



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI ROMA

SEZIONE LAVORO - PRIMO GRADO 3[^]

IL GIUDICE, Dott. Umberto Buonassisi, quale giudice del lavoro, all'udienza del 08.07.2016 ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 28669/2014 R.G e vertente

TRA

ABDELSALAM BARAKAT TASH ELSAID elettivamente domiciliato in Roma, C. Trionfale n. 27, presso lo Studio dell'Avv. Antonella Palma, che lo rappresenta e difende per procura in atti.

RICORRENTE

E

LUX JEM CAFE' s.a.s., in persona del legale rappresentante pro-tempore, elettivamente domiciliata in Roma, P. delle Medaglie D'Oro n. 20, rappresentata e difesa dall'Avv. Francesco Sanapo, per procura in atti.

RESISTENTE

FATTO E DIRITTO

Il ricorrente ha dedotto di avere lavorato con mansioni di pizzaiolo corrispondenti al 3° livello del ccnl Turismo/Pubblici Esercizi alle

dipendenze della Lux Jem Cafè s.a.s., presso la sede di via Leone IV n. 10, ininterrottamente dal 3.4.2007 sino al 31.10.2013, che il rapporto non sarebbe stato integralmente e correttamente regolarizzato, di avere osservato un orario di almeno 12 ore al giorno per 6 giorni a settimana (dalle 7 alle 19 o dalle 9 alle 21 dal lunedì alla domenica), compresa la domenica e i giorni festivi, nonostante le previsioni contrattuali indicassero un part time al 55% e poi (dal giugno del 2009) per 22 ore settimanali e di essere stato insufficientemente retribuito alla stregua del ccnl e dell'art. 36 della Costituzione.

Ha conseguentemente chiesto al giudice del lavoro di Roma di condannare la Lux Jem Cafè s.a.s. al pagamento della somma di € 143.477,13 a titolo di differenze retributive, mensilità aggiuntive, straordinario e ferie, ovvero della diversa somma ritenuta di giustizia, nonché a versare all'Inps ed all'Inail i contributi dovuti, e in difetto al risarcimento del danno da omessa contribuzione, nella misura da quantificare tramite ctu o in un separato giudizio, con gli accessori di legge.

La società resistente si è costituita tardivamente eccependo la nullità del ricorso e la prescrizione; nel merito ha chiesto in ogni caso di rigettare il ricorso proposto nei suoi confronti e in subordine di compensare le pretese del lavoratore con il credito da lei vantato in relazione ad una precedente sentenza tra le stesse parti di questo Tribunale.

Il giudice ha tentato inutilmente la conciliazione.

E' stata assunta prova testimoniale ed è stato autorizzato il deposito di note illustrative.

All'odierna udienza, all'esito della camera di consiglio, la causa è stata decisa con la lettura del dispositivo e il deposito della presente sentenza con l'esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

L'eccezione preliminare di nullità/inammissibilità del ricorso va respinta.

In effetti il ricorrente ha indicato le ragioni su cui si fondano le sue pretese.

La circostanza che questi non troverebbero corrispondenza nei conteggi (e nelle stesse allegazioni del ricorso), così come la presunta erroneità/illogicità/contraddittorietà di quest'ultimi, non rileva a questo fine.

Perchè l'omessa notifica, la genericità e persino l'erroneità dei conteggi non sono causa di nullità del ricorso, essendo comunque possibile quantificare il dovuto in corso di causa (Cass. n. 11318/94; Cass. n. 8566/2000; Cass. n. 9977/02, Cass. n. 15792/2002; Cass. n. 26079/2005; Cass. n.17176/2006; Cass. n. 10632/2009 ecc.).

E comunque perchè il ricorso ex art. 414 c.p.c. non deve essere necessariamente accompagnato da un conteggio analitico essendo sufficiente l'indicazione dei titoli (tra le più recenti: Cass. n. 16649 del 1° ottobre 2012).

Il ricorrente ha chiaramente specificato le mansioni, l'orario, le somme percepite, i titoli di quelle pretese e la contrattazione collettiva da applicare con il relativo inquadramento e ciò è quanto basta.

E in ogni caso la nullità del ricorso non può essere pronunciata per il solo fatto dell'omissione di alcuni elementi formali ma solo quando ne risulti impossibile l'individuazione attraverso l'esame complessivo dell'atto (Cass. n. 3463 del 11-3-2002; Cass. n. 5794 del 23/3/2004; Cass. n. 17076/2004; Cass. n. 820/2006; Cass. S.U. n. 24657/07 ecc.).

Nello stesso modo non è nemmeno astrattamente ipotizzabile la prescrizione dei crediti perchè l'eccezione è tardiva e perchè in nessun modo la prescrizione potrebbe decorrere prima della cessazione del rapporto di lavoro nel 2013.

Dato che, come confermato dall'istruttoria, si è trattato di un unico rapporto di lavoro subordinato che si è svolto ininterrottamente dall'aprile del 2007 sino alla fine del 2013.

Infatti la Suprema Corte (tra le altre: sentenza n. 11736 del 21 maggio 2007) ha ripetutamente chiarito che il presupposto della stabilità reale - che consente il decorso della prescrizione quinquennale dei crediti del lavoratore durante il rapporto, ai sensi dell'art. 2948, n. 4, cod. civ. - va accertato con riferimento al concreto atteggiarsi del rapporto stesso e alla configurazione che di esso danno le parti nell'attualità del suo svolgimento (dipendendo da ciò l'esistenza, o meno, di una effettiva situazione psicologica di "metus" del lavoratore) e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto, in astratto, regolare il rapporto ove questo fosse sorto, fin dall'inizio, con le modalità e la disciplina che il giudice riconosce applicabili (Cass. 20 giugno 1997 n. 5494; 10 aprile 2000 n. 4520; 14 ottobre 2000 n. 13722; 23 aprile 2002 n. 5934). La carenza di una stabilità reale riconosciuta ed operativa impedisce il decorso della prescrizione durante il rapporto, a seguito delle note sentenze della Corte Costituzionale n. 63 del 1966, n.143 del 1969 e n. 174 del 1972.

E anche che le dimissioni non possono produrre alcun effetto se il lavoratore continua a lavorare.

Infatti, come insegna il consolidato orientamento della Suprema Corte (tra le altre: Cass. n. 3530 del 6/4/98), in base proprio al principio generale di

“infrazionabilità” del rapporto di lavoro, si deve ritenere che questo prosegua se il lavoratore continua a lavorare, pur in presenza delle dimissioni o di un licenziamento (prevale insomma l’aspetto “fattuale”).

Occorre inoltre ribadire in questa sede, ancora una volta, che la sottoscrizione delle buste paga ha solo un valore di prova circa l’avvenuta consegna del cedolino paga, non anche dell’avvenuto pagamento degli importi in esso indicati.

Insomma, la firma della busta paga dimostra infatti solo che essa è stata regolarmente consegnata al dipendente, mentre la prova del relativo pagamento resta a totale carico del datore di lavoro.

Ciò premesso, è necessario rilevare che la convenuta si è costituita senza poter contestare l’esistenza del rapporto di lavoro subordinato e tuttavia evidenziando che il ricorrente, originariamente assunto con contratto a termine part time al 55%, si era dimesso il 31.12.2008 per poi riprendere a lavorare nel giugno del 2009 come pizzaiolo con un contratto part time a 22 ore settimanali sino alle dimissioni del novembre 2013.

Ad avviso della convenuta lo stesso ricorrente era stato assunto con qualifica di “*comis bar*” ed avrebbe prestato lavoro dall’aprile 2007 con contratto a tempo determinato prorogato poi al 01.04.2009, ma alla data del 31.12.2008 il sig. Tash ha rassegnato le sue dimissioni e la chiusura della relativa posizione lavorativa è stata comunicata alle competenti autorità; il ricorrente, dopo un lungo periodo nel quale sarebbe tornato presso il suo paese natale, si sarebbe ripresentato presso la Società resistente nel Giugno 2009 per essere poi riassunto, con qualifica di pizzaiolo, in data 15.06.2009, sino all’ottobre 2013, con contratto part time da 22 ore settimanali, quando ha rassegnato ancora

una volta le sue dimissioni, mentre lo stesso datore di lavoro aveva già inviato una specifica contestazione disciplinare per i gravi fatti verificatisi in data 01.11.2013 delineati nella memoria di costituzione e risposta (che peraltro sono assolutamente irrilevanti ai fini della decisione).

Alla fine le questioni controverse effettivamente rilevanti ai fini della decisione riguardano l'esistenza del rapporto di lavoro anche nel periodo gennaio/giugno 2009, l'orario effettivamente osservato, il livello di inquadramento nel primo periodo (essendo stato riconosciuto il 3° livello solo con il contratto a termine del 15.6.2009, v. doc. n. 3 della produzione attrice), le somme percepite avendo il ricorrente dedotto di avere ricevuto una retribuzione mensile pari ad € 1200,00 e, come si è visto, i conteggi.

In particolare il lavoratore ha specificatamente allegato di avere sempre lavorato come pizzaiolo in regime di full time con turni di almeno 12 ore al giorno per 6 giorni a settimana e con un giorno di riposo non coincidente con la domenica e i giorni festivi e di avere svolto prestazioni di lavoro straordinario che non sono state retribuite.

A tale proposito la società si è difesa in modo inevitabilmente generico (nè si vede come il suo difensore avrebbe potuto fare diversamente) senza poter contestare che l'esercizio fosse aperto dalla mattina alla sera anche la domenica e i giorni festivi.

In particolare è certo che, come risulta dalle dichiarazioni dei testimoni, nel periodo per cui è causa, il ricorrente era l'unico dipendente della convenuta che svolgeva le mansioni di pizzaiolo e contemporaneamente anche tutte le attività connesse.

L'orario part time indicato nella comparsa di costituzione è quindi semplicemente impossibile, così come il formale livello di inquadramento iniziale del ricorrente che deve invece essere retribuito per tutta la durata del rapporto sulla base del 3° livello del ccnl (il Tash era stato inizialmente assunto con qualifica *comis bar* e, come si è detto, stato successivamente inquadrato solo dal giugno del 2009 al livello 3°, come pizzaiolo) dato che le sue mansioni (svolte solo da lui) consistevano sin dall'inizio, come confermato dai testimoni, nella preparazione delle pizze e nelle attività ad essa connesse.

Evidentemente le risultanze dell'istruttoria devono tenere conto anche di questi elementi significativi e del tutto pacifici (anche ex art. 416, comma 3, cpc).

La contestazione della società si rileva in questo quadro anche contraddittoria e illogica essendo impensabile che, all'interno dell'intera giornata di apertura, il datore di lavoro, non abbia predisposto precisi turni tra i suoi dipendenti in grado di garantire la continuità del servizio reso.

Di certo non potevano essere sufficienti 22 ore settimanali (secondo quanto si legge nel contratto del giugno 2009) per il Tash, l'unico pizzaiolo.

Comunque mai come in questo caso le deposizioni dei testimoni, rispetto ai diversi periodi, sono risultate unanimi e sostanzialmente concordi.

E non si tratta affatto di dichiarazioni generiche e *de relato*.

E' vero che i testi escussi hanno riferito che il sig. Tash ha lavorato per la resistente dall'aprile 2007 all'ottobre 2011 e che i riscontri diretti da loro forniti si riferiscono al solo periodo in cui i medesimi lavoravano per la medesima Società resistente. Peraltro la circostanza che il ricorrente ha

iniziato il suo rapporto di lavoro in data 03.04.2007 è del tutto pacifica ed è altresì di risultanza documentale anche la cessazione definitiva di questo rapporto agli inizi di novembre del 2013: comunque i nuovi conteggi depositati si riferiscono al periodo 01.04.2007 al 26.11.2011 e non risulta affatto, nemmeno dalla comparsa di costituzione, un qualche cambiamento, quanto all'organizzazione e alla distribuzione degli orari, in questo stesso arco temporale.

Entrambi i testi escussi, del resto, sono ex - dipendenti della medesima Società resistente e nessuno meglio di loro può riferire circa gli orari osservati nell'esercizio, compresi quelli del ricorrente: la sig.ra Kety Constantina Dumitrescu ha riferito infatti di aver lavorato nel periodo che va dal 15.03.2006 al 26.10.2011 per la convenuta, con orario dalle ore 6.00 fino alle 18.00/19.00, oppure con turno dalle 10.00 alle 24.00 e di aver lavorato con il ricorrente "tante volte".

E' vero che i suoi orari non coincidevano altro che in parte con quelli del ricorrente che tuttavia lei conosceva e non poteva non conoscere trattandosi di un suo collega e di una piccola azienda.

Analoghe considerazioni valgono per l'altro teste, sig.ra Alidinaj Shpresa, che ha lavorato pacificamente per la resistente dal 2006 all'agosto 2010.

In sintesi le testi Dumitrescu e Shpresa hanno riferito, per diretta e personale conoscenza, sul periodo lavorativo continuativo del ricorrente dall' aprile 2007 sino all'ottobre del 2011 (senza quindi alcuna interruzione), sulle mansioni dal medesimo espletate ed in particolare sull'orario osservato e quindi anche sullo svolgimento di lavoro straordinario. Entrambe le testi escusse hanno lavorato per la resistente insieme al Sig. Tash, pur se in diversi

periodi, e quindi conoscono benissimo l'attività lavorativa svolta e l'orario di lavoro del ricorrente.

Si è visto che la teste Sig.ra Kety Dumitrescu, ex dipendente della società resistente dal 15.03.2006 al 26.10.2011, per più di quattro anni è stata collega di lavoro del sig. Tash. La stessa ha avuto una controversia con la società resistente e tuttavia questa è stata definita con conciliazione. La teste in particolare ha affermato: *“il ricorrente ha cominciato a lavorare per la convenuta verso il mese di aprile 2008, assunto come pizzaiolo part-time”*. Tuttavia, nonostante, come si è visto, il contratto di lavoro prevedesse un orario di lavoro *part time*, la teste ha riferito che il ricorrente *“ lavorava con orario a turnazione o dalle 7.00 alle 19.00 o dalle 9.00 alle 21.00, sei giorni a settimana, con un giorno di riposo, mai la domenica o i festivi”*. Aggiungendo che: *“Il mio orario di lavoro era dalle 6.00 fino alle 18.00 – 19.00, oppure facevo il turno dalle 10.00 alle 24.00, con un giorno di riposo inizialmente il giovedì e poi poteva essere altro giorno, ma non la domenica o i giorni festivi. Lavoravo insieme al ricorrente tante volte facevamo l'apertura e la chiusura”*. La teste ha altresì confermato le mansioni che il ricorrente ha svolto per tutto il periodo lavorativo per la resistente, con dichiarazioni dal seguente tenore *“le sue mansioni consistevano nel preparare le pizze la mattina, poi sistemava la sala, la terrazza e i tavoli, faceva le pulizie, prendeva le ordinazioni, anche se non parlava bene l'italiano, qualche volta se necessario faceva da cassiere. Faceva il pizzaiolo secondo le ordinazioni e quindi in qualsiasi ora della giornata, prevalentemente le sue mansioni erano quelle di pizzaiolo, perché era l'unico che faceva le pizze”*. Chiarendo che *“il ricorrente preparava le pizze, le impastava metteva la farina, faceva le basi rotonde che congelava perché fossero pronte, condiva le basi della pizza e poi le faceva cuocere in forno elettrico ”*.

Quindi, quanto all'inquadramento, la teste ha descritto in modo modo accurato e dettagliato le mansioni del ricorrente, che sono sempre rimaste le stesse.

Altro che dichiarazioni generiche!

Analogamente la teste sig.ra Alidinaj Shpresa, anch'essa ex dipendente della società resistente dal 2006 all'agosto 2010, ha sostanzialmente confermato gli orari ben più lunghi di quelli previsti dal contratto di assunzione e le mansioni svolte dal ricorrente, relativamente ovviamente al periodo nel quale la stessa è stata dipendente della società resistente, ossia come detto, dal 2006 fino a mese di agosto del 2010: *“Ricordo che il ricorrente cominciò a lavorare all'incirca a marzo, aprile 2008 per la Lux Jem Cafè Srl, prevalentemente faceva il pizzaiolo, ma poi serviva la sala, lavava i piatti, faceva le pulizie”*. Sugli orari di lavoro, la teste ha confermato quanto dedotto nel ricorso introduttivo: *“ Il ricorrente faceva l'orario o dalle 7.00 alle 19.00, o dalle 09.00 alle 21.00, ma a volte faceva l'orario spezzato, cinque ore la mattina dalle 7.00 alle 12.00 e poi dalle 19.00 fino alle 24.00”*.

Questo riferimento all'orario spezzato che a volte avrebbe fatto il ricorrente non significa certo che vi sia contrasto tra le due deposizioni.

Soprattutto considerando che la stessa teste ha precisato che: *“il ricorrente doveva fare 10 ore al giorno per sei giorni a settimana, con un giorno di riposo, non la domenica o il sabato”*.

In particolare la teste Alidinaj Shpresa ha confermato quanto riferito dal ricorrente in ordine alla circostanza che il rapporto di lavoro non si è affatto interrotto essendo di fatto proseguito ininterrottamente, dal dicembre 2008 sino al giugno 2009, e quindi anche nel periodo in cui il lavoratore non risulta

formalmente assunto dalla società resistente: “ *il ricorrente ha sempre lavorato nel periodo in cui abbiamo lavorato insieme e quindi anche nel periodo da gennaio a giugno 2009* ”.

Dal contenuto delle dichiarazioni rese dalle testi Dumitresci e Shpresa risulta pertanto pienamente confermato sia il periodo lavorativo che l’orario di lavoro dedotto in ricorso, consistente in dieci/dodici ore giornaliere (dalle 07:00 alle 19:00 o dalle 09:00 alle 21:00, o con turno spezzato dalle 7.00 alle 12.00 e poi dalle 19.00 fino alle 24.00) per sei giorni a settimana con un giorno di riposo mai nelle giornate del sabato e della domenica, contrariamente a quanto risulta sia dalle buste paga emesse dalla società resistente, che venivano emesse per un orario di lavoro *part - time* al 55%, che dal contratto di lavoro a tempo indeterminato del 15.06.2009, che prevedeva un limite settimanale di 22 ore.

Entrambe le testi hanno altresì confermato l’importo della retribuzione che veniva corrisposta al sig. Tash; secondo Kety Dumitresci: “ *il ricorrente percepiva nel periodo in cui abbiamo lavorato insieme 1.200,00 mensili* ”; mentre per la teste sig.ra Alidinaj Shpresa: “ *il ricorrente mi disse dunque parlando tra di noi che percepiva 1.200,00 euro mensili. Io invece percepivo lo stesso 1.200,00 euro ma se lavoravo di più prendevo fino a 1.300,00 euro* ”.

E' emerso dalle suddette dichiarazioni insomma che il ricorrente ha lavorato ininterrottamente dal 3.4.2007 senza alcuna interruzione con un orario di almeno 10 ore al giorno per 6 giorni a settimana, godendo di un solo giorno di riposo in un giorno non festivo e percependo la retribuzione mensile di € 1.200,00 (che era più o meno per la stessa per tutti i dipendenti).

E' poi pacifico, risultando dalla stessa comparsa di costituzione, che, anche dopo l'ottobre 2011, il ricorrente ha continuato a lavorare senza interruzioni sino alla fine di ottobre del 2013.

Comunque i conteggi del ricorrente, come modificati e ridotti con le note contabili autorizzate dal giudice, sono stati redatti correttamente, alla luce delle citate e univoche risultanze istruttorie, prescindendo dalle risultanze delle buste paga e tenendo conto dello straordinario soltanto per il periodo cui si riferiscono le deposizioni dei testimoni; mentre il part time e le formali dimissioni della fine del 2008 si sono rilevati del tutto fittizi.

I testi, che riferiscono per personale e diretta conoscenza avendo lavorato insieme al ricorrente nello stesso esercizio per diversi anni, concordano sul fatto lo stesso lavoratore veniva impiegato secondo le variabili esigenze dell'esercizio anche come comis di sala (per cui nelle diverse ore della giornata poteva servire ai tavoli, fare le pulizie ecc. e tutto quanto richiestogli e necessario) ma anche sulla circostanza che le mansioni "prevalenti" erano proprio quelle di pizzaiolo di 3° livello che impastava, metteva la farina, preparava le pizze e svolgeva tutte le attività connesse.

Come si è detto è pacifico che si trattava dell'unico pizzaiolo dell'esercizio di via Leone IV.

Ed è noto che, in caso di mansioni "promiscue", l'inquadramento spettante deve essere stabilito in base proprio al carattere della prevalenza, soprattutto quantitativa (cfr, tra le molte, Cass. n. 4272 del 23 febbraio 2007).

E veniamo al punto orario e straordinario che è poi l'unico rispetto al quale si registrano divergenze, per quanto minime, tra le due deposizioni testimoniali.

E' ben noto che, quanto allo straordinario, la prova sul punto da parte del lavoratore deve essere fornita con particolare rigore (per tutte: Cass. n. 3714 del 16 febbraio 2009).

Ma anche che il giudice deve comunque accertare la misura "minimale" delle prestazioni svolte oltre le 40 ore e provvedere alla loro liquidazione.

Nel caso di specie l'istruttoria ha comunque confermato che il ricorrente ha sempre osservato turni, la mattina, il pomeriggio e qualche volta con orario spezzato, di almeno 10 ore al giorno per 6 giorni a settimana, anche la domenica e i giorni festivi, secondo le necessità dell'esercizio.

Dovendosi ricordare che prestazione del lavoro straordinario può essere richiesta dal datore di lavoro anche in maniera "non esplicita", con la creazione di condizioni che lo rendano necessario (Cass. 7/7/2006 n. 15499).

Mentre le contestazioni sollevate dalla difesa della convenuta quanto all'attendibilità e rilevanza delle deposizioni dei testimoni si rivelano palesemente infondate, anche alla luce dalla già ricordata organizzazione del lavoro della società resistente e degli orari che l'esercizio con pochi dipendenti e nessun altro pizzaiolo doveva osservare.

Si è pure già detto anche che dalla comparsa di costituzione non emerge l'esistenza di alcun mutamento quanto alla tipologia e all'organizzazione del lavoro nell'ambito del periodo per cui è causa e quindi non appare fondata nemmeno l'eccezione della convenuta (v. note autorizzate) per la quale i conteggi avrebbero preso in considerazione erroneamente anche il mese di novembre del 2011, in cui i testi non erano presenti.

Se è vero poi che la teste Dumitrescu ha avuto in passato una causa pendente con la convenuta, e che ha anche proposto una denuncia querela nei confronti

dell'amministratore della società, in questa sede si ribadisce che il primo contenzioso si è concluso da molto tempo con piena soddisfazione del testimone e che la denuncia querela non basta ad inficiare dichiarazioni che sono apparse a chi scrive serene e persuasive.

In nessun modo può essere attribuito un minor o comunque diverso valore a questa testimonianza in ragione solo di questa causa ormai da tempo cessata o della denuncia querela (e cioè della qualità del testimone).

Dovendosi ricordare che secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte sono integralmente utilizzabili dal giudice le dichiarazioni di un parente o (appunto) di un collega di lavoro che abbia una causa pendente con lo stesso datore di lavoro (v., tra le altre, Cass. n. 12623 del 23/9/2000, Cass. n. 9650 del 16/6/2003, Cass. n. 4500 del 27/2/2007, Cass. n. 20731 del 3/10/2007 relativa alla testimonianza del collega del lavoratore ricorrente analogamente sottoposto a procedura disciplinare, Cass. n. 8993 del 7/4/2008, Cass. n. 11204 del 21.05.2014 ecc.).

Men che meno si può ipotizzare quella "inammissibilità" pure adombrata dalla convenuta.

Infatti l'incapacità a testimoniare è correlabile solo a un diretto coinvolgimento della persona chiamata a deporre nel rapporto controverso, tale da legittimare una sua assunzione della qualità di parte in senso sostanziale o processuale nel giudizio e non già alla ravvisata sussistenza di un qualche interesse della suddetta persona in relazione a situazioni e a rapporti diversi da quello oggetto della vertenza, anche se in qualche modo connessi. La capacità a testimoniare è diversa dalla valutazione sull'attendibilità del teste, operando le stesse su piani diversi, stante che l'una dipende dalla presenza in un interesse giuridico, non di mero fatto, che

potrebbe legittimare la partecipazione del teste al giudizio, mentre la seconda afferma alla veridicità della deposizione che il giudice deve discrezionalmente valutare secondo i principi generali (v. anche Cass. n. 3051 del 8.2.2011).

Quindi sussiste incompatibilità delle posizioni di teste e di parte nel giudizio, anche solo potenziale, ovvero del teste che sia contitolare della situazione giuridica dedotta in giudizio da un altro soggetto. Solo in tali casi si verifica l'incapacità a testimoniare, non essendo configurabile, nell'ordinamento vigente, un generale divieto di testimonianza e dovendosi invece verificare di volta in volta la natura del diritto oggetto della controversia, avuto anche riguardo al carattere di norme di stretta interpretazione delle disposizioni sulla incapacità a testimoniare, che introducono una deroga al generale dovere di testimonianza.

Del resto, la suddetta interpretazione è conforme anche alla ratio dell'art. 246 cod. proc. civ. che, come autorevolmente affermato dalla Corte costituzionale, è una norma dettata «in funzione del principio, proprio del nostro ordinamento processuale civile, di incompatibilità delle posizioni di teste e di parte nel giudizio», anche solo potenziale (Corte Cost. sentenze n. 248 del 1974, 62 del 1995 e, più di recente, ordinanza n. 143 del 2009). Trattandosi di una antitesi che «non è stata vista dal legislatore soltanto con riguardo a colui che sia già parte formale del giudizio ovvero parte in senso sostanziale, cioè quella in nome della quale o contro la quale viene chiesta l'attuazione della legge, ma anche rispetto al titolare o contitolare della situazione giuridica dedotta in giudizio da altro soggetto, il quale ultimo sia legittimato a farla valere in nome proprio, e rispetto al titolare di una situazione giuridica dipendente, sotto il profilo sostanziale, da quella dedotta in giudizio».

Insomma l'"interesse che avrebbe potuto legittimare la loro partecipazione al giudizio" - il quale, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., rende alcuni soggetti incapaci a rendere la propria testimonianza -, non si identifica in un qualche interesse di dette persone in relazione a situazioni ed a rapporti diversi da quello oggetto della vertenza, anche se con questo in qualche modo connessi" (Cass. n. 8605/1995), ma unicamente in un interesse tale da coinvolgerle nel rapporto controverso ed a legittimare una loro assunzione della qualità di parte in senso sostanziale o processuale nel giudizio (cfr. Cass. 4358/1998).

"L'interesse che determina l'incapacità a testimoniare, ai sensi dell'art. 246 c.p.c., è solo quello giuridico, personale, concreto ed attuale, che comporta una legittimazione principale a proporre l'azione ovvero una legittimazione secondaria ad intervenire in un giudizio già proposto da altri cointeressati. Tale interesse non si identifica con l'interesse di mero fatto, che un testimone può avere a che venga decisa in un certo modo la controversia in cui esso sia stato chiamato a deporre, pendente fra altre parti, ma identica a quella vertente tra lui ed un altro soggetto ed anche se quest'ultimo sia, a sua volta, parte del giudizio in cui la deposizione deve essere resa" (cfr., tra le tante, Cass., 13 agosto 1987, n. 6932 e Cass.16 giugno 2003 n.9650).

Ancora: *"La valutazione in ordine all'attendibilità di un teste deve avvenire soprattutto in relazione, al contenuto della dichiarazione e non aprioristicamente per categorie, in quanto in quest'ultima ipotesi il giudizio sull'attendibilità sfocerebbe impropriamente in quello sulla capacità a testimoniare in rapporto a categorie di soggetti che sarebbero, di per sè, inidonei a fornire una valida testimonianza, laddove la capacità a testimoniare differisce dalla valutazione sull'attendibilità del teste..."* (così Cass. n. 7763/2010).

La teste Dumitrescu ha solo riferito con una persuasiva dichiarazione non contraddetta da alcun serio elemento e, men che meno, da una contraria

prova, ciò di cui era a diretta e personale conoscenza ed è ovvio, quanto all'orario e quindi allo straordinario, che questo può ritenersi provato nella misura "minimale" (10/12 ore al giorno per 6 giorni a settimana) che risulta comunque dalla deposizione della teste Shpresa (che certo non ha mai avuto alcuna causa pendente con la convenuta e quindi alcuna ragione di "risentimento" anche nei confronti del suo amministratore).

Se quindi il rapporto di lavoro *full time* deve ritenersi provato, così come lo straordinario, per il resto è sufficiente ricordare che, rispetto alle somme ancora dovute la prova del pagamento gravante sulla convenuta (o quella inerente l'eventuale esistenza di cause capaci di esonerare dalla relativa obbligazione contrattuale) non è stata data nel nostro caso (peraltro la società si costituita tardivamente, con la conseguente decadenza prevista dal codice di rito) e i conteggi non sono stati, a loro volta, oggetto di alcuna specifica contestazione idonea ad inficiarne la validità sotto il profilo contabile.

La resistente si è limitata ad affermare genericamente che questi non sarebbero chiari e comprensibili e che non vi sarebbe corrispondenza rispetto agli orari indicati in ricorso e alle buste paga (ma si è già detto che i conteggi possono prendere in considerazione anche la sola misura "minimale" delle prestazioni svolte), per il resto insistendo, nonostante l'evidenza delle risultanze istruttorie ed il riconoscimento formale a partire dal contratto del giugno del 2009, sul fatto che al lavoratore non spetterebbe per tutto il periodo l'inquadramento come pizzaiolo di 3° livello.

In ottemperanza a quanto richiesto dal giudice, parte ricorrente ha depositato telematicamente in data 07.06.2016 "note contabili alla luce delle risultanze istruttorie", da cui risulta un credito da lavoro pari ad euro 104.206,89.

Contrariamente a quanto eccepito dalla resistente risulta chiaro il procedimento utilizzato per il calcolo di ciascuna voce e il conteggio si basa su differenze sulla retribuzione ordinaria (euro 12.411,35), straordinario feriale diurno (euro 69.282,20 –risultante dall'escussione dei testi di parte ricorrente all'udienza del 11.03.2016), tredicesima e quattordicesima mensilità (euro 13.421,17), ferie non godute (euro 2.797,43), TFR (euro 6.294,74).

Risulta chiarissimo anche il periodo di riferimento preso in considerazione nei conteggi che parte dall'aprile del 2007, ossia dalla data di assunzione del ricorrente, come si è visto protrattosi ininterrottamente anche dal dicembre 2008 al giugno 2009, come confermato dai testimoni.

In effetti, a parte l'eccezione di stile quanto alla non corrispondenza alle risultanze delle buste paga che non provano niente, la convenuta non ha sollevato al riguardo, nè si vede come avrebbe potuto farlo, alcuna specifica contestazione e si applicano i principi generali: *"Nel rito del lavoro, il convenuto ha l'onere della specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore, ai sensi degli artt. 167, primo comma, e 416, terzo comma cod. proc. civ., e tale onere opera anche quando il convenuto contesti in radice la sussistenza del credito, poiché la negazione del titolo degli emolumenti pretesi non implica necessariamente l'affermazione dell'erroneità della quantificazione, mentre la contestazione dell'esattezza del calcolo ha una sua funzione autonoma, sia pure subordinata, in relazione alle caratteristiche generali del rito del lavoro, fondato su un sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato. Ne consegue che la mancata o generica contestazionerende i conteggi accertati in via definitiva, vincolando in tal senso il giudice, e la contestazione successiva è tardiva ed inammissibile"* (Cass. n. 563 del 17.1.2012; Cass. n. 6332 del 19.3.2014).

Tuttavia risulta fondata l'eccezione di compensazione sollevata dalla società in ragione di un precedente giudizio tra le parti, definito con la sentenza n.

10534/2014, depositata in Cancelleria il 04.11.2014, con la quale il Tribunale Ordinario di Roma, Sezione Lavoro, nel processo n.r.g. 1494/2014, ha dichiarato la nullità del ricorso e condannato il ricorrente sig. Abdelsalam Barakat Tash Elsaïd a rifondere alla Lux Jem Cafè s.a.s. le spese di lite, liquidate in complessivi € 4.500,00 oltre IVA e CPA. La sentenza munita della formula esecutiva è stata notificata unitamente all'atto di precetto al sig. Tash, con la richiesta complessiva somma di € 6.763,02 che non è stata però pagata e dovrà quindi essere detratta dall'ammontare delle somme complessivamente dovute al ricorrente ($€ 104.206,89 - € 6.763,02 = € 97.443,87$).

Inoltre dal conteggio deve essere detratto anche l'ammontare del tfr (euro 6.294,74). già oggetto, come si legge in ricorso, di un diverso e separato giudizio.

Quindi la convenuta deve essere condannata al pagamento della somma di € 91.149,13 ($97.443,87 - 6.294,74$).

Infine non risulta ammissibile in questa sede, in assenza dell'Inps, la condanna della convenuta al versamento dei contributi e al risarcimento danni (v. Cass. n. 19398 del 15/9/2014).

In questi limiti il ricorso merita accoglimento.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo in relazione al valore dei crediti liquidati.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando:

condanna la società resistente al pagamento, in favore del ricorrente della complessiva somma di € 91.149,13, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali sull'importo via via rivalutato fino al pagamento;

condanna la stessa Lux Jem Cafè s.a.s. a rifondere alla stessa parte attrice le spese di lite, liquidate in euro 5.000,00, comprensivi delle spese generali, oltre IVA e CPA, da distrarsi in favore dell'Avv. Antonella Palma antistatario.

Roma 08.07.2016

Il Giudice

Umberto Buonassisi