



SENT. N. 5624/09

R. G. N.

CRON. N.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
CORTE DI APPELLO DI NAPOLI
SEZIONE LAVORO

La Corte di Appello di Napoli - Sezione del Lavoro - nelle persone dei magistrati:

dott. Fausto Castaldo	Presidente
dott.ssa Carla Musella	Consigliere
dott. Almerindo Nocca	Consigliere relatore

ha pronunciato all'udienza del 14.10.2009 la seguente

S E N T E N Z A

nel giudizio di appello iscritto al n. 7248 del ruolo generale del lavoro dell'anno 2006

TRA

DI FRANCESCO Raffaele, rappresentato e difeso, in virtù di procura in calce al ricorso in appello, dall'Avv. Antonio Porcaro, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliato in Napoli, alla via Massimo Stanzione, n. 4;

APPELLANTE

E

S.I.M. SERVIZI IMMOBILIARI S.A.S. di geom. Bruno De Clemente & C., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa, in virtù di procura a margine della memoria difensiva di costituzione di secondo grado, dall'Avv. Alessandro Colonna, presso lo studio del quale è elettivamente domiciliata in Napoli, alla via Scarlatti, n. 44;

APPELLATA

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza emessa in data 4.5.2006 il Giudice del lavoro del Tribunale di Napoli – pronunciandosi sulle domande proposte da Di Francesco Raffaele nei confronti della S.I.M. Servizi Immobiliari s.a.s. di geom. Bruno De Clemente & C. con ricorso depositato il 23.11.2001 – avente ad oggetto l'impugnativa del

licenziamento intimato al ricorrente con decorrenza dall'1.5.2001 per giustificato motivo oggettivo, nonché la richiesta di differenze retributive in relazione al rapporto di lavoro dal 3.9.1994 all'11.5.2001 – rigettava il ricorso, compensando le spese.

Osservava in motivazione il giudice che il licenziamento era legittimo ex art. 3 L. n. 604/66, in quanto dalle deposizioni dei testi e dalla documentazione esibita era emerso che la soppressione della posizione di lavoro del ricorrente era stata effettiva e non erano venuti fuori elementi che rivelassero la pretestuosità della determinazione datoriale; inoltre, la società, a fronte della scarna deduzione attorea, aveva adempiuto all'onere probatorio, sulla stessa gravante, in ordine all'impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore in parola in ambito aziendale.

Quanto, poi, alle disattese rivendicazioni economiche, il giudice di primo grado evidenziava che, in riferimento al periodo lavorativo dall'1.9.1994 al 31.12.1999, la domanda era improponibile per essere intervenuto verbale di conciliazione in sede sindacale in data 10.2.2000, relativamente al quale nulla risultava tempestivamente ed adeguatamente dedotto in ricorso (e, men che meno, provato) circa il fatto che il rappresentante sindacale presente non avesse, in realtà, svolto effettiva attività di assistenza rispetto alle ragioni del lavoratore; né dall'istruttoria, valutata nel suo complesso, era scaturito che il datore di lavoro avesse in alcun modo esercitato alcuna forma di costrizione, tale da indurre il De Francesco a sottoscrivere il relativo verbale, ed, in particolare, che avesse, a tal fine, minacciato, sia pure implicitamente, di interrompere il rapporto lavorativo in atto.

Inoltre, ad avviso del giudicante, neppure potevano trovare accoglimento, per carenza probatoria, le ulteriori domande di differenze retributive, che traevano fondamento, quasi esclusivamente, dall'assunto di aver prestato lavoro straordinario.

Avverso tale sentenza il De Francesco proponeva appello con ricorso depositato il 26.7.2006, contestando, in primo luogo, con varie argomentazioni, la pronuncia gravata nella parte in cui aveva erroneamente ritenuto, recependo la avversa tesi della improponibilità della domanda per il periodo fino al 31.12.1999, che la posizione dell'attore, in occasione della sottoscrizione del verbale del 10.2.2000,

fosse stata, in sostanza, adeguatamente protetta dalla presenza dell'esponente sindacale.

Si doleva, altresì, dell'affermazione del primo giudice, secondo cui risultava non provato lo stato di coazione psichica impeditivo di una libera determinazione, evidenziando che, in senso contrario, militavano le deposizioni dei testimoni escussi.

Ad ogni modo, le circostanze riferite ed, in particolare, la conferma che l'iniziativa di dar corso alla conciliazione era partita da parte datoriale, costituivano spunti di indagine talmente significativi che avrebbero potuto (e dovuto) indurre il giudicante ad un approfondimento istruttorio circa le modalità di redazione e sottoscrizione dell'atto.

L'appellante si lamentava, ancora, del negato riconoscimento di spettanze retributive relative al periodo successivo alla formale assunzione a tempo indeterminato, precisando, innanzitutto, che, contrariamente a quanto sostenuto dal giudice, le differenze richieste non derivavano soltanto da lavoro straordinario, ritenuto in sentenza non adeguatamente provato per il periodo di formalizzazione del rapporto di lavoro, ma dall'applicazione allo stesso delle previsioni del CCNL del settore commercio, ossia quello dalla stessa società appellata ritenuto, in sede, appunto, di assunzione "part time", fonte di regolamentazione diretta del rapporto.

Ciò posto, il De Francesco formulava specifici motivi di contestazione della decisione di primo grado relativamente, da un lato, alla mancata valutazione di quanto osservato in ordine al principio di infrazionabilità del t.f.r. anche nel testo di cui alla L. n. 297/82, dall'altro, alla sussistenza, in ogni caso, di differenze retributive, anche a voler considerare soltanto il periodo dal marzo 2000 al maggio 2001, non avendo, in tale periodo, egli affatto lavorato per le sole n. 35 ore settimanali di cui alla comunicazione di assunzione, come emerso dalla prova testimoniale.

Chiedeva, pertanto, all'adita Corte d'Appello di Napoli, Sezione del Lavoro, di voler, in accoglimento dell'appello ed in riforma della sentenza impugnata, condannare la società appellata al pagamento della complessiva somma di euro 68.613,98 , come da conteggio riformulato (sulla base dell'orario eccedente le citate 35 ore) ed allegato al ricorso in appello, o del diverso importo reputato di

giustizia, oltre accessori come per legge; con vittoria delle spese del doppio grado di giudizio.

In via istruttoria, instava per l'escussione degli altri testi indicati in lista in primo grado, con sostituzione del teste Caravaglios, deceduto, nonché per l'audizione, quale testimone, del sindacalista della CGIL di Napoli firmatario del verbale di conciliazione.

Si costituiva tardivamente nel giudizio di gravame la S.I.M. Servizi Immobiliari s.a.s. di geom. Bruno De Clemente & C., con memoria difensiva depositata il 30.12.2008 (per l'udienza ex art. 435 c.p.c. del 7.1.2009), deducendo l'infondatezza, punto per punto, dei motivi di gravame e chiedendo, quindi, il rigetto dell'impugnazione, con conferma, in ogni sua parte, della sentenza gravata e con condanna dell'appellante alla rifusione di spese, diritti e onorari del presente grado.

Dopo rinvio per l'acquisizione del fascicolo di ufficio di primo grado (poi pervenuto), all'odierna udienza collegiale la Corte adita si è pronunciata come da dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Rileva il Collegio che l'appello, così come proposto, è infondato e va, pertanto, rigettato.

Alla disamina dei motivi di gravame è opportuno premettere che, com'è noto, il dovere di motivazione del giudice d'appello resta sempre collegato ai motivi di impugnazione (v., al riguardo, Cass. n. 9177/97 ed altre), ragion per cui ogni altra questione, non specificamente riproposta dalle parti in questa sede, è ormai coperta da giudicato (v., in particolare, la statuizione di rigetto dell'impugnativa del licenziamento).

Tanto chiarito, occorre iniziare, ovviamente - attesa anche la evidente priorità sul piano logico - dal vaglio del motivo di appello con cui si contesta la declaratoria di parziale improponibilità della domanda economica per intervenuta conciliazione sindacale.

Ebbene, ritiene questa Corte territoriale, riesaminato il materiale probatorio acquisito in prime cure, di condividere in pieno l'assunto del giudice di primo grado, che, con motivazione ampia e convincente, è addivenuto all'anzidetta soluzione.

Non è, difatti, riscontrabile il lamentato errore di valutazione delle norme di protezione del lavoratore quale parte più debole del rapporto, oltre che delle risultanze istruttorie.

Nella situazione sottoposta al vaglio di questo Collegio ci troviamo a cospetto di un verbale di conciliazione stilato in data 10.2.2000 presso la sede della CGIL, Camera del lavoro, sita in Napoli, alla via Torino, n. 16 - ai sensi degli artt. 410 e ss. c.p.c. e succ. mod. ed agli effetti dell'art. 2113, u.c., c.c. - in cui, in riferimento al periodo dall'1.9.1994 al 31.12.1999 durante il quale, come dichiarato dalle parti, erano state fornite prestazioni saltuarie ed occasionali in regime di autonomia, il Di Francesco (assistito da Mazza Antonio, componente dell'ufficio vertenze della CGIL) ed il geom. De Clemente concordavano la definizione di ogni pendenza con l'attribuzione al lavoratore, a titolo transattivo, della somma complessiva di lire 2.000.000 e con il lavoratore medesimo che dichiarava di non "avere null'altro a pretendere per nessun motivo, ragione o causa dedotta e/o deducibile...".

Ad avviso del Collegio, è evidente la completa tacitazione del lavoratore in parola - di tanto perfettamente cosciente alla stregua delle espressioni adoperate nel delineato contesto, le quali appaiono tutt'altro che generiche, anche con riguardo alla natura delle prestazioni rese ed all'arco temporale di riferimento, oltre che all'attestata consapevolezza della inoppugnabilità del relativo verbale - con la conseguenza che l'anzidetta conciliazione, dal contenuto generalizzato ed omnicomprensivo, si rivela, al pari di quelle raggiunte presso le commissioni conciliative istituite presso l'Ufficio del Lavoro o in sede giudiziale, appunto inoppugnabile ai sensi dell'art. 2113, ultimo comma, c.c. (fermo restando che detta inimpugnabilità non significa, come sarà in seguito illustrato, che, avendo la conciliazione natura sostanziale, l'atto di disposizione non sia impugnabile con i mezzi di diritto comune, cioè con le azioni di nullità ed annullabilità degli atti giuridici).

A tal ultimo proposito, vedesi, tra le altre, Cass. civ., sez. lav., nn. 17785/2002 e 16283/2004, ove eloquentemente si afferma che il negozio transattivo stipulato in sede conciliativa, giudiziale o stragiudiziale è assoggettato ad un regime giuridico derogatorio della regola generale - stabilita dai commi 2 e 3 dell'art. 2113 cit. - dell'impugnabilità nel termine decadenziale di sei mesi, in quanto l'intervento del terzo investito d'una funzione pubblica, giudice, autorità amministrativa,

associazione di categoria, è ritenuto idoneo a superare la presunzione di non libertà del consenso del lavoratore, ovvero a sottrarre lo stesso ad una condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro ed a ristabilire l'equilibrio tra i soggetti della controversia.

E' vero che l'accordo tra il lavoratore ed il datore di lavoro, nel quale sia identificata la lite da definire ovvero quella da prevenire e che contenga lo scambio tra le parti di reciproche concessioni, è qualificabile come atto di transazione ed assume rilievo, quale conciliazione in sede sindacale ai sensi dell'art. 411, terzo comma, c.p.c., ove sia stato raggiunto con una effettiva assistenza del lavoratore da parte di esponenti dell'organizzazione sindacale indicati dal medesimo, dovendosi valutare, a tal fine, se in relazione alle concrete modalità di espletamento della intervenuta conciliazione sia stata correttamente attuata la funzione di supporto che la legge assegna in materia al sindacato (vds., al riguardo, Cass. civ., sez. lav., nn. 4730/2002, 12858/2003 e, ultimamente, 13217/2008).

Nella specie, tuttavia, non può non rilevarsi – in linea con quanto già evidenziato dal primo giudice - che nel ricorso introduttivo ex art. 414 c.p.c. non si rinvennero idonee allegazioni circa la carenza di una effettiva attività di assistenza da parte del cennato rappresentante sindacale: in particolare, in esso ricorso non è contestata la presenza del Mazza o la sua sostanziale e totale estraneità alla vicenda.

D'altro canto, è emblematico che la c.d. parte debole non sia una persona priva di istruzione e, come tale, più facilmente condizionabile, bensì di un soggetto diplomato, che, a prescindere dalla avvenuta (o meno) consegna di copia dell'atto, ha certamente avuto facoltà di leggere il verbale *de quo* e di autodeterminarsi di conseguenza.

Né, per ovviare alle menzionate carenze di allegazione e probatorie, è possibile dar luogo alla chiesta audizione, in questa sede, del rappresentante sindacale, trattandosi di richiesta inammissibile ex art. 437 c.p.c. perché tardiva, nonché di altri due testi indicati in lista, con sostituzione del teste Notaio Caravaglios, deceduto.

Devesi, peraltro, notare (e tanto vale anche in relazione all'altro aspetto attinente alla pretesa coercizione della volontà, pure interessato dal gravame e di cui si parlerà nel prosieguo) che, dopo l'ordinanza resa all'udienza del 15.9.2005, di

chiusura dell'istruttoria, è comunque intervenuta, nell'ambito del giudizio di primo grado, implicita rinuncia alla prova, avendo il procuratore di parte ricorrente, alla successiva udienza di discussione del 23.3.2006, chiesto decidersi la controversia.

Quindi, l'audizione di altri testimoni, per la quale si insta in questa sede, si risolverebbe in una inammissibile riapertura dell'istruttoria medesima in dispregio del sistema di preclusioni sancito dagli artt. 414, 416 e 437 del codice di rito; ed infatti, la pretesa indispensabilità della prova non può servire a superare la preclusione nella quale sia incorsa la parte interessata in primo grado, in quanto il potere del collegio di ammettere nuove prove in appello non può essere esercitato per sanare delle preclusioni, decadenze o rinunzie già verificatesi (v., sull'argomento, tra le tante, Cass. n. 22014/2007, n. 14766/2007 e n. 1656/2007, le quali si pongono sulla scia delle note sentenze delle Sezioni Unite nn. 8202 e 8203 del 20.4.2005, le quali attengono precipuamente alla tardiva produzione di documenti).

Al riguardo, già in precedenza la S.C. aveva avuto modo di compiere un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 421 c.p.c., sulla base della nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione, formulando il seguente principio: *".....se ogni processo, a norma dell'art. 111, comma 2, Cost., nel testo come risultante per effetto dell'art. 1, L. Cost. 23 novembre 1999, n. 2, si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale, non pare sussista né la "parità" delle parti, né la "imparzialità" del giudice ove questo abbia la facoltà di ovviare, anche ex officio, e in ispregio delle preclusioni verificatesi a carico di una delle parti, alle carenze istruttorie riferibili esclusivamente a fatto di una delle parti (o al suo difensore)...."* (Cass. civ., sez. III, n. 5689/2005).

Passando, dunque, al rilievo, pure formulato nell'originario ricorso, in base al quale "la dichiarazione era stata rilasciata al solo fine di evitare la perdita dell'occupazione, quindi non in presenza di una volontà dismissiva libera, ma pregiudicata da tale illecita coercizione", appare ugualmente esente da censure l'affermazione del giudice circa la carenza probatoria in ordine alla costrizione subita.

E' opportuno precisare che in tema di violenza morale, quale vizio invalidante del consenso, i requisiti previsti dall'art. 1435 c.c. possono variamente atteggiarsi, a

seconda che la coazione si eserciti in modo esplicito, manifesto e diretto, o, viceversa, mediante un comportamento intimidatorio, oggettivamente ingiusto, anche ad opera di un terzo; è in ogni caso sempre necessario che la minaccia sia specificamente diretta al fine di estorcere la dichiarazione negoziale della quale si deduce l'annullabilità e risulti di tale natura da incidere, con efficacia causale concreta, sulla libertà di autodeterminazione dell'autore della stessa; per la configurabilità del dolo come vizio del consenso, nella previsione dell'art. 1439 c.c. è, invece, necessario che il raggiro o l'inganno abbia agito come un fattore determinante della volontà negoziale, ingenerando nella parte che lo subisce una rappresentazione alterata della realtà; e l'apprezzamento del giudice di merito sulla esistenza della minaccia ed, inoltre, sulla sua efficacia a coartare la volontà di una persona, come quello sulla rilevanza delle dichiarazioni e del comportamento dell'agente, si risolvono in un giudizio di fatto, incensurabile in Cassazione se motivato in modo sufficiente e non contraddittorio (cfr., *ex multis*, Cass. civ., sez. lav., n. 999/2003, n. 16179/2004; Cass. civ., sez. I, n. 13642/2004; Cass. civ., sez. II, n. 235/2007, n. 3388/2007 e n. 12484/2007; Cass. civ., sez. III, n. 14628/2009).

Facendo applicazione degli indicati principi al caso concreto, non può non rimarcarsi che - a fronte del dato formale costituito dalla sottoscrizione dell'indicato processo verbale di conciliazione, redatto, quest'ultimo, a cospetto di soggetti investiti di una funzione pubblica e, pertanto, come già evidenziato, idoneo a superare la presunzione di non libertà del consenso del lavoratore - non sono venuti fuori, all'esito dell'istruttoria espletata in prime cure, consistenti e seri elementi per poter individuare un comportamento datoriale dalla indubbia valenza minacciosa o ingannatoria, tale da inficiare il procedimento formativo della volontà e da condurre all'annullamento dell'atto per la sussistenza di violenza morale e/o dolo.

Non è sufficiente, infatti, la circostanza che l'iniziativa di procedere alla transazione sia partita dal datore di lavoro, o la mera preoccupazione (cfr. testi De Bernardo e Fiorillo), esternata ai testimoni dallo stesso ricorrente, in merito alla possibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro in caso di mancata sottoscrizione.

Quindi, correttamente il giudice di primo grado ha osservato in sentenza che il solo timore che il rapporto potesse interrompersi, non supportato da alcun altro

elemento concorrente che deponesse nel senso di dare concretezza alle paure del lavoratore, era rimasto allo stadio di una mera condizione di subordinazione psicologica, non rilevante ai fini dell'annullabilità del più volte richiamato accordo transattivo (v. l'art. 1437 c.c., il quale prevede che il solo timore riverenziale non è causa di annullamento del contratto: sul tema, cfr. Cass. n. 8430/2000, nonché le già citate Cass. n. 13644/2004 e n. 235/2007, secondo cui non è di per sé sola riconducibile al timore prodotto da violenza morale altrui la mera rappresentazione interna di un pericolo, ancorché collegata a circostanze che siano oggettivamente esistenti).

Sotto quest'ultimo profilo, non è poi secondaria la considerazione che comunque non potrebbe parlarsi di mendacio a proposito della prospettata stabilità nel posto di lavoro, fatta balenare dal datore in sede di proposizione dell'accordo di cui trattasi, dal momento che il licenziamento è avvenuto (legittimamente, per quanto emerso con valenza di giudicato) a distanza di oltre un anno dal prefato atto conciliativo.

In definitiva, deve ribadirsi che tale atto, manifestato in sede "protetta" e comportante l'erogazione di somme a favore del Di Francesco a completa tacitazione di ogni sua pretesa in relazione al periodo fino al 31 dicembre 1999, è suscettibile di porre il sigillo in ordine alla genuinità della determinazione di definire transattivamente, nei termini enunciati, ogni pendenza con la S.I.M. Servizi Immobiliari del geom. B. De Clemente, così costituendo l'atto medesimo un evidente ostacolo sul piano processuale e sostanziale rispetto alla relativa domanda.

Disatteso, pertanto, il primo, articolato, motivo di gravame, questo Collegio è chiamato, a questo punto, ad esaminare i restanti motivi di impugnazione, a partire da quello incentrato sul principio di infrazionabilità del t.f.r., che pure è infondato non essendo detto principio applicabile alla fattispecie in discorso, in presenza di un primo segmento lavorativo del quale non è stata accertata in giudizio, stante la preclusione derivante dalla conciliazione sindacale, la natura subordinata.

Destituito di fondamento è anche l'ultima censura, come sintetizzata nella parte espositiva e concernente le negate differenze economiche in relazione al rapporto formalizzato.

Invero, ad una rilettura delle deposizioni, non può che ribadirsi la mancanza di prova idonea e tranquillizzante del dedotto sfioramento orario rispetto alle n. 35 ore di lavoro settimanali indicate nel contratto di lavoro *part time* sottoscritto dalle parti.

Come puntualmente evidenziato dall'appellata, punti controversi sono l'orario di fine lavoro al mattino, che per l'appellante era alle ore 13,30 e per l'appellata alle ore 12,30, nonché l'orario di ripresa al pomeriggio, che il De Francesco indica nelle ore 14,00 e la società nelle ore 16,00, mentre costituiscono dati pacifici i giorni lavorativi (dal lunedì al venerdì), l'orario di inizio della prestazione (ore 8,30) e di termine della medesima (ore 19,00) ad eccezione della giornata del giovedì in cui parte ricorreva sosteneva di aver lavorato sistematicamente fino alle ore 21,00.

Orbene, giova precisare al riguardo: 1) che lo stesso appellante finisce per ammettere la totale assenza di prova del *surplus* lavorativo del giovedì, anche se lo imputa alla cesura dell'istruttoria; 2) che non vi è prova piena agli atti di causa della durata della pausa (o intervallo che dir si voglia); 3) che neppure può riconoscersi l'ulteriore, sola ora di lavoro giornaliero gradatamente richiesta, considerato che se è vero che la prestazione mattutina iniziava alle ore 8,30 (e non alle ore 9,30 come riportato nel contratto individuale di lavoro), essa terminava però alle ore 12,30 (e non alle ore 13,30 come previsto: cfr. teste De Bernardo).

A ciò si aggiunga che assolutamente generica si rivela la deduzione finale contenuta nell'atto di gravame, laddove si afferma che, anche a voler sviluppare i conteggi riguardanti il periodo marzo 2000 – maggio 2001 sulla base di sole n. 35 ore di lavoro settimanali, così come stabilito dal summenzionato contratto del 6 marzo 2000, residuerebbero comunque, in applicazione delle previsioni del CCNL del settore commercio, consistenti differenze economiche in favore di parte appellante.

Per tutto sinora argomentato, l'appello, così come proposto dal Di Francesco, non può che essere integralmente rigettato, con conseguente conferma della sentenza gravata.

Infine, quanto al regolamento delle spese processuali, la peculiarità della vicenda e le ragioni (di insufficienza sul piano probatorio) che hanno determinato la reiezione delle domande economiche e, quindi, della presente impugnazione così

come congegnata, inducono a ritenere sostanzialmente equa, ai sensi dell'art. 92 del codice di rito, una integrale compensazione delle spese anche del presente grado.

P.Q.M.

La Corte così provvede: 1) rigetta l'appello ; 2) compensa per intero tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

Napoli, 14.10.2009.

Il Consigliere estensore

Alfonso Nocera

Il Presidente

