



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Tribunale di Milano

SEZIONE CIVILE

Settore Lavoro

SENT.N. _____

RUOLO N.

4533/2021

CRON. N. _____

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Maria Beatrice Gigli
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile, col rito del lavoro, iscritta al n. r.g. **4533/2021** promossa da:

(C.F. _____) con il patrocinio dell'avv.
TAGLIABUE MAURO elettivamente domiciliato in Milano, Via Anfossi n. 36, presso il
difensore avv. TAGLIABUE MAURO

RICORRENTE

contro

(C.F. _____), con il patrocinio dell'avv. CIVITELLI
TOMMASO FRANCESCO MARIA elettivamente domiciliato in VIA SAN BARNABA 30
MILANO presso il difensore avv. CIVITELLI TOMMASO FRANCESCO MARIA

(C.F. _____), con il patrocinio dell'avv. CIVITELLI TOMMASO
FRANCESCO MARIA elettivamente domiciliato in VIA SAN BARNABA 30 MILANO
presso il difensore avv. CIVITELLI TOMMASO FRANCESCO MARIA

(C.F. _____), con il patrocinio dell'avv. CASTELLANO
GIUSEPPE elettivamente domiciliato in VIA G.ORSINI 42 80132 NAPOLI presso il
difensore avv. CASTELLANO GIUSEPPE

RESISTENTI

Le parti hanno concluso come in atti

Esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione

Con ricorso depositato in data 22.5.2021, _____ ha chiesto al Tribunale di Milano di condannare _____ a r.l., _____ s.p.a. ed _____ s.r.l. (in solido tra loro in forza del disposto dell'art. 29 d.lgs. 276/2003) a pagargli la somma di € 48.253,79 a titolo di differenze retributive dovute in conseguenza dell'inquadramento superiore a cui il lavoratore ha affermato di avere diritto.

A sostegno della sua pretesa, ha allegato:

- di avere lavorato dal 3.1.2011 presso il magazzino di Casalmaiocco, assunto dalle diverse cooperative – tutte aderenti al _____ – che si sono succedute nell'appalto di _____ e da fine agosto 2018 in un altro magazzino di _____ a Casalmaiocco;
- di avere osservato i seguenti orari di lavoro: 8-19 nel periodo 1.1.2015-27.8.2018; 6-21 nel periodo 28.8.2018-31.11.2018; 7-19 nel periodo 1.12.2018-24.7.2019;
- di avere sempre svolto mansioni corrispondenti al livello 3S del CCNL applicabile, nonostante l'inquadramento contrattuale inferiore;
- di essere stato costretto a firmare, nell'aprile 2017, un foglio per farsi corrispondere degli "arretrati" di 250 euro, e di avere scoperto solo nell'aprile 2020 di avere firmato una transazione con cui rinunciava a ogni pretesa di eventuali differenze retributive non corrisposte.

_____ si sono costituite in giudizio, chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato in fatto e in diritto e comunque l'infondatezza delle pretese retributive maturate fino al 28.4.2017, in quanto coperte dall'accordo conciliativo sottoscritto dal lavoratore.

In prima udienza, _____ è stata dichiarata contumace, non essendosi costituita nonostante la regolarità della notificazione.

A seguito del vano esperimento del tentativo di conciliazione, il giudice ha fissato udienza di discussione delle istanze istruttorie.

Nelle more, _____ si è altresì costituita in giudizio, chiedendo il rigetto delle domande attoree e, in subordine, l'accertamento del suo diritto ad avvalersi del beneficio di preventiva escussione delle appaltatrici _____ e _____ per i crediti maturati fino all'abrogazione del d.l. 5/2012, avvenuta con d.l. 25/2017, entrato in vigore il 17.3.2017.

Il giudice ha ammesso la prova testimoniale richiesta e sono stati escussi due testi per parte in merito alle mansioni e agli orari osservati dal ricorrente.

È stata poi ammessa CTU contabile per calcolare le spettanze dovute al ricorrente. All'udienza di discussione, parte ricorrente ha limitato la propria domanda alla somma calcolata dal consulente.

La causa è stata quindi decisa, a seguito di discussione orale, con pronuncia del dispositivo in udienza e riserva del termine di giorni sessanta per il deposito della motivazione.

Il ricorso è fondato e deve essere accolto nei termini che seguono.

Esaminando preliminarmente la richiesta del riconoscimento delle ore di lavoro straordinario asseritamente svolte dal ricorrente, si deve osservare che l'onere di provare lo svolgimento di lavoro per un tempo superiore a quello previsto nel contratto grava sul lavoratore ricorrente, che deve dimostrare di avere effettivamente lavorato le ore allegare in ricorso (v. in tal senso, *ex multis*, Cass. 29 gennaio 2003, n. 1389; Cass. 20 febbraio 2018, n. 4076).

Nel corso dell'istruttoria testimoniale esperita in corso di causa, questo onere probatorio è stato parzialmente assolto. Infatti, queste sono state le dichiarazioni rese dai testimoni in merito agli orari di lavoro osservati dal ricorrente:

- Teste _____ : «Il ricorrente iniziava a lavorare alle 7 e finiva alle 17/18. Abbiamo lavorato assieme anche a Massalengo con un orario maggiore, dalle 7 alle 20/21, per

circa cinque/sei mesi».

- Teste : «A Casalmaiocco lavoravo insieme a lui dalle 9 fino alle 20 dal lunedì al venerdì con mezz'ora di pausa non pagata. Anche a Massalengo iniziavamo dalle 8/9 alle 19/20, anche qui con mezz'ora di pausa non pagata».
- Teste : «Io gestivo il magazzino dalle 22 alle 7/9 e vedevo il ricorrente un'oretta al mattino e per quello che so il ruolo del ricorrente era quello di mettere a posto i resi ma non l'ho mai visto all'opera».
- Teste : «Il ricorrente lavorava dalle 8/8.30 alle 18.30 dal lunedì al venerdì con un'ora di pausa non retribuita».

Come si vede, pur con alcune divergenze sulla collocazione temporale della prestazione lavorativa le testimonianze convergono quasi tutte su un orario di lavoro di 10 ore giornaliere per 5 giorni settimanali. L'unica testimonianza che non corrobora tale ricostruzione è quella del teste , il quale però ha dichiarato di essere presente al magazzino in orario notturno, quando il ricorrente non lavorava.

Può quindi ritenersi provato che il ricorrente, oltre ad aver osservato un orario di lavoro *full-time* di 40 ore settimanali, ha svolto due ore di straordinario giornaliero per tutta la durata del rapporto.

Ne consegue che il lavoratore ha diritto alla retribuzione corrispondente a tale orario lavorativo, nonché al ricalcolo degli istituti retributivi indiretti. Infatti, tredicesima e quattordicesima mensilità, ex festività e Rol sono stati calcolati dal datore di lavoro sotto forma di maggiorazione della retribuzione oraria (art. 61 Parte Speciale sezione prima), che è stata calcolata in relazione a un numero di ore inferiore rispetto a quello che è stato accertato in giudizio.

Quanto alla domanda di inquadramento superiore, occorre premettere che l'art. 2103 co. 7 c.c. prevede:

«Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento

corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi».

Com'è noto, è principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità che il giudice, nella determinazione del corretto inquadramento di un lavoratore subordinato, debba seguire un procedimento articolato nelle seguenti tre fasi: accertamento delle mansioni in concreto svolte dal lavoratore; individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal contratto collettivo di categoria; confronto tra i risultati delle due indagini (v. *ex multis* Cass. 12 maggio 2006, n. 11037; Cass. 28 aprile 2015, n. 8589; Cass. 22 novembre 2019, n. 30580).

Tutti i testimoni (a eccezione di _____, che, come già osservato, era presente in magazzino in orari diversi rispetto al ricorrente) hanno confermato che il lavoratore svolgeva effettivamente le mansioni indicate al punto 12 del ricorso: era responsabile del Reparto Resi (sia nel magazzino di Casalmaiocco che in quello di Massalengo) e coordinava la squadra di lavoratori addetti al reparto; eseguiva attività di bollettazione, dava supporto ai magazzinieri; dava assistenza telefonica e via mail al *customer service* di Casalmaiocco; effettuava la spunta delle bolle; collaborava con le varie piattaforme per coordinare le spedizioni; si occupava della verifica delle merci e delle spedizioni; a Casalmaiocco era responsabile del reparto Anomalie; a Massalengo supervisionava le consegne diurne e notturne; a Casalmaiocco aveva le chiavi del magazzino.

Queste attività sono riconducibili ai profili professionali indicati in via esemplificativa al livello 3S del CCNL applicabile:

- «Addetti al servizio clienti senior dopo 24 mesi (*Customer service*);
- Addetti alla gestione di:
 - o contabilità generale;
 - o contabilità industriale;
 - o controllo gestione commesse;

- Responsabile magazzino ricambi e materiale tecnico di consumo».

Come si è visto, infatti, il ricorrente svolgeva l'attività professionale di addetto al *customer service*, si occupava del controllo gestione delle commesse ed era responsabile del magazzino, avendo anche le chiavi dello stesso nel periodo in cui è stato stanziato a Casalmaiocco.

Ne consegue che il ricorrente ha diritto alla superiore retribuzione prevista dal CCNL applicabile in relazione alle mansioni effettivamente svolte dallo stesso.

Gli importi dovuti sono stati correttamente calcolati nella consulenza tecnica esperita in corso di causa, con motivazione immune da vizi logici e metodologia corretta: in particolare il consulente ha calcolato la retribuzione dovuta in base al livello 3S del CCNL, considerando orario di lavoro a tempo pieno (8 ore giornaliere per 5 giorni settimanali) oltre 2 ore di straordinario giornaliere, senza contare i giorni in cui il lavoratore risultava assente sulla base dell'esame del Libro Unico del Lavoro.

È stato poi correttamente detratto quanto il ricorrente ha dato atto di aver ricevuto a titolo di straordinario e quanto corrisposto a titolo di diaria e risultante dalle buste paga.

Il totale dovuto è stato calcolato in € 18.950,26 netti, corrispondenti a € 27.101,00 lordi.

In forza del contratto di appalto tra _____ e _____ e l'ATI tra _____ e _____ (docc. 1 e 2 ricorrente), le società convenute sono solidalmente responsabili per i crediti del lavoratore ai sensi dell'art. 29 d.lgs. 276/2003, dovendosi equiparare all'appalto di servizi l'affidamento di servizi a una propria impresa consorziata (Cass. 22 giugno 2012, n. 10439).

Quanto all'estensione della responsabilità solidale, questo giudice, pur nella consapevolezza di autorevole orientamento diverso, ritiene di conformarsi a quello secondo cui la responsabilità solidale comprende anche l'indennità per ferie non godute. Quest'ultima, infatti, è il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in un periodo che avrebbe dovuto essere

destinato alle ferie e rientra, quindi, nella nozione di “retribuzione” di cui all'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003 (Tribunale Milano, 16/11/2018, n.2928).

La responsabilità delle committenti e appaltatrici deve quindi essere accertata nella misura degli importi sopra indicati.

Sul beneficio della preventiva escussione exceptio da _____, si osserva che lo stesso è stato introdotto dal D.L. 5/2012 poi convertito in legge n. 5/2012 la quale ha modificato l'art. 29 D.lgs. 276/2003 ed è poi stato eliminato a seguito della modifica introdotta a seguito della conversione in legge del D.L. 17.03.2017, n. 25, in vigore, appunto, dal 17/3/2017.

Costituisce principio ormai consolidato quello secondo cui "l'eccezione con cui si fa valere il cd. "*beneficium excussionis*" ha natura sostanziale e non processuale, operando esclusivamente in sede esecutiva, ed incidendo sulla natura dell'obbligazione (che da "solidale" in senso stretto diviene obbligazione "sussidiaria") (App. Venezia, sez. lav., 23 gennaio 2017; App. L'Aquila, sez. lav., 10 gennaio 2014; Trib. Milano, sez. lav., 14 giugno 2013 e, da ultimo, App. Venezia n. 810/2017).

Nella specie deve quindi accertarsi il diritto di _____ a eccepire il beneficio della preventiva escussione del patrimonio di _____ e _____ seppur limitatamente ai crediti sorti sino al 16/3/2017.

Per quanto riguarda, infine, la conciliazione sindacale sottoscritta dal ricorrente nell'aprile 2017 (doc. 2 _____), si osserva che la dichiarazione del lavoratore di aver ricevuto quanto a lui spettante a titolo di retribuzioni ed emolumenti vari può assumere il valore di rinuncia e transazione solo se risulta accertato che il dipendente la ha sottoscritta con la consapevolezza dei diritti rinunciati e con il cosciente intento di abdicarvi (Cass. 19 settembre 2016, n. 183219).

I testimoni esaminati nel corso dell'istruttoria (v. in particolare le dichiarazioni di _____ e di _____) hanno riferito che questi accordi conciliativi sono stati fatti sottoscrivere ai lavoratori in un tempo ridottissimo («cinque minuti»), senza possibilità alcuna di leggerne e

Milano, 11/11/2022

Il Giudice
Maria Beatrice Gigli