

Ud. 26/11/08
R.G.N. 29684/2005

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE LAVORO

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCIARELLI Guglielmo - Presidente -
Dott. DI NUBILA Vincenzo - Consigliere -
Dott. PICONE Pasquale - Consigliere -
Dott. IANNIELLO Antonio - Consigliere -
Dott. NAPOLETANO Giuseppe - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

SENTENZA

sul ricorso 29684-2005 proposto da:

TDA S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, LUNGOTEVERE MICHELANGELO 9, presso lo studio dell'avvocato STUDIO TRIFIRO' & PARTNERS, rappresentata e difesa dagli avvocati TRIFIRO' SALVATORE, MITTIGA ZANDRI PATRIZIA, giusta mandato a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

T.R., elettivamente domiciliata in ROMA, VIA GIUSEPPE PALUMBO 12, presso lo studio dell'avvocato CRISCI SIMONETTA, che lo rappresenta e difende, giusta mandato a margine del controricorso;

- controricorrente -

e contro

MC DONALD'S DEVELOPMENT ITALY INC ITALIAN BRANCH;

- intimata -

avverso la sentenza n. 54/2005 della CORTE D'APPELLO di FIRENZE, depositata il 25/01/2005 R.G.N. 827/03;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 26/11/2008 dal Consigliere Dott. GIUSEPPE NAPOLETANO;

udito l'Avvocato MITTIGA ZANDRI PATRIZIA;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. RIELLO Luigi che ha concluso per l'accoglimento per quanto di ragione del terzo motivo, rigetto del primo e secondo.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La Corte di Appello di Firenze con sentenza n. 54/05 decidendo sull'appello proposto dalla società TDA, avverso la sentenza del Tribunale di Firenze che aveva accolto la domanda avanzata da T.R. nei confronti di detta società e di MC Donlad's Development Italy Inc con condanna in solido di queste al pagamento della somma di Euro 5.297,69 e della sola TDA a quella di Euro 6139,95 per la ritenuta nullità delle clausole elastiche sull'orario di lavoro, dichiarava improcedibile l'impugnazione avanzata nei confronti di MC Donlad's Development Italy Inc e rigettava quella nei confronti di T.R..

La Corte territoriale, rilevava, preliminarmente, la mancanza di prova della notifica dell'appello avanzato nei confronti di MC Donlad's Development Italy Inc e pertanto lo riteneva improcedibile.

Riteneva, poi, infondata l'eccezione di nullità del ricorso introduttivo desumendosi dallo stesso la deduzione della nullità parziale del contratto nella parte in cui si autorizzava la determinazione unilaterale della distribuzione dell'orario. Rilevava, infine, che tale determinazione unilaterale si deduceva direttamente dalla lettura del contratto e,

sul presupposto che la potenzialita' lesiva della previsione doveva essere valutata prescindendo dalle concrete modalita' di attuazione della clausola, riteneva la sussistenza di siffatta potenzialita' lesiva confermando la sentenza impugnata anche in punto di liquidazione del maggior compenso ex [art. 36 Cost.](#) ritenendo la misura del 50% della retribuzione un parametro coerente.

Avverso tale sentenza la societa' TDA ricorreva per cassazione sulla base di quattro motivi, illustrati da memoria.

T.R. resisteva.

MC Donlad's Development Italy Inc non svolgeva attivita' difensiva.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il primo motivo la societa' TDA deduce violazione e falsa applicazione degli artt. 291, 433, 434 e 435 c.p.c.. Allega al riguardo che l'appello e' stato notificato, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, a MC Donlad's Development Italy Inc come da documentazione contenuta nel fascicolo di secondo grado.

Rileva che comunque, stante la netta distinzione tra editio actionis e vocato in ius, andava disposta la rinnovazione della notifica ai sensi dell'[art. 291 c.p.c.](#) e richiama Cass. S.U. 6841/96.

La censura e' infondata.

Invero, l'affermazione contenuta nella sentenza di appello circa la mancata prova dell'avvenuta notificazione dell'atto di appello in palese contrasto con le risultanze degli atti prodotti nel giudizio, che dimostrano incontestabilmente siffatta notificazione, configura un errore revocatorio ex [art. 395 c.p.c.](#), n. 4, non suscettibile di essere dedotto in sede di legittimita' sotto il profilo della violazione di legge o del vizio di motivazione. Secondo giurisprudenza di questa Corte, infatti, il ricorso per cassazione, proposto sulla base della denuncia dell'erronea percezione della documentazione in atti da parte del giudice di merito, e' inammissibile, non corrispondendo un errore di tal genere ad alcuno dei motivi per i quali l'[art. 360 cod. proc. civ.](#) consenta tale tipo di impugnazione; peraltro, detto errore puo' essere dedotto a fondamento del diverso rimedio del ricorso per revocazione ai sensi dell'[art. 395 cod. proc. civ.](#) (V. per tutte Cass. 8600/03 e 17057/07 nonche' Cass. 11056/00 e 1778/98).

Relativamente, poi, alla denunciata mancata applicazione dell'[art. 291 c.p.c.](#) rileva il Collegio che le S.U. di questa Suprema Corte (sent. 20604/08) risolvendo un contrasto di giurisprudenza e superando l'orientamento espresso nel 1996 (S.U. nn. 6841 e 9331), hanno affermato che, nel rito del lavoro, e' improcedibile l'appello tempestivamente proposto se non sia avvenuta la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione dell'udienza, non essendo consentito al giudice - alla stregua di una interpretazione costituzionalmente orientata ([art. 111 Cost.](#)) - assegnare all'appellante, ex [art. 421 c.p.c.](#), un termine perentorio per provvedere ad una nuova notifica ai sensi dell'[art. 291 c.p.c.](#). In ossequio a siffatto nuovo orientamento, quindi, il motivo, anche sotto il profilo in esame, e' infondato.

Con la seconda censura la societa' ricorrente allega violazione e falsa applicazione dell'[art. 414 c.p.c.](#). Lamenta che i giudici di appello hanno risolto sbrigativamente la questione della nullita' del ricorso introduttivo dal quale non era dato comprendere quali fossero le mansioni, attivita', orari, ecc. ne' le differenze retributive reclamate e se le stesse fossero chieste a titolo di retribuzione o a titolo di risarcimento del danno.

La censura e' infondata.

Infatti la Corte territoriale applica correttamente la norma denunciata in quanto nel valutare l'idoneita' del ricorso sotto il profilo della determinazione dell'oggetto della domanda e dell'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto pone a fondamento del proprio decisum il rilievo che dalla lettura del ricorso e dalle conclusioni ivi rassegnate "si evince con chiarezza che la ricorrente ha dedotto la nullita' parziale del

contratto nella parte in cui lo stesso autorizzava la determinazione unilaterale della distribuzione dell'orario di lavoro ed il dato di fatto e' nel contratto individuale che la prevede".

Con il terzo motivo la societa' denuncia violazione e falsa applicazione del D.L. n. 726 del 1984, art. 5 convertito in L. n. 863 del 1984, art. 5, D.Lgs. n. 61 del 2000, art 1 e segg. nonche' omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione. Assume che non tutte le clausole elastiche possono considerarsi illegittime dovendo tenersi conto delle concrete modalita' di organizzazione del lavoro e richiama al riguardo giurisprudenza di questa Suprema Corte e le deduzioni in fatto di cui al primo grado, l'istruttoria svolta dinanzi al Tribunale, la documentazione agli atti e decisioni del Tribunale di Firenze, lamentando che di tutto cio' la Corte territoriale non ha tenuto conto.

La censura e' infondata.

E' giurisprudenza di questa Suprema Corte che le cosiddette clausole elastiche, che consentono al datore di lavoro di richiedere "a comando" la prestazione lavorativa dedotta in un contratto di part-time sono illegittime, atteso che l'esigenza della previa pattuizione bilaterale della riduzione di orario comporta - stante la ratio della L. n. 863 del 1984, art. 5 - che, se le parti concordano per un orario giornaliero inferiore a quello ordinario, di tale orario deve essere determinata la collocazione nell'arco della giornata e che, se parimenti le parti convengono che l'attivita' lavorativa debba svolgersi solo in alcuni giorni della settimana o del mese, anche la distribuzione di tali giornate lavorative sia previamente stabilita. (Cass. 2691/97 e 13470/03).

Il giudice di appello ha correttamente applicato tale principio di diritto ritenendo nulla la clausola elastica di cui e' causa rilevando appunto che la stessa "autorizza il datore di lavoro alla massima flessibilita' nella distribuzione dell'orario e con una variabilita' incontrollabile precludendo qualsiasi possibilita' di programmazione".

La ritenuta invalidita' della clausola si basa, quindi, su di una valutazione di fatto, congruamente motivata, concernente non le clausole elastiche in generale, ma quella di specie che appunto viene considerata invalida in ragione della sua intrinseca portata.

Con il quarto mezzo d'impugnazione la societa' TDA allega violazione e falsa applicazione dell'[art. 36 Cost.](#), [art. 2099 c.c.](#), D.L. n. 726 del 1984, art. 5 convertito in [L. n. 863 del 1984](#), D.L. n. 61 del 2000, art. 3, comma 8. Contesta in proposito l'affermazione del giudice di appello secondo la quale in punto di determinazione del compenso maggiorativo essa societa' nulla avrebbe dedotto, mentre invece era stata richiamata la sentenza 2340/97 della Cassazione e la necessita' della dimostrazione di come la maggiore disponibilita' abbia avuto incidenza nelle possibilita' di attendere ad altra attivita'. Ne', assume, e' pertinente il richiamo alla normativa di cui al [D.L. n. 61 del 2000](#) e [D.L. n. 100 del 2001](#) in quanto non applicabili ratione temporis e non stabilenti la debenza di diritti economici ne' tanto meno risarcitori per la sola previsione di una clausola elastica.

La censura e' fondata.

Occorre al riguardo richiamare la giurisprudenza di questa Suprema Corte (Cass. 2691/97 e 13470/03) di cui al precedente motivo secondo la quale dall'accertata illegittimita' di tali clausole non consegue l'invalidita' del contratto part-time, ne' la trasformazione in contratto a tempo indeterminato, ma solo l'integrazione del trattamento economico (ex [art. 36 Cost.](#) e [art. 2099 c.c.](#), comma 2), atteso che la disponibilita' alla chiamata del datore di lavoro, di fatto richiesta al lavoratore, pur non potendo essere equiparata a lavoro effettivo, deve comunque trovare adeguato compenso, tenendo conto della maggiore penosita' ed onerosita' che di fatto viene ad assumere la prestazione lavorativa per la messa a disposizione delle energie lavorative per un tempo maggiore di quello effettivamente lavorato; a tal fine rilevano la difficulta' di programmazione di altre attivita', l'esistenza e la durata di un termine di preavviso, la

percentuale delle prestazioni a comando rispetto all'intera prestazione. Corollario di tale soluzione, si e' precisato nelle citate sentenze, "e' che sul versante processuale incombe al lavoratore, al fine di pervenire ad un bilanciamento delle prestazioni effettuate, dimostrare la maggiore penosita' ed onerosita' della prestazione effettuata in ragione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalla disponibilita' richiesta, salva sempre la possibilita' da parte del datore di lavoro di contestare i fatti addotti da controparte, dimostrandone l'infondatezza. In un siffatto contesto il ricorso alla determinazione equitativa del danno ex [art. 432 c.p.c.](#) si configura come rimedio utilizzabile solo in caso di impossibilita' (o di estrema difficolta') di prova sull'effettiva entita' del danno subito dal lavoratore".

Applicando siffatto principio al caso di specie emerge la erroneita' della sentenza impugnata che ha ancorato la liquidazione del maggiore compenso non alla dimostrata maggiore penosita' ed onerosita' della prestazione effettuata in ragione degli effetti pregiudizievoli prodotti dalla disponibilita' richiesta, ma esclusivamente sulla base della "potenzialita'" della clausola a paralizzare completamente ogni progettazione esistenziale e lavorativa del lavoratore.

La sentenza impugnata va, pertanto, cassata per avere proceduto alla liquidazione del danno non sulla base della effettiva maggiore penosita' ed onerosita' della prestazione ma, sul presupposto di una presunta potenzialita' della clausola a determinare siffatta maggiore penosita' ed onerosita'.

In conclusione il quarto motivo del ricorso va accolto e gli altri vanno rigettati. La sentenza impugnata va cassata in relazione al motivo accolto con rinvio alla Corte di appello di Bologna che si pronuncera' anche sulle spese del giudizio di legittimita'.

P.Q.M.

La Corte accoglie il quarto motivo del ricorso, rigetta gli altri, cassa in relazione al motivo accolto la impugnata sentenza e rinvia anche per le spese del giudizio di legittimita' alla Corte di Appello di Bologna.

Così' deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 26 novembre 2008.

Depositato in Cancelleria il 23 gennaio 2009