

19 GEN 2018

AULA 'A'



01375.18

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 412/2013

SEZIONE LAVORO

Cron. 1375

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

Dott. VITTORIO NOBILE

- Presidente - Ud. 14/09/2017

Dott. LAURA CURCIO

- Consigliere - PU

Dott. ANTONIO MANNA

- Consigliere -

Dott. ADRIANO PIERGIOVANNI PATTI

- Rel. Consigliere -

Dott. FABRIZIA GARRI

- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 412-2013 proposto da:

BA c.f. **X**, elettivamente domiciliata in ROMA, CORSO VITTORIO EMANUELE 11 326, presso lo studio dell'avvocato STEFANO GUADAGNO, rappresentata e difesa dall'avvocato VINCENZO MARINO, giusta delega in atti;

- ricorrente -

2017

3464

contro

BL, **MN**, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA PO n. 25/B, presso lo studio degli avvocati ALFREDO SAMENGO, MARIO MICELI, (Studio legale Pessi e

Associati) che li rappresentano e difendono unitamente
all'Avvocato LUIGI MASINI, giusta delega in atti;

- controricorrenti -

avverso la sentenza n. 494/2012 della CORTE D'APPELLO
di GENOVA, depositata il 27/06/2012 R.G.N. 407/2011.

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 14/09/2017 dal Consigliere Dott. ADRIANO
PIERGIOVANNI PATTI;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. FRANCESCA CERONI che ha concluso per il
rigetto del ricorso;

udito l'Avvocato GIANLUIGI MALANDRINO per delega
verbale Avvocato VINCENZO MARINO;

udito l'Avvocato LUIGI MASINI.

RG 412/2013

FATTI DI CAUSA

Con sentenza 27 giugno 2012, la Corte d'appello di Genova rigettava la domanda di **AB** di condanna di **LB** e **NM**, quali ex soci della estinta s.n.c. **BL** & C., al pagamento, in proprio favore, di differenze retributive riguardanti il pregresso rapporto di lavoro intrattenuto con la società dal 4 aprile 1973 al 24 ottobre 2007, dapprima in qualità di apprendista sarta (fino al 2 novembre 1976) e quindi di sarta qualificata ai sensi del CCNL per le imprese artigiane del settore tessile, abbigliamento e calzaturiero: così riformando la sentenza di primo grado, che aveva invece condannato i predetti al pagamento, in favore della ex lavoratrice, della somma (non già di € 79.941,82 a titolo di differenze retributive e T.f.r., come richiesto, ma) di € 31.592,00 per le differenze retributive riguardanti il periodo di disciplina del rapporto a tempo parziale.

In esito alla prova orale direttamente esperita, la Corte territoriale accertava la modificazione consensuale dell'orario di lavoro contrattuale tra le parti, tempestivamente comunicato da una settimana all'altra, a seconda delle effettive esigenze aziendali, dalla società datrice alle lavoratrici accettanti, con esclusione così della spettanza di ogni retribuzione eccedente le ore effettivamente prestate. Neppure, infine, configurandosi il diritto ad alcun risarcimento per la disponibilità alla "chiamata", in difetto di sua prova, né tanto meno di danni: volendosi eventualmente ravvisare nella domanda introduttiva della lavoratrice anche un tale titolo, oltre a quello per differenze retributive.

Con atto notificato il 20 dicembre 2012, **AB** ricorreva per cassazione con quattro motivi, cui resistevano **LB** e **NM** con controricorso; entrambe le parti comunicavano memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con il primo motivo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1321, 2082, 2094 c.c., 6, ult. comma r.d.l. 1825/1924, per erronea

RG 412/2013

assunzione di una modifica consensuale tra le parti dell'orario contrattuale, in assenza di alcun patto derogatorio, ma soltanto di una prassi pluriennale unilateralmente imposta dal datore di lavoro ed accettata dalle lavoratrici per timore di perdere il posto di lavoro e pertanto in assenza di una loro libera volontà per l'evidente squilibrio di forza contrattuale, nell'irrilevanza infine della verificata effettività dell'esigenza aziendale (di diminuzione delle ore lavorate in assenza di adeguate commesse) da parte delle lavoratrici medesime, siccome rientrante nell'ordinaria sfera organizzativa datoriale.

2. Con il secondo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 1206, 1256 – 1258, 1463, 1464 c.c., 6, ult. comma r.d.l. 1825/1924, 2697 c.c., per erronea esclusione di *mora credendi* del datore di lavoro, in assenza di alcun patto derogatorio della prestazione lavorativa secondo l'orario contrattuale, né di sua irricevibilità per ragioni sopravvenute non riconducibili all'ordinario ambito di programmazione gestionale (nel quale compreso anche il calo di commesse): in ogni caso neppure rigorosamente provate.

3. Con il terzo, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione dell'art. 2723 c.c., per ammissione di prova orale su patti aggiunti o contrari posteriori alla formazione del contratto di lavoro, senza tenere conto delle condizioni poste dalla norma denunciata (qualità delle parti, natura del contratto ed ogni altra circostanza), in riferimento allo squilibrio contrattuale tra le parti, all'esistenza di una prassi di riduzione dell'orario lavorativo unilateralmente imposta dal datore con acquiescenza delle lavoratrici, in assenza di alcun accordo modificativo.

4. Con il quarto, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 5 d.l. 726/1984 conv. in l. 863/1984, 2, 3 d.lg. 61/2000, 3 come mod. dall'art. 46 d.lg. 276/2003 e poi dall'art. 1, comma 44 l. 247/2007, 2697 c.c. ed omessa e insufficiente motivazione su punto decisivo della controversia, in riferimento all'inesistenza di alcun patto derogatorio dell'orario di lavoro pattuito, non sostituito da altro, ma semplicemente oggetto di unilaterale variazione datoriale di settimana in settimana, con acquiescenza delle lavoratrici.

RG 412/2013

5. Tutti i motivi possono essere congiuntamente esaminati, per ragioni di stretta connessione.

5.1. Essi sono parzialmente fondati.

5.2. In via preliminare, occorre chiarire come la lavoratrice, odierna ricorrente, abbia rivendicato le differenze retributive relative all'intero rapporto alle dipendenze della s.n.c. **BL** & C., ormai estinta, e pertanto dal 4 aprile 1973 al 24 ottobre 2007, data del suo licenziamento.

Ebbene, in questo arco di tempo ultratrentennale, esso subiva un'articolata modulazione tra tempo pieno (dal 4 aprile 1973 all'8 febbraio 1984 e poi ancora da maggio 1989 al 14 novembre 1993) e tempo parziale (dal 9 febbraio 1984 a fine aprile 1989 per un orario settimanale di 20 ore, dal 15 novembre 1993 al 2 febbraio 2003 di 17,5 ore settimanali e infine dal 3 febbraio 2003 alla conclusione del rapporto di 7 ore settimanali nei mesi di gennaio, luglio e settembre e di 14 ore nei mesi residui: come risulta dai relativi contratti prodotti *sub* 3 e 4 del suo fascicolo di primo grado).

A fronte della totale reiezione dalla Corte d'appello della propria domanda, invece accolta dal Tribunale limitatamente al periodo di lavoro a tempo parziale, nell'odierno giudizio **AB** insiste per il suo accoglimento integrale, in riferimento ad entrambi i periodi tanto a tempo parziale, tanto a tempo pieno (pure questa coltivata in grado di appello con impugnazione incidentale, evidentemente assorbita).

6. Tanto premesso, occorre allora distinguere il periodo lavorato a tempo parziale da quello lavorato a tempo pieno.

6.1. Come si evince dalla documentazione citata, il suddetto primo periodo ricade, *ratione temporis*, in parte sotto la disciplina dell'art. 5, secondo comma d.l. 726/1984 conv. in l. 863/1984 (dal 9 febbraio 1984 a fine aprile 1989 e dal 15 novembre 1993 al 2 febbraio 2003) ed in parte sotto quella degli artt. 2 e 5, primo comma d.lg. 61/2000 (dal 3 febbraio 2003 alla conclusione del rapporto), parimenti esigenti la forma scritta, sia pure prevista: dall'art. 5 d.l. 726/1984, secondo cui "*il contratto di lavoro a tempo parziale deve stipularsi per iscritto*",

RG 412/2013

ad substantiam e quindi come condizione di validità del contratto (Cass. 28 maggio 2003, n. 8492); dagli artt. 2 e 8, primo comma d.lg. 61/2000 *ad probationem*; esigendosi poi, per la trasformazione del rapporto a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, un "accordo delle parti risultante da atto scritto, convalidato dalla direzione provinciale del lavoro competente per territorio" (art. 5, primo comma d.lg. 61/2000, nel testo vigente fino al 31 dicembre 2011; quindi sopprese le ultime nove parole dall'art. 22, quarto comma l. 183/2011, con decorrenza dal 1° gennaio 2012).

6.2. Sicchè, si ritiene che la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, tanto ai sensi della disciplina dettata dall'art. 5 d.l. 726/1984 (Cass. 11 dicembre 2014, n. 26109), tanto ai sensi del d.lg. 61/2000, non possa avvenire a seguito di determinazione unilaterale del datore di lavoro, necessitando invece del consenso scritto del lavoratore (così anche: Cass. 17 luglio 2006, n. 16169; Cass. 14 luglio 2014, n. 16089); e che, configurando la modalità oraria un elemento qualificante della prestazione oggetto del contratto *part-time*, la variazione, in aumento o in diminuzione, del monte ore pattuito, costituisca una novazione oggettiva dell'intesa negoziale inizialmente concordata, che richiede una rinnovata manifestazione di volontà, pertanto non desumibile per *facta concludentia* dal comportamento successivo delle parti a norma dell'art. 1362 c.c. (Cass. 6 dicembre 2016, n. 25006, in consapevole dissenso come la citata Cass. 11 dicembre 2014, n. 26109, da Cass. 21 febbraio 1997, n. 1584).

6.3. Appare allora evidente come il ragionamento probatorio svolto dalla Corte territoriale, in assenza di alcuna pattuizione scritta della variazione in riduzione dell'orario di lavoro, ritenuta consensualmente concordata tra le parti proprio in base al comportamento concludente ravvisato in esito alla valutazione delle risultanze testimoniali (per le ragioni esposte ai punti 1 e 2 di pg. 9 della sentenza), non sia conforme ai principi di diritto suenunciati, condivisi da questa Corte, con la conseguente fondatezza dei mezzi congiuntamente esaminati, sotto il profilo scrutinato.



RG 412/2013

7. Diverso è invece il discorso in relazione alle riduzioni di orario lavorato riguardanti i periodi di rapporto a tempo pieno.

7.1. Ed infatti, per la costituzione di un rapporto di lavoro così modulato non è stabilito alcun vincolo di forma, essendo anzi questa libera.

In particolare, il rapporto di lavoro subordinato, in assenza della prova di un rapporto *part - time*, nascente da atto scritto, si presume a tempo pieno ed è onere del datore di lavoro, che alleggi invece la durata limitata dell'orario di lavoro ordinario, fornire la prova della consensuale riduzione della prestazione lavorativa (Cass. 18 marzo 2004, n. 5518; Cass. 23 febbraio 2000, n. 2033).

7.2. In ordine poi alla variazione in diminuzione dell'orario lavorativo, si ritiene che il datore di lavoro non possa unilateralmente ridurre o sospendere l'attività lavorativa e specularmente rifiutare di corrispondere la retribuzione: diversamente incorrendo nell'inadempimento contrattuale previsto in linea generale dalla disciplina delle obbligazioni corrispettive, secondo cui il rifiuto di eseguire la prestazione può essere opposto da un contraente (nella specie il datore di lavoro) soltanto se l'altra parte (il lavoratore) ometta di effettuare la prestazione da lui dovuta; ma non già quando questa sia impedita dalla volontà datoriale unilaterale, salva la prova a carico del medesimo di una impossibilità sopravvenuta, a norma degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c., fondata sull'inutilizzabilità della prestazione lavorativa per fatti non addebitabili al predetto, perché non prevedibili, ne' evitabili, ne' riferibili a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale ovvero ad un calo di commesse o a crisi economiche o congiunturali o strutturali e "*salvo comunque un eventuale accordo tra le parti*" (Cass. 16 aprile 2004, n. 7300).

7.3. In merito alla prova di un tale accordo, il differente regime formale del rapporto a tempo pieno rispetto a quello a tempo parziale comporta una diversa e coerente modulazione dell'onere della prova. Esso può, infatti essere assolto, quanto alla modifica delle originarie condizioni contrattuali *per facta concludentia*, e ciò anche se il contratto sia stato stipulato per iscritto (Cass. 14 marzo 2006, n.

RG 412/2013

5496, con specifico riferimento agli aspetti retributivi, fermo restando il divieto di unilaterale riduzione).

Qui allora appare corretto, sotto il profilo di diritto, il ragionamento probatorio svolto dalla Corte territoriale, che ha ritenuto la variazione in riduzione dell'orario di lavoro, in assenza di pattuizione scritta, consensualmente concordata tra le parti in base al loro comportamento concludente, così come accertato sulla base delle scrutinate risultanze testimoniali (per le ragioni esposte ai punti 1 e 2 di pg. 9 della sentenza).

7.3. Nei limiti di una tale prospettiva, può allora essere correttamente utilizzato il principio di effettività valorizzato dalla Corte d'appello (*sub* punto 2, a pg. 10 della sentenza), il quale comporta che, al di fuori delle espresse deroghe legali o contrattuali, la retribuzione spetti soltanto se la prestazione di lavoro venga eseguita, salvo che il datore di lavoro versi in una situazione di *mora credendi* nei confronti dei dipendenti: con la conseguenza della validità, in linea di principio, dei patti conclusi tra i lavoratori e il datore di lavoro per la sospensione del rapporto di lavoro. E tali patti non hanno ad oggetto diritti di futura acquisizione né concretano rinuncia alla retribuzione, invalida a norma dell'art. 2113 c.c., atteso che la perdita del corrispettivo discende dalla mancata esecuzione della prestazione (Cass. 19 maggio 2003, n. 7843; Cass. 5 febbraio 2008, n. 2734; Cass. 21 aprile 2009, n. 9475).

7.4. Per le ragioni illustrate, i mezzi congiuntamente esaminati sono pertanto infondati sotto il profilo da ultimo esaminato.

8. In via riepilogativa e conclusiva, dalle superiori argomentazioni discende allora coerente l'accoglimento del ricorso limitatamente alla domanda relativa alle differenze retributive riguardanti i periodi di rapporto a tempo parziale, non anche a quelle riguardanti i periodi di rapporto a tempo pieno, invece da rigettare. Ciò comporta la cassazione della sentenza, nei limiti dei motivi così accolti, con rinvio, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione.

RG 412/2013

P.Q.M.

La Corte

accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione; cassa la sentenza e rinvia, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Genova in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 14 settembre 2017

Il consigliere est.
(dott. Adriano Patti)

Il Presidente
(dott. Vittorio Nobile)

Il Funzionario Giudiziario
Dott. Giovanni RUELLO

