, di conseguenza, con il subappaltatore cui erano affidate le opere, rimanendo debitrice della somma di € 17.148,32;

Accolta la domanda cautelare, la causa è stata dunque istruita con i documenti prodotti dalle parti e con l’assunzione di prove testimoniali; indi, è stata trattenuta in decisione all’odierna udienza.

Sulla genuinità dell’appalto

L’art. 29 D. Lgs. 276/2003 prescrive quanto segue: «1. *Ai fini della applicazione delle norme contenute nel presente titolo, il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell’articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell’appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell’opera o del servizio dedotti in contratto, dall’esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell’appalto, nonché per la assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d’impresa.*

2. In caso di appalto di opere o di servizi, il committente imprenditore o datore di lavoro e’ obbligato in solido con l’appaltatore, nonché con ciascuno degli eventuali subappaltatori entro il limite di due anni dalla cessazione dell’appalto, a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi, comprese le quote di trattamento di fine rapporto, nonché i contributi previdenziali e i premi assicurativi dovuti in relazione al periodo di esecuzione del contratto di appalto, restando escluso qualsiasi obbligo per le sanzioni civili di cui risponde solo il responsabile dell’inadempimento. Il committente che ha eseguito il pagamento e’ tenuto, ove previsto, ad assolvere gli obblighi del sostituto d’imposta ai sensi delle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e puo’ esercitare l’azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali.

3. L’acquisizione del personale già impiegato nell’appalto a seguito di subentro di nuovo appaltatore dotato di propria struttura organizzativa e operativa, in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto d’appalto, ove siano presenti elementi



di discontinuità che determinano una specifica identità di impresa, non costituisce trasferimento d'azienda o di parte d'azienda.

3-bis. Quando il contratto di appalto sia stipulato in violazione di quanto disposto dal comma 1, il lavoratore interessato può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell' articolo 414 del codice di procedura civile, notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo. In tale ipotesi si applica il disposto dell'articolo 27, comma 2.

3-ter. Fermo restando quando previsto dagli articoli 18 e 19, le disposizioni di cui al comma 2 non trovano applicazione qualora il committente sia una persona fisica che non esercita attività di impresa o professionale».

L'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 276 del 2003 distingue così il contratto di appalto dalla somministrazione irregolare di lavoro in base all'assunzione, nel primo, del rischio d'impresa da parte dell'appaltatore ed all'eterodirezione dei lavoratori utilizzati. Fattore, quest'ultimo, che ricorre quando l'appaltante-interponente non solo organizza, ma dirige anche i dipendenti dell'appaltatore rimanendo sull'interposta solo compiti di gestione amministrativa del rapporto senza una reale organizzazione della prestazione lavorativa.

In esegesi della richiamata disposizione, la S.C. ha stabilito il seguente condivisibile principio di diritto: «*In tema di interposizione di manodopera, affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi dell'art. 29, comma 1, del d. lgs. n. 276 del 2003, è necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. "labour intensive"), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione illecita di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l' "intuitus personae" nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro» (Cass., 25.6.2020, n. 12551).*



Con la precisazione per cui: *«Una volta accertata l'estraneità dell'appaltatore alla organizzazione e direzione dei prestatori di lavoro nell'esecuzione dell'appalto, è del tutto ultronea qualsiasi questione inerente il rischio economico e l'autonoma organizzazione del medesimo, nè rileva che l'impresa appaltatrice sia effettivamente operante sul mercato, atteso che, se la prestazione risulta diretta ed organizzata dal committente, per ciò solo si deve escludere l'organizzazione del servizio ad opera dell'appaltante»* (Cass., 11720/2009; Cass., 17444/2009; Cass. 9624/2008).

Nell'offerirne puntuale e specifica disciplina, al fine di trovare un contemperamento tra esigenze di flessibilità dell'organizzazione imprenditoriale e garanzie di tutela dei lavoratori, l'ordinamento contempla quindi in astratto un'ipotesi di dissociazione formale tra datore di lavoro e sostanziale utilizzatore delle prestazioni lavorative.

La legittimità di tale vicenda – necessariamente trilatera (rapporto giuridico complesso che vede coinvolto il prestatore di lavoro; il datore di lavoro formale nonché l'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa) – è così subordinata al riscontro nel caso concreto dei requisiti di liceità indicati dal Legislatore, così come precisati poi dalla giurisprudenza di legittimità. Pena, altrimenti, ove formulata specifica domanda a cura del prestatore di lavoro, la costituzione in sede giudiziale di un rapporto di lavoro alle dipendenze dell'effettivo utilizzatore della prestazione lavorativa, quest'ultimo da ritenersi al contempo formale e sostanziale datore di lavoro.

Si ritiene che l'onere della prova circa la genuina esistenza di un rapporto di intermediazione di manodopera incomba in capo alle parti datoriali: *«Il criterio discretivo per individuare una legittima dissociazione tra formale datore di lavoro e sostanziale utilizzatore delle prestazioni lavorative è, dunque, la riconduzione della fattispecie concreta alle ipotesi normativamente tipizzate. E' onere del datore di lavoro, sia quello formale che sostanziale, dimostrare la sussistenza di una genuina intermediazione di manodopera (che consista in un contratto di appalto di servizio ovvero in un contratto di somministrazione)»* (così, in motivazione, Cass., 18.11.2019, n. 29889).

Tanto premesso in diritto, questo Giudice concorda con la valutazione già espressa in sede cautelare circa la non genuinità dei contratti di appalto intercorsi tra La Lodesani & Carreri e la



Live Color (nonché, a cascata, di quelli di sub-appalto intercorsi tra quest'ultima e la cooperativa formalmente datrice di lavoro), sulla base dei seguenti elementi:

- il corrispettivo dell'appalto era parametrato esclusivamente sul numero di ore lavorate (il cui costo era inferiore al costo medio del lavoro per attività analoghe, come rappresentato nel verbale ispettivo versato in atti), sì da manifestare plasticamente l'assenza di rischio imprenditoriale in capo alla ditta appaltatrice;
- l'oggetto dell'appalto era individuato genericamente nell'attività di saldatura, senza che fosse evidenziato (o aliunde rintracciabile) un risultato produttivo autonomo;
- vi era piena fungibilità tra i dipendenti della Lodesani & Carreri e i ricorrenti (cfr. (cfr. dichiarazioni in sede ispettiva dei sig.ri CARRERI);
- il sig. Mahdi Errouizem, legale rappresentante della M.R. AND Co Soc. Coop, in sede ispettiva ha dichiarato di "fornire" dei lavoratori alla Live Color;
- i ricorrenti non hanno svolto (per lo meno non esclusivamente) lavori di saldatura (Cfr. deposizioni testi BOUICHICHANE, VACCARI, nonché dichiarazioni in sede ispettiva dei sig.ri CARRERI);
- dal punto di vista logistico, non vi era separazione tra i lavoratori della committente e gli odierni ricorrenti (cfr. deposizioni testi BOUICHICHANE, VACCARI, nonché dichiarazioni in sede ispettiva dei sig.ri CARRERI);
- non vi era alcun referente dell'appaltatore o del sub-appaltatore presso la committente (Cfr. dichiarazioni dei sig.ri CARRERI e del sig. ERROUIZEM) e che, quindi,
- il potere direttivo veniva esercitato direttamente dal personale della Lodesani & Carreri (cfr. dichiarazioni in sede ispettiva dei sig.ri CARRERI);
- i mezzi di produzione sono messi a disposizione interamente dalla committente;
- il legale rappresentante della Live Color, in sede ispettiva, ha dichiarato: "*faccio solo da intermediario perché fornisco la manodopera a Carreri*".

Gli elementi sopra compendati sono idonei a comprovare inequivocabilmente la non genuinità dell'appalto e la riconducibilità della titolarità di entrambi i rapporti di lavoro in capo alla società committente, sin dal momento del loro primo impiego presso tale società (dal 03.11.2017 per il sig. Laafou e dal 27.12.2017 per il sig. El Maldi).



Deve essere dunque dichiarato costituito un rapporto di lavoro subordinato tra i ricorrenti e la Lodesani & Carreri Srl a partire dalle suddette date.

Sul licenziamento orale

Come correttamente messo in evidenza da parte resistente, il lavoratore subordinato che impugni un licenziamento allegando che è stato intimato senza l'osservanza della forma prescritta ha l'onere di provare, quale fatto costitutivo della sua domanda, che la risoluzione del rapporto di lavoro è ascrivibile alla volontà del datore di lavoro, anche se manifestata con comportamenti concludenti; la mera cessazione nell'esecuzione delle prestazioni non è circostanza di per sé sola idonea a fornire tale prova. Ove il datore di lavoro eccepisca che il rapporto si è risolto per le dimissioni del lavoratore, il giudice sarà chiamato a ricostruire i fatti con indagine rigorosa - anche avvalendosi dell'esercizio dei poteri istruttori d'ufficio ex art. 421 c. p.c. - e solo nel caso in cui perduri l'incertezza probatoria, farà applicazione della regola residuale desumibile dall'art. 2697, comma 1, c.c., rigettando la domanda del lavoratore che non ha provato il fatto costitutivo della sua pretesa (Cass. civ. Sez. lavoro, 08/02/2019, n. 3822).

Sul piano probatorio, in caso di cessazione dell'attuazione del rapporto di lavoro, caratterizzata dalla assenza di atti formali di licenziamento o di dimissioni, e di contrapposizione di tesi in giudizio circa la causale di detta cessazione, il giudice di merito, ai fini dell'accertamento del fatto, deve prestare particolare attenzione, indagando la rilevanza ai fini sostanziali o probatori nel caso concreto anche degli eventuali episodi consistenti nell'offerta delle prestazioni da parte del lavoratore e nel rifiuto o mancata accettazione delle stesse da parte del datore di lavoro (Cass. n. 6727/2001).

Nel caso di specie, entrambi i ricorrenti, nella richiesta di intervento ispettivo, avvenuta nel mese di agosto 2018, avevano manifestato la volontà di conseguire l'assunzione presso il preteso datore di lavoro effettivo, ovvero la società committente:



11) ritengo che sia interesse di tutte le parti in causa, arrivare ad una assunzione diretta presso l'azienda in cui lavoro, perché i rischi di questa situazione possono generare danni per tutti, in particolare per me e per l'azienda Lodesani & Carreri.

A tale scopo sollecito l'intervento dell'ispettorato del lavoro, per aiutarci a sanare una situazione di palese violazione di ogni normale rapporto di lavoro.

Nomino mio testimone, almeno per tutto quanto riguarda i fatti svoltisi dalla fine di dicembre ad oggi, il sig. Laafou Said.

Distinti saluti

El Maida El Mokthar

12) sottolineo anche la stranezza per cui io risultavo assunto dalla azienda M.K. AND CO. SOCIETA' COOPERATIVA, mentre secondo Lodesani & Carreri probabilmente risultavo dipendere da questa Live Color s.r.l. di cui ho notizia solo grazie ai fogli presenza consegnatimi dalla segretaria, nonché figlia del sig. Carreri;

13) ritengo che sia interesse di tutte le parti in causa, arrivare ad una assunzione diretta presso l'azienda in cui lavoro, perché i rischi di questa situazione possono generare danni per tutti, in particolare per me e per l'azienda Lodesani & Carreri.

A tale scopo sollecito l'intervento dell'ispettorato del lavoro, per aiutarci a sanare una situazione di palese violazione di ogni normale rapporto di lavoro.

Nomino mio testimone, almeno per tutto quanto riguarda i fatti svoltisi dalla fine di dicembre ad oggi, il sig. El Maida El Mokthar.

Distinti saluti

Laafou Said



Inoltre, nell'immediatezze del dedotto allontanamento, ovvero nel mese di ottobre 2018, entrambi i ricorrenti hanno impugnato il licenziamento, offrendo la prestazione lavorativa (cfr. all. 13, 14 e 15 ricorso).

Ritiene questo Giudice che questi elementi probatori, letti congiuntamente, siano sintomatici della volontà (manifestata sia anteriormente che successivamente alla cessazione del rapporto) dei ricorrenti di conservare l'occupazione lavorativa e, specularmente, del fatto che l'interruzione della prestazione, di fatto verificatisi, sia riconducibile – per fatti concludenti - al contegno del datore di lavoro effettivo.

Sulla tutela applicabile

L'art. 2 del d.lgs. 23/2015, per quanto di interesse, prevede: “ 1. Il giudice, con la pronuncia con la quale dichiara la nullità del licenziamento perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, ordina al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, indipendentemente dal motivo formalmente addotto. 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 di cui al comma 3. Il regime di cui al presente articolo si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

2. Con la pronuncia di cui al comma 1, il giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità e l'inefficacia, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso la misura del risarcimento non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali”.



Ebbene, giusta il licenziamento orale intervenuto, deve essere confermato sul punto il provvedimento cautelare, con condanna della Lodesani & Carreri al pagamento di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, dal giorno del licenziamento, sino a quello di effettiva reintegrazione.

Dagli importi così determinati va sottratto l'*aliunde perceptum*: i ricorrenti medesimi hanno ammesso di aver svolto attività lavorativa successivamente alla cessazione del rapporto con Lodesani & Carreri e ciò infatti risulta dai rispettivi estratti contributivi. Il relativo ammontare, liquidato equitativamente sulla base degli imponibili contributivi ivi indicati, corrisponde a:

SAID LAAFOU¹: € 8.803

EL MAIDI EL MOKHTAR²: € 2.207

Sulle differenze retributive

I ricorrenti hanno rivendicato il loro diritto alla percezione delle differenze retributive tra le somme percepite nel corso del rapporto di lavoro e quelle che gli sarebbero spettate a fronte del corretto inquadramento contrattuale, riferito all'effettivo orario di lavoro svolto, quantificate sulla base del Ccnl Metalmeccanica PMI.

Senonché, deve osservarsi che non è stata provata in giudizio la sussistenza delle condizioni, individuate dalla costante giurisprudenza di legittimità, per ritenere il datore di lavoro vincolato ad applicare il C.C.N.L., cioè la sua appartenenza alle organizzazioni firmatarie dell'accordo medesimo – tenute a rispettarlo – ovvero l'applicazione in concreto della normativa collettiva di settore ai propri dipendenti, per avervi, di fatto, aderito (cfr. per tutte, Cass. Sez. Un. n. 2665/1997 e Cass. 5 maggio 2004, n. 8565). Ed infatti si ricorda che i contratti collettivi di lavoro, non dichiarati efficaci erga omnes ai sensi della legge n. 741 del 1959, costituiscono atti di diritto comune aventi natura negoziale e privatistica, applicabili esclusivamente ai rapporti individuali intercorrenti tra soggetti che siano entrambi iscritti alle associazioni stipulanti ovvero che, in mancanza di tale condizione, abbiano espressamente aderito ai patti collettivi oppure li abbiano implicitamente recepiti attraverso un comportamento concludente desumibile da una costante e

¹ Risulta aver lavorato nel periodo di interesse per Tempo Zero Srl e Mr Red Soc. Coop. arl.

² Risulta aver lavorato dal 9.4.2018 al 19.11.2018 per la Mr. E Co. Soc. Coop.: l'importo complessivo (€ 7727) viene riparametrato in relazione ai due mesi successivi al licenziamento.



prolungata applicazione, senza alcuna contestazione, delle rispettive clausole al singolo rapporto (cfr. Cass. n. 2843 del 10 febbraio 2006). Nel merito, non sussiste prova – né sono stati appositamente chiesti in merito mezzi istruttori – che la ditta convenuta fosse tenuta ad applicarlo ai propri dipendenti e, specificamente, al ricorrente.

Nella specie, il ricorrente non ha neppure dedotto le circostanze di fatto da cui dovrebbe desumersi l'applicazione della disciplina pattizia.

Tuttavia, il minimi tabellari previsti da tale contratto ben possono essere utilizzati quali parametro per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost.

Ciò posto, osserva questo Giudice, ai sensi del primo comma dell'art. 2070 cod. civ. (secondo cui l'appartenenza alla categoria professionale, ai fini dell'applicazione del contratto collettivo, si determina secondo l'attività effettivamente esercitata dall'imprenditore) non opera nei riguardi della contrattazione collettiva di diritto comune, che ha efficacia vincolante limitatamente agli iscritti alle associazioni sindacali stipulanti e a coloro che esplicitamente o implicitamente, al contratto abbiamo prestato adesione. Pertanto, nell'ipotesi di contratto di lavoro regolato dal contratto collettivo di diritto comune proprio di un settore non corrispondente a quello dell'attività svolta dall'imprenditore, il lavoratore non può aspirare all'applicazione di un contratto collettivo diverso, se il datore di lavoro non vi è obbligato per appartenenza sindacale, ma solo eventualmente richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale del trattamento economico previsto nel contratto applicato (Cass. civ. Sez. lavoro Sent., 18/12/2014, n. 26742).

In tema di controversie in materia di lavoro, il giudice, ove ritenga inadeguata la retribuzione corrisposta dall'azienda in base al contratto da essa applicato, può procedere al suo adeguamento facendo riferimento a quella del contratto di categoria non direttamente applicabile, con la precisazione che nella domanda di pagamento di differenze retributive sulla base di un contratto collettivo che si riveli inapplicabile deve ritenersi implicita la richiesta di adeguamento ex art. 36 Cost. e che l'adeguamento comporta un apprezzamento riservato al giudice di merito. Dei contratti collettivi pur non applicabili direttamente al rapporto dedotto in giudizio il giudice di merito può, dunque, avvalersi per determinare i dritti e gli obblighi anche dei soggetti non appartenenti alle associazioni stipulanti (Cass. civ. Sez. lavoro, 01/02/2019, n. 3137).



Orbene, nel caso di specie, premesso che non è contestato che i ricorrenti abbiano osservato un orario di lavoro corrispondente al tempo pieno, ritiene questo Giudice che il parametro indicato dal ricorrente (3° livello CCNL), sia effettivamente conforme, ex art. 36 Cost., alla qualità del lavoro svolto, tenendo conto delle mansioni effettivamente svolte, sì come emerse in istruttoria e del fatto che ai livelli inferiori corrispondano attività elementari, routinarie e/o meramente ausiliarie.

Nel 3° livello rientrano infatti i “*lavoratori che eseguono impegnative sostituzioni di utensili e le relative registrazioni effettuando ove previsto il controllo delle operazioni eseguite con strumenti non preregolati e/o preregolati*”: in istruttoria è emerso che i lavoratori utilizzassero macchinari complessi per realizzare “pezzi” di carpenteria.

I ricorrenti hanno maturato il diritto alla percezione della retribuzione base corrispondente al suddetto terzo livello, oltre alla 13^a mensilità, istituito previsto ex lege.

In merito all'indennità per ferie, festività e permessi non goduti, è noto il rigoroso onere allegatorio e probatorio gravante sul lavoratore, in quanto il presunto lavoro suppletivo concomitante a giorni di "riposo" è parte indefettibile della pretesa e, quindi, elemento fondante dell'indennità sostitutiva, secondo il normale criterio di riparto ex art. 2697 c.c. (ex multis, Cass. 22 dicembre 2009, n. 26985; 7 luglio 2008, n. 18584; 16 febbraio 2007, n. 3619; 3 dicembre 2004, n. 22751; 21 agosto 2003 n. 12311). Specificamente, il lavoratore che agisca in giudizio per chiedere la corresponsione della indennità sostitutiva delle ferie non godute ha l'onere di provare l'avvenuta prestazione di attività lavorativa nei giorni ad esse destinati, atteso che l'espletamento di attività lavorativa in eccedenza rispetto alla normale durata del periodo di effettivo lavoro annuale si pone come fatto costitutivo dell'indennità suddetta, mentre incombe al datore di lavoro l'onere di fornire la prova del relativo pagamento (tra le altre: Cass. 22 dicembre 2009, n. 26985; Cass. 3 dicembre 2004, n. 22751; Cass. n. 8521 del 27/04/2015).

Nel caso di specie, gli emolumenti in questione non possono essere riconosciuti, in ragione della carenza di allegazione e prova dei relativi fatti costitutivi.

Non spetta nemmeno il TFR, rivendicazione incompatibile con la ricostituzione retroattiva del rapporto.



Ai signori Laafou ed El Maldi spettano, rispettivamente, € 11.031,31 ed € 8.275,08; sulle suddette somma, rivalutate, decorrono inoltre gli interessi legali da oggi al saldo, ex art. 429 c.p.c..

Una volta accertato lo svolgimento dell'attività lavorativa e la correlativa insorgenza di obbligazioni retributive, sul datore di lavoro grava, in generale, l'onere di provarne il pagamento – specificamente, della retribuzione, delle mensilità accessorie e del t.f.r. –, secondo il disposto generale dell'art. 2697 c.c..

A tal proposito si ricorderà che le Sezioni Unite della Suprema Corte hanno affermato il principio di diritto secondo cui in materia contrattuale, sia che agisca per la risoluzione, che per l'esatto adempimento, che per il risarcimento del danno, l'attore si può limitare a provare la fonte dell'obbligazione ed allegare l'inadempimento, mentre grava sul convenuto dimostrare l'esatto adempimento, cioè il pagamento dell'importo dovuto, così estinguendo il diritto azionato, ovvero l'impossibilità sopravvenuta a sé non imputabile (cfr., sul riparto dell'onere probatorio, Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

Il principio enunciato dalle Sezioni Unite è divenuto pacifico nella successiva giurisprudenza di legittimità (Cfr. Cass., Sez. 3, n. 982 del 28 gennaio 2002, Cass., Sez. 2, n. 13925 del 25 settembre 2002, Cass., Sez. 3, n. 18315 del 01 dicembre 2003, Cass., Sez. 3, n. 6395 del 01 aprile 2004, Cass., Sez. 3, n. 8615 del 12 aprile 2006, Cass., Sez. 1, n. 13674 del 13 giugno 2006, Cass., Sez. 1, n. 1743 del 26 gennaio 2007), con l'unica eccezione – non ricorrente nella specie – in cui la parte convenuta deduca a sua volta l'inadempimento della controparte, nello schema dell'eccezione disciplinata dall'art. 1460 c.c..

Parte resistente non ha offerto di provare di aver corrisposto somme ulteriori rispetto a quelle di cui i ricorrenti hanno ammesso la ricezione.

Sulla domanda di manleva (domanda riconvenzionale trasversale)

L'eccezione di incompetenza è infondata, in quanto l'accertamento della nullità per illiceità dell'appalto travolge *de plano* l'efficacia della clausola inserita nel relativo contratto, sottoponendola al medesimo regime.

Nel merito, tuttavia, l'azione spiegata non è meritevole di accoglimento.



E' evidente, da un lato, che l'accertamento della titolarità del rapporto in capo alla Lodesani & Carreri sia incompatibile con la domanda di manleva di quanto "*dalla stessa eventualmente corrisposto ai due ricorrenti (a qualsiasi titolo) per effetto del contratto di appalto sottoscritto con Live Color s.r.l.*"; dall'altro, la richiesta di restituzione di € 30.529,60 corrisposti in esecuzione delle opere appaltate alla Live Color non è fondata, opponendosi il divieto di cui all'art. 2035 c.c.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, ai fini dell'applicabilità della "*soluti retentio*" prevista dall'art. 2035 cod. civ., la nozione di buon costume non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico (Cass. civ. Sez. III, 21/04/2010, n. 9441).

Nel caso di specie, non può revocarsi in dubbio che le parti abbiano dato vita (in maniera grossolana, peraltro), a una somministrazione illecita di manodopera o vero e proprio caporalato, fattispecie che si pone senz'altro in contrasto con le esigenze etico-morale nel presente momento storico; senza considerare, inoltre, che le somme transitate dalla committente alla appaltatrice sono state utilizzate per coprire il costo del lavoro, che avrebbe dovuto essere ab origine in carico alla Lodesani & Carreri, sicché un'eventuale retrocessione delle somme si porrebbe in maniera patente come un indebito arricchimento.

Sulle spese di lite

Le spese di lite sono poste a carico della Lodesani & Carreri, sia nei rapporti con i ricorrenti che con la Live Color Srl (con quest'ultima previa compensazione per metà).

Si precisa che, in applicazione del principio stabilito dall'art. 91 c.p.c., le stesse sono liquidate come in dispositivo, tenuto conto 1) delle caratteristiche, dell'urgenza e del pregio dell'attività prestata, 2) dell'importanza, della natura, delle difficoltà e del valore dell'affare, 3) delle condizioni soggettive del cliente, 4) dei risultati conseguiti, 5) del numero e della complessità delle questioni giuridiche e di fatto trattate, nonché delle previsioni delle tabelle allegate al decreto del Ministro della Giustizia n. 37 del 8.3.2018 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale – Serie Generale – n. 96 del 26.4.2018, in vigore dal successivo 27.4.2018). In particolare si fa riferimento, stante il carattere comunque non vincolante delle dette tariffe, al loro valore minimo



per lo studio della controversia, per la fase introduttiva, per la fase istruttoria e per la fase decisoria (per controversie di valore compreso indeterminabile), e si determina in € 7000,00 il compenso complessivo, comprensivo della fase cautelare. Ai compensi si aggiunge il rimborso forfetario delle spese generali pari al 15% degli stessi (espressamente reintrodotta dall'art. 2 del D.M. 55/2014, non modificato in parte qua), oltre I.V.A. e C.P.A. come per legge.

Non vi sono gli estremi per una condanna ex art. 96, 3° comma, c.p.c., non ravvisandosi colpa grave nel contegno processuale della resistente.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda ed eccezione disattesa:

- 1) Conferma l'ordinanza cautelare del 17/09/2019
- 2) Dichiaro che tra i ricorrenti e Lodesani & Carreri Srl si è costituito un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, **terzo livello del Ccnl Metalmeccanica PMI**, dal 03.11.2017 per il sig. Laafou e dal 27.12.2017 per il sig. El Maida;
- 3) Dichiaro l'inefficacia del licenziamento irrogato al sig. Laafou in data 04.09.2018 ed al sig. El Maida in data 28.09.2018;
- 4) Condanna la Lodesani & Carreri Srl, in persona del legale rappresentante p.t., a corrispondere a Laafou Said ed El Maida El Mokhtar un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento (Laafou 04.09.2018; El Maida 28.09.2018) sino a quello in cui sono stati effettivamente reintegrati, detratto l'*aliunde perceptum* (Said Laafou: € 8.803; El Maida El Mokhtar: € 2.207), oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali;
- 5) Condanna la Lodesani & Carreri Srl, in persona del legale rappresentante p.t., a corrispondere a Laafou Said ed El Maida El Mokhtar rispettivamente, € 11.031,31 ed € 8.275,08, per le causali indicate in parte motiva, oltre interessi legali e rivalutazione come per legge;
- 6) Condanna la Lodesani & Carreri Srl, in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento in favore dei ricorrenti delle spese di lite, liquidate in € 7000,00, oltre rimb. forf., IVA e CPA;
- 7) Dichiaro compensate al 50% le spese di lite tra Lodesani & Carreri Srl e Live Color Srl;



- 8) Condanna la Lodesani & Carreri Srl, in persona del legale rappresentante p.t., al pagamento in favore della Live Color Srl del 50% delle spese di lite, liquidate in € 3500,00, oltre rimb. forf., IVA e CPA.

Modena, 28 aprile 2022

Il Giudice Del Lavoro

Andrea Marangoni

