

LAVORO

W36



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del Popolo Italiano

N° 2906 / 07 R.G.
N° 436 CRON.

ASSEGNATA A SENTENZA
IL 9-1-10

Il Giudice del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, Graziella Mascarelli in funzione di Giudice Unico, ha pronunciato la seguente:

SENTENZA
definitiva



nella causa n. 2906/2007 R.G.L. promossa da:

ricorrente, con gli avv.ti

contro:

convenuta, con l'avv.to Maddalena Boffoli;

con la chiamata in causa , costituitosi con l'avv.to

FATTO e DIRITTO

In data 25/9-9/11/2009 è stata emessa sentenza parziale (n. 4610/2009), con cui sono state decise le domande di cui alle lettere (.a.) – (.b.) – (.e.) delle conclusioni proposte contro la da con ricorso depositato in data 17/4/2007.

Alla domanda *sub* lett. (.d.) il ricorrente ha rinunciato in corso di causa, mentre per la domanda *sub* lett. (.c.) si è reso necessario un rinvio, fissato al 27/11/2009, per la determinazione delle competenze eventualmente ancora spettanti al in conseguenza del riconoscimento, come da punto 2) del dispositivo della sentenza parziale, della “natura subordinata ed a tempo indeterminato, ex art. 69, primo comma, D.Lgs. n. 276/2003, del rapporto di lavoro intercorso tra le parti a decorrere dal 14/3/2004, con diritto del ricorrente ad essere inquadrato e retribuito per l’intera durata di detto rapporto quale impiegato di I livello CCNL Turismo”.

Raccogliendo l’invito ad esse in tal senso rivolto, come da verbale dell’udienza del 25/9/2009, al fine di evitare l’altrimenti necessaria CTU, entrambe le parti hanno depositato in data 20/11/2009 propri conteggi, pervenendo tuttavia a risultati notevolmente diversi, essendo stata esposta dal ricorrente una “differenza lorda da percepire” di

€ 32.669,52, comprensiva di € 5.399,40 lordi a titolo di TFR, e dalla convenuta solo una differenza di € 4.095,74 lordi, a titolo di TFR.

La considerevole distanza tra tali cifre dipende solo in parte (€ 11.127,27) dal maggior importo (€ 77.585,52 lordi) indicato dal ricorrente come suo complessivo spettante a titolo, oltre che di TFR, di retribuzioni, 13.ma, 14.ma, ferie, ROL, festività e lavoro straordinario per l'intero periodo marzo 2004-nov. 2005 rispetto a quello indicato (€ 66.458,25 lordi) per i medesimi titoli dalla convenuta, essendo per il resto (€ 21.542,25) determinato dalla deduzione dall'asserito dovuto lordo del netto (€ 44.916) corrisposto al _____ a partire dal 14/3/2004 sino a metà novembre 2005.

Nel prospetto di cui al primo dei tre allegati alla lettera del 19/11/2009 redatta dal CTP del ricorrente per illustrare i criteri di calcolo adottati l'importo di € 44.916 compare sotto la dicitura "lordo percepito". Che si tratti, però, non di un lordo, bensì di un *netto*, è circostanza non solo comprovata dalle fatture prodotte dalla società (all.to 13, memoria), ma anche apertamente ammessa dalla difesa del ricorrente, che ha, anzi, presentato l'adozione di tale criterio come applicazione di pacifici principi giurisprudenziali.

Nelle note prodotte per il ricorrente all'udienza del 27/11/2009, infatti, è stato - da un lato - rettificato lo "importo complessivo delle somme percepite da detrarre" dal lordo dovuto, elevandolo alla stessa misura (€ 46.845,43) indicata - peraltro in eccesso¹ - nei conteggi della società come "netto percepito", con conseguente riduzione del totale "delle spettanze del _____" da € 32.669,52 ad € 30.840,09, e - dall'altro lato - richiamata, a riprova dell'avallo dato dalla giurisprudenza di legittimità alla deducibilità dal lordo dovuto del netto percepito e non del lordo corrisposto, la sent. n. 18584/2008 della Sez. Lav. della Cassazione, con trascrizione della sua massima.

In realtà, benché la massima trascritta in dette note sia, rispetto alla chiarezza della sua parte iniziale, piuttosto ambigua nella parte finale, la lettura dei pertinenti passaggi della motivazione della sentenza n. 18584/2008, peraltro allineata ai numerosi precedenti di legittimità in materia anche in essa citati, esclude in radice l'interpretazione che ne è stata data dalla difesa del ricorrente.

In detta sentenza si legge, infatti, che: "*Per quanto poi specificamente riguarda la questione inerente alla dedotta disomogeneità tra i dati relativi agli importi dovuti e quelli relativi ai compensi corrisposti, deve anzitutto rilevarsi che la sentenza impugnata non si è limitata a rimandare alle conclusioni del CTU, ma ha specificamente osservato che, "per ciascuna tavola di computo, relativa ad ogni anno di lavoro prestato, è stata distinta la retribuzione oraria di fatto e la retribuzione lorda mensile rispetto alle ore lavorate", e ciò "al fine di calcolare il lordo dovuto", cosicché i dati comparati erano "omogenei". Non*

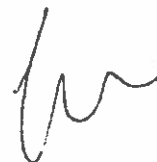
¹ L'inserimento, nella scheda allegata alle note depositate dalla società in data 20/11/2009, tra gli importi (lordi e netti) corrisposti al _____ nel periodo dal 14/3/2004 sino a metà novembre 2005, di € 3.571,43 lordi, pari ad € 2.499,70 netti, per il mese di nov. 2004, non trova - infatti - alcuna corrispondenza nelle fatture in atti, tra le quali, mentre compare due volte (l'una è - ad evidenza - la copia dell'altra) quella riferita (€ 2.857,38 lordi, pari ad € 1.750 netti) al successivo mese di dicembre, non v'è invece alcuna fattura riferita al nov. 2004. Il totale effettivamente corrisposto in detto periodo è stato, pertanto, non di € 67.738,78 lordi e di € 46.845,43 netti, bensì di € 64.167,35 lordi, pari ad € 44.345,73 netti, con conseguenze - quindi - anche sul dovuto, anch'esso erroneamente calcolato da entrambe le parti sul presupposto di una attività svolta anche nell'intero mese di novembre 2004;

avendo l'odierno ricorrente dedotto di avere operato sulle somme corrisposte all' A. le dovute trattenute contributive ed erariali (il che, del resto si sarebbe posto in insanabile contraddizione con la sua posizione difensiva dell'insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato), tali somme non possono essere considerate al netto di alcunché e rappresentano quindi l'importo (appunto, lordo) corrisposto; onde correttamente la Corte territoriale ha evidenziato l'omogeneità dei dati comparati dal CTU al fine del calcolo delle differenze retributive. Ciò premesso, deve altresì ricordarsi che questa Corte ha ripetutamente affermato che l'accertamento e la liquidazione dei crediti pecuniari del lavoratore per differenze retributive debbono essere effettuati al lordo delle ritenute contributive e fiscali (cfr. Cass. SU, n. 3105/1985; Cass. nn. 6806/1987; 816/1988; 1486/1989; 13735/1992, 9198/2000; 6337/2003), mentre i problemi connessi alla detrazione di somme ai titoli sopra indicati riguardano il diverso e successivo momento del pagamento dei crediti medesimi. Ed invero è stato rilevato che la trattenuta, da parte del datore di lavoro, della quota dei contributi a carico del lavoratore, è prevista dalla L. n. 218 del 1952, art. 19, in relazione alla sola retribuzione "corrisposta alla scadenza del periodo di paga cui il contributo si riferisce", mentre, ai sensi del successivo art. 23, comma 1, della medesima legge, il datore di lavoro che non abbia provveduto al pagamento dei contributi entro il termine stabilito, è da considerare debitore esclusivo dei contributi stessi, anche per la quota a carico del lavoratore; ha ancora precisato la Corte che tale normativa non deroga ai principi generali in tema di pagamento del debito altrui e non preclude al datore di lavoro di rivalersi della quota contributiva gravante sul dipendente, oltre che con lo speciale mezzo di autotutela previsto dalla L. n. 218 del 1952, art. 19, anche nelle forme ordinarie, attraverso l'esercizio dell'azione generale di rivalsa che spetta a chiunque abbia adempiuto un debito altrui (cfr. Cass. n. 9198/2000, cit., in motivazione)".

La fattispecie ivi esaminata riguarda, ad evidenza, un rapporto di lavoro totalmente in nero e ciò spiega l'assoluta coincidenza, in tal caso, di quanto materialmente esborsato dal datore di lavoro con quanto materialmente intascato dal lavoratore, posto che là dove non vi è tara (contributi e imposte) non v'è neppure alcuna differenza tra lordo e netto.

Nel caso di specie, però, la _____, mentre non ha versato alcunché a titolo di contributi, né per la parte a carico del datore del lavoro né per la parte a carico del prestatore di lavoro, ha invece operato delle ritenute fiscali, sia pure con criteri e in misura diversi da quelli che devono essere applicati in un rapporto di lavoro subordinato dal datore di lavoro/sostituto d'imposta, con la conseguenza che già sol per effetto delle ritenute fiscali da essa operate sulle fatture liquidate al ricorrente viene meno quella coincidenza tra netto e lordo cui fa riferimento la sentenza n. 18584/2008, rispetto, però, si ripete, ad un rapporto totalmente in nero.

Il lordo o del corrisposto o, se superiore al corrisposto, del dovuto è, d'altra parte, il parametro sul quale si effettua il calcolo dei contributi tanto a carico del lavoratore, quanto a carico del datore di lavoro, che, se ed in quanto totalmente evasi, come nel caso di specie, devono essere - ex art. art. 23, comma 1, della legge n. 218/1952 - integralmente versati all'Inps dal datore di lavoro, con relative sanzioni ed interessi, anche per la parte che sarebbe stata a carico del prestatore di lavoro.



La diversità dei risultati cui, anche a prescindere dal riferimento operato dal ricorrente al netto percepito, anziché al lordo corrispostogli dalla _____, sono approdati i conteggi effettuati dalle parti ha imposto, non essendo esse disponibili ad un accordo sul *quantum*, l'effettuazione di CTU.

Nella relazione depositata in data 17/12/2009, fermo restando l'importo già indicato (come si è visto in eccesso) quale lordo percepito (€ 67.738,78) nei conteggi effettuati dalla società, è stato determinato il dovuto lordo in complessivi € 76.994,11 (€ 73.543,67 per "retribuzioni spettanti", meno € 1.739,40 per "trattenuta mancato preavviso", più € 5.189,84 per TFR), con una differenza, pertanto, a favore del _____ di € 9.255,33 lordi.

Già da un loro sommario esame emerge, tuttavia, la difformità dei criteri adottati dal CTU rispetto, oltre che al quesito conferito, ai dati ricavabili dalla documentazione in atti e, a monte, allo stesso *petitum* di causa.

Di immediata evidenza è, in particolare, l'indebita deduzione dal dovuto (con riflessi anche sul computo del TFR) dell'indennità sostitutiva del preavviso - che, non chiesta dal ricorrente, non è stata, però, neppure oggetto di un'eccezione di compensazione da parte della convenuta - e l'inscrimento, di contro, non solo della retribuzione ordinaria, ma persino dello straordinario anche per periodi già non considerati (dall'1/10 al 7/12/2004 e dall'1/10 al 13/12/2005) negli stessi conteggi che, incorporati nel ricorso, sono stati anche espressamente richiamati nella domanda di condanna di cui alla lett. (c.)².

Mentre per la correzione del solo errore riferito all'indennità sostitutiva del preavviso e delle sue conseguenze sul TFR sarebbero state sufficienti semplici operazioni matematiche, di agevole effettuazione anche d'ufficio, per il riproporzionamento del dovuto, reso necessario non solo dal rispetto del divieto di *ultra petita*, ma anche dai criteri *ad hoc* già precisati nella motivazione della sentenza parziale, sarebbero stati invece necessari calcoli più complessi, talché si è ritenuto opportuno disporre un supplemento di perizia.

La seconda relazione peritale è stata depositata in data 14/1/2010. In essa, tenendo conto dei soli mesi (fatta salva l'omissione segnalata dalla difesa del ricorrente, di cui si dirà oltre) considerati, a partire dal 14/3/2004, nello stesso conteggio incorporato nel ricorso, il corrisposto è stato indicato in complessivi € 60.000,55 lordi; il dovuto in complessivi € 63.383,06 lordi (di cui € 57.454,90 a titolo di retribuzioni dirette ed indirette spettanti in corso di rapporto; € 1.739,40 a titolo di indennità sostitutiva del preavviso ed € 4.188,76 a titolo di TFR) e la differenza ancora spettante al _____ in complessivi € 3.382,51 lordi.

Anche in questo caso, già il solo esame delle voci riportate nel riepilogo evidenzia, oltre che un errore esattamente inverso a quello di cui alla prima relazione per quanto attiene alla indennità sostitutiva del preavviso, indebitamente inserita nel dovuto, anche l'utilizzazione di criteri diversi da quelli di fonte legale.

² "(c.) conseguentemente condannare la ditta convenuta al pagamento della somma di € 402.155,09 al lordo delle somme percepite od a quella maggiore o minore risultante di giustizia, per i titoli di cui in premessa, secondo i conteggi facenti parte integrante del ricorso per trattamento retributivo, istituti contrattuali indiretti nonché T.F.R., lavoro straordinario e quant'altro spettante per C.C.N.L.";

Come si è già detto, l'indennità sostitutiva del preavviso non è stata posta in compensazione dalla società, ma neppure è stata chiesta dal ricorrente, talché, così come essa non può essere dedotta dal 'dovuto' (come era accaduto nella prima perizia), neppure può – però – aumentarlo.

Contrastante, poi, con le previsioni dell'art. 2120 cc, è l'inserimento della quota di TFR nel totale del dovuto lordo posto a confronto con il complessivo lordo percepito, trattandosi di una voce spettante alla cessazione del rapporto di lavoro, oltre le retribuzioni corrisposte c/o comunque dovute nel corso del rapporto, non soggetta ad alcun assorbimento.

Lo stesso TFR, peraltro, è stato calcolato, come risulta dal conteggio di cui alla specifica scheda riferita a tale voce, su un montante di complessivi € 56.004,45 che, pur avvicinandosi a quanto (pari, come si vedrà, ad € 56.429,12) effettivamente corrisposto al nel periodo decorrente dal 14/3/2004 al 30/9/2005, esclusi i mesi di ottobre e novembre 2004, non corrisponde, però, all'importo indicato nel riepilogo né quale totale spettante, né quale totale dovuto.

Fatta salva la necessità di ricalcolare sulla base dell'effettivo corrisposto il TFR (da riconoscersi ex art. 2120 cc per intero), l'errore riferito all'inserimento nel dovuto anche dell'indennità sostitutiva del preavviso avrebbe addirittura aumentato la differenza già indicata nella relazione tra il maggior totale corrisposto ed il minor totale dovuto per tutte le altre voci, talché la causa avrebbe potuto essere discussa e decisa già all'udienza del 19/1/2010, *ad hoc* fissata, se non fosse emerso un altro errore potenzialmente idoneo a rovesciare, seppur di poca misura, il rapporto tra corrisposto e dovuto per tutte le altre voci, diverse dal TFR.

Tale errore (vale a dire la mancata deduzione dagli importi corrisposti, in parallelo alla deduzione di quelli spettanti, dell'importo di € 3.571,43 di cui alla fattura riferita al mese di ottobre 2005, anch'essa inserita nei conteggi depositati dalla società convenuta in data 20/1/2009), segnalato dai difensori del ricorrente tramite un'e-mail trasmessa solo la sera del 18/1/2010, ha reso opportuno un rinvio dell'udienza ad oggi, al fine di effettuare una più approfondita verifica dell'intero percorso attraverso cui il CTU è pervenuto ai risultati di cui alla relazione peritale depositata in data 14/1/2010.

Da tale verifica è emerso che, pur non avendo effettivamente dedotto dal percepito l'importo corrisposto al per il mese di ottobre 2005, il CTU non ha – però - neppure tenuto conto nella determinazione del dovuto del minor importo (€ 1.428,69), evidentemente indicativo di un periodo di lavoro inferiore all'intero mese, di cui alla fattura riferita al maggio 2005, calcolando anche per esso un dovuto, sia per retribuzione-base che per straordinario (€ 1.468,71 + € 1.509,70 = € 2.978,41), identico a quello dei mesi, evidentemente interamente lavorati, in cui è stato corrisposto al un importo di € 3.571,43 e non ha, altresì, tenuto conto del minor numero di mesi concorrenti alla determinazione della 14.ma mensilità spettante alla fine del mese di giugno 2005, ancora ~~indicata~~ calcolata sulla base di 12 ratei, anziché di 10.

La differenza tra quanto in proporzione effettivamente dovuto per il mese di maggio 2005 (€ 587,48 per retribuzione-base + € 603,88 per straordinario = € 1.191,36) e quanto esposto anche nella seconda CTU come dovuto per tale mese (€ 2.978,41) ammonta ad € 1.787,05; la differenza tra quanto effettivamente spettante per la 14.ma maturata alla fine di giugno 2005 (€ 1.223,93) rispetto a quanto esposto come dovuto a tale titolo (€ 1.468,71) ammonta

ad € 244,78. Deducendo dall'importo indicato nella perizia (€ 57.454,90) la parte complessivamente accreditata in più (€ 2.031,83) per dette voci il totale dovuto (escluso, sempre, il TFR) scende ad € 55.423,07, restando perciò ancora al di sotto, per quanto di poco più di mille euro, dell'effettivo totale corrisposto, risultante dalla sottrazione dal maggior importo indicato in perizia di quanto versato al _____ per il mese di ottobre 2005 (€ 60.000,55 - € 3.571,43 = € 56.429,12).

Allo stesso risultato si perverrebbe, peraltro, anche ritenendo che i limiti tracciati dalla domanda proposta *sub* (c.) possano essere superati dal riferimento operato dalla stessa società nei conteggi depositati in data 20/11/2009 a *tutti* i compensi erogati al _____ a partire dal 14/3/2004 sino al 14/11/2005 (data finale indicata per l'accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato nella domanda di cui alla lett. a. ³) ed estendendo ad essi il confronto.

Ad un corrisposto lordo di complessivi € 64.167,35 (€ 67.738,78, indicati nei conteggi depositati dalla società in data 20/11/2009, meno € 3.571,43, riferiti al mese di nov. 2004, per il quale non è stata, come si è già precisato, emessa alcuna fattura) si contrapporrebbe, infatti, un totale dovuto (sempre con esclusione del TFR) di € 63.344,73, al quale si perviene, partendo dall'importo (€ 73.543,67) indicato come dovuto per "retribuzioni" nella prima perizia, senza sottrarre l'indennità sostitutiva del preavviso, ma togliendo quanto ivi esposto (per retribuzione-base; straordinari e festività) per il mese di dicembre 2005, per il quale non è stata emessa alcuna fattura, e riproporzionando - altresì - il dovuto agli importi di cui alle relative fatture con riferimento, oltre che al mese di maggio 2005, di cui si è già innanzi detto, al mese di ottobre 2004 (fattura di € 2.500), al mese di dicembre 2004 (fattura di € 2.857,38) ed al mese di nov. 2005 (fattura di € 1666,80) nonché adeguando i ratei di 13.ma del 2005, che già indicati in numero di 11 scendono a 10, e di ferie e ROL 2004 e 2005, che già commisurati a 21 mesi vanno, invece, corrisposti per 19 mesi.

La società deve perciò corrispondere al _____ per il periodo per il quale è stata riconosciuta la sussistenza della subordinazione il solo TFR benché nella intera misura maturata, trattandosi di una voce di credito per la quale - come si è già precisato - non può

³ "(a.) previa declaratoria della simulazione dei contratti intitolati "di collaborazione professionale" di cui al punto 3 della premessa e di quelli non prodotti in causa [e quindi partitamente quelli stipulati nell'anno 1996 con attività prestata presso il villaggio Helios in Dierba (Tunisia), nell'anno 1997 con attività prestata presso il villaggio Temple Point (Kenia), nell'anno 1998 con attività prestata presso il villaggio Karibu (Zanzibar), nell'anno 1999 con attività prestata presso il villaggio Pratagy (Brasile), nell'anno 2000 con attività prestata presso il villaggio Playa Maroma (Messico), nell'anno 2001 con attività prestata presso il villaggio Karibu (Zanzibar); nell'anno 2002: villaggio Karibu-Zanzibar; nell'anno 2003: villaggio Crioula-Capoverde; nell'anno 2004: villaggio Andilana-Madagascar; nell'anno 2005: villaggio Serrambi-Brasile], accertare e dichiarare che il rapporto di lavoro intercorso tra le parti dal 01 giugno 1996 o dalla data che risulterà prova a al 14 novembre 2005 ha avuto natura di lavoro subordinato a tempo indeterminato, stante la illegittimità dei termini apposti, durato senza soluzione di continuità dal 1996 al 2005; o in ipotesi dichiarare la conversione dei contratti di co.co.co. dal 2004 al novembre 2005 in rapporto di lavoro subordinato in forza dell'art. 69 del D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276";

può procedersi, diversamente da quanto peraltro è stato fatto anche dal suo CTP, ad alcuna compensazione con quanto gli è stato corrisposto in tale periodo oltre al dovuto. Il suo credito a tale titolo ammonta ad € 4.802,42 lordi, oltre accessori, come da dispositivo.

Il sol parziale accoglimento delle domande svolte dal ricorrente giustifica la limitazione della condanna della società al pagamento della sola metà delle spese di lite dallo stesso sostenute, mentre a carico della sola società vanno per intero poste, stante l'accertata evasione dei suoi obblighi contributivi, le spese di lite sostenute. Per la loro entità si rinvia al dispositivo, in cui si è – altresì – indicato l'importo che deve essere versato, tenuto anche conto dell'effettivo valore della causa, da liquidare al CTU, ponendolo a carico solidale delle parti.

p.q.m.

definitivamente pronunciando, in parziale accoglimento della domanda di cui alla lettera (.c.) delle conclusioni di cui al ricorso proposto da _____ contro la condanna la società convenuta al pagamento a favore del ricorrente dell'importo di € 4.802,42 lordi a titolo di TFR, oltre interessi e rivalutazione monetaria separatamente calcolati sul capitale dal dovuto al saldo;

la condanna, altresì, al pagamento della metà delle spese di lite sostenute dal ricorrente, che si liquidano per tale parte in complessivi € 3000, oltre accessori, nonché al pagamento delle spese di lite sostenute dall'Inps, che si liquidano in complessivi € 1.800, oltre accessori;

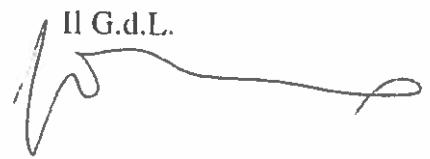
pone a carico solidale delle parti le spese di CTU, che si liquidano in complessivi € 750, oltre I.V.A., C.N.P.R. (4 %) ed eventuale R.A.

Sentenza esecutiva.

Fissa il termine di giorni 20 da oggi per il deposito della motivazione.

Milano, 25 gennaio 2010

Il G.d.L.



Depositato nella Cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

OGGI 29 GEN. 2010

CANCELLIERE
A. M. M. M.

TRIBUNALE CIVILE DI MILANO

E' CONFORME ALL'ORIGINALE

Milano, li

11 FEB. 2010

IL CANCELLIERE

