

*Per
ricorrente*
LAVORO



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

N° 5586/09 **R.G.**

N° 819 **CRON.**

N. 5586/09 R.G.L.

ASSEGNATA A SENTENZA
IL 18.2.10

in composizione monocratica e in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dott.ssa Chiara COLOSIMO, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa

da

ELNAKIB Ahmed Metualy Metual

con l'Avv. Polizzi e Avv. Pelzel, elettivamente domiciliata presso lo Studio del difensore in Milano, viale Regina Margherita n. 30

- RICORRENTE -

contro

HOTEL CORPORATION OF EUROPE, INTERNATIONAL MILANO

con l'Avv. Mordà e Avv. Menegazzi, elettivamente domiciliata presso lo Studio del difensore in Milano, corso Vittorio Emanuele n. 1

- RESISTENTE -

Oggetto: illegittimità CTD extra ex art. 10 D. Lgs. 368/2001

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

con ricorso depositato il 6 luglio 2009, Metual Metualy Ahmed ELNAKIB conveniva in giudizio avanti al Tribunale di Milano – Sezione Lavoro – HOTEL CORPORATION OF EUROPE, esponendo di aver lavorato alle dipendenze del convenuto, presso l'Hotel Hilton di Milano, sin dall'1/4/2007 con mansioni di *chef de rang*.



Dalle buste paga risultava formalmente inquadrato come operaio occasionale assunto a tempo determinato, con termine iniziale sempre dell'1/4/2007 e termine finale di volta in volta diverso e successivo, inquadrato come operaio di IV livello C.C.N.L. Turismo AICA e, da febbraio 2008, nel livello C2 C.C.N.L. Industria Turistica.

Riferiva di aver prestato la propria attività lavorativa per almeno tre giorni alla settimana (a volte continuativi, altre volte alternati), per una media sette/otto ore al giorno, principalmente nel turno della mattina dalle 6.30 alle 15.00, quale cameriere di sala nel locale interno, denominato Pacific. Affermava di aver saltuariamente svolto anche il turno serale, dalle 18.00 alle 24.00 o dalle 15.30 alle 24.00, e precisava di aver talvolta prestato servizio nei *coffee breaks* serviti in occasione di convegni e *meetings*. L'orario di lavoro gli veniva comunicato verbalmente alla fine di ogni settimana per quella successiva.

A seguito di un infortunio occorsogli il 28/3/2008, il 6/8/2008 gli era stato detto che avrebbe dovuto trovare un altro lavoro e, di fatto, non era più stato chiamato.

Affermando l'utilizzo costante di camerieri "a giornata", quotidianamente affiancati ai camerieri assunti, e deducendo di non essere stato assegnato specificamente ed esclusivamente a servizi di ristorazione per eventi speciali, Metual Metualy Ahmed ELNAKIB affermava l'illegittimità dei termini apposti alle assunzioni intervenute tra l'1/4/2007 e il 28/3/2008.

Tanto premesso, chiedeva al Tribunale di accertare e dichiarare la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro subordinato, a tempo pieno indeterminato, con decorrenza 1/4/2007 e diritto all'inquadramento nel livello C2 C.C.N.L. Industria Turistica. Domandava, inoltre, di accertare l'illegittimità, o comunque l'inefficacia, della risoluzione di fatto del rapporto intervenuta in data successiva al 6/6/2008 e l'attuale sussistenza del rapporto di lavoro.

Per l'effetto, chiedeva di ordinare alla società convenuta il ripristino del rapporto di lavoro con la riammissione in servizio e di condannare HOTEL CORPORATION OF EUROPE al pagamento delle retribuzioni dalla data della



pronuncia in avanti, fatte salve le retribuzioni dal deposito del ricorso sino alla sentenza, calcolate sul tallone mensile di € 1.442,74.

Domandava, infine, di condannare la parte convenuta al risarcimento del danno, quantificato in misura pari alla retribuzione mensile media per il tempo decorso dal 6/6/2008 al deposito del ricorso, oltre che al versamento di € 1.892,10 a titolo di trattamento economico per malattia per il periodo 20/6/2008-5/8/2008.

Il tutto con rivalutazione e interessi dal dovuto al saldo e con vittoria di spese, diritti e onorari da distrarsi in favore dei procuratori antistatari.

Si costituiva ritualmente in giudizio HOTEL CORPORATION OF EUROPE, eccependo l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese.

In particolare, la convenuta eccepiva la legittimità dei contratti intercorsi con il ricorrente, precisando che il lavoratore era stato impiegato presso l'Hotel Hilton in forza di distinti rapporti di lavoro c.d. "extra": per ciascun rapporto il lavoratore aveva sottoscritto un regolare contratto di lavoro, corrispondente a uno specifico evento.

Esperito inutilmente il tentativo di conciliazione, assunte le prove e ritenuta la causa matura per la decisione, all'udienza del 18 febbraio 2009, il Giudice invitava le parti alla discussione all'esito della quale decideva come da dispositivo pubblicamente letto riservando il deposito della motivazione, in considerazione della complessità della controversia, a 15 giorni.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso deve essere accolto nei limiti e per le ragioni di seguito precisate.

L'art. 10, co. 3, D. Lgs. 368/2001 prevede che *"nei settori del turismo e dei pubblici esercizi è ammessa l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore a tre giorni, determinata dai contratti collettivi stipulati con i sindacati locali o nazionali aderenti alle confederazioni maggiormente rappresentative sul piano nazionale. Dell'avvenuta assunzione*



deve essere data comunicazione al centro per l'impiego entro cinque giorni. Tali rapporti sono esclusi dal campo di applicazione del presente decreto legislativo".

In sostanza, in considerazione delle peculiari esigenze dei suddetti settori, il legislatore ha ritenuto di sottrarre dalla disciplina generale dei rapporti a tempo determinato i contratti relativi alle assunzioni per l'esecuzione *"di speciali servizi"*, di durata *"non superiore a tre giorni"*, determinate secondo le modalità previste dai contratti collettivi di riferimento.

La norma non richiede che i lavoratori *extra* siano adibiti a servizi eccezionali o imprevedibili, ma solo che essi siano impiegati in eventi che esorbitano dall'attività ordinaria e di *routine*.

Al riguardo, l'art. 62 del C.C.N.L. di settore stabilisce che *"è consentita l'assunzione diretta di lavoratori extra nei seguenti casi: banqueting; esigenze per le quali non sia possibile sopperire con il normale organico, quali meeting, convegni, fiere, congressi, manifestazioni, presenze straordinarie e non prevedibili di gruppi nonché eventi similari"*.

Pronunciandosi sulla pregressa disciplina, la Suprema Corte di Cassazione aveva avuto modo di osservare che *"la conclusione di contratti di lavoro subordinato di durata non superiore ad un giorno è dunque permessa per l'"esecuzione di speciali servizi" nel settore del turismo e dei pubblici servizi ossia, nella massima parte dei casi, negli alberghi e ristoranti. L'indicazione degli speciali servizi è affidata dal legislatore alla contrattazione collettiva. È poi affermazione costante di questa Corte che il rapporto stipulato a tempo (nel caso qui in esame: un giorno) si converte in rapporto a tempo indeterminato quando manchino i requisiti fissati dalla legge per l'apposizione del termine (da ult. Cass. 21 luglio 2000 n. 9617). Con la sentenza 8 novembre 2001 n. 13837, richiamata ora da entrambe le parti, questa Corte ha già affermato che l'art. 23 l. n. 56/1987 cit., che nei settori del turismo e dei pubblici esercizi ammette l'assunzione diretta di manodopera per l'esecuzione di speciali servizi di durata non superiore ad un giorno, si riferisce a servizi non necessariamente eccezionali ed imprevedibili ma anche a servizi prevedibili e programmabili in quanto resi*



abituamente soprattutto in certi periodi dell'anno e con particolare frequenza specie in aziende di grandi dimensioni site nelle città maggiori, e tuttavia non quotidiani ne' di caratteristiche sempre uguali (come ad esempio i banchetti, consueti in certe evenienze o ricorrenze), sì da richiedere personale aggiuntivo rispetto a quello impiegato ogni giorno per i servizi ordinari. Deve trattarsi, in altre parole, di lavoro anche prevedibile, ma non di routine" (Cass. Civ., Sez. Lav., 16 agosto 2004, n. 15946; cfr. anche Cass. Civ., Sez. Lav., 21 marzo 2006, n. 6245; Cass. Civ., Sez. Lav., 21 maggio 2002, n. 7468).

La cornice normativa appena delineata è quella cui deve essere ricondotta la fattispecie oggetto del presente giudizio. A questo riguardo, tuttavia, pare opportuno precisare che nell'applicazione della stessa non potrà omettersi di fare riferimento anche alla disciplina generale sui contratti a termine – rispetto alla quale si pone in rapporto di specialità – e soprattutto ai principi che, nell'ordinamento nazionale e comunitario, vi sono sottesi.

Primo fra tutti, il principio inerente all'eccezionalità del contratto a termine rispetto alla regola generale del contratto a tempo indeterminato: un principio che opera a livello generale e che, dunque, ha efficacia anche rispetto all'ipotesi di cui all'art. 10 D. Lgs. 368/2001, la cui vigenza si giustifica con la valutazione fatta dal legislatore, a priori e in astratto, delle peculiari esigenze di flessibilità che possono interessare quei determinati settori imprenditoriali.

Quale eccezione al regime di tutele delineato dalla Direttiva 1999/70 e dal Decreto Legislativo 368/2001, tuttavia, tale previsione non può che essere assoggettata a un'interpretazione rigorosa, così come rigoroso deve essere il giudizio di accertamento, in concreto, della sussistenza di tutti i presupposti richiesti dalla legge.

E' onere del datore di lavoro fornire la prova della sussistenza di tali requisiti, in mancanza, non sarà possibile ricondurre la fattispecie concreta al regime delle esclusioni e, quindi, non potrà che trovare applicazione la disciplina generale.

*



Nel caso di specie, Metual Metualy Ahmed ELNAKIB è stato assunto da HOTEL CORPORATION OF EUROPE per un totale di 99 giornate lavorative, tra il 17/4/2007 e il 28/3/2008. Nella quasi totalità dei contratti (docc. *sub* 2, fascicolo resistente), la manifestazione per cui tali assunzioni sarebbero state fatte non risulta specificamente indicata, ma sostituita dalla data del presunto evento, o talvolta addirittura del tutto omessa (cfr., a mero titolo esemplificativo, i contratti del 7/5/2007, 8/5/2007, 21/6/2007, 1/7/2007, 6/11/2007).

Confrontando le date di assunzione con l'elenco degli eventi prodotto dalla parte convenuta (docc. *sub* 3, fascicolo resistente), si constata la presenza di più eventi per ogni singola giornata di lavoro, così che risulta a priori precluso comprendere per quale specifico evento ELNAKIB sarebbe stato impiegato. In alcuni casi, inoltre, gli orari degli eventi non corrispondono con gli orari di assunzione del lavoratore (cfr., a mero titolo esemplificativo, i contratti del 9/6/2007 e del 30/7/2007).

Sotto il profilo prettamente documentale, pertanto, non si rinviene una puntuale corrispondenza tra i singoli rapporti di lavoro *extra* e determinati eventi.

Nel corso dell'istruttoria, peraltro, è emerso che il ricorrente è stato adibito anche al servizio ordinario, quale cameriere di sala, presso il locale Pacific dove vengono normalmente serviti i pasti in hotel.

Il teste Leuci, infatti, ha riferito di aver lavorato con ELNAKIB proprio nel salone Pacific (*"il suo compito era quello di sbarazzare i tavoli, portarmi i piatti pronti, versare un bicchiere di vino"*), e non per eventi specifici, ma perché *"un ristorante ha bisogno di un certo numero di persone per andare avanti, delle volte c'ero solo io, perché gli altri erano in malattia o permesso o ferie, e allora si chiamava un extra come il ricorrente prevedendo che ci fosse una mole di lavoro per due persone... (omissis) ... Generalmente ci sono in servizio una persona al room-service, due al bar e una in sala, a seconda dei turni e degli orari. Se si può far girare qualcuno di noi (ad esempio il secondo del bar) non serve l'extra... (omissis)... Il responsabile di sala di fatto alla sera sono io perché lavoro da solo, se non c'è l'extra lavoro da solo, però l'extra c'è quasi sempre"*.



L'impiego del ricorrente nello svolgimento di attività di *routine* trova anche riscontro nella testimonianza resa dal teste Bonora, il quale ha precisato che *"il ricorrente si occupava di aiutare chi c'era in servizio, al mattino del breakfast, la sera dei tavoli. L'extra non fa tutto quello che fa il fisso, ha delle mansioni diverse, si occupa di sbarazzare i tavoli, prendere le cose in cucina. Nel turno di mattina quasi sempre c'è un extra perché il breakfast è molto più numeroso, al turno di sera non capita sempre"*.

Risulta quindi confermato l'assunto attoreo relativo all'assegnazione del lavoratore ad attività di *routine* e non correlata a specifici eventi: sotto questo profilo, parte resistente non ha assolto al proprio onere probatorio.

Peraltro, dall'analisi della produzione documentale di parte convenuta emerge un quotidiano ricorso all'attività lavorativa degli *extra*.

Infatti, se si osserva il riepilogo delle presenze vidimate di questi lavoratori (doc. 4, fascicolo resistente), si può notare come da aprile 2007 ad aprile 2008 HOTEL CORPORATION OF EUROPE abbia fatto un uso oltremodo diffuso di una media di quattro o cinque lavoratori *extra* al giorno.

Tale circostanza, d'altronde, è stata confermata dalla stessa teste di parte convenuta Secco, impiegata dell'ufficio personale, che ha dichiarato che *"più o meno ogni giorno ci sono degli extra, quasi tutti i giorni mandiamo la comunicazione alla DPL. Ci sono dei giorni in cui ci sono 4 o 5 extra, dei giorni in cui ce ne sono 6, è capitato anche di registrarne solo uno"*.

L'assunzione degli *extra* si atteggia, in sostanza, a strumento attraverso cui HOTEL CORPORATION OF EUROPE quotidianamente provvede a una parte del proprio fabbisogno di personale, attingendo di volta in volta a un elenco nominativo nel quale vengono selezionati a rotazione i vari lavoratori (teste Sansò).

Per tutti questi motivi, si ritiene che non ricorrano i presupposti di legge per applicare al rapporto *de quo* la previsione di cui all'art. 10, co. 3, D. Lgs. 368/2001 e, pertanto, che i contratti stipulati tra HOTEL CORPORATION OF EUROPE e Metual Metualy Ahmed ELNAKIB debbano essere ricondotti alla



disciplina generale dei contratti a termine della quale, tuttavia, non rispettano i requisiti di legittimità.

Ne consegue che i termini finali apposti a tutti i contratti sottoscritti tra le parti devono essere dichiarati nulli.

Come da ormai costante orientamento giurisprudenziale, a fronte dell'invalidità dell'apposizione del termine, il contratto si considera affetto da nullità parziale ex art. 1419, co. 2, c.c. e, pertanto, il rapporto si reputa instaurato sin dall'origine a tempo indeterminato e disciplinato dalle relative disposizioni di legge (*ex multis*, Cass. Civ., 21 maggio 2008, n. 12985: *"l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, anche anteriormente alla modifica introdotta dall'art. 39 della legge n. 247 del 2007, ha confermato il principio generale secondo cui il rapporto di lavoro subordinato è normalmente a tempo indeterminato, costituendo l'apposizione del termine un'ipotesi derogatoria pur nel sistema, del tutto nuovo, della previsione di una clausola generale legittimante l'apposizione del termine "per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo". Pertanto, in caso di insussistenza delle ragioni giustificative del termine, e pur in assenza di una norma che sanzioni espressamente la mancanza delle dette ragioni, in base ai principi generali in materia di nullità parziale del contratto e di eterointegrazione della disciplina contrattuale, nonché alla stregua dell'interpretazione dello stesso art. 1 citato nel quadro delineato dalla direttiva comunitaria 1999/70/CE (recepita con il richiamato decreto), e nel sistema generale dei profili sanzionatori nel rapporto di lavoro subordinato, tracciato dalla Corte cost. n. 210 del 1992 e n. 283 del 2005, all'illegittimità del termine ed alla nullità della clausola di apposizione dello stesso consegue l'invalidità parziale relativa alla sola clausola e l'instaurarsi di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato"*).

Pertanto, deve essere dichiarata la sussistenza tra le parti di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, con diritto allo stesso inquadramento riconosciuto nei contratti *extra* (C2 C.C.N.L. Industria Turistica), sin dal 17/4/2007. La domanda non può essere accolta con decorrenza dall'1/4/2007, atteso che è pacifico che soltanto il 17/4/2007 Metual Metualy Ahmed ELNAKIB e HOTEL



CORPORATION OF EUROPE hanno stipulato il primo rapporto a termine, e che il differente dato formale riportato in busta paga ha ragioni meramente contabili e interne (teste Orlandi).

Il rapporto di lavoro a tempo indeterminato deve intendersi *full-time*, poiché i singoli contratti di lavoro venivano di volta in volta stipulati per una giornata a tempo pieno (cfr. docc. 2, fascicolo resistente).

HOTEL CORPORATION OF EUROPE, quindi, deve essere condannata a riammettere in servizio il ricorrente nelle mansioni precedentemente svolte o in altre equivalenti, e a corrispondere allo stesso le retribuzioni globali di fatto (pari a € 1.442,74 lordi mensili, somma indicata in ricorso e non utilmente contestata) *medio tempore* maturate dal 6/7/2009 – data della messa in mora con il deposito del ricorso – sino all'effettiva riammissione, oltre rivalutazione e interessi di legge.

Da tale importo dovranno essere detratte le retribuzioni percepite in esecuzione degli altri rapporti di lavoro, quindi, dell'*aliunde perceptum* quale risultante dalla scheda professionale prodotta in giudizio.

Quanto alla corresponsione delle retribuzioni spettanti a titolo di risarcimento del danno, si rammenta che la giurisprudenza di legittimità (dalla quale non v'è ragione di discostarsi) ha precisato la necessità della costituzione in mora del debitore, con messa a disposizione della prestazione lavorativa (cfr. Cass. Civ., Sez. Lav., 2 luglio 2009, n. 15515; Cass. Civ., Sez. Lav., 25 maggio 2009, n. 12333; Cass. Civ., Sez. Lav., 27 marzo 2008, n. 7979; Cass. Civ., Sez. Lav., 13 aprile 2007, n. 8903). Nel caso di specie, parte convenuta è stata costituita in mora solo al momento del deposito del ricorso e la domanda di condanna per il periodo pregresso non può, pertanto, essere accolta.

*** * ***

A seguito dell'infortunio occorsogli il 28/3/2008, per il periodo compreso tra il 20/6/2008 e il 5/8/2008, Metual Metualy Ahmed ELNAKIB non ha percepito il trattamento economico di malattia a causa del suo inquadramento quale lavoratore *extra*.



Il ricorrente ha patito un danno che è conseguenza dell'illegittima applicazione che HOTEL CORPORATION OF EUROPE ha dato alla previsione di cui all'art. 10, co. 3, D. Lgs. 368/2001.

Sul punto, non pare condivisibile l'eccezione di controparte volta a ottenere un rigetto della domanda sulla base dell'omessa trasmissione alla società dei certificati medici: il rapporto di lavoro era formalmente terminato il 28/3/2008 e, quindi, il ricorrente non poteva ritenersi assoggettato ad alcun onere di comunicazione.

Ne consegue che la convenuta deve essere condannata al risarcimento del danno nella misura quantificata in ricorso, e non contestata da controparte, pari a € 1.892,10 lordi.

*** * ***

La condanna al pagamento delle spese di lite segue la soccombenza e, pertanto, HOTEL CORPORATION OF EUROPE deve essere condannata al pagamento delle stesse liquidate come in dispositivo, con distrazione in favore dei procuratori antistatari.

La sentenza è provvisoriamente esecutiva ex art. 431 c.p.c.

Stante la complessità della controversia, visto l'art. 429 c.p.c., si riserva la motivazione a 15 giorni.

P.Q.M.

il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando,

accerta e dichiara la nullità dei termini finali apposti ai contratti stipulati tra le parti e, per l'effetto, dichiara che tra Metual Metualy Ahmed ELNAKIB e HOTEL CORPORATION OF EUROPE intercorre un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e *full-time* sin dal 17/4/2007, con diritto all'inquadramento nel livello C2 C.C.N.L. Industria Turistica.

Condanna la convenuta a riammettere in servizio il ricorrente nelle mansioni precedentemente svolte, o in altre equivalenti, e a corrispondere a Metual Metualy Ahmed ELNAKIB le retribuzioni *medio tempore* perdute dalla data della messa in mora, 6/7/2009, sino all'effettivo ripristino del rapporto di lavoro, detratto



l'aliunde perceptum così come risultante dalla scheda professionale prodotta da parte ricorrente.

Condanna HOTEL CORPORATION OF EUROPE a corrispondere al ricorrente la somma di € 1.892,10 lorde a titolo di trattamento economico di malattia per il periodo dal 20/6/2008 al 5/8/2008.

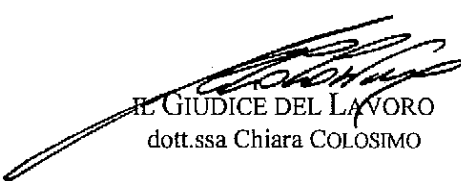
Condanna HOTEL CORPORATION OF EUROPE alla rifusione delle spese di lite che liquida in complessivi € 3.000,00 oltre I.V.A. e C.P.A. da distrarsi in favore dell'Avv. Polizzi e dell'Avv. Pelzel.

Rigetta per il resto il ricorso.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Riserva il deposito delle motivazioni a 15 giorni.

Milano, 18 febbraio 2010

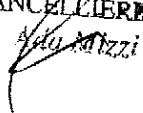

IL GIUDICE DEL LAVORO
dott.ssa Chiara COLOSIMO

Deposito nella Cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

OGGI 23 FEB, 2010

IL CANCELLIERE

CANCELLIERE CI


Polizzi