



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano
La Corte di Appello di Firenze
Sezione lavoro
nelle persone dei Magistrati:

dr. Fausto Nisticò
dr. Vincenzo Nuvoli
dr. Roberta Santoni Rugiu

Presidente
Consigliere
Consigliera rel.

nella causa iscritta al n. 1055 / 2015 RG

promossa da

A. A.
avv. Lorenzo Massart

appellante

contro

S. M.
avv. Ethel Morelli

appellato

all'udienza del 5 luglio 2016 con lettura del dispositivo e di contestuale motivazione, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Il Tribunale di Firenze, nel giudizio introdotto dal lavoratore S. M. contro il datore A. A.,

>> con sentenza non definitiva n. 848 / 2015 del 22.7.2015:

- accoglieva la domanda del lavoratore S. M. nei confronti del datore A. A. secondo la quale il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fra le parti era sorto il 20 novembre 2011, invece che il 26 novembre 2011. Riteneva provata la circostanza sulla base del teste B. il quale riferiva che il lavoratore era presente alla apertura del locale "Bar R." in Em. gestito dal resistente, evento che secondo la visura CCIAA era avvenuto il 21 novembre 2011
- accoglieva in parte la domanda di inquadramento superiore del lavoratore, riconoscendo il II livello (e non anche il I quale responsabile del locale, preteso dallo stesso lavoratore in via principale). Riteneva che la proposta di assunzione del marzo 2011 (doc. 1 ric. 1°) documentasse compiti più significativi di quelli di barman, estesi alla gestione del locale, con autonomia operativa del locale ed a funzioni di coordinamento, ruolo questo confermato dal teste B.
- non riteneva accertato l'orario di lavoro di 12 ore giornaliere preteso dal lavoratore, quanto piuttosto quello di 8 ore sostenuto dalla datore A.
- accoglieva l'impugnazione del licenziamento verbale intimato con un messaggio SMS del 21 agosto 2012, qualificando perciò il recesso inefficace ed ordinando al datore la reintegra del lavoratore nel posto. Escludeva piuttosto che il datore avesse dimostrato il preteso accordo per la risoluzione consensuale del rapporto del 27 agosto 2012.
- respingeva la deduzione del datore secondo il quale il percepito era pari ad euro 14.400 (corrispondenti al versamento in contanti di 1.600 netti mensili oggetto della proposta di assunzione del marzo 2011, doc. 1 ric. 1°), ritenendo piuttosto accertato il solo pagamento

complessivo di € 4.400 riconosciuto dal lavoratore, e ciò sul presupposto che non fosse ammissibile la prova orale dedotta sul punto dal datore. Riteneva quindi il lavoratore ancora creditore di differenze di retribuzione per € 10.691, come da conteggi allegati al ricorso e non contestati

>> Dopo aver predisposto la prosecuzione del giudizio ai soli fini di determinare il risarcimento del danno spettante al lavoratore per la inefficacia del licenziamento, con sentenza definitiva n. 978 / 2015 del 24.9.2015:

- condannava il datore al risarcimento del danno derivante dalla inefficacia del licenziamento nella misura della retribuzione globale di fatto mensile di 1.858,54 dal 1 ottobre 2012 alla reintegra, oltre accessori, detratto l'aliunde perceptum complessivo di euro 1.875 percepito nell'anno 20141 documentato dallo stesso lavoratore
- condannava il datore al pagamento delle spese di lite in favore del lavoratore, liquidate in euro 5.901 oltre accessori

Il datore A. appellava la sentenza chiedendone la riforma integrale con i seguenti motivi:

- 1) il primo giudice aveva errato nel ritenere che il rapporto fosse iniziato di fatto il 20 novembre 2011, dal momento che la prova orale sosteneva l'affermazione che il lavoratore fosse presente il giorno in cui il locale era stato aperto, mentre la visura camerale documentava la data di inizio dell'attività, che poteva non coincidere con la stessa apertura del locale. Per di più, anche volendo ritenere il locale aperto dal 21 novembre, era incongruo che il primo giudice avesse ritenuto il lavoratore già in servizio dal 20 novembre, senza alcuna conferma sul punto. Ne discende che il rapporto doveva ritenersi necessariamente iniziato il 26 novembre 2011.
 - 2) Il primo giudice aveva errato nel ritenere le mansioni superiori dimostrate dalla scrittura privata del marzo 2011 (proposta di assunzione doc. 1 ric. 1°), dal momento che invece, secondo la prova orale, il lavoratore svolgeva le stesse mansioni di addetto alla vendita al banco degli altri dipendenti L. e F. (mentre l'unica mansione ulteriore svolta dal lavoratore era quella di chiusura della cassa, peraltro soltanto dal marzo 2012). Non era vero che il ricorrente gestisse il locale, dirigendo il lavoro degli altri baristi e predisponendo i relativi turni. Non era vero nemmeno che egli si occupasse della gestione amministrativa, svolta invece dal datore personalmente. Era errata altresì la scelta del livello contrattuale da applicare, poiché il II livello riconosciuto dal primo giudice richiedeva iniziativa e autonomia operativa, funzioni di coordinamento e di controllo, trattandosi all'evidenza di un ruolo esorbitante per un "modesto bar di paese". Le mansioni del ricorrente dovevano piuttosto essere inquadrare nel IV livello come barman, in condizioni di autonomia esecutiva ed anche preposto a gruppi operativi.
 - 3) Il primo giudice aveva errato nel non ammettere la prova orale dedotta dal datore in primo grado a proposito dell'effettivo pagamento mensile della somma in contanti di euro 1.600, già prevista nella scrittura privata del marzo 2011 (doc. 1 ric. 1°). Era infatti plausibile che i pagamenti fossero avvenuti con tale modalità, sia perché la somma era appunto quella prevista nella scrittura privata, sia perché su sua espressa richiesta tutti i pagamenti effettuati al lavoratore erano avvenuti in contanti. Per di più, quest'ultimo nemmeno aveva contestato in modo specifico il percepito di euro 14.400 dedotto dal datore in primo grado (ciò nonostante che secondo la giurisprudenza l'onere di contestazione ricada anche sulla parte attrice in relazione alle deduzioni in fatto del convenuto), ed anzi si era limitato ad indicare un percepito complessivo di euro 4.400; peraltro senza specificare nemmeno come tale modestissimo importo sarebbe stato distribuito dal novembre 2011 al agosto 2012. Insisteva quindi per l'ammissione delle prove respinte in primo grado.
- Infine, la somma accertata dal primo giudice a titolo di differenze retributive era eccessiva, ed allo scopo non erano utilizzabili i conteggi allegati al ricorso perché contestati dal datore con riferimento all'inizio del rapporto ed all'inquadramento. Inoltre, spettando al lavoratore

il solo inquadramento al IV livello ed avendo egli percepito € 1.600 mensili, importo superiore ai minimi tabellari di tale livello, la somma eccedente avrebbe dovuto essere assorbita, finendo quindi per non residuare alcuna differenza.

- 4) Il primo giudice aveva errato nel ritenere il rapporto risolto con il licenziamento del 21 agosto 2012, dal momento che il messaggio SMS (doc. 3 ric. 1°) non aveva tale significato. Del resto, pochi giorni dopo le parti si incontrarono di persona nello stesso locale, decidendo consensualmente di risolvere il rapporto anche perché il dipendente aveva rifiutato una collocazione alternativa offertagli dal datore (in altro locale in Via da lui gestito). Il primo giudice aveva errato nel non ritenere attendibile la testimonianza N°, il quale confermava tale conversazione. In ultimo, se per il suo contenuto il messaggio SMS fosse stato ritenuto un licenziamento, allora il recesso aveva anche forma scritta e conteneva altresì la motivazione oggettiva, non potendosi quindi qualificare né inefficace né ingiustificato. Comunque al caso in esame si applicava la tutela obbligatoria.
- 5) Ammesso e non concesso che il rapporto si fosse risolto con il messaggio SMS e che il licenziamento fosse inefficace per difetto di forma, con applicazione del nuovo testo dell'art. 18 comma 1 L. 300/70, il primo giudice avrebbe errato nel riconoscere il risarcimento del danno fino alla reintegra nel posto di lavoro, nonostante che nel gennaio 2013 (doc. 1 res. 1°) il datore avesse restituito l'azienda alla società da cui l'aveva presa in affitto, e quindi avesse cessato la propria ditta nel maggio 2014 (doc. 7 certificato CCIAA). Il primo giudice aveva errato infine nell'accertare l'aliunde perceptum, senza consentire al datore la piena prova anche orale delle occupazioni successive alla fine del rapporto avute dal lavoratore (e delle quali era stato fornito un principio di prova scritta). Insisteva quindi per l'ammissione delle prove respinte in primo grado.

Il lavoratore S° si costituiva chiedendo che, in ogni suo motivo, l'appello fosse dichiarato inammissibile, o respinto nel merito.

L'appello è fondato solo in parte.

Premesso che anche in secondo grado è pacifico il rapporto subordinato full time a tempo indeterminato svoltosi fra le parti dal novembre 2011 all'agosto 2012, e che non sono stati appellati il rigetto delle domande del lavoratore per la retribuzione straordinaria e l'inquadramento al 1° livello CCNL, rimangono controversi la data di inizio della prestazione, l'inquadramento al II o al IV livello, il percepito in costanza del rapporto, la modalità e la data di cessazione del rapporto, nonché l'entità del risarcimento del danno dovuto in caso di inefficacia del recesso.

1) DATA DI INIZIO

Il collegio concorda con il primo giudice sulla data di inizio della prestazione al 20 novembre 2011, come preteso dal lavoratore, invece che al 26 novembre 2011, come sostenuto dal datore. Il teste B°, indifferente alle parti ed a conoscenza della circostanza perché titolare di altro locale adiacente al Bar R°, confermava che il lavoratore era stato in servizio fin dal giorno della sua apertura effettiva – data che la visura camerale collocava al 21.11.2011, mentre la stessa memoria di costituzione del datore in primo grado anticipava al 16.11.2011 (vedi punto 1 pag. 1 atto), in coincidenza con l'affitto di azienda stipulato da A° con la snc Bar R° di G° G° (doc. 1 res. 1°).

Non vi sono quindi difficoltà a concludere che già dal 20.11.2011 il lavoratore avesse iniziato la sua prestazione.

2) INQUADRAMENTO

Il collegio concorda anche sull'inquadramento al II livello attribuito in primo grado (la cui declaratoria contrattuale richiede iniziativa ed autonomia operativa nell'ambito di direttive generali, funzioni di coordinamento e controllo di unità che presuppongono una particolare competenza professionale). Il fatto che il lavoratore non fosse un semplice barman di IV livello come gli altri colleghi addetti al banco, si ricava dalla scrittura privata del marzo 2011 (doc. 1 ric. 1°), stipulata

quando ancora il datore doveva prendere in affitto l'azienda dalla snc di G. G., che ne era titolare. L'accordo scritto riconosceva al lavoratore il (futuro) ruolo di responsabile del locale sotto diversi aspetti, quale incarico di "massima fiducia" da parte del titolare, con orario spezzato fra mattina e chiusura serale, e fisso mensile netto di €. 1.600. I testi B. e L. confermavano che il lavoratore, oltre che essere addetto al banco, aveva anche compiti esclusivi sulla chiusura serale della cassa e seguiva ulteriori adempimenti amministrativi per conto del titolare. E' pacifico infine che in occasione della mostra fotografica allestita da Sam. all'interno del locale, fosse stato il lavoratore a preparare l'evento seguendo direttamente i contatti con la società (vedi e mail doc. 2 ric. 1°), a conferma di un ruolo gestorio ben al di là il mero servizio al pubblico.

3) PERCEPITO E DIFFERENZE DI RETRIBUZIONE

Va premesso che l'entità del percepito in costanza del rapporto da novembre 2011 ad agosto 2012 è tema controverso, avendo le parti in primo come in secondo grado negato in fatto l'altrui ricostruzione affermando la propria, e che in generale è il datore (debitore della retribuzione) che deve dare la prova del proprio adempimento.

Il collegio concorda con il primo giudice nel ritenere inammissibile la prova orale dedotta dal datore, tesa dimostrare che ogni mese sarebbe stata pagata al lavoratore la somma netta di €. 1.600 prevista nella scrittura privata del marzo 2011 (doc. 1 ric. 1°) per complessivi €. 14.00.

E' vero che ai sensi degli art. 2721 e 2726 cc, vi potrebbero essere motivi per derogare al divieto di prova orale del pagamento, considerando il fatto che la scrittura era documento invocato dallo stesso lavoratore a base della prova delle mansioni superiori, e che inoltre è pacifico che tutti i pagamenti effettuati (anche per la minor somma di €. 4.400 ammessa dal lavoratore) erano avvenuti in contanti e senza il rilascio di alcuna ricevuta.

In concreto tuttavia la prova orale oggetto del cap 7) memoria res. 1°) non può essere ammessa, attesa la sua genericità sulle circostanze di tempo, di luogo e di persona dei pretesi pagamenti mensili, requisiti tutti che invece la stessa prova doveva presentare proprio per consentire la deroga al divieto di legge.

In conclusione, confermato il dovuto come da sentenza (Il livello senza straordinari = €. 10.691,83) secondo il conteggio allegato al ricorso, non contestato nei dati contabili ma solo nei relativi presupposti giuridici, qui confermati.

4) LICENZIAMENTO

Il collegio concorda con il primo giudice sul fatto che, per il suo contenuto (*"purtrappo ci sarà un cambio societario che non mi consente più di avvalermi della tua preziosa collaborazione. Ti ringrazio per il momento e ti auguro il meglio per la tua vita"*), il messaggio sms del 21.8.2012 fosse un licenziamento.

Quanto alla pretesa risoluzione del rapporto per successivo accordo consensuale fra le stesse parti, condivide altresì la valutazione di inattendibilità del teste N., dalla cui deposizione non può ritenersi provato il preteso accordo verbale del 26.8.2012. Infatti il teste, che conosce il datore per avere lavorato per lui nel bar di V. anni dopo i fatti di causa, all'epoca si sarebbe trovato per la prima volta ed in modo del tutto casuale nel bar di E. E lì, nel tempo di bere un caffè, avrebbe ascoltato per intero una conversazione personale fra le parti (trattandosi peraltro di due persone all'epoca per lui sconosciute), riuscendo a coglierne tutto il significato (ovvero che A. offriva la ricollocazione nel bar di V. e che P. la rifiutava, dichiarando perciò che concordava sulla risoluzione consensuale del rapporto). E' del resto implausibile sia che tale conversazione si fosse svolta nei termini pretesi dal datore (accordo risolutivo piuttosto che acquiescenza al licenziamento già reso via sms), sia che fosse avvenuta all'interno del locale in presenza di avventori estranei che avrebbero potuto ascoltarla per intero.

Il collegio invece dissente dal primo giudice sul fatto che nel caso in esame il licenziamento intimato per sms sia di per sé privo di forma scritta ai sensi dell'art. 2 L. 604/66.

In fatto, tale comunicazione - letta prima sul display del telefono e poi stampata come documento da produrre in giudizio - fu intesa dal destinatario come l'effettiva comunicazione di un

licenziamento, ed in tali termini fu quindi oggetto della relativa impugnazione stragiudiziale del 1.10.2012 (doc. 4 ric. 1°).

Ciononostante, in ricorso il messaggio sms era qualificato *tout court* come recesso privo di forma scritta, anche perché l'art. 160 CCNL richiede allo scopo la lettera raccomandata con RR.

Secondo il collegio invece il licenziamento in esame ha forma scritta (anche se non scritta su carta, e comunque non quella della racc.ta con RR, la cui assenza non può tuttavia provocare conseguenze di legge).

Infatti, il lavoratore non metteva in discussione la legittimazione della persona fisica (datore A in proprio) da cui proveniva la manifestazione di volontà. Piuttosto, in giudizio negava l'idoneità in sé del messaggio sms ad integrare il requisito della forma scritta necessario per intimare un recesso efficace.

Sul presupposto che il messaggio sms possa essere assimilato a telegramma dettato per telefono, e che in concreto il lavoratore destinatario dello stesso messaggio dava per pacifica la provenienza da utenza telefonica aziendale (come è peraltro confermato dalla relativa impugnazione nei confronti dello stesso datore), deve farsi riferimento ai principi affermati dalla Cassazione sul relativo requisito di forma.

In particolare, la forma scritta richiesta per il licenziamento può essere integrata da un telegramma in presenza di sottoscrizione da parte del mittente dell'originale consegnato all'ufficio postale oppure della consegna del medesimo da parte del mittente. Alle stesse conclusioni deve pervenirsi in caso di telegramma dettato per mezzo dell'apposito servizio telefonico qualora - in caso di contestazione - anche per mezzo di testimoni o presunzioni sia provata l'effettiva provenienza del telegramma dall'apparente autore della dichiarazione (Cass. n. 10291/2005, n. 19689/2003, n. 9790/2003, n. 7620/2001, n. 14297/2000, n. 13959/2000).

In altri termini, a fronte di telegramma dettato per telefono, la giurisprudenza non si pone un problema astratto di esistenza in sé della forma scritta, bensì un problema concreto relativo a come - a fronte di contestazioni svolte dal destinatario - risolvere la questione relativa alla certezza della sua provenienza dal mittente.

Ma siccome nel caso in esame tali contestazioni mai sono state poste, ne discende che la forma scritta esiste.

E ancora, ipotizzando piuttosto di assimilare il messaggio sms ad una comunicazione e-mail, ai sensi del D. Lgs 82/2005, Codice dell'amministrazione digitale, art. 20 comma 1 bis, *"l'inidoneità del documento informatico a soddisfare il requisito della forma scritta e il suo valore probatorio sono liberamente valutabili in giudizio, tenuto conto delle sue caratteristiche oggettive di qualità, sicurezza, integrità ed immutabilità"*.

Di nuovo quindi, mancando ogni contestazione del destinatario sul fatto che il messaggio non fosse integro, completo ed adeguatamente leggibile, o che non desse certezza di provenire dal datore di lavoro persona fisica quale mittente, non vi sono dubbi che in concreto la modalità informatica di comunicazione della volontà risolutiva del rapporto avesse la forma scritta.

5) RISARCIMENTO DEL DANNO

In conclusione, il recesso era efficace, mentre il generico richiamo al "cambio societario" non era motivazione oggettiva adeguata, anche perché pacificamente infondata e comunque del tutto indimostrata.

Ne discende che, dichiaratane la illegittimità, va applicata la tutela obbligatoria (unica riferibile al requisito dimensionale del datore, anch'esso pacifico).

Attesa la durata del rapporto, inferiore all'anno, la relativa condanna concerne il pagamento di 4 mensilità di retribuzione globale di fatto, la cui misura mensile va ritenuta nello stesso importo accertato in sentenza, pari ad €. 1.858,54 lordi.

SPESE e CU

Le spese di lite di secondo grado devono essere compensate per intero, attesa la reciproca soccombenza fra le parti.

" La nozione di soccombenza reciproca, che consente la compensazione parziale o totale delle spese processuali, sottende - anche in relazione al principio di causalità - una pluralità di domande contrapposte, accolte o rigettate, che si siano trovate in cumulo nel medesimo processo fra le stesse parti, ovvero l'accoglimento parziale dell'unica domanda proposta, allorché essa sia stata articolata in più capi e ne siano stati accolti uno o alcuni e rigettati gli altri, ovvero una parzialità dell'accoglimento meramente quantitativa, riguardante una domanda articolata in unico capo " (Cass. n. 21684/2013).

Ne discende che solo la parte completamente vittoriosa sull'intera domanda introdotta in origine a base del giudizio deve andare per legge esente dalla condanna alle spese di lite.

Invece, in tutti i casi di soccombenza reciproca (fra i quali pacificamente la situazione in esame di appello su 5 motivi solo alcuni in parte accolti, ma fondati sul tema centrale dell'ordine di reintegra e risarcimento integrale del danno) è rimesso all'apprezzamento del giudice la valutazione del se ed in che misura compensare le spese di lite fra le parti, salvo per il resto pronunciare condanna in base al principio della soccombenza.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione: in parziale accoglimento dell'appello nei confronti delle sentenze non definitiva e definitiva, ritenuto il licenziamento del 21.8.2012 efficace ma illegittimo, condanna l'appellante A al risarcimento del danno in favore dell'appellato S nella misura di 4 mensilità della RGF di €. 1.858,54, oltre rivalutazione monetaria ed interessi legali sulla somma rivalutata dalla fine del rapporto al saldo; *conferma per il resto la sentenza di primo grado;* compensa per intero le spese di lite di secondo grado fra le parti.

Firenze, 5 luglio 2016.

La consigliera est.
dr. Roberta Santoni Rugiu

Il Presidente
dr. Fausto Nisticò