



C.T.U. deducente e percipiente

La consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito. Questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche.

Corte d'Appello Bari, sezione lavoro, sentenza del 15.06.2021

...omissis....

Ne consegue, evidentemente, l'inapplicabilità del CCNL 23.07.76 (e successive modifiche) invocato dalla resistente, sicché l'importo del TFR accantonato dovrà essere ricalcolato includendo nella base retributiva anche i compensi per il lavoro straordinario (come risultanti dai cedolini paga) e le ulteriori indennità indicate in ricorso, costituenti elementi fissi e continuativi, certamente non occasionali, della retribuzione percepita nel corso del rapporto, previsti dalla contrattazione collettiva".

5. Con ricorso depositato il 10.6.2015, tutti i ricorrenti sopra specificati ad eccezione di ddddproponevano appello avverso la richiamata decisione, chiedendo l'accoglimento della domanda di ricalcolo del trattamento di fine rapporto sin dalla data di assunzione di ciascuno di essi.

Ripristinato il contraddittorio, la Sdddd. eccepiva l'infondatezza dell'appello.

Acquisiti i documenti prodotti dalle parti, nonché i fascicoli dei giudizi di primo grado, si disponeva consulenza tecnico contabile in rinnovazione.

Nel corso del giudizio la socddlleava eccezione di giudicato per le posizioni dei seguenti lavoratori:

- dddddddddddd6. All'udienza del 10.12.2020, tenutasi con trattazione per iscritto la Corte, preso atto del decesso di S.A., comunicato dal difensore del defunto, avvenuta in data 3.2.2019, disponeva l'interruzione del processo.

Alla riassunzione nei confronti della Società convenuta procedevano soltanto C.D., C.F. e S.L., con ricorso depositato in data 9.3.2021.

Ripristinato nuovamente il contraddittorio, le F. resistevano depositando memoria.

Si acquisivano i documenti prodotti dalle parti nonché il fascicolo del giudizio di primo grado.

In data odierna - previa trattazione della controversia tempestivamente disposta per iscritto, ai sensi dell'art. 221, 4 co., D.L. 19 maggio 2020, n. 34 (Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epide-miologica da Covid-19), convertito, con modificazioni, in l. 17 luglio 2020, n. 77 - si svolgeva la camera di consiglio fra i Magistrati del Collegio composto in base alla tabella della Corte, dopodiché si procedeva alla pubblicazione del dispositivo in forma cartacea mediante deposito in Cancelleria.

Motivi della decisione

7. La premessa in rito è che essendo stata la riassunzione coltivata soltanto da tre dei dodici originari appellanti: CdddC.F. ddddll'indagine di questa Corte sarà limitata esclusivamente alla posizione di questi ultimi.

8. L'atto di gravame si articola in due doglianze: I) Ingiusta limitazione della condanna della datrice al solo arco temporale 2001 -2006 e non dalla data di effettiva assunzione di ciascun ricorrente; II) omessa, insufficiente e/o contraddittoria motivazione riguardo la mancata acquisizione, ex artt. 421 e 210 c.p.c. dei prospetti paga relativi al periodo antecedente.

8.1 Gli appellanti ritengono ingiusta la decisione impugnata nella parte in cui ha riconosciuto il diritto al ricalcolo del trattamento di fine rapporto, con inclusione nella relativa base di calcolo dell'indennità per lavoro straordinario e di altri particolari emolumenti continuativamente percepiti, con riferimento soltanto al periodo compreso tra il 2001 ed il 2006 anziché sin dall'assunzione, per la mancanza in atti delle buste paga relative all'intero rapporto di lavoro, senza fornire alcuna motivazione per il mancato esercizio dei poteri di ufficio, che erano stati invocati.

8.2 Deducono gli appellanti il Giudice adito avrebbe applicato in maniera meccanica il sistema delle preclusioni di cui all'art. 414 c.p.c., omettendo di operare il giusto temperamento, ispirato all'esigenza della ricerca della verità materiale cui è doverosamente finalizzato il rito del lavoro, attraverso l'esercizio dei poteri di ufficio previsti dall'art. 421 c.p.c., e soprattutto, trascurando di considerare che lo stesso Tribunale li aveva utilizzati.

Infatti, esercitando per l'appunto i poteri di cui agli artt. 421 e 210 c.p.c, con l'ordinanza di affidamento dell'incarico e formulazione del quesito al CTU, il Tribunale ha espressamente autorizzato l'ausiliario "a richiedere alle parti, in contraddittorio, eventuali informazioni e documenti contabili utili alla indagine".

Ne consegue - giusta la doglianza attorea sul punto - che il Giudice, quale "peritus peritorum", ove avesse avvertito l'insopprimibile necessità di esaminare personalmente tutte le buste paga, ben avrebbe potuto ordinare l'esibizione ex artt. 421 -210 c.p.c, alla Società convenuta.

Di contro, " il Giudice di prime cure ha ingiustamente disatteso dette istanze, senza neanche spendere un rigo in ordine alle stesse, ingiustamente contravvenendo pertanto alle disposizioni sopra citate" (cfr atto di appello pag. 10).

9. I motivi di gravame - che possono essere trattati congiuntamente perché connessi - sono fondati.

9.1 E' orientamento consolidato che, nel rito del lavoro, essendo il potere istruttorio d'ufficio ex artt. 421 e 437 c.p.c. "non meramente discrezionale", ma un "potere dovere" da esercitare temperando il principio dispositivo con quello della ricerca della verità, nelle ipotesi in cui le prove acquisite siano insufficienti, ma le risultanze di causa offrano significativi dati d'indagine, il Giudice non può arrestarsi al rilievo formale del difetto di prova, ma deve provvedere d'ufficio agli atti istruttori idonei a superare l'incertezza sui fatti in contestazione; senza che, in tal caso, si verifichi alcun aggiramento di eventuali preclusioni e decadenze processuali già prodotte a carico delle parti.

Cass. SS.UU. n.11353 del 17.6.2004 " Nel rito del lavoro, ai sensi di quanto disposto dagli artt. 421 e 437 cod. proc. civ., l'esercizio del potere d'ufficio del giudice, pur in presenza di già verificatesi decadenze o preclusioni e pur in assenza di una esplicita richiesta delle parti in causa, non è meramente discrezionale, ma si presenta come un potere - dovere, sicché il giudice del lavoro non può limitarsi a fare meccanica applicazione della regola formale del giudizio fondata sull'onere della prova, avendo l'obbligo - in ossequio a quanto prescritto dall'art. 134 cod. proc. civ., ed al disposto di cui all'art. 111, primo comma, Cost. sul "giusto processo regolato dalla legge" - di esplicitare le ragioni per le quali reputi di far ricorso all'uso dei poteri istruttori o, nonostante la specifica richiesta di una delle parti, ritenga, invece, di non farvi ricorso".

Ciò detto, se per un verso la consulenza tecnica di ufficio non può essere qualificata come mezzo di prova, in quanto volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, per altro - qualora la parte abbia dedotto il fatto posto a fondamento del suo diritto e il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche - può accertare i fatti stessi.

Cass. n. 6155 del 13.3.2009: " La consulenza tecnica di ufficio, non essendo qualificabile come mezzo di prova in senso proprio, perché volta ad aiutare il giudice nella valutazione degli elementi acquisiti o nella soluzione di questioni necessitanti specifiche conoscenze, è sottratta alla disponibilità delle parti ed affidata al prudente apprezzamento del giudice di merito. Questi può affidare al consulente non solo l'incarico di valutare i fatti accertati o dati per esistenti (consulente deducente), ma anche quello di accertare i fatti stessi (consulente percipiente), ed in tal caso è necessario e sufficiente che la parte deduca il fatto che pone a fondamento del suo diritto e che il giudice ritenga che l'accertamento richieda specifiche cognizioni tecniche".

Ed ancora in caso di "consulenza cd. percipiente", la Cassazione ha ritenuto che l'attività svolta dal CTU nella stesura dell'elaborato peritale, diventa essa stessa fonte di prova: " La consulenza tecnica, che in genere ha la funzione di fornire al giudice la valutazione dei fatti già probatoriamente acquisiti, può costituire fonte oggettiva di prova quando si risolva anche in uno strumento di accertamento di situazioni rilevabili solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche. In tale ipotesi, viola la legge processuale il giudice del merito che ne rifiuta l'ammissione sotto il profilo del mancato assolvimento, da parte dell'istante, dell'onere probatorio di cui all'art. 2697 cod. civ".

9.2 Il Tribunale di Bari, nel caso di specie, nonostante fosse stato nominato un consulente tecnico, il quale -giusta autorizzazione ricevuta con il provvedimento di nomina- poteva richiedere ed ottenere dalle parti ogni documentazione utile per l'espletamento dell'incarico affidatogli (art. 198 2 co. c.p.c.), non ha provveduto a disporre una integrazione della consulenza tecnica, sul presupposto erroneo che i lavoratori non avevano offerto la provvista probatoria (buste paga) necessaria per dimostrare la sussistenza del carattere della "non occasionalità" della percezione dei compensi da inserire nella base di calcolo del TFR.

In altre parole, la carenza probatoria era stata già sanata con il ricorso ai poteri officiosi del giudice, che aveva espressamente autorizzato il CTU, consenzienti le parti, ad acquisire ogni documento utile all'accertamento delegato.

10. Pertanto con ordinanza resa all'udienza del 2.3.2017, la Corte ha disposto il rinnovo della CTU contabile, a mezzo del dott. IUSCO Gianluca, al fine " ricalcolare nel tfr spettante agli appellanti tutte le voci retributive nel ricorso di primo grado e nella sentenza del Tribunale di Bari, con decorrenza dalla data di assunzione come indicata in ricorso, e previo esame di tutta la documentazione in atti"

10.1 Il CTU officiato da questa Corte ha innanzitutto evidenziato le modalità operative attuate nell'espletamento dell'incarico; si legge infatti testualmente nella relazione che ha proceduto: " alla determinazione delle differenze delle quote annuali di T.F.R. prendendo in considerazione le voci retributive richiamate nel ricorso di primo grado e nella sentenza del Tribunale di Bari"; ha escluso le annualità 2001-2006 già analizzate da precedente relazione peritale e liquidate con la sentenza di primo grado.

Proseguendo ha specificato che: "Nel calcolo ... si è tenuto conto del percepimento, per ogni singola voce retributiva, per un periodo di sei o più mesi nel corso del singolo anno, o nella maggior parte dei mesi per quelle annualità dove non sono presenti agli atti tutte le buste paga. Questo criterio è stato assunto per dare forza al concetto di fissità e continuità".

10.2 Pertanto, dopo aver chiesto un breve rinvio in ragione della mole di lavoro, richiesto dalle operazioni peritali, in data 14.9.2017, non essendoci osservazioni da nessuna delle parti in causa, il nominato perito ha depositato la relazione definitiva.

10.3 Orbene, sulla scorta delle conclusioni del C.T.U., spetta ai ricorrenti in riassunzione, in ragione dell'inclusione nella base di calcolo del TFR di tutti gli emolumenti percepiti in modo "continuativo" e "non occasionale", l'accantonamento delle relative differenze annualmente maturate sul TFR, i seguenti importi:

...omissis....

10.4 Devono ritenersi inammissibili - in quanto tardive - le contestazioni sollevate dalla difesa degli odierni appellanti in particolare riguardo la posizione di C., essendo state formulate per la prima volta nelle note scritte per l'udienza del 10.12.2020 che devono contenere le sole istanze e conclusioni. ----

11. Ne consegue che sulla scorta delle conclusioni del CTU (che la Corte condivide in toto e fa proprie) l'appello deve essere accolto ed, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere dichiarato il diritto di S.L., C.F. e C.D. (appellanti in riassunzione) all' inclusione nella base di calcolo del TFR di tutte le voci retributive continuativamente corrisposte, con condanna delle F. all'accantonamento delle relative differenze retributive annualmente maturate sin dalla data di assunzione - con esclusione di quelle relative al periodo decorrente dal 2001 al 2006, già calcolate in virtù della sentenza di primo grado - per gli importi risultanti dalla CTU.

Si conferma per il resto la sentenza gravata anche in punto di spese del giudizio di primo grado.

Secondo la regola della soccombenza, segue l'obbligo a carico delle F. di rifondere agli appellanti in riassunzione le spese del presente grado del giudizio, che si liquidano Euro.8400,00 (Euro.6.000,00 con la maggiorazione di una percentuale pari al 20% per ogni ricorrente dopo il primo) tenuto conto del valore della controversia, dell'impegno profuso e del pregio dell'opera prestata, oltre al rimborso forfettario spese generali, Iva e Cap, con distrazione in favore dell'Avv. Marisa Minardi, procuratore antistatario.

Le spese di CTU di questo grado di giudizio vanno poste a carico, per intero, della società appellata.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Bari - Sezione Lavoro - definitivamente pronunciando sull'appello proposto con ricorso depositato in data ddddon ricorso depositato in data 10.6.2015 avverso la sentenza resa in data 12.6.2014 nei confronti della Sdddd, in persona del l.r.p.t., e riassunto con ricorso depositato in data 9.3.2021 soltanto ddddd, in parziale riforma della sentenza impugnata, così provvede:

1) dichiara il diritto degli appellanti in riassunzione all' inclusione nella base di calcolo del TFR di tutte le voci retributive continuativamente corrisposte, per l'effetto, condanna la S.R.L. F.S.E. Società ad accantonare le relative differenze retributive annualmente maturate sin dalla data di assunzione - con esclusione di quelle relative al periodo decorrente dal 2001 al 2006- nelle seguenti misure:

- ddddd.L. le spese processuali del presente grado di giudizio, che liquida in Euro. 8400,00, oltre al rimborso forfettario spese generali nella misura del 15 %, IVA e CAP, come per legge con distrazione in favore dell'Avv. Marisa Minardi;

4) pone definitivamente a carico delle F. il costo della CTU del presente gravame.

Così deciso in Bari, il 3 giugno 2021.

Depositata in Cancelleria il 15 giugno 2021.