

PRATICA PROFESSIONALE

La subordinazione va adeguatamente provata

di Clarenza Binetti

Tribunale di Foggia - Sezione Lavoro
Sentenza 19 giugno 2008
 (Giudice Dott. Baldi)

Allorquando venga proposta domanda riconvenzionale, i nuovi mezzi di prova che il ricorrente può chiedere devono essere strettamente attinenti al nuovo thema decidendum introdotto dal resistente e non riguardare fatti già dedotti con il ricorso che, pertanto, non merita accoglimento mancando la prova della sussistenza di un lavoro di tipo subordinato in ossequio al dettato di cui all'art. 2697 c.c. che regola l'onere probatorio tra le parti del processo.

* * * * *

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO
 (Omissis)

Con ricorso depositato in data 6.07.1999 (...) deduceva di aver lavorato alle dipendenze di (...), titolare di uno studio di consulenza del lavoro dall'1.09.1980 al 31.10.1998, svolgendo le mansioni di elaborazione di contabilità, predisposizione di fatturazione, contatti con la clientela dello studio, mansioni inquadrabili nel livello 1 del CCNL per dipendenti degli studi professionali, fornendo la propria prestazione lavorativa di consulenza dal lunedì al venerdì dalle 9 alle 13 e dalle 15,30 alle 20 ed il sabato dalle 9 alle 14. Aggiungeva che durante l'intercorso rapporto non aveva percepito la giusta retribuzione, nulla a titolo di straordinario e

per indennità di ferie e festività e non aveva ricevuto il TFR al termine dell'attività lavorativa. Il ricorrente, tenuto conto degli ulteriori emolumenti maturati in considerazione della quantità e qualità del lavoro svolto, concludeva chiedendo la condanna del (...) al pagamento della complessiva somma di £. 188.701.668.

Fissata l'udienza di discussione si costituiva in giudizio (...) contestando l'assunto attoreo e precisando che fra le parti non era mai intervenuto alcun rapporto di lavoro subordinato. Il resistente, in particolare, evidenziava che il (...) aveva frequentato lo studio professionale svolgendo unicamente la prescritta pratica necessaria per l'espletamento dell'esame per l'iscrizione all'albo e curando direttamente gli interessi di alcune ditte attraverso lo sfruttamento delle strutture dello studio.

Il (...) concludeva, pertanto, chiedendo il rigetto della domanda e, in via subordinata, nell'ipotesi di accoglimento della domanda attorea, proponeva domanda riconvenzionale per il risarcimento dei danni conseguenti alla illegittima concorrenza.

Nel corso del processo venivano sentiti numerosi testi ed espletato l'interrogatorio formale del ricorrente.

All'udienza di discussione del 17.06.2008, sulle conclusioni come riportate in atti, la causa veniva decisa con la lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea è infondata e,

pertanto, va respinta, mentre nulla va statuito sulla domanda riconvenzionale subordinata.

In primo luogo va respinta la reiterata istanza di ammissione della prova articolata nella memoria di replica depositata dal (...) in data 2.01.2001 in seguito alla proposizione della domanda riconvenzionale, istanza sulla quale si è già provveduto all'udienza del 4.10.2002. Il rigetto dell'istanza è conseguente alla considerazione che, allorquando venga proposta domanda riconvenzionale con successivo spostamento dell'udienza di discussione, i nuovi mezzi di prova che il ricorrente può richiedere fino a dieci giorni prima dell'udienza devono essere strettamente attinenti al nuovo *thema decidendum* introdotto dal resistente e, quindi, non possono riguardare fatti già dedotti con il ricorso, pena lo svuotamento della disposizione di cui all'art. 414 c.p.c.. Nel caso concreto, nella memoria di replica, il ricorrente ha richiesto nuovi mezzi di prova o l'ampliamento di quelli indicati in ricorso unicamente per dare ulteriore sostegno alle deduzioni già svolte nel primo atto, ragion per cui si deve concludere circa la loro inammissibilità.

Per quanto attiene al merito, il (...) nel proprio ricorso sostiene di aver svolto attività lavorativa di tipo subordinato alle dipendenze del (...) espletando, in favore di questi e sotto la sua direzione, tutte quelle attività tipiche di uno studio professionale di consulenza del lavoro. A fronte di questa affermazione, come già anticipato, il resistente ha dedotto di non aver mai instaurato alcun rapporto di lavoro di tipo subordinato con il ricorrente e che la frequentazione da parte di questi dello studio professionale ha avuto come unica motivazione la necessaria pratica per l'accesso al relativo albo.

Secondo quanto dispone l'art. 2094 c.c., il lavoratore subordinato è colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro

intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Dalla disposizione di legge appena richiamata si ricava che l'elemento essenziale del rapporto di lavoro è il vincolo di subordinazione che consiste nell'assoggettamento gerarchico al potere direttivo del datore di lavoro, che si realizza nell'inserimento del lavoratore nell'organizzazione dell'impresa in modo continuativo e sistematico, sotto la costante vigilanza del datore stesso (cfr. sul punto Cass., sez. lav., 21.04.2005, n. 8307). Secondo un indirizzo costante della giurisprudenza di legittimità, in mancanza di una significativa presenza del potere direttivo e di controllo l'esistenza del vincolo di subordinazione deve essere accertato attraverso la valutazione dell'insieme degli elementi che caratterizzano un rapporto e non da singoli e isolati aspetti. Possono quindi costituire indici di rilevazione della natura subordinata del rapporto l'osservanza di un certo orario di lavoro, il pagamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita, il coordinamento effettuato dal datore di lavoro e l'assenza in capo al lavoratore di una sia pur minima struttura imprenditoriale (cfr. sul punto Cass., sez. lav. 5.05.2004 n. 8569).

Nel caso concreto, stante la ferma contestazione del (...), che ha dedotto circa l'inesistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato, il ricorrente, per poter ottenere una decisione a sé favorevole, avrebbe dovuto dimostrare, in ossequio al dettato di cui all'art. 2697 c.c. che regola l'onere probatorio fra le parti del processo, gli elementi caratterizzanti un rapporto di lavoro di tipo subordinato, così come sopra indicati; ma ciò non è avvenuto. Le testimonianze rese in giudizio da coloro che, secondo quanto sostenuto dal ricorrente, avrebbero avuto conoscenza del rapporto intercorso fra le parti non sono state idonee a suffragare l'assunto attoreo. I vari testi che si sono succeduti nel corso del processo, con

le loro deposizioni, se per un verso hanno confermato la frequentazione dello studio da parte del ricorrente, per altro verso non hanno fornito elementi sufficienti per poter affermare che detta frequentazione non fosse ricollegabile all'esercizio del praticantato ma all'esistenza di un rapporto di lavoro di tipo subordinato.

Del resto le varie attività che lo stesso ricorrente ha sostenuto di aver eseguito sono compatibili con la pratica professionale. Sarebbe stato, quindi, necessario fornire elementi decisivi capaci di provare che ogni attività svolta dal ricorrente venisse fatta sotto il costante e pregnante controllo del datore di lavoro oppure in presenza di quegli elementi sopra ricordati. Al contrario è risultato - ma è stato anche dedotto - che il (...) aveva ampia autonomia nell'esecuzione dei vari compiti, aveva una sua personale clientela, si preparava costantemente per svolgere l'esame e conseguire l'iscrizione nell'albo dei consulenti del lavoro.

In conclusione, allora, mancando la prova della sussistenza fra le parti di un rapporto di lavoro di tipo subordinato, la domanda non merita accoglimento.

Il rigetto della domanda attorea esonera dall'analisi della domanda riconvenzionale subordinata.

Le spese del processo, stante la particolarità della questione controversa, vanno integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

il Tribunale di Foggia, in persona del dott. Vincenzo Pio Baldi, quale giudice del lavoro, definitivamente decidendo sulla domanda proposta da (...) nei confronti di (...), con ricorso depositato in data 6.07.1999, respinta ogni diversa istanza, deduzione ed eccezione, così provvede:

1. rigetta la domanda;
2. compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio.

(Omissis)

* * * * *

- NOTA -

La sentenza in epigrafe oltre che affrontare una tematica piuttosto spinosa qual è il riconoscimento di un eventuale rapporto di lavoro subordinato *rectius* la sussumibilità nella fattispecie di lavoro subordinato della prestazione lavorativa svolta dal praticante di uno studio professionale, analizza aspetti di ordine procedurale e processuale oltremodo interessanti.

La decisione *de quo* si inserisce in un panorama giurisprudenziale degli ultimi anni dibattuto e alquanto complesso che vede la giurisprudenza di legittimità battersi su due fronti contrapposti.

Con la sentenza n. 2904 del 10 febbraio 2006, la Corte di Cassazione distanziandosi dalla decisione del Tribunale di Latina che aveva riconosciuto la **natura subordinata** dell'attività svolta dal praticante di uno studio professionale a partire dalla data di superamento dell'esame di abilitazione - nella considerazione che solo "*dalla data in cui la titolare dello studio era venuta a conoscenza del superamento dell'esame di stato, l'attività della praticante aveva cessato di essere finalizzata all'addestramento professionale, e, da quel momento in poi, era divenuta lavoro subordinato con tutte le caratteristiche tipiche: svolgimento di compiti precisi sotto la direzione ed il controllo della titolare, osservanza di un orario di lavoro, corresponsione di una retribuzione mensile fissa e stabile inserimento nell'organizzazione dello studio professionale*" - ha stabilito che il vincolo della subordinazione può farsi retroagire al momento del rilascio da parte del Consiglio Provinciale competente del certificato attestante la compiuta pratica, essendo già da quel preciso momento venuta

definitivamente meno la causa dell'*apprendimento professionale* a nulla rilevando l'aver continuato a svolgere la attività precedentemente svolta "*con identiche modalità*".

Di indirizzo decisamente opposto la più recente sentenza n. 730 del 15/01/2007 - sulla quale si fonda la decisione oggetto di analisi - che invece subordina il riconoscimento del rapporto di lavoro subordinato del praticante alla indispensabile prova della sussistenza di indici che lo presuppongano.

Il giudice di merito del Tribunale di Foggia - chiamato a decidere su una questione riguardante l'attività svolta per diversi anni da un praticante di uno studio di consulenza del lavoro - nel rigettare il ricorso di parte attrice, non solo spiega le motivazioni che hanno condotto al mancato accoglimento delle richieste probatorie formulate nella memoria di replica proposta dal ricorrente a seguito di domanda riconvenzionale, quanto illustra in maniera magistrale le ragioni che hanno determinato il convincimento in tale direzione, dovute ad una sostanziale carenza ed insufficienza di elementi probatori a sostegno dell'assunto del ricorrente nonostante una lunga ed articolata indagine espletata a mezzo di prova testimoniale.

Orbene il ricorrente il 26/04/1999 proponeva formale ricorso adendo il Giudice del lavoro del Tribunale di Foggia con il quale richiedeva il pagamento della somma di £. 188.701.668 a titolo di differenze retributive, lavoro straordinario, indennità di ferie, mensilità aggiuntive e £. 41.437.010 a titolo di TFR per l'attività prestata presso lo studio del commercialista (...) dal 1/09/1980 al 31/10/1998.

Con atto depositato il 5/10/2000 si costituiva ritualmente in giudizio il resistente che, oltre a contestare l'azione promossa poiché temeraria, i conteggi adottati e la prescrizione estintiva dei crediti rivendicati, spiegava domanda riconvenzionale domandando la condanna in favore del resistente al pagamento della somma di £. 100.000.000 o di quell'altra maggiore o minore somma così come riveniente da C.T.U. per aver disatteso il dettato deontologico dell'ordine professionale di appartenenza, per violazione dell'obbligo di non concorrenza e dell'obbligo di fedeltà ex art. 2105 cod. civ. avendo invero il ricorrente sottratto al proprio *dominus* parte della clientela nonché utilizzato le strutture dello stesso per svolgere in via autonoma i propri affari.

In data 2/01/2001 il ricorrente presentava memoria di replica alle contestazioni promosse con la domanda riconvenzionale, allegando documenti e richiedendo di essere ammesso all'audizione di ulteriori nuovi testi.

Espletate le prove per testi (ben dieci testimoni), così come richieste nel ricorso e comparsa di costituzione, il giudice ritenendo la causa matura per la decisione decideva con sentenza.

Il magistrato di *prime cure* nella sentenza *de quo* preliminarmente motiva il rigetto delle prove così come articolate nella memoria di replica fondando il proprio assunto sul semplice principio secondo cui nella memoria che segue la domanda riconvenzionale è sicuramente possibile richiedere ulteriori mezzi di prova - nel termine previsto dalla legge (ovvero 10 giorni prima dell'udienza di discussione) - purchè però tale ulteriore articolazione probatoria sia strettamente connessa ai fatti oggetto della domanda riconvenzionale proposta e non invece al contrario un

espedito utile ad integrare le richieste formulate nel ricorso da parte ricorrente seppure rivelatesi insufficienti solo dopo la proposizione della comparsa di costituzione di parte resistente.

A proposito, la dottrina e la giurisprudenza risultano essere concordi nello stabilire che nel rito del lavoro le richieste probatorie a pena di decadenza devono essere esaurite nell'atto introduttivo¹ (ricorso o nel caso di proposizione di domanda riconvenzionale nella memoria ad essa successiva se riferite ai nuovi fatti ed elementi di causa che non potevano essere conosciuti al momento della presentazione del ricorso) potendo altrimenti, qualora se ne ravvisasse l'opportunità, essere integrate d'ufficio dal magistrato ex art. 421 co. 2 c.p.c..

Il caso in analisi risulta essere particolare poiché, essendo stata presentata domanda riconvenzionale vi è stato spostamento della data dell'udienza di discussione comunicata alle parti dalla stessa cancelleria del Tribunale così come prescritto *ex lege* e pertanto per il ricorrente sarebbe stato comunque possibile una ulteriore richiesta di mezzi istruttori purchè presentata nel termine di 10 giorni prima della predetta udienza e, cosa più importante, purchè finalizzata a respingere gli assunti di parte resistente ovvero strettamente connessa al rigetto della sola domanda riconvenzionale proposta.

Tanto invero non è avvenuto poiché il ricorrente ha usato la memoria a seguito della riconvenzionale per far entrare nel processo testi che erano chiamati a provare gli assunti del ricorso e non quelli rivenienti dalla domanda riconvenzionale, motivo per

cui la l'ordinanza, dichiarativa di inammissibilità delle prove, del giudice di *prime cure* non può che risultare acuta e processualmente corretta.

Non si può che condividere l'assunto posto a sostegno di tale decisione: *“i nuovi mezzi di prova che il ricorrente può richiedere fino a dieci giorni prima dell'udienza devono essere strettamente attinenti al nuovo thema decidendum introdotto dal resistente e quindi non possono riguardare fatti già dedotti con ricorso, pena lo svuotamento della disposizione di cui all'art. 414 c.p.c.. Nel caso concreto, nella memoria di replica, il ricorrente ha richiesto nuovi mezzi di prova o l'ampliamento di quelli indicati in ricorso unicamente per dare ulteriore sostegno alle deduzioni già svolte nel primo atto, ragion per cui si deve concludere circa la loro inammissibilità”*.

Così come pure coerente può ritenersi la decisione del giudicante che suo malgrado ha dovuto respingere le ulteriori richieste di parte ricorrente - formulate nelle note autorizzate conclusive - basate sui suggerimenti e sui nominativi rilasciati dai testi regolarmente citati in sede di prova, poiché tese nuovamente a far entrare nel processo i testi non opportunamente e tempestivamente indicati nella formulazione dei mezzi istruttori del ricorso di lavoro.

A quanti potrebbero obiettare richiamando l'opportunità, non adeguatamente sfruttata dal giudicante, di fare ricorso all'art. 421 c.p.c. va invero ricordato che il comportamento osservato dal giudice *de quo* può trovare facile giustificazione nella considerazione che il principio della necessità dell'accertamento della verità va adeguatamente temperato con quelli chiovendiani di concentrazione,

¹ A. BELSITO, *Controversie di lavoro*, III^a edizione Cacucci, Bari, 2008.

immediatezza ed economia processuale, punti cardine dell'intero processo del lavoro *ab origine* ideato come procedimento a sé, efficace ma nello stesso tempo veloce e soprattutto esauribile in un'unica udienza.

Alla luce di siffatte argomentazioni, diventa lapalissiana la difficoltà del giudice che a distanza di ben nove anni dall'inizio del procedimento verosimilmente non avrebbe potuto, in ossequio agli appena sopra menzionati principi, dopo aver già ascoltato ben dieci testimoni, addirittura disporre l'audizione di altri testi solo per porre rimedio alla svista di parte ricorrente.

“L'attività istruttoria del Magistrato dovrebbe essere di mero completamento a quella richiesta dalle parti non essendogli consentito sostituirsi per le incombenze poste, a pena di decadenza, a carico delle stesse. La giurisprudenza soprattutto di legittimità è intervenuta a più riprese per delimitare l'esercizio dei poteri di cui all'art. 421 c.p.c. (...). I poteri istruttori del giudice non devono estendersi al punto tale da costituire un vero e proprio rimedio alle irrituali richieste delle parti”².

L'indagine probatoria già espletata era sicuramente oltremodo corposa e probabilmente il ricorrente avrebbe potuto essere più accorto nella richieste istruttorie senza frammentare troppo le prove chiamando direttamente a rendere testimonianza la segretaria o qualche collega del medesimo studio professionale anzichè dilungarsi con clienti e benzinai che poco avrebbero potuto sapere sugli elementi più essenziali per i fatti di causa ovvero sulle reali ed

effettive mansioni svolte da parte attrice o riferire sulle eventuali direttive impartite o sulla sussistenza della sottoposizione al potere direttivo e disciplinare del praticante al proprio datore di lavoro.

Il Giudice, invero, non ritenendo opportuno sopperire con i propri poteri alle mancanze difensive e verosimilmente ritenendo sufficiente l'esame dei dieci testimoni ascoltati nonchè superflua l'audizione di ulteriori testi non indicati nel ricorso introduttivo, ha infatti ritenuto opportuno decidere la causa.

Passando ad analizzare la questione nel merito la sentenza fa chiarezza su quelli che sono gli elementi che vanno assolutamente provati perché possa riconoscersi la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato e non autonomo.

All'uopo va considerata la recente decisione della Cassazione (*Cass. Sez. Lav., 15 gennaio 2007 n. 730*) attinente un ricorso presentato dinanzi al Tribunale di Bari proprio da un praticante consulente del lavoro con la quale la Suprema Corte ha stabilito che l'attività esercitata durante il periodo di tirocinio, presso uno studio professionale, *non può qualificarsi rapporto di lavoro subordinato*, salvo che il ricorrente non sia in grado di provare il vincolo di *subordinazione, gerarchico, direttivo ed organizzativo del datore di lavoro*.

Nella stessa sentenza la Corte spiega come non vi sia alcuna inversione dell'onere della prova, rimanendo compito del ricorrente, soprattutto in assenza di confessione del convenuto, fornire la prova della subordinazione della propria attività ex art. 2697 cod. civ., mancando la quale la prestazione lavorativa non potrà che essere considerata come lavoro autonomo.

² A. BELSITO, *L'esercizio dei poteri istruttori del Giudice del Lavoro*, in *Diritto delle Relazioni Industriali* n. 2/XVII 2007, Giuffrè editore, Milano, p. 408.

Giurisprudenza di legittimità³ ha infatti non solo precisato che l'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo è l'assoggettamento al potere direttivo e disciplinare del datore di lavoro con conseguente limitazione della sua autonomia e inserimento nell'organizzazione aziendale (...) sicchè qualora vi sia una situazione oggettiva di incertezza probatoria, il giudice deve ritenere che l'onere della prova a carico dell'attore non sia stato assolto e non già propendere per la natura subordinata del rapporto quanto ancora sempre sul medesimo tema si è espressa statuendo che: *“L'elemento che contraddistingue il rapporto di lavoro subordinato rispetto al rapporto di lavoro autonomo, assumendo la funzione di parametro normativo di individuazione della natura subordinata del rapporto stesso, è il vincolo di soggezione personale del lavoratore - che necessita della prova di idonei indici rivelatori, incombente allo stesso lavoratore - al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro, con conseguente limitazione della sua autonomia ed inserimento nell'organizzazione aziendale. Pertanto, gli altri elementi, quali l'assenza di rischio, la continuità della prestazione, l'osservanza di un orario e la forma della retribuzione, ed eventuali altri, pur avendo natura meramente sussidiaria e non decisiva, possono costituire gli indici rivelatori, complessivamente considerati e tali da prevalere sull'eventuale volontà contraria manifestata dalle parti, attraverso i quali diviene evidente nel caso concreto l'essenza del rapporto, e cioè la subordinazione, mediante la*

³ Cass. civ., Sez. lav. 28/09/2006 n. 21028.

*valutazione non atomistica ma complessiva delle risultanze processuali. La relativa valutazione di fatto di tali elementi è rimessa al giudice del merito, con la conseguenza che essa, se risulta immune da vizi giuridici ed adeguatamente motivata, è insindacabile in sede di legittimità, ove, invece, è censurabile soltanto la determinazione dei criteri generali ed astratti da applicare al caso concreto”*⁴.

Nel nostro caso sarebbe stato necessario, come già precedentemente anticipato, fornire adeguata prova sul rapporto di subordinazione esistente e così come argomenta la Cassazione provare i principali elementi caratterizzanti il rapporto di subordinazione magari con indicazione precisa di fatti e circostanze relative ad orari di lavoro specifici, ad un rapporto che si sarebbe svolto quotidianamente, con percepimento costante della retribuzione ma soprattutto provanti la sottoposizione al potere disciplinare e direttivo al professionista datore di lavoro a nulla rilevando invece l'unica prova certa fornita dal ricorrente riguardante il solo elemento non oggetto di contestazione: la frequentazione da parte del ricorrente dello studio professionale.

Lo stesso Giudice - che sembra essere costretto a decidere per il rigetto del ricorso di parte ricorrente - asserisce che le prove fornite non hanno rivelato nulla di veramente interessante avendo fatto emergere solo elementi non troppo influenti ai fini della determinazione della natura subordinata del rapporto di lavoro riguardanti l'attività di pratica durata per diversi anni, causa la bocciatura per ben 3 volte all'esame di

⁴ Cass. civ., Sez. lav., 24/02/2006, n. 4171.

abilitazione, nonché la prolungata frequentazione dello studio anche dopo l'esame con utilizzazione della struttura ma al solo fine di poter seguire i propri clienti in completa autonomia. E' chiaro che la carenza di prove certe non può che comportare il rigetto del ricorso così come è stato in effetti fatto superando tale circostanza ogni altra possibile eccezione.