

N. R.G. 1224/2019



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO

Sezione Lavoro

nelle persone dei seguenti Magistrati:

dr. Roberto Vignati	Presidente
dr. Susanna Mantovani	Consigliere rel
dr. Andrea Trentin	Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 1192/19, est. Dott. Nicola Di Leo, discussa all'udienza collegiale del 25/2/20 e promossa

DA

[REDACTED] (c.f. e p.i. **[REDACTED]**), in persona del legale rappresentante pro tempore, assistita e rappresentata dagli Avv.ti Luca Borghi, Luigi Borghi e Roberta Del Bianco per delega in atti ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Milano, Corso Italia n. 13

APPELLANTE

CONTRO

[REDACTED] (c.f. **[REDACTED]**), rappresentato e difeso, giusta procura in calce alla memoria di costituzione, dagli Avv.ti Livio Neri, Alberto Guariso e F. Ottonelli ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Milano, Viale Regina Margherita n. 30

APPELLATO

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

CONCLUSIONI

PER L'APPELLANTE come da ricorso in appello:



“Voglia la Corte d’Appello adita, per i motivi sopra esposti, riformare la sentenza n. 1192/2019 del Tribunale di Milano – Sez. Lavoro dott. Di Leo emessa inter partes nel procedimento RG 1254/2018 in data 15/5/2019 e pubblicata in data 20/5/2019, e conseguentemente:

- dichiarare infondato il ricorso proposto da [REDACTED] avanti il Tribunale di Milano e respingere tutte le domande in esso contenute
 - condannare il sig. [REDACTED] a restituire la somma di € 10.709,00 ricevuta dalla società in esecuzione della sentenza di primo grado o, in subordine, della differenza tra quanto ricevuto e la minor somma eventualmente riconosciuta da codesta Corte d’Appello.
- Vinte spese e competenze di causa, accessori di legge e di tariffa professionale del doppio grado di giudizio con la maggiorazione del 30% prevista dall’art. 4 comma 1 bis DM 10/03/2014 n. 55”.

PER L’APPELLATO come nella memoria di costituzione:

“rigettare il ricorso in appello di [REDACTED] e, conseguentemente, confermare la sentenza appellata del Tribunale di Milano – sezione lavoro n. 1192/2019 pubblicata il 20.5.2019 in ogni sua parte.

Con vittoria di spese di lite e compensi professionali di avvocato, oltre rimborso forfettario, da distrarsi in favore dei procuratori antistatari.

In via istruttoria, per quanto occorra, si ripropongono le istanze già formulate nel ricorso di primo grado e pertanto, senza inversione dell’onere della prova - fermi restando i poteri istruttori del Giudice ex art. 421 c.p.c. - si chiede ammettersi i seguenti mezzi di prova:

- interrogatorio formale ed escussione testimoniale sulle circostanze di fatto di cui in narrativa del ricorso ex art. 414 c.p.c., trascritte nel presente atto ai capitoli nn. da 1 a 22, da intendersi qui integralmente ritrascritti e capitolati, epurati da ogni espressione valutativa e preceduti dalla locuzione interrogativa “vero che”. Si indicano a testi [REDACTED] e tutti i dipendenti della convenuta adibiti al casello autostradale di Agrate Brianza ed alla stazione di Milano Ovest (come indicati nel libro unico, del quale si chiede l’ordine di esibizione).

Si chiede di essere ammessi alla prova contraria sui capitoli ex adverso articolati dalla convenuta. Con riserva di controdedurre e indicare altri testi in relazione al capitolato avversario e all’esito della produzione del libro unico.

- ordine di esibizione alla società convenuta, ex art. 210 c.p.c., di ogni documento aziendale ritenuto utile ai fini della decisione, quale, in primo luogo, il libro unico.

CTU contabile ai fini della determinazione del risarcimento del danno sulla base della retribuzione del ricorrente.

- accesso sul luogo di lavoro, ex art. 421 c.p.c., con esame dei testimoni sul luogo stesso.

- richiesta di informazioni e osservazioni all’associazione sindacale FIT CISL e/o a un suo rappresentante, ex art. 425 c.p.c.

Ci si oppone alle istanze istruttorie avversarie, in quanto inammissibili ed irrilevanti”

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Milano con la sentenza n. 1192/19, in accoglimento del ricorso presentato da [REDACTED] - dipendente di [REDACTED] dal 21/4/11 in virtù di un contratto part time (80 ore mensili fino all’1/7/15 e poi 96 ore) con mansioni di esattore pedaggi - accertata l’illegittimità delle clausole contrattuali relative alla collocazione temporale della prestazione lavorativa ai sensi dell’art. 8, comma 2 del D.L.vo n. 61/00 e dell’art. 10, comma 2 del D.L.vo n. 81/15, determinava la stessa nella turnazione dalle 8,30 alle 12,30 e dalle 13,30 alle 17,30 nei giorni 1,2, 3 e 4, 7,8, 9,10, 13,14, 15,16 di ogni mese dell’anno e condannava la resistente a risarcire il danno subito dal lavoratore per un importo pari al 5% della retribuzione per il periodo di riferimento fino al deposito del ricorso, oltre a rivalutazione monetaria e interessi di legge dalle singole scadenze mensili al saldo, ponendo le spese di lite a carico della soccombente.

Il giudice a quo, dopo avere richiamato la analoga disciplina dettata dagli artt. 2, 2^a comma e 8, 2^a comma del D.L.vo n. 61/00 e poi dagli artt. 5, 2^a comma e 10, 2^a comma del D.L.vo n. 81/15, rilevava come “il contratto del ricorrente non



presentasse una puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, secondo le disposizioni di legge sopra riportate" e "come tali previsioni di legge non possano certamente essere contraddette dalla contrattazione collettiva, dovendosi considerare inderogabili, in quanto poste a tutela del prestatore part-time per consentire a questi un'organizzazione del proprio tempo, proprio grazie alla previsione di un calendario lavorativo prestabilito conoscibile ex ante, in modo da poter ottenere, eventualmente, un altro lavoro per integrare il reddito o dedicarsi alla cura della propria famiglia

E', cioè, da sottolineare come una soluzione ermeneutica secondo la quale si possano reputare clausole di turnazione articolata lecite solo quelle per le quali sia rispettata l'esigenza di una 'rigida predeterminazione' appaia inevitabile se solo si consideri, con una interpretazione teleologica, lo scopo sotteso, secondo l'opinione giurisprudenziale costante, alla fattispecie del part time, ovvero, da una parte, consentire al datore di lavoro di sopperire all'esigenza di una prestazione limitata nel tempo e, dall'altra, permettere al lavoratore, con la rigida collocazione temporale della prestazione, la migliore 'organizzazione e programmazione del proprio tempo'".

Osservava, inoltre, che le clausole del CCNL invocate dalla resistente non apparivano in contrasto con tali principi, essendo l'articolo 9 del CCNL richiamato "dall'art. 3, co. 3 (rectius co. 4) dello stesso, solo per quanto riguarda il suo comma terzo e non per quel che riguarda il comma 10. Inoltre, l'articolo 3, comma tre (rectius comma quattro) menzionato, per l'appunto, prevede solo la collocazione all'interno di un turno, che, evidentemente, per quanto esposto deve essere comunicato, nel suo svolgersi, definitivamente e preventivamente.

In conformità a tali principi, poi, certamente si pone l'art. 5, co. 3, del dlgs. n. 81/15, laddove prevede che "quando l'organizzazione del lavoro e' articolata in turni, l'indicazione di cui al comma 2 puo' avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite".

Si tratta, cioè, di un rinvio a "turni programmati" e "articolati su fasce orarie prestabilite", ovverosia, secondo tale statuizione, è possibile un rimando proprio a dei turni conoscibili ex ante e non modificabili unilateralmente".

Per quanto atteneva alla determinazione della collocazione oraria della prestazione, affermava che "dopo il confronto con le parti, si deve dare prevalenza alle esigenze del lavoratore.

Infatti, all'udienza del 7/2/19, la convenuta ha proposto un turno collocato nei primi quattro venerdì e sabato e domenica di ogni mese, dalle 8,30 alle 12,30 e dalle 13,30 alle 17,30.

Viceversa, il ricorrente ha chiesto la collocazione oraria giornaliera della prestazione del ricorrente dalle 8,30 alle 12,30 e dalle 13,30 alle 17,30 nei giorni del mese 1,2, 3 e 4, 7,8, 9,10, 13,14, 15,16, per ogni mese dell'anno.

Ora, un dato ulteriore di rilievo è dato dal fatto che non è contestato come [REDACTED] sia padre di una bambina in tenera età e come, dunque, nel fine settimana possa ragionevolmente dedicarsi a soddisfare le proprie esigenze familiari....

Inoltre, occorre rilevare come [REDACTED] abbia chiarito come la collocazione oraria proposta faciliterebbe un'ulteriore attività lavorativa da parte di questi che intenderebbe svolgere piccoli lavori di ristrutturazione aprendo una partita Iva nella restante parte del mese".

Infine, per quanto atteneva alla richiesta risarcitoria, il giudice a quo osservava che la normativa in materia prevedeva un "diritto' al risarcimento conseguente



al momento della stipula del contratto - e, dall'altro, è imposto da imprescindibili ragioni di ordine pratico. Non è pensabile infatti che il datore di lavoro, in una realtà produttiva organizzata su un sistema di turni articolati, possa, al momento dell'assunzione di ciascun lavoratore, programmare tutti gli schemi di turno in cui questo sarà inserito da quel momento in poi, per sempre. Né è pensabile che la norma imponga al datore di lavoro un obbligo non ragionevole.....

Inoltre la tesi del giudice - secondo cui sarebbe sempre necessaria una rigida predeterminazione della collocazione della prestazione in sede di stipulazione del contratto - renderebbe di fatto inutilizzabile il rinvio a schemi di turni che, invece è una delle (due distinte) opzioni che sono messe a disposizione dalla contrattazione collettiva per il datore di lavoro che si trovi a dover organizzare l'attività aziendale su turni; tali opzioni sono appunto l'indicazione della 'collocazione dell'orario nell'ambito del turno e secondo l'andamento dello stesso ovvero gli schemi di turno in cui verrà programmata, ai sensi del punto 4 dell'art. 9, la prestazione a tempo parziale'.

Il giudice fonda la propria interpretazione sul fatto che l'art. 3 richiama espressamente il comma 4 dell'art. 9, laddove afferma 'Nel caso di prestazioni lavorative in turni tale indicazione [ossia della durata della prestazione a tempo parziale e della collocazione temporale dell'orario] riguarderà la collocazione dell'orario nell'ambito del turno e secondo l'andamento dello stesso, ovvero gli schemi di turno in cui verrà programmata, ai sensi del punto 4 dell'art. 9, la prestazione a tempo parziale'.

Leggendo la norma, però, appare chiaro che il richiamo al comma 4 dell'art. 9 ha lo scopo di stabilire che, in caso di schemi di turno, la programmazione della prestazione deve essere fatta nel rispetto di quanto stabilito dal comma 4.

Infatti - e ciò è circostanza pacifica - la società ha inserito nel contratto con il sig. [REDACTED] un rinvio agli schemi di turno previsti dall'art. 9 del medesimo CCNL ed ha consegnato al lavoratore, prima semestralmente e poi annualmente (quindi neppure mensilmente come previsto dal CCNL), il calendario dei turni cui sarebbe stato adibito".

Sostiene, in relazione alla seconda questione (pag. 13-17), che "nessun danno può - effettivamente - essere stato patito dal dipendente, dal momento che in concreto la programmazione dei turni avveniva con cadenza annuale. Ciò ha fatto sì che il sig. [REDACTED] avesse ampiamente modo e tempo sia di programmare gli impegni legati alla propria vita familiare e personale, sia di pianificare l'attività in proprio che ha affermato di voler intraprendere.....

Orbene, è evidente che nessun danno può essere stato patito dal lavoratore da questo punto di vista in quanto sia gli impegni di padre che quelli legati ad un'attività come sopra descritta (che lo si fa notare non è di tipo subordinato, bensì di tipo autonomo) sono del tutto compatibili con una programmazione annuale dei turni di lavoro".

Ricorda che "contrariamente a quanto affermato in sentenza, l'art. 10, comma 2, D.Lgs. 81/2015 non consente al giudice di liquidare in via equitativa il risarcimento del danno, in quanto detta disposizione afferma semplicemente che 'Per il periodo antecedente alla pronuncia, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, a un'ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno', senza alcun riferimento alla liquidazione equitativa.

Il riferimento alla condanna in via equitativa, infatti, era contenuto solo nel previgente art. 8, comma 2, L. 61/2000, oggi abrogato, ed è stato eliminato dalla



nuova disciplina del part time. Conferma di tale errore del giudice è il fatto che all'abrogata normativa fa riferimento esplicito anche la sentenza della Suprema Corte citata dallo stesso Tribunale in sentenza, a sostegno dell'asserita possibilità di 'provvedere equitativamente senza necessità della prova del danno procurato' (cfr. Cass. 8882/2015), citata nella sentenza impugnata a pag. 8..

Pertanto, in base alla normativa attualmente vigente, il giudice avrebbe dovuto quantificare l'eventuale danno patito dal lavoratore secondo i criteri ordinari, cosa che invece il Tribunale non ha fatto nel caso di specie.

Oltre a ciò, è principio noto che, anche laddove sia consentita la quantificazione del danno in via equitativa, è comunque necessaria la prova della sussistenza del danno stesso da parte del soggetto che ne pretende il risarcimento".

██████ resiste in giudizio per la conferma della sentenza impugnata, replicando alle doglianze avversarie ed eccependo la inammissibilità delle nuove allegazioni dedotte nell'atto di gravame. Osserva, per la denegata ipotesi di accoglimento dell'appello, che la somma corrispostagli in esecuzione della pronuncia gravata è di € 10.268,94 e non di € 10.709,00, come asserito da controparte.

All'udienza del 25/2/20, all'esito della discussione orale, la causa è stata decisa con pubblica lettura del dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è infondato.

Si ricava per tabulas che nel contratto di lavoro del 21/4/11 è riportata la indicazione "tempo parziale verticale ore settimanali medie 19 ore", mentre dall'1/5/12 (da quando cioè il ██████ con comunicazione del 24/4/12 è stato assegnato alla mansione di addetto alla gestione riscossione automatica pedaggio), risulta il numero di ore mensili (80, poi aumentato a 96) e la tipologia del turno (diurno, 8.30/12.30-13.30/17.30) con programmazione semestrale; è circostanza poi incontrovertibile che la programmazione sia stata consegnata al dipendente all'inizio semestralmente e dal 2012 annualmente.

L'art. 5 del D.L.vo n. 81/15 stabilisce al 2^a comma (come il pregresso 2^a comma dell'art. 2 del D.L.vo n. 61/00) che "Nel contratto di lavoro a tempo parziale e' contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno", aggiungendo al 3^a comma che "Quando l'organizzazione del lavoro è articolata in turni, l'indicazione di cui al comma 2 può avvenire anche mediante rinvio a turni programmati di lavoro articolati su fasce orarie prestabilite".

L'art. 3 del CCNL del settore ("assunzione a tempo parziale") così recita:

"1. La Società può procedere all'assunzione di personale con rapporto di lavoro a tempo parziale il cui svolgimento si realizza con le seguenti modalità: (...) verticale: con prestazione di attività a tempo pieno, limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno (...) Il personale assunto con contratto di lavoro a tempo parziale può essere impiegato anche in attività lavorative in turno (...) 4. Nella lettera di assunzione è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione a tempo parziale e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, fermo restando quanto stabilito al successivo punto 5. In particolare, per quanto concerne la collocazione della prestazione, la Società indicherà nella lettera di assunzione le ore giornaliere



nelle quali va effettuata, in rapporto alle esigenze aziendali, la prestazione a tempo parziale. Nel caso di prestazioni lavorative in turni tale indicazione riguarderà la collocazione dell'orario nell'ambito del turno e secondo l'andamento dello stesso, ovvero gli schemi di turno in cui verrà programmata, ai sensi del punto 3 dell'art. 9, la prestazione a tempo parziale; tale articolazione dell'orario non configura fattispecie di clausola flessibile di cui al successivo punto 5. 5. Il rapporto di lavoro a tempo parziale può essere svolto secondo modalità flessibili che consentano la variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa come stabilita al precedente punto 4.”.

L'art. 9 (“orario di lavoro”) del CCNL del settore prescrive: “(...) 3. Per il personale turnista che svolge di norma le proprie prestazioni in turni continui e avvicendati l'orario contrattuale di 40 ore settimanali viene realizzato come segue: 4 giorni lavorativi e riposo al quinto e al sesto (4+2) con prestazione di 8 ore giornaliere, secondo il seguente orario: 22 - 6; 9 - 14; 14 - 22.

Qualora l'Azienda, in relazione ad esigenze di servizio, intenda adottare un'equivalente turnazione diversamente articolata dovrà concordarla con la R.S.U. (...)

Il 29^a comma del citato articolo aggiunge infine che “Il personale a tempo parziale applicato ad attività lavorative in turni può essere utilizzato fuori dallo schema dei turni continui ed avvicendati”.

Tanto premesso in fatto ed in diritto, l'interpretazione offerta dall'appellato e fatta propria dal giudicante - in forza della quale la collocazione temporale dell'orario deve riguardare pure l'articolazione dei turni (giorno, settimana e mese dell'anno) in modo da essere conosciuti ex ante dal dipendente e da non poter essere modificati unilateralmente dal datore di lavoro - è corretta per cui non è conforme alla normativa legislativa e contrattuale collettiva in materia non solo la lettera di assunzione del ■■■, del tutto priva di indicazioni sulla collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese ed all'anno, dato che precisa unicamente il numero complessivo delle ore da osservare alla settimana; ma anche la successiva integrazione del 24/4/12 (intervenuta un anno dopo la instaurazione del rapporto) che, al tetto delle ore mensili, aggiunge il turno da osservare (diurno).

Invero, la tesi dell'appellante - secondo cui è legittima la articolazione dell'orario con la (mera) indicazione della fascia da osservare ed il rinvio ad una comunicazione periodica dei turni - si fonda, come sopra esposto, da un lato sull'art. 5, 3^a comma del D.L.vo n. 81/15 e dall'altro sull'art. 9, 3^a comma e 10^a comma del CCNL applicato.

Va però osservato, con riferimento al dettato legislativo, che è entrato in vigore nel giugno 2015 e, dunque, non può disciplinare il rapporto di lavoro de quo, sorto nel 2011, regolato dall'art. 2, 2^a comma del D.L.vo n. 61/00 e dall'art. 3, 4^a comma del CCNL, che individuano nel contratto di lavoro il momento preclusivo per la indicazione della collocazione della prestazione (a prescindere dalla considerazione che, come rilevato dal giudice a quo, il 3^a comma dell'art. 5 rimanda a “turni programmati” (tempo passato) e non programmabili).

Con riferimento alla contrattazione collettiva, che non può operare il rinvio agli schemi di cui all'art. 9, 3^a comma, relativo al personale che svolge la prestazione su turni continui ed avvicendati diversamente dall'appellato (“part-time 80 schema libero”, cfr. lettera 24/4/12), né che può essere invocato l'art. 9, 10^a comma, in quanto l'art. 3 (“assunzione a tempo parziale”) non lo richiama, come evidenziato dal giudice a quo,



Deve pertanto essere confermata la sentenza gravata là dove il giudice di prime cure ha stabilito che *“si possono reputare clausole di turnazione articolata lecite solo quelle per le quali sia rispettata l'esigenza di una rigida predeterminazione”*; conformemente a quanto già statuito in una fattispecie - analoga alla presente - nella quale un dipendente in part-time verticale aveva nel contratto un'indicazione della prestazione oraria che non gli consentiva di conoscere i giorni della settimana, del mese e dell'anno in cui sarebbe stato chiamato ad eseguire la prestazione, dovendo attendere la comunicazione annuale dei turni. In quella occasione questa Corte ha affermato che, per una collocazione dell'orario di lavoro part time verticale rispettosa della norma di legge (l'art. 2, 2^a comma del D.L.vo n. 61/00, è richiesta la *“immediata indicazione dell'articolazione dell'attività in turno richiesta al lavoratore, al fine di consentire allo stesso una migliore organizzazione del tempo di lavoro e del tempo libero”* (così CA MI n. 1115/19).

Precisato che alcuna censura è stata formulata dall'appellante per quanto attiene alle modalità temporali di svolgimento della prestazione disposte dal Tribunale di Milano, non coglie nel segno nemmeno la doglianza in punto risarcimento del danno (II).

La tutela prevista dall'art. 8, 2^a comma del D.L.vo n. 61/00, nella formulazione all'epoca vigente (*“Per il periodo antecedente la data della pronuncia della sentenza, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi con valutazione equitativa”*) - così come quella stabilita dal successivo art. 10 del D.L.vo n. 81/15 (*“Per il periodo antecedente alla pronuncia, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, a un'ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno”*)- è di natura sanzionatoria e perciò prescinde dalla prova del danno procurato, derivando dall'obiettivo disagio subito dal lavoratore per l'unilaterale determinazione del datore di lavoro delle modalità temporali di svolgimento della prestazione (cfr. Cass. n. 8882/15).

Riguardo, poi, alla liquidazione in via equitativa, è sufficiente osservare che anche nella vigenza dell'art. 10 del D.L.vo n. 81/15, il giudice può ricorrere a tale modalità di liquidazione ex artt. 432 c.p.c. e 1226 c.c., che a maggior ragione si impone nel caso di danno in re ipsa.

Le spese del grado, liquidate secondo quanto previsto dal D.M. 55/14 come modificato dal D.M. 37/18 in base al valore della controversia e stante la assenza di istruttoria ed in applicazione della facoltà di riduzione del compenso alla luce del disposto dell'art. 4 comma 1 del D.M. 55/14 come modificato dal D.M. 37/18 in ragione delle condizioni soggettive delle parti, seguono la soccombenza.

L'appellante è tenuta inoltre a versare il contributo unificato ex art. 13, 1^a quater del D.P.R. n. 115/12, come modificato dall'art. 1, commi 17^a e 18^a della legge n. 288/12.

P.Q.M.

Rigetta l'appello avverso la sentenza n. 1192/19 del Tribunale di Milano, che conferma.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del grado, che si liquidano in € 2.000,00, oltre a spese generali, oneri ed accessori di legge, da distrarsi a favore dei procuratori antistatari.



Dà atto della sussistenza a carico dell'appellante dei presupposti per il raddoppio del contributo unificato ex art.1, comma 17, legge 228/2012.

Milano, 25/2/20

IL RELATORE
dott.ssa Susanna Mantovani

IL PRESIDENTE
dott. Roberto Vignati

