

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Corte D'Appello di Roma  
II SEZIONE LAVORO e PREVIDENZA

La Corte nelle persone dei seguenti magistrati:

|                            |                  |
|----------------------------|------------------|
| Dott. Alberto Celeste      | Presidente       |
| Dott. Maria Pia Di Stefano | Consigliere rel. |
| Dott. Olga Pirone          | Consigliere      |

all'esito del deposito delle note di trattazione scritta ex art. 221, comma quarto, decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34 convertito in legge 17 luglio 2020, n. 77 e s.m.i., *in sostituzione dell'udienza del 28.9.2021*

nella causa civile di II Grado iscritta al n. r.g. **698/2017**:

tra  
PD parte domiciliata in Indirizzo Telematico rappresentata  
dall'avv. ARDUINI ANTONIO e avv. ANTONACCI ENZA

Parte appellante

contro  
**BAR T DI TA & F.LLI SNC** parte domiciliata in VIA ALDO MORO,  
58 03100 FROSINONE rappresentata dall'avv. DE GUIDI ROBERTO

Parte appellata

Ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

**Oggetto:** appello avverso la sentenza n.873/2016 emessa dal Tribunale di Frosinone in funzione di Giudice del Lavoro in data 14.9.2016

**Conclusioni:** come da scritti difensivi in atti

**Svolgimento del processo**

Con tempestivo appello PD impugnava la sentenza con la quale, espletata istruttoria orale, era stato respinto il suo ricorso volto ad ottenere la condanna della società **BAR T di TA e F.LLI SNC** al pagamento della somma di euro 320.224,47 a titolo di differenze retributive, con compensazione delle spese di lite.



Lamentava:

- la omessa pronuncia sull'eccezione di incapacità a testimoniare ex art. 246 c.p.c.;
- la erronea, carente e contraddittoria motivazione in ordine al riconoscimento della natura subordinata del rapporto di lavoro;
- l'omessa valutazione di un fatto decisivo emerso dall'istruttoria;
- la erronea valutazione delle risultanze istruttorie;
- l'omessa pronuncia sulla richiesta di CTU;
- l'erronea pronuncia sulle spese legali.

Si costituiva in giudizio l'appellata, resistendo al gravame, del quale chiedeva il rigetto.

All'esito del deposito delle note di trattazione scritta la causa veniva decisa come da dispositivo in calce.

### Motivi della decisione

La ricorrente ha dedotto con il ricorso di primo grado di avere svolto attività lavorativa in favore della società convenuta, sotto il vincolo della subordinazione, *dal settembre 2000 al dicembre 2011* con mansioni di addetta alla cucina per la preparazione dei pasti caldi e freddi, osservando l'orario lunedì-venerdì dalle 10 alle 16 (e nel periodo febbraio – settembre fino alle 19 ed il sabato dalle 10 alle 13 per la preparazione dei gelati), e di avere perciò diritto all'accertamento della natura subordinata del rapporto di lavoro, con inquadramento nel 3° livello del ccnl Turismo (qualifica di operaio specializzato, mansioni di cuoca) e pagamento delle differenze retributive maturate, anche a titolo di lavoro straordinario oltre le ferie non godute, festività, permessi, preavviso e TFR.

- Precisava che il rapporto non era stato regolarizzato fino al 25.9.2007, allorquando risultò assunta come apprendista con contratto a progetto con scadenza 25.9.2009 (e proroga fino al 25.9.2010), contratto di cui la ricorrente non ebbe però mai conoscenza fino all'acquisizione di documentazione per il presente ricorso.
- Percepiva una retribuzione mensile minima di 100 euro.
- Riceveva le direttive dai fratelli T , uno dei quali suo marito, che si alternavano nella conduzione del bar.
- Il rapporto era cessato per risoluzione consensuale il 31.12.2011.

La società convenuta eccepiva la prescrizione parziale dei crediti per il periodo anteriore ai cinque anni precedenti il deposito del ricorso introduttivo (26.2.2015), contestava che la P avesse mai lavorato alle sue dipendenze, poiché in realtà ella *si recava di tanto in tanto al bar solo per far compagnia al marito TA* (L.R. della società dal 2001 al 2011), mentre dal 2007 al 2008 aveva *dato una mano* all'azienda di famiglia (dei Fratelli TA , M e M ) con contratto a progetto per apprendistato, finalizzato a giustificare la presenza della moglie del T nel locale e regolarmente retribuito. Dal 2008 in poi non si era più recata presso



il bar di famiglia per motivi personali, anche se il progetto fu comunque prorogato fino al 2010.

In subordine erano spropositate le mansioni di operaio specializzato provetto del 3<sup>o</sup> livello rivendicato dalla ricorrente, provvista del solo diploma magistrale.

Contestava i conteggi allegati.

Rilevava la pretestuosità della domanda, tesa a lucrare un indebito vantaggio economico ai danni della società in ragione di pregressi contrasti insorti nel 2011 per ragioni commerciali, legati all'avvio di una nuova attività da parte della P e del marito, da cui l'ulteriore domanda di lite *temeraria*.

Il Tribunale, ricostruito il rapporto sulla base delle deduzioni e delle prove testimoniali, ha accertato che la P aveva frequentato il bar in quanto moglie del T, collaborando in cucina con la cognata TG per la preparazione dei pasti ai familiari e ai clienti; che la scarsità delle prestazioni e il mancato rispetto di giorni/orari lavorativi non qualificava il lavoro come subordinato.

Le prestazioni dovevano considerarsi a titolo gratuito, sorrette da *affectio coniugalis*.

Appella la lavoratrice sostenendo che:

- 1) era incapace a testimoniare il teste TC, figlio del legale rappresentante TM e detentore del 33% delle quote societarie e della teste TG, moglie di M, con questi in regime di comunione legale;
- 2) non poteva parlarsi di *affectio coniugalis* nei confronti di una società e
- 3) comunque in presenza di aperta conflittualità tra i relativi partecipanti;
- 4) dall'istruttoria era emersa la natura subordinata del rapporto, anche per il periodo successivo alla formalizzazione dello stesso con contratto a progetto, nonché la riconducibilità delle mansioni a quelle di cuoco di 3<sup>o</sup> livello;
- 5) erronea mancata ammissione della CTU contabile;
- 6) erronea compensazione delle spese di lite.

L'appello è parzialmente fondato.

Con il secondo motivo di gravame, logicamente preliminare in quanto riguardante il modello normativo applicabile, si lamenta che il Tribunale abbia erroneamente ritenuto gratuita la prestazione della P in quanto resa all'interno dell'impresa familiare, non considerando che quest'ultima non era una ditta individuale facente capo al coniuge della ricorrente, bensì una società in nome collettivo facente capo ai tre fratelli (due dei quali, dunque, cognati della ricorrente ed estranei alla famiglia in senso stretto); pertanto alcuna *affectio coniugalis* poteva nella specie realizzarsi: il lavoro familiare è solo quello reso nell'impresa in cui prestano attività di lavoro il coniuge dell'imprenditore, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, configurandosi altrimenti una inammissibile duplicità di rapporti, uno basato sul contratto di società e l'altro derivante dal vincolo familiare o di affinità (né rilevava che il marito provvedesse ai bisogni della famiglia non essendo provata la divisione degli utili che sola avrebbe consentito di ritenere destinato il 33% di competenza del



coniuge alle esigenze di mantenimento della ricorrente).

Ritiene il Collegio che non possa applicarsi alla presente fattispecie lo schema della gratuità per *affectio coniugalis*, non potendosi operare il richiamo all'impresa familiare ex art. 230 bis c.c., che presuppone appunto la titolarità individuale dell'impresa, ciò alla luce del chiaro insegnamento della S.C. secondo il quale *“non è applicabile la disciplina di cui all'art. 230-bis c.c., con riferimento all'attività lavorativa svolta nell'impresa commerciale gestita da una società in nome collettivo di cui sia partecipante il congiunto (o l'affine) del lavoratore, poiché il concetto di lavoro familiare, applicabile alle sole imprese individuali, è estraneo alle imprese collettive in genere e sociali in particolare, non essendo configurabile nella stessa compagine la coesistenza di due rapporti, uno fondato sul contratto di società e l'altro fra il socio e i suoi familiari, derivante dal vincolo familiare o di affinità”* (Cass., 6 agosto 2003, n. 11881).

Quindi sotto questo profilo l'impianto della prima sentenza non resiste alla formulata censura.

Ne consegue che la prestazione della ricorrente non può considerarsi a titolo gratuito (rimanendone assorbiti i profili di censura sulla nozione di mantenimento e sulla incompatibilità dello schema dell'art. 230 bis c.c. con la conflittualità interna all'impresa) e che ne deve essere accertata la riconducibilità ad un rapporto di natura subordinata, secondo gli ordinari criteri di qualificazione del rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, avendo riguardo al tipo di mansione concretamente svolta.

Passando quindi ai motivi 1) e 4), da esaminarsi congiuntamente riguardando entrambi la lettura delle risultanze istruttorie, il quadro emerso dalle prove testimoniali comprova lo svolgimento dell'attività in regime di subordinazione.

Va premesso che nell'ipotesi in cui la prestazione dedotta in contratto sia, come in questo caso, estremamente elementare, ripetitiva e predeterminata nelle sue modalità di esecuzione il criterio rappresentato dall'assoggettamento del prestatore all'esercizio del potere direttivo, organizzativo e disciplinare non risulta particolarmente significativo, dovendosi far ricorso a criteri distintivi sussidiari, quali la continuità e la durata del rapporto, le modalità di erogazione del compenso, la regolamentazione dell'orario di lavoro, la presenza di una pur minima organizzazione imprenditoriale (anche con riferimento al soggetto tenuto alla fornitura degli strumenti occorrenti) e la sussistenza di un effettivo potere di autorganizzazione in capo al prestatore, desunto anche dalla eventuale concomitanza di altri rapporti di lavoro (Cass. nn. 8569/04; 1536/09; 9251/10, 24561/2013; 1007/2018; 17384/2019).

Nella fattispecie, pur in assenza della prova diretta di ordini e direttivi impartiti al lavoratore (ma anche in assenza della prova diretta della inesistenza), emergono i seguenti indici rivelatori della subordinazione:



- prestazioni fornite quotidianamente per cinque giorni su sette per un periodo significativo;
- osservanza costante di orario fisso;
- luogo di lavoro coincidente con l'esercizio commerciale in dotazione del beneficiario della prestazione;
- espletamento di mansioni indispensabili per l'espletamento dell'esercizio commerciale in dotazione del datore;
- espletamento di mansioni piuttosto semplici cuoco addetto alla preparazione di piatti base);
- prestazioni eseguite personalmente;
- percezione di retribuzione fissa mensile;
- assenza di rischi .

Viceversa non emerge la occasionalità del rapporto né elementi indicatori della autonomia.

Ed invero, la P è stata vista in cucina preparare i pasti per i familiari e per i clienti, in particolare pasta con il sugo, con la ricotta, secondi e verdure congelate, petto di pollo, insalatone (teste MB , addetta al bar dal 1987 per un arco di tempo che abbraccia quello in contestazione 2000-2011; teste MI , dipendente dal 2005 al 2008 e poi saltuariamente fino al 2010, in alternanza con la collega per la preparazione del pranzo); il teste D , marito della cugina della P , precisava che la P preparava i pasti, ancorando il suo ricordo al fatto di richiedere talora alla ricorrente una preparazione compatibile con la sua dieta.

Sull'orario hanno riferito in senso concludente ed in misura sufficiente i testi M e M , nonché il D .

Le loro deposizioni danno conto di una presenza continua e non saltuaria della ricorrente presso l'esercizio, e precisamente nei giorni dal lunedì al venerdì (teste M ; nessun teste riferisce chiaramente del lavoro di sabato); in orario ricompreso dalle 10,00 alle 15,00 ( M ; la testimonianza della stessa M sulla protrazione dell'orario fino alle 19 per preparare gelati è rimasta invece isolata; anzi la circostanza è espressamente smentita dalla teste M ).

Le ferie non risultano provate: insufficiente al tal fine la deposizione M che riferisce genericamente che la P non aveva usufruito di ferie, il cui diritto si ancora invece alla specifica dimostrazione di non averne usufruito per avere lavorato in periodo feriale, così come non risultano provati i permessi non goduti e la prestazione di lavoro straordinario, quest'ultimo rapportato all'ordinario orario di lavoro previsto dal CCNL applicato (ccnl Turismo) di 40 ore settimanali su 4 o 5 giorni alla settimana, entro il quale risulta contenuto, come visto, l'orario di lavoro accertato (dalle 10 alle 15 su 5 giorni settimanali). Nemmeno risulta il diritto al preavviso, in difetto di emergenze sulle modalità e sulla data precisa di cessazione del rapporto di lavoro.

In effetti quanto al periodo, se dal complesso delle suindicate testimonianze può ritenersi acclarato l'inizio dell'attività lavorativa nel 2000 e la sua prosecuzione fino al 2008, non altrettanto può dirsi, con la medesima certezza, per il periodo successivo. La teste M ha frequentato il bar dopo il 2008 soltanto saltuariamente per il pranzo e in



occasione di eventi, sicchè la sua (unica) deposizione non è tranquillizzante per supportare lo svolgimento dell'attività lavorativa della P, quantomeno in via continuativa, dopo il 2008.

La teste M precisa che i primi tempi in cucina c'era solo lei (fino al 2006, 2007), poi si alternava con la cognata T, ma non precisa il periodo fino al quale la P è rimasta a lavorare.

Il teste D riferisce compiutamente solo dell'anno 2006.

Nè può costituire sicuro indice della prosecuzione del rapporto oltre il 2008 la stipula del contratto a progetto per apprendistato del 2007, prorogato fino al 2010, avendolo la ricorrente disconosciuto, dichiarando di non averne mai avuto contezza fino all'insorgere della presente vicenda giudiziaria; ed invero la lettera di assunzione in atti non risulta firmata dalla ricorrente.

Le prove non sono dunque sufficienti per affermare in tutta sicurezza che la prestazione si sia protratta con le stesse modalità dal 2002 fino al 2011.

Ciò che al massimo può affermarsi è che la P abbia mantenuto fino a quella data una certa frequentazione del bar, trattandosi pur sempre della moglie del titolare (così spiegandosi la redazione del contratto a progetto prodotto dalla convenuta), seppure con minore assiduità, gradualmente diradando la sua presenza fino ai riferiti dissidi che nel 2011 portarono la P al definitivo allontanamento.

Quanto all'inquadramento contrattuale delle mansioni svolte, queste non sono riconducibili al 3° livello rivendicato, riguardante il profilo di "cuoco unico", né al 4°, previsto per il "cuoco capo partita" (profili che presuppongono professionalità e responsabilità più elevate di quella di cui era dotata la ricorrente secondo quanto accertato, con particolare riguardo alla semplicità dei cibi preparati, alla mancata preparazione dei gelati e all'alternanza con la collega M e con la T durante l'orario giornaliero); più confacente appare il 5° livello del ccnl Turismo, la cui declaratoria è riferita al profilo di *"cuoco, cameriere, barista, intendendosi per tali coloro che prestano la propria attività in aziende alberghiere nelle quali la natura e la struttura del servizio di ristorazione, per la semplicità dei modelli organizzativi adottati, non ha caratteristiche tali da richiedere l'impiego delle figure professionali previste ai livelli superiori, operando tali aziende con menu fisso ed avendo le prestazioni fornite carattere semplice e ripetitivo sia per quanto riguarda la preparazione dei cibi sia per quanto riguarda la somministrazione degli alimenti e bevande, come ad esempio avviene in molte aziende alberghiere minori"*.

La CTU disposta in questo grado ha accertato che le differenze retributive spettanti alla lavoratrice per il periodo settembre 2000 - dicembre 2008 sulla base di quanto previsto dal c.c.n.l. Turismo per un 5° livello di inquadramento, con un part time di 25 ore settimanali, sono pari ad euro 75.677,72, già detratto quanto percepito. La Corte non ravvisa motivi per discostarsi da tale valutazione, fondata su seri e completi accertamenti contabili nonché sorretta da condivisibili argomentazioni tecniche.



E' appena il caso di osservare che l'indicazione, nel quesito, del 2008 quale termine finale del periodo di accertamento non è frutto di errore, per quanto sopra esposto, sicchè correttamente il CTU ha proceduto al calcolo delle differenze tenendo conto di tale dato. Va infine disattesa l'eccezione di prescrizione dei crediti retributivi maturati nel periodo di lavoro non regolarizzato, costituendo principio consolidato la non decorrenza della prescrizione allorchè rapporto di lavoro si presenti privo di stabilità reale e fintantochè non ne venga riconosciuta giudizialmente la subordinazione.

Rimane assorbita la doglianza sulla capacità dei testi TC e TG, le cui deposizioni non consentono in ogni caso di modificare, soprattutto sotto il profilo della durata del rapporto, il quadro probatorio già delineato.

Le spese del doppio grado, considerato il complessivo esito della lite, possono essere compensate in ragione di 1/3 e poste per il resto a carico della società nella misura liquidata in dispositivo, così assorbito il gravame in punto spese, basato unicamente sulla individuazione della parte soccombente in relazione all'auspicato diverso esito della controversia.

Non ricorrono i presupposti, tenuto conto della peculiare vicenda e del tenore delle rispettive difese, per la configurazione di una lite temeraria come dedotto dalla società.

Le spese di CTU possono essere poste interamente a carico dell'appellata, liquidate come da separato decreto.

P.Q.M.

La Corte, in riforma della sentenza impugnata, accerta e dichiara che tra PD e il BAR T DI TA & F.LLI SNC è intercorso un rapporto di lavoro subordinato dal 2000 a tutto il 2008, con inquadramento della P al 5^ livello del ccnl Turismo; per l'effetto condanna la società appellata a corrispondere a PD la somma di euro € 75.677,72 a titolo di differenze retributive, di cui euro 6.758,08 per TFR, già detratto quanto percepito; oltre accessori di legge.

Compensa in ragione di 1/3 le spese del doppio grado e condanna l'appellata al pagamento della restante quota delle spese, che liquida per l'intero in euro 2.500,00 per il primo grado ed in euro 4.757,00 per il presente appello, oltre, su tutte le somme, il rimborso delle spese forfettarie nella misura prevista dalle disposizioni tempo per tempo vigenti, Iva e Cpa di legge.

Pone le spese di CTU a carico della parte appellata, liquidate come da separato decreto.  
Roma, 28.9.2021

Il Consigliere estensore  
Dr. Maria Pia Di Stefano

Il Presidente  
Dr. Alberto Celeste