



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI ROMA
Sezione Lavoro

Il Giudice designato, dr. Giovanni Armone, all'udienza del 13 giugno 2013, all'esito della camera di consiglio, alle ore 18,40, assenti le parti, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

mediante lettura del dispositivo e contestuale motivazione, nella causa iscritta al n. 19608/2011 R. G. Aff. Cont. Lavoro.

TRA

NIECIAG DORIAN

elettivamente domiciliato in VIALE CARSO 23 ROMA, presso lo studio degli avvocati Valentina Paolini, Silvia Narducci e Aldo Ritacco, che lo rappresentano e difendono giusta procura a margine del ricorso introduttivo;

ricorrente

E

TNT GLOBAL EXPRESS SPA

elettivamente domiciliata in VIALE MAZZINI 134, presso lo studio dell'avv. Luigi Fiorillo, che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. Paolo Tosi in virtù di procura in calce al ricorso notificato;

resistente

E

TRUCK SERVICE soc. coop. a r.l.

elettivamente domiciliata in VIALE EUROPA, 55, ROMA presso lo studio dell'avv. Stefano Gorini, che la rappresenta e difende in virtù di procura in calce alla memoria di costituzione;

resistente

E

FUTUR SERVICE srl

elettivamente domiciliata in CIRCONVALLAZIONE TRIONFALE, 25 ROMA, presso lo studio dell'avv. Alessandro Praticò, che la rappresenta e difende, unitamente all'avv. Valentina Licchetta, in virtù di procura a margine della memoria di costituzione;

resistente terzo chiamato

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Con ricorso depositato in cancelleria il 31 maggio 2011, il ricorrente ha esposto:

- a. di aver lavorato dal novembre 2007 al marzo 2011 prima per la società cooperativa Meltrasport e poi per la società cooperativa Truck Service soc. coop. in qualità di autista, addetto alla consegna e al ritiro di posta e pacchi postali, nell'ambito degli appalti della TNT Global Express spa, società committente delle due cooperative;
- b. che il rapporto con la Meltrasport risulta formalizzato da febbraio 2008 a febbraio 2010 con un contratto a progetto mai sottoscritto dal ricorrente, mentre il rapporto con la Truck Service risulta regolarizzato dall'11 maggio 2010 con contratto a tempo pieno e indeterminato e inquadramento al livello 3 del CCNL di settore;
- c. di essere stato retribuito in misura inferiore al dovuto, con riferimento alle voci indicate nei conteggi allegati;
- d. di essersi dimesso per giusta causa il 31 marzo 2011;

- e. che la Truck Service doveva considerarsi cessionaria della Meltrasport e dunque tenuta, ai sensi dell'art. 2112 c.c., al pagamento dei crediti vantati dai lavoratori già addetti alla Meltrasport;
- f. che la TNT, in qualità di società committente prima della Meltrasport e poi della Truck Service, era tenuta in solido al pagamento dei crediti retributivi da lui vantati nei confronti dell'appaltatrice Truck Service.

2. Il ricorrente chiede pertanto:

- a. di voler accertare l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con la Truck Service dal 20 luglio 2008 al 18 novembre 2010, con inquadramento nel livello 3° del CCNL Trasporto e Spedizione merci, anche eventualmente previa dichiarazione di nullità e/o illegittimità del contratto a progetto con la Meltrasport;
- b. di voler accertare la responsabilità solidale di Truck Service e TNT in ordine al trattamento economico e retributivo per tutto il periodo dedotto e conseguentemente condannarle in solido al pagamento in proprio favore della somma di € 29.774,93 a titolo di differenze retributive ordinarie, di € 22.882,62 a titolo di lavoro straordinario e di € 6.817,08 a titolo di TFR;
- c. di voler ordinare alle convenute la regolarizzazione della propria posizione contributiva per i periodi di omessa e/o irregolare contribuzione.

3. La Truck Service si è costituita in giudizio e ha chiesto il rigetto della domanda, eccependo:

- a. l'insussistenza della cessione d'azienda con la Meltrasport e dunque della propria responsabilità per i crediti maturati in

- epoca precedente all'assunzione del ricorrente presso la Truck Service;
- b. che il ricorrente non ha mai svolto lavoro straordinario e comunque non ha adeguatamente motivato la domanda di differenze retributive;
 - c. l'insussistenza della affermata giusta causa di dimissioni;
 - d. l'inesattezza in ogni caso dei calcoli contenuti nei conteggi e la non spettanza di alcune voci rivendicate.
4. In via riconvenzionale, la Truck Service ha chiesto condannarsi il ricorrente al pagamento dell'indennità di mancato preavviso, essendosi egli dimesso senza preavviso e senza giusta causa.
5. La TNT si è costituita in giudizio e ha chiesto il rigetto della domanda, eccependo:
- a. la mancata prova della natura subordinata del rapporto intercorso tra il Nieciag e la cooperativa Meltrasport;
 - b. l'inesattezza del livello di inquadramento rivendicato e la conseguente insussistenza del diritto alle differenze retributive.
6. In caso di accertamento della propria responsabilità nei confronti del ricorrente, la TNT ha poi chiesto di accertare la responsabilità della società Futur Service, appaltatrice della TNT e subcommittente delle cooperative Meltrasport e Truck Service, chiedendo di essere da essa manlevata. A tale scopo, la TNT ha chiesto di essere autorizzata alla chiamata in causa della Futur Service e ha spiegato nei suoi confronti, oltre che nei confronti della Truck Service, domanda riconvenzionale di manleva.
7. La Futur Service si è costituita in giudizio, a seguito della riconvenzionale e del differimento dell'udienza, e ha chiesto il rigetto della domanda spiegata nei suoi confronti. In via subordinata, ha spiegato domanda riconvenzionale nei confronti della Truck Service a

titolo di manleva per quanto fosse stata dichiarata tenuta a pagare al ricorrente e/o alla TNT.

8. La domanda è fondata nei limiti di seguito precisati.

Sulla cessione d'azienda e sul livello di inquadramento.

9. Il ricorrente ha provato di aver lavorato a decorrere dal novembre 2007 (v. il teste Costica) per la Meltrasport e poi per la resistente Truck Service con mansioni di autista, attraverso la produzione documentale del contratto di lavoro e delle buste-paga (non contestati dalla Truck Service) e attraverso la concorde prova testimoniale (v. i testi Chomba, Arduini, Costica, Stacchiotti). Gli stessi testi hanno inoltre dichiarato che il ricorrente lavorava prima, con le medesime mansioni, per la Meltrasport e che, a un certo punto, vi fu un passaggio di cooperative appaltatrici, dalla Meltrasport alla Futur Service. La cessione non fu comunicata ai lavoratori, tra cui il ricorrente, nel momento in cui avvenne, ma solo in seguito (v. teste Chomba). La Futur Service, sulla base delle concordi dichiarazioni delle stesse parti resistenti e del contratto di subappalto prodotto in atti, era a sua volta committente della Truck Service, che si occupava del trasporto. Il ricorrente e gli altri lavoratori non furono mai assunti dalla Futur Service (circostanza incontestata), ma continuarono ad avere sempre gli stessi responsabili, il sig. Arduini, il sig. Melzi e il sig. Stacchiotti (circostanza riferita tanto dai testi Costica e Chomba quanto dagli stessi responsabili Arduini e Stacchiotti).

10. La sostanziale convergenza delle deposizioni testimoniali degli autisti e dei responsabili, almeno sui punti sin qui illustrati, porta a ritenere raggiunta la prova su di essi e a ritenere attendibili i testi Costica e Chomba, benché essi abbiano cause in corso nei confronti delle medesime società.

11. Quanto alla natura del rapporto lavorativo che il ricorrente aveva con la Meltrasport, la circostanza – riferita concordemente da tutti i testi, compreso il responsabile operativo della Truck Service, che in precedenza lavorava per la Meltrasport, sig. Arduini – che egli non abbia cambiato mansioni, ma abbia continuato a lavorare secondo le stesse modalità prima e dopo il cambio di appalto tra Meltrasport e Futur Service, dimostra senza dubbio che il contratto di collaborazione a progetto intercorso tra il ricorrente e la Meltrasport celava in realtà un rapporto di lavoro subordinato. Se infatti mansioni esecutive del tipo di quelle assegnate al ricorrente, con precisi orari di lavoro, sono state da un certo punto in poi inquadrare nell'ambito di un regolare rapporto di lavoro subordinato, senza che ci fossero stati mutamenti di alcun tipo nelle modalità di espletamento rispetto al periodo precedente, al punto che i lavoratori erano venuti a conoscenza del cambio di cooperativa appaltatrice solo a cose fatte, non può che dedursene che il precedente contratto a progetto fosse simulato. Se ne deve concludere che in realtà, anche quando la prestazione era resa in favore della Meltrasport, il ricorrente svolgeva mansioni di carattere subordinato, inquadrabili, in assenza di mutamenti, nello stesso 3° livello per il quale successivamente, dal maggio 2010, la Truck Service vi ha proceduto formalmente.

12. Così ricostruiti i passaggi tra le diverse società e i trasferimenti dei lavoratori, il Tribunale ritiene che la responsabilità della Truck Service per i debiti pregressi della Meltrasport sussista, ai sensi dell'art. 2112 c.c.

13. Per quanto non vi sia stato un formale trasferimento d'azienda tra la Meltrasport e la Truck Service e per quanto l'accordo di cessione del contratto di appalto con la TNT, concluso tra Meltrasport e Futur Service, precisi che "il cessionario svolgerà la propria mansione con

personale proprio, propri mezzi, attrezzature e materiale di consumo”, la circostanza che di fatto, sia pure attraverso un’intersecazione di contratti, tutti i lavoratori prima in forza alla Meltrasport siano transitati alla Truck Service, mantenendo gli stessi compiti, lo stesso luogo di lavoro e gli stessi responsabili, dimostra che in tal modo si è realizzato un trasferimento d’azienda nel senso voluto dall’art. 2112 c.c.

14.E’ utile in proposito ricordare che “la fattispecie del trasferimento di azienda regolata dall’art. 2112 cod. civ. ricorre tutte le volte che, rimanendo immutata l’organizzazione aziendale, vi sia soltanto la sostituzione della persona del titolare, indipendentemente dallo strumento tecnico-giuridico adottato (nella specie, locazione e non affitto d’azienda) essendo sufficiente, ai fini dell’integrazione delle condizioni per l’operatività della tutela del lavoratore, il subentro nella gestione del complesso dei beni organizzati ai fini dell’esercizio dell’impresa, ossia la continuità nell’esercizio dell’attività imprenditoriale, restando immutati il complesso di beni organizzati dell’impresa e l’oggetto di quest’ultima, costituendo un indice probatorio di tale continuità l’impiego del medesimo personale e l’utilizzo dei medesimi beni aziendali” (v. da ultimo Cass. n. 12771 del 23/07/2012).

15.Anche dunque la stipula di una cessione di contratto, senza il formale trasferimento di personale e beni, collegata a un subappalto, può costituire uno strumento per aggirare le norme dettate dall’art. 2112 c.c., quando si accerti che ricorrono gli altri elementi.

16.Del resto, deve osservarsi che il contratto di lavoro del ricorrente con la Truck Service è dell’11 maggio 2010, mentre tutti i diversi contratti conclusi tra le resistenti dell’odierno giudizio sono posteriori a tale data: il contratto di subappalto tra Futur Service e Truck

Service è del 1° settembre 2010 ed è addirittura precedente alla cessione del contratto di appalto da Meltrasport a Futur Service (17 settembre 2010) e al nuovo contratto di appalto tra Futur Service e TNT (1° ottobre 2010). Il ricorrente è stato dunque assunto da Truck Service quando ancora la titolarità del contratto di appalto con TNT era di Meltrasport e prima che quest'ultima cedesse il proprio contratto di appalto a Futur Service. Ciò priva di mordente l'eccezione formulata dalla Truck Service, ma anche dalla Futur Service, secondo cui l'assunzione del ricorrente da parte della Truck Service sarebbe avvenuta in ossequio al CCNL, che prevede in caso di cambio appalto, un obbligo del nuovo appaltatore di assumere il personale già in forza al precedente; è infatti difficile immaginare che la Truck Service abbia proceduto all'assunzione del ricorrente prima del cambio di appalto e che nel settembre 2010 Futur Service si fosse impegnata a svolgere il servizio di trasporto oggetto di cessione (e poi autonomamente rinegoziato con TNT) assumendo personale proprio e utilizzando mezzi propri, quando il subappalto a Truck Service era già avvenuto pochi giorni prima e quest'ultima aveva assunto il ricorrente già dal 1° aprile dello stesso anno.

17. Tali incongruenze, unite agli altri elementi fattuali citati, fanno ritenere che si sia trattato di un'operazione nel suo complesso fittizia, tesa a frazionare i rapporti lavorativi e dunque ad eludere proprio la norma dettata dall'art. 2112 c.c., che è finalizzata non solo a garantire la continuità dei rapporti lavorativi, ma anche a evitare che il lavoratore sia privato delle garanzie per i crediti vantati nei confronti del cedente, in ipotesi meno solvibile del cessionario. Così come è da presumersi fraudolento il licenziamento del lavoratore da parte del cedente in prossimità della cessione quando sia seguito dalla immediata riassunzione da parte del cessionario (v. ad es. Cass. 16

maggio 2006, n. 11424), così deve ritenersi altrettanto fraudolenta l'assunzione da parte del cessionario di un presunto collaboratore a progetto del cedente, assunzione avvenuta prima che il cessionario subentri (sia pure attraverso una semplice cessione di un contratto di appalto) nell'attività del cedente.

18. La Truck Service deve essere pertanto dichiarata responsabile anche dei crediti retributivi maturati dal ricorrente nei confronti della Meltrasport e da questa non ancora adempiuti al momento del trasferimento.

Sulle dimissioni del lavoratore.

19. Il ricorrente afferma di essersi dimesso per il mancato pagamento delle ore di straordinario, nonché per il mancato pagamento delle retribuzioni di febbraio e marzo 2011. Ne deriverebbe che le sue dimissioni senza preavviso sono da considerare giustificate.

20. L'istruttoria svolta ha confermato le circostanze addotte; il teste Costica ha infatti dichiarato che negli ultimi due mesi il ricorrente non era stato pagato e che anche in precedenza, specie al momento del passaggio tra le due cooperative, i pagamenti della retribuzione avvenivano con qualche ritardo. La Truck Service, dal canto suo, oltre a non aver provato l'avvenuto pagamento delle retribuzioni di febbraio e marzo 2011, ha replicato molto debolmente alle affermazioni di parte ricorrente. In particolare, si osservi che nella memoria di costituzione si fa cenno alla presunta assenza ingiustificata del Nieciag dal 25 novembre 2010, in tal modo riprendendo una contestazione mossa al lavoratore dopo le sue dimissioni. Di tali assenze tuttavia l'istruttoria non ha lasciato traccia. Anzi, il teste Arduini, indotto da parte resistente, ha dichiarato che il Nieciag è stato pagato regolarmente fino all'ultimo e di non conoscere le ragioni delle sue dimissioni: se il Nieciag si fosse

assentato dal posto di lavoro da novembre 2010, l'Arduini, che ne era il responsabile, ben avrebbe dovuto saperlo. Del resto, appare singolare che un così grave inadempimento sia stato contestato dalla società solo dopo le dimissioni del lavoratore, giunte dopo ben quattro mesi dal presunto abbandono del posto di lavoro. Deve dunque ritenersi che tale addebito sia stato mosso dal datore di lavoro successivamente alle dimissioni, nel tentativo di giustificare il proprio comportamento in vista delle rivendicazioni che il Nieciag aveva annunciato.

21. Ne consegue che il recesso del Nieciag deve dirsi assistito da giusta causa e che la domanda riconvenzionale spiegata dalla Truck Service nei suoi confronti per l'indennità di mancato preavviso è infondata.

Sulle differenze retributive.

22. In ordine alle differenze retributive, avendo il ricorrente dimostrato che il suo lavoro non è cambiato tra il 2007 e il 2011 e che il contratto a progetto con la Meltrasport del 2008 dissimulava in realtà un rapporto di lavoro subordinato, in suo favore devono essere versate tutte le differenze retributive maturate tra il novembre 2007 (inizio della collaborazione di fatto con la Meltrasport) e il 31 marzo 2011 (giorno delle dimissioni), calcolate detraendo dalle spettanze retributive, secondo il CCNL e salvo quanto tra breve si dirà, gli importi già versati dalla Meltrasport a titolo di compenso per il contratto a progetto e quelli già versati dalla Truck Service nell'ambito del rapporto lavorativo regolarizzato.

23. In ordine alle singole voci, va osservato quanto segue.

24. I testi Chomba e Costica Nazare hanno dichiarato che la 13ma e la 14ma non venivano pagate, che le ferie venivano godute per brevi periodi e comunque non pagate, mentre i testi indotti da parte resistente non hanno portato elementi contrari sotto tale profilo.

25. Ad analoghe conclusioni può giungersi per il lavoro straordinario, posto che entrambi i testi indotti da parte ricorrente, colleghi del ricorrente addetti alle stesse mansioni, hanno dichiarato che il lavoro si protraeva dalle 7,30 del mattino alle 18, a volte con ulteriormente prolungamenti, comunque con una media di 11 ore di lavoro al giorno. Benché i due testi siano stati colleghi del ricorrente e uno di loro abbia una controversia in atto contro le medesime resistenti, le deposizioni rese sono state precise, ricche di dettagli e prive di contraddizioni.
26. Per contro, i testi indotti dalle resistenti, entrambi responsabili delle cooperative e dunque altrettanto sospettabili di compiacenza, sono caduti in più di una contraddizione: così il teste Stacchiotti ha dichiarato che gli autisti di solito lavoravano fino alle 16,30-17, ma ha riconosciuto che talvolta essi prolungavano le consegne fino alle 17,30-18 anche se non tutti i giorni; il teste Arduini ha tenuto a precisare che l'orario era dalle 7,30 fino alle 15,30, senza dunque neanche riconoscere l'ora di pausa e che comunque il giro non finiva mai dopo le 16,30, in contrasto con quanto detto dallo Stacchiotti. Quanto ai presunti ritardi al mattino del ricorrente, lo Stacchiotti ne ha riferito come frequenti e consistenti, mentre l'Arduini ha detto che al massimo arrivava un'ora in ritardo, ma poi recuperava rientrando più tardi.
27. A queste incongruenze non facilmente spiegabili, va aggiunta un'ulteriore considerazione. I testi Arduini e Stacchiotti, nel confermare, sia pure in misura inferiore a quanto rivendicato dal ricorrente, che le consegne talvolta si prolungavano oltre l'orario stabilito, non hanno saputo dire se tale straordinario era autorizzato dalle cooperative, se lo stesso venisse o meno remunerato e se vi siano mai stati richiami ai lavoratori per il fatto di rientrare più tardi e

dunque fare un numero eccessivo di ore di straordinario. Da ciò si ricava che gli autisti, in un contesto di subordinazione quale consacrato in un contratto regolare dal maggio 2010 e comunque ricavabile, per il periodo precedente, dall'immutazione delle mansioni, non erano liberi di interrompere le consegne in tempo per rientrare al magazzino allo scadere dell'orario stabilito, ma dovevano comunque "lavorare fino a quando le consegne non erano terminate" (v. teste Stacchiotti). Alle cooperative del resto non interessava quanto gli autisti lavorassero, posto che il lavoro straordinario non veniva comunque pagato, neanche per quelle ore che gli stessi testi indotti da parte resistente hanno riconosciuto: prima, perché il rapporto era fittiziamente formalizzato come collaborazione a progetto, poi, per scelta della Truck Service.

28. Se ne deve concludere che le 52 ore mensili conteggiate dal ricorrente devono dirsi corrette e vanno remunerate nella misura prevista dal CCNL.

29. Sui criteri di calcolo, va osservato quanto segue.

30. Dei due conteggi alternativi formulati dal ricorrente a seguito dell'invito del giudice, il Tribunale ritiene corretto il metodo di calcolo seguito per il conteggio contrassegnato dalla lettera b). Finché ha lavorato alle dipendenze della Meltrasport, il ricorrente ha percepito somme nette mensili variabili, per le quali, almeno a partire dalla data di conclusione del contratto a progetto, riceveva buste-paga riferibili a una collaborazione a progetto. Per il periodo alle dipendenze della Truck Service, il ricorrente ha continuato a percepire somme mensili nette variabili e ha prodotto alcune buste-paga della Truck Service, senza che quest'ultima sia stata in grado di produrre quelle mancanti o di dimostrare altrimenti l'avvenuto pagamento in misura superiore a quanto dal ricorrente dichiarato in

ricorso. Le somme nette che il ricorrente dichiara di aver percepito devono pertanto dirsi incontestate. Poiché tuttavia le spettanze retributive devono essere sempre calcolate al lordo delle ritenute fiscali e previdenziali dovute, appare corretto operare una lordizzazione virtuale del netto percepito e su di essa calcolare le retribuzioni differite che le cooperative non hanno mai versato (v. teste Costica) e le altre voci. Al riguardo, non rileva che l'importo lordo così risultante sia maggiore di quello applicabile in base al CCNL, poiché, in mancanza di una diversa imputazione che il datore di lavoro ha l'onere di provare a mezzo busta-paga, ogni maggiorazione deve essere interpretata come trattamento di maggior favore che il datore di lavoro spontaneamente riserva al lavoratore. E poiché sia gli istituti di retribuzione differita che il compenso per lavoro straordinario si calcolano sul trattamento effettivamente erogato (v. per lo straordinario già Cass. civ., sez. lav., 15-11-1996, n. 10031), è corretto calcolare tutti gli importi lordi dovuti al Nieciag secondo un criterio ancorato al trattamento di maggior favore

31. Il ricorrente ha pertanto diritto al pagamento della somma di € 44.835,88 lordi, oltre al TFR pari a € 7.031,69.
32. Su tutti gli importi dovranno essere calcolati interessi e rivalutazione monetaria ex art. 429 c.p.c. dalle scadenze al soddisfo.
33. Alla sola Truck Service va ordinata la regolarizzazione della posizione contributiva del ricorrente per il periodo sopra indicato.

Sulle imputazioni della responsabilità.

34. Per individuare le parti del giudizio tenute al pagamento delle somme suddette, occorre anzitutto verificare da parte di chi siano state proposte le domande oggetto del giudizio e nei confronti di chi.
35. Il ricorrente ha agito nei confronti di Truck Service e TNT, ma non nei confronti della Futur Service. Quest'ultima è stata chiamata in

giudizio su istanza della TNT, che pretende di essere da essa tenuta indenne dalle conseguenze dell'azione nei suoi confronti intentata dal ricorrente. La Futur Service a sua volta ha chiesto di essere manlevata dalla Truck Service. A seguito della costituzione della Futur Service, il ricorrente nelle note conclusionali pretende di estendere la propria domanda anche nei confronti della Futur Service.

36. Ora, muovendo da quest'ultimo punto, va osservato che la domanda della TNT nei confronti della Futur Service costituisce in un'ipotesi di chiamata in garanzia. Come anche di recente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (v. Cass. n. 5400 del 05/03/2013), “Diversamente dall'ipotesi in cui il convenuto in giudizio chiami in causa un terzo, indicandolo come il soggetto tenuto a rispondere della pretesa dell'attore (caso, questo, in cui la domanda attorea si estende automaticamente al terzo, pur in mancanza di apposita istanza, dovendosi individuare il vero responsabile nel quadro di un rapporto oggettivamente unitario), nell'ipotesi della chiamata del terzo in garanzia la predetta estensione automatica non si verifica, in ragione dell'autonomia sostanziale dei due rapporti, ancorché confluiti in un unico processo”. In tali casi, “se l'attore vuole proporre domanda anche nei confronti del terzo chiamato, deve formulare nei confronti dello stesso una espressa ed autonoma domanda, che può trovare fondamento in fatti anche diversi rispetto a quelli posti a base del rapporto di garanzia” (v. per tutte Cass. n. 27525 del 29/12/2009). Nel processo del lavoro, ispirato ai principi di concentrazione e speditezza, ciò deve avvenire nella prima difesa utile, e dunque, nella specie, se non addirittura alla prima udienza, allorché si è discusso della chiamata in garanzia, alla prima udienza successiva alla costituzione del terzo. Non avendo ciò fatto il ricorrente, non può egli nelle note conclusionali pretendere l'estensione alla Futur Service

della domanda in origine formulata nei confronti di altri soggetti, poiché ciò comporterebbe una lesione dei diritti di difesa del terzo chiamato.

37. Quanto alla Meltrasport essa non è stata convenuta in giudizio.
38. Non vi è dubbio dunque che la Truck Service, vuoi in qualità di datore di lavoro del ricorrente dall'11 maggio 2010 sino alla data delle dimissioni, vuoi in qualità di cessionario della Meltrasport, sia tenuta nei confronti del ricorrente al pagamento delle differenze retributive nella misura indicata.
39. Con riferimento invece alla TNT e ai suoi rapporti con la Futur Service e la Truck Service, nonché tra queste ultime, occorre stabilire se, e in che misura, ricorrano gli estremi della solidarietà della TNT ex art. 29, d. lgs. 276/2003. Proprio per il fatto che la Futur Service è stata chiamata in giudizio dalla sola TNT a titolo di manleva e che il ricorrente non ha espressamente esteso la propria domanda nei suoi confronti, è infatti evidente che la eventuale pronuncia di condanna della Futur Service (e della Truck) nei confronti della TNT potrà essere pronunciata solo se sia accertata la responsabilità solidale della TNT e nei limiti della stessa.
40. In merito alla responsabilità solidale ex art. 29 cit., la TNT sostiene l'inapplicabilità di tale disposizione al caso in esame in quanto il contratto intercorso tra la Futur Service (appaltatrice della TNT) e la Truck Service non sarebbe un contratto di subappalto, ma di trasporto, che dunque esula dal raggio applicativo dell'art. 29, norma di stretta interpretazione.
41. L'eccezione non è fondata.
42. Pur potendosi condividere la tesi secondo cui l'art. 29 non è interpretabile estensivamente, occorre ricordare che la qualificazione di una determinata operazione contrattuale ad opera del giudice non è

vincolata al *nomen iuris* prescelto dalle parti, dovendosi piuttosto valutare la comune intenzione delle parti, sulla base del contenuto dell'accordo e del comportamento delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto (art. 1362 c.c. e la giurisprudenza costante, v. per tutte Cass. 5 luglio 2006, n. 15327). Inoltre, il contratto di appalto di servizi misto al contratto di trasporto non è affatto sconosciuto all'ordinamento e, al fine della sua interpretazione, trovano applicazione i noti criteri elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, secondo cui "la relativa disciplina giuridica va individuata in quella risultante dalle norme del contratto tipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti (cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza), senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente" (Cass. Sez. U, n. 11656 del 12/05/2008).

43. Ora, se si valuta l'operazione economica posta in essere dalla Futur Service e dalla Truck Service, nei termini sopra descritti, si deve concludere che tali due società, nel concludere il subcontratto, hanno inteso muoversi entro i confini del contratto di appalto che la Futur Service ha concluso con la TNT.

44. Lo si ricava dai seguenti elementi:

- a. il subcontratto contiene un esplicito riferimento all'attività di presa, ritiro e consegna presso le filiali del gruppo TNT nominativamente indicate e presso i clienti finali sempre del gruppo TNT (art. 4.1. del contratto), in termini pressoché identici a quelli previsti nel contratto di appalto concluso con la TNT (artt. 2 e 3, nonché regolamento operativo allegato);

- b. la filiale TNT dove il ricorrente ritirava e consegnava i pacchi nel secondo periodo della sua attività era quella di Roma, via del Fosso di Santa Maura (v. i diversi testi escussi), corrispondente a quella indicata nel contratto di appalto Futur Service – TNT e a una di quelle indicate nel subcontratto;
- c. i responsabili operativi della Futur Service e della Truck Service erano intercambiabili (v. teste Arduini, che tale ruolo ha ricoperto per entrambe la società);
- d. il responsabile operativo svolgeva la sua attività di supervisione delle attività di ritiro e consegna da parte degli autisti Truck Service presso la sede di via del Fosso di Santa Maura, dove vi è la filiale TNT indicata in entrambi i contratti (v. testi Arduini, Costica).

45. Il subcontratto non aveva dunque un'estensione oggettiva minore o maggiore del contratto principale e le parti hanno dato mostra, soprattutto nella fase attuativa del rapporto, di volerlo mantenere entro tale perimetro.

46. La responsabilità solidale della TNT ai sensi dell'art. 29, d. lgs. 276/2003 dunque sussiste.

47. La TNT, tuttavia, oltre a contestare la sussistenza della solidarietà, chiede che, in caso di suo riconoscimento, essa sia ricondotta entro i limiti fissati dalla legge; a suo dire, non tutte le somme richieste dal Nieciag potrebbero rientrare nella responsabilità solidale del committente del datore di lavoro ex art. 29, d. lgs. 276/2003; ne resterebbero in particolare escluse le indennità sostitutive delle ferie e dei permessi non goduti, in quanto aventi natura risarcitoria, nonché il TFR, che, all'epoca di sua eventuale maturazione in favore del ricorrente, non era contemplato dall'art. 29, comma 2.

48. Ora, sul primo punto, il Tribunale non condivide l'affermazione secondo cui l'indennità sostitutiva di ferie e permessi avrebbero natura risarcitoria. Tale voce, come riconosce una parte consistente della giurisprudenza di legittimità, che questo Tribunale condivide, *“costituisce un'erogazione di natura retributiva, perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, quale rapporto a prestazioni corrispettive, ma più specificamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in un periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato perché destinato al godimento delle ferie annuali, restando indifferente l'eventuale responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento delle stesse”* (Cass. 9 luglio 2012, n. 11462 e giurisprudenza ivi citata).

49. Il diverso orientamento, secondo cui *“l'indennità sostitutiva delle ferie non godute ha natura risarcitoria, e ciò in quanto essa è pur sempre correlata ad un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, che obbliga quest'ultimo (quando l'adempimento in forma specifica sia divenuto impossibile) al risarcimento del danno, che comprende, in primo luogo, la retribuzione dovuta per il lavoro prestato nei giorni destinati alle ferie o al riposo (nonché la riparazione di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore a seguito del mancato ristoro delle energie psicofisiche)”* (v. ad es. Cass. civ., sez. lav., 10-03-2011, n. 5714), conduce a conseguenze paradossali. Esso porta infatti ad assegnare diversa funzione all'inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di pagare le ferie regolarmente godute - pagamento la cui natura retributiva non sembra potersi mettere in discussione alla luce dell'art. 36 Cost., nonostante che la prestazione non sia effettivamente resa - e all'inadempimento del datore di lavoro riguardante l'indennità

sostitutiva, che avrebbe – in tesi – natura risarcitoria, benché la prestazione lavorativa sia stata effettivamente espletata.

50. In merito al TFR, il Tribunale non condivide l'affermazione secondo cui il nuovo comma 2 dell'art. 29, così come introdotto dall'art. 21, d.l. 5/2012, sarebbe norma innovativa e non interpretativa nella parte in cui precisa che i trattamenti retributivi dovuti dall'appaltatore al lavoratore, per i quali sussiste la responsabilità solidale del committente, comprendono le quote di TFR.

51. Il TFR ha da sempre natura di retribuzione differita (v. per tutte Cass. 5 agosto 2005, n. 16549), sicché la modifica dell'art. 29, comma 2, non ha avuto l'effetto di includere nel concetto di "trattamenti retributivi" una voce in precedenza ad esso estranea e dunque con effetti solo per il futuro; anche per il tenore dei vocaboli usati – "comprese le quote" – il legislatore ha inteso fugare un dubbio sorto nella vigenza della norma precedente, non innovare (cfr. in termini Trib. Roma 30.10.2012, n. 17686/2012, est. Buonassisi).

52. In ordine al beneficio di escussione, va osservato quanto segue.

53. Il presente giudizio è stato introdotto con ricorso depositato il 31 maggio 2011 e la prima udienza è stata differita al 14 marzo 2012 per effetto dell'istanza di differimento collegata alla domanda riconvenzionale proposta contro il terzo chiamato. All'esito dell'udienza del 14 marzo 2012, non essendo andata a buon fine la notifica al terzo chiamato della domanda spiegata nei suoi confronti, la causa è stata rinviata all'udienza del 18 luglio 2012. All'udienza del 18 luglio 2012, la difesa della TNT ha eccepito il beneficio di escussione, nel frattempo introdotto nell'art. 29 cit. L'eccezione è tempestiva, in quanto il beneficio di escussione è stato bensì introdotto con il decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, ma solo per effetto di una modifica apportata in sede di conversione dalla l. 4

aprile 2012, n. 35, posteriore all'udienza del 14 marzo 2012. Nessuna udienza si è celebrata tra la data di entrata in vigore della l. 35/2012 e l'udienza del 18 luglio 2012, cosicché quella spiegata a tale ultima udienza deve essere considerata la prima difesa utile nel senso voluto dalla legge.

54. Da tale tempestiva eccezione non possono tuttavia derivare le conseguenze volute dalla TNT, secondo la quale il giudice, nei confronti del committente, potrebbe pronunciare solo una sentenza di accertamento della responsabilità e non una sentenza di condanna. L'art. 29, comma 2, nuovo testo, stabilisce infatti: "Il committente imprenditore o datore di lavoro può eccepire, nella prima difesa, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore medesimo e degli eventuali subappaltatori. In tal caso il giudice accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati, ma l'azione esecutiva può essere intentata nei confronti del committente imprenditore o datore di lavoro solo dopo l'infruttuosa escussione del patrimonio dell'appaltatore e degli eventuali subappaltatori. Il committente che ha eseguito il pagamento può esercitare l'azione di regresso nei confronti del coobbligato secondo le regole generali." Ora, il Tribunale ritiene che la disposizione sia molto chiara nell'affermare che il beneficio di escussione, purché eccepito nella prima difesa, vale a paralizzare – e solo momentaneamente - nei confronti del committente solo l'azione esecutiva, ma certo non preclude pronunce di condanna, oltre che di accertamento.

55. Tali conclusioni si basano su plurimi argomenti, letterali e sistematici.

56. In primo luogo, va osservato che la nuova disposizione prevede che il giudice "accerta la responsabilità solidale di tutti gli obbligati". Se la dizione precludesse al giudice la pronuncia di sentenze di condanna,

ciò dovrebbe valere anche nei confronti dell'appaltatore-datore di lavoro, rientrando questi tra gli obbligati cui si riferisce la norma. Ma tale esclusione sarebbe assurda: sia perché ciò comporterebbe un frazionamento anche dei giudizi nei confronti dell'appaltatore, in contraddizione con l'intento semplificatorio del legislatore, e non sarebbe dato comprendere quando e come il lavoratore potrebbe ottenere nei confronti del datore di lavoro una pronuncia di condanna al pagamento di quanto gli spetta; sia perché tale conclusione sarebbe inconciliabile con la frase successiva dell'art. 29 – introdotta significativamente dall'avversativa “ma” – in base alla quale il lavoratore ben può escutere il patrimonio del datore di lavoro sulla base della sentenza pronunciata nel giudizio intrapreso ex art. 29, escussione che, in quanto potenzialmente infruttuosa, non può che avvenire in ambito esecutivo e dunque fondarsi su un titolo di condanna avente i requisiti dell'art. 474 c.p.c.. Se nei confronti di uno degli appartenenti al novero degli obbligati è possibile pronunciare una sentenza di condanna, deve esserlo anche nei confronti degli altri coobbligati, salvo il beneficio di escussione in sede esecutiva.

57. In secondo luogo, se la preventiva escussione del patrimonio dell'appaltatore costituisce l'unico beneficio espressamente previsto per il committente, l'azione esecutiva intentata nei confronti di quest'ultimo non può che partecipare della stessa natura di quella intentata nei confronti del primo ed essere fondata sul medesimo titolo esecutivo; altrimenti, al beneficio di preventiva escussione si aggiungerebbe anche quello – assolutamente non previsto – di costringere il lavoratore a esperire due diversi giudizi nei confronti del committente, l'uno di mero accertamento della sua responsabilità, l'altro, dopo l'infruttuosa escussione dell'appaltatore, di condanna.

58. In terzo luogo, la norma parla di accertamento della responsabilità e non di accertamento dell'obbligo, utilizzando dunque una parola che implica un inadempimento a un obbligo preesistente e che è dunque già di per sé in grado di impegnare il patrimonio debitorio ex art. 2740 c.c.

59. Infine, e sul piano sistematico, va osservato che, ogni qualvolta l'ordinamento prevede un beneficio di escussione, al tempo stesso prevede che esso operi solo in sede esecutiva (v. ad es. Cass. civ., sez. lav., 16-04-2003, n. 6048, Cass. civ., sez. III, 12-04-1994, n. 3399: "Nelle società di persone, il beneficio della preventiva escussione del patrimonio sociale opera solo in sede esecutiva, non precludendo ai creditori sociali di agire in sede cognitiva direttamente nei confronti dei soci a fini di accertamento e condanna, senza necessità di chiamare in giudizio la società").

60. Deve dunque ritenersi che il beneficio di escussione debba essere tempestivamente eccepito già nel giudizio di merito, perché così espressamente richiede, in modo non irragionevole e dunque insindacabile, il legislatore, ma spieghi la sua efficacia solo in sede esecutiva, senza impedire pronunce di condanna anche nei confronti del committente.

61. La TNT va pertanto condannata in solido con la Truck Service al pagamento in favore del ricorrente della somma di cui ai § 31 e 32.

Sulle domande di manleva.

62. La TNT ha poi chiesto di essere tenuta indenne da Truck Service e da Futur Service per quanto fosse tenuta a corrispondere in favore del ricorrente. La Futur Service a sua volta ha chiesto di essere manlevata dalla Truck Service.

63. La domanda di regresso della TNT è fondata.

64. Come oggi sancisce espressamente l'ultimo periodo dell'art. 29 espressamente e come in ogni caso sarebbe ricavabile dalle regole generali, il committente garantisce il lavoratore, ma poi ha azione di regresso nei confronti di tutti i coobbligati. La TNT ha pertanto diritto a essere tenuta indenne da quanto sia costretta a pagare in favore del ricorrente, sia dall'appaltatore che dal subappaltatore. Tra l'altro, è documentato in atti che la Meltrasport ha ceduto alla Futur Service il contratto di appalto concluso con la TNT, accollandosi espressamente tutti i debiti derivanti dall'applicazione del contratto di appalto, e che la TNT ha aderito alla cessione. Né è fondata l'eccezione della Futur Service, secondo cui in ogni caso l'accollo sarebbe limitato al periodo intercorrente tra la cessione del contratto e la stipulazione del nuovo appalto tra TNT e Futur Service. In realtà, tale limitazione non è prevista in alcun modo dalla clausola della cessione del contratto e non può dunque essere opposta al terzo.

65. In ordine all'azione di regresso, la TNT ha diritto ad agire nei confronti dei coobbligati (appaltatore e subappaltatore) per ripetere integralmente quanto eventualmente corrisposto al lavoratore. Come esattamente osservato dalla citata Trib. Roma n. 17686/2012, l'obbligazione solidale prevista dall'art. 29 non è contratta nell'interesse anche del committente, ma in quello esclusivo degli appaltatori, con conseguente applicazione dell'art. 1298, primo comma c.c., nella parte in cui in tali casi esclude la suddivisione dell'obbligazione nei rapporti interni tra i condebitori. Tuttavia, essendo nella specie due gli appaltatori nell'interesse dei quali è stata contratta l'obbligazione, della Truck Service e della Futur Service, tra di essi l'obbligazione si ripartisce in misura eguale (non risultando diversamente da alcuna fonte) e l'azione di regresso è soggetta alla regola dell'art. 1299 c.c., secondo cui il debitore in solido che ha

pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi. Va infatti ricordato che in tema di obbligazioni solidali, "la presunzione di solidarietà dettata con riferimento ai rapporti esterni tra creditore e pluralità di debitori non si estende ai rapporti interni tra i condebitori solidali, spiegando, per converso, efficacia, tra questi ultimi, l'opposto principio della parziarietà dell'obbligazione" (Cass. civ., sez. I, 07-12-1998, n. 12366). Ne consegue che la TNT ha diritto di essere tenuta indenne da Truck Service e Futur Service da ciascuna di esse per la metà del debito.

66. La domanda della Futur Service nei confronti della Truck Service può invece trovare solo parziale accoglimento. Essa ha chiesto di essere tenuta indenne da quanto eventualmente la stessa fosse tenuta a corrispondere al ricorrente e/o alla TNT. Poiché la domanda del ricorrente nei confronti della Futur Service è stata giudicata inammissibile, la domanda di manleva può essere accolta limitatamente a quanto dovuto dalla Futur Service alla TNT.

67. Le spese seguono le diverse soccombenze e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

così definitivamente pronunciando sulla domanda proposta da NIECIAG DORIAN nei confronti di TNT GLOBAL EXPRESS spa, di TRUCK SERVICE soc. coop., di FUTUR SERVICE srl, nonché sulla domanda riconvenzionale proposta da TNT nei confronti di FUTUR SERVICE srl, nonché sulla domanda riconvenzionale proposta da FUTUR SERVICE srl nei confronti di di TRUCK SERVICE soc. coop., nella causa iscritta al n. 19608/2011 R.G.A.C.:

a) dichiara che tra NIECIAG DORIAN e la TRUCK SERVICE soc. coop. è intercorso un rapporto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato dall'11 maggio 2010 al 31 marzo 2011, con diritto del

ricorrente a essere inquadrato nel livello 3° del CCNL Trasporto e Spedizione Merci;

- b) dichiara la TRUCK SERVICE soc. coop. tenuta al pagamento in favore di NIECIAG DORIAN del trattamento economico corrispondente al livello e per il periodo di cui al capo a), nonché per il periodo dal 1° novembre 2007 al 10 maggio 2010, ai sensi dell'art. 2112 c.c., previo riconoscimento della natura subordinata anche del rapporto di lavoro intercorso tra NIECIAG DORIAN e la MELTRASPORT soc. coop.;
- c) condanna la TRUCK SERVICE soc. coop. e la TNT GLOBAL EXPRESS spa, in solido tra loro ai sensi dell'art. 29, d. lgs. 276/2003, al pagamento in favore di NIECIAG DORIAN della somma lorda di 51.867,57, di cui € 7.031,69 per TFR, oltre interessi e rivalutazione monetaria dalle scadenze al soddisfo, a titolo di differenze retributive per le causali di cui a ricorso;
- d) accerta il diritto della TNT GLOBAL EXPRESS spa al beneficio di escussione in relazione alla condanna di cui ai capi c) e i);
- e) condanna la TRUCK SERVICE soc. coop. e la FUTUR SERVICE srl, ciascuna per la metà, a tenere indenne la TNT GLOBAL EXPRESS spa da quanto la stessa sia tenuta a pagare a NIECIAG DORIAN per effetto della condanna di cui ai capi c) e i);
- f) condanna la TRUCK SERVICE soc. coop. a tenere indenne la FUTUR SERVICE srl da quanto la stessa sia tenuta a pagare alla TNT GLOBAL EXPRESS spa per effetto della condanna di cui al capo e);
- g) dichiara la TRUCK SERVICE soc. coop. tenuta alla regolarizzazione della posizione contributiva di NIECIAG DORIAN per i periodi di cui ai capi a) e b);
- h) rigetta ogni altra domanda;

i) condanna la TRUCK SERVICE soc. coop. e la TNT GLOBAL EXPRESS spa, in solido tra loro, al pagamento in favore di NIECIAG DORIAN delle spese processuali, liquidandole in complessivi euro 8.000,00, oltre IVA e CPA come per legge.

Roma, 13 giugno 2013

Il Giudice
Giovanni Armone