

SENTENZA n.

N. R.G. 932 / 2017



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

SEZIONE LAVORO

Composta dai Magistrati

Dott. GIOVANNI PICCIAU	PRESIDENTE
Dott. GIULIA DOSSI	CONSIGLIERE
Dott. LAURA BOVE	GIUDICE AUSILIARIO Rel.

Nella pubblica udienza del 18 febbraio 2019 ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile in grado di appello avverso la sentenza n. 339/2017 del Tribunale di Milano, estensore Giudice Dott.ssa Maria Grazia Cassia, promossa

DA

██
██ con il patrocinio degli Avv.ti Enzo Morrico, Giosafat Riganò, Gabriele Vercelli e Dino Vercelli e presso lo studio degli Avv.ti Gabriele Vercelli e Dino Vercelli domiciliata in Milano, via Bergamo n. 12/19

APPELLANTE

CONTRO

██ con il patrocinio degli Avv.ti Lino Neri, Alberto Guarisco e Mara Marzolla e presso il loro studio domiciliato in Milano, viale Regina Margherita n. 30

APPELLATO

CONCLUSIONI

Per l'appellante: come da atto di appello depositato in data 21.07.2017



Per l'appellato: come da memoria di costituzione depositata in data 02.01.2019

FATTO E DIRITTO

Con sentenza n. 339/17 il Tribunale di Milano ha accolto il ricorso proposto dal [REDACTED] (unitamente ad altri ricorrenti) volto ad ottenere, in applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 4 D.Lgs. 61/00, le maggiorazioni per lavoro notturno e notturno festivo di cui all'art. 11 comma 10 del CCNL Autostrade, risultando adibito a turni continui ed avvicendati e di conseguenza ha condannato la società al pagamento a favore dello stesso di Euro 5059,34 - maturati nel periodo da agosto 2007 a dicembre 2012 - oltre agli interessi, rivalutazione ed al pagamento delle spese di lite.

Il Tribunale ha motivato la sentenza richiamando quanto affermato con la sentenza della Cass. n. 24333/14, ed ha ritenuto che la lettura dell'art. 9, comma 29 del CCNL, consenta che l'orario a "turni continui ed avvicendati" possa essere proprio dei dipendenti part time, e che l'attività prestata dai ricorrenti vada quindi inquadrata nell'ambito dei turni continui ed avvicendati, per i quali sono previste le maggiorazioni retributive oggetto del giudizio.

Propone appello [REDACTED] e censura la sentenza di primo grado per erronea interpretazione della norma collettiva - l'art. 9 comma 3 CCNL (oggi comma 4) - che è una tipologia molto particolare di contratto voluta dalle parti collettive con una disciplina speciale. Su tale presupposto errato viene individuato il lavoratore comparabile e pertanto anche i relativi conteggi sono errati. Il rapporto del ricorrente non può essere ricondotto alla tipologia per "turni continuativi avvicendati": dal CCNL è tale solo la turnazione 4-2; 3-1; 2-1. La proporzione è pari a 2/3 lavoro e 1/3 riposo, nel caso degli appellati la proporzione è invertita. Quindi secondo la tesi appellante non è violato l'art. 4 D.Lgs.61/00, poiché il diverso trattamento retributivo, ovverosia il riconoscimento di un trattamento più favorevole al lavoratore a tempo pieno in turni continui e avvicendati discende non dalla limitazione dell'orario di lavoro, ma dalla maggiore gravosità della sua prestazione rispetto a quella effettuata dai lavoratori part-time. Con ultimo motivo di appello la società reitera la eccezione di



prescrizione del credito – rigettata dal Tribunale in considerazione dell’entrata in vigore della L. 92/21012 – e censura sul punto la sentenza appellata in quanto le modifiche legislative, secondo la tesi appellante, non comportano una diversa applicazione dell’art. 2948 c.c. come risultante a seguito dei noti interventi della Corte Costituzionale e pertanto il termine prescrizione deve considerarsi decorrente in costanza del rapporto di lavoro de quo.

Successivamente al deposito dell’atto di appello la società [REDACTED] [REDACTED] procedeva – come da documentazione ritualmente depositata - alla conciliazione in sede protetta con gli originari appellati, con esclusione di [REDACTED] [REDACTED]

Si è costituito nel presente grado l’unica parte appellata [REDACTED], il quale eccepisce l’inammissibilità dell’appello ex artt. 434 e 436 bis c.p.c., e nel merito chiede il rigetto della impugnazione.

Alla udienza del 18 Febbraio 2019, espletati gli adempimenti di cui all’art. 437 comma 1 c.p.c., la causa è stata posta in decisione.

Preliminarmente va disattesa l’eccezione di parte appellata relativa alla inammissibilità del ricorso principale in appello per essere l’atto difforme dai canoni imposti dall’art. 434 , comma 1 c.p.c., - Alla luce della sentenza della Suprema Corte a Sezione Unite n. 27199 del 16.11.2017 : *“Gli artt. 342 e 434 cod. proc. civ., nel testo formulato dal decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134, vanno interpretati nel senso che l’impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di “revisio prioris instantiae” del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l’atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado.”*. Ritiene questo Collegio che



il ricorso in appello risponda a detti requisiti.

L'appello è infondato e va rigettato.

La fattispecie in esame è già stata oggetto di numerose pronunce di questa Corte e di alcune sentenze della Suprema Corte - recente la Cass. n. 02023/19 del 24.01.19 - alle quali il Collegio intende uniformarsi richiamando le argomentazioni ivi svolte, ai sensi e per gli effetti dell'art. 118 disp. att. c.p.c. (cfr. CdA Milano n. 569/18, 1526/16, 1140/14, 345/11 e Cass. n. 6087/17, n. 24333/14, n. 17726/11).

L'art. 4 D.Lgs. 61/00 (Principio di non discriminazione) statuisce che:

“Fermi restando i divieti di discriminazione diretta ed indiretta previsti dalla legislazione vigente, il lavoratore a tempo parziale non deve ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile, intendendosi per tale quello inquadrato nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dai contratti collettivi di cui all'articolo 1, comma 3, per il solo motivo di lavorare a tempo parziale.”

L'applicazione del principio di non discriminazione comporta che:

- a) il lavoratore a tempo parziale benefici dei medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno comparabile in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione oraria ...
- b) il trattamento del lavoratore a tempo parziale sia riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa in particolare per quanto riguarda l'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa; l'importo della retribuzione feriale; l'importo dei trattamenti economici per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e maternità. Resta ferma la facoltà per il contratto individuale di lavoro e per i contratti collettivi, di cui all'articolo 1, comma 3, di prevedere che la corresponsione ai lavoratori a tempo parziale di emolumenti retributivi, in particolare a carattere variabile, sia effettuata in misura più che proporzionale.”

La Suprema Corte ha statuito che il rispetto del principio di non discriminazione tra lavoratori part time e lavoratori full time richiede che i primi non debbano



ricevere un trattamento meno favorevole rispetto al lavoratore a tempo pieno comparabile; che quest'ultimo va inteso come *"quello inquadrato nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dai contratti collettivi di cui all'art. 1 co. 3 del citato decreto"*; che l'unico criterio di comparazione è quello indicato dalla norma e che pertanto non possono utilizzarsi criteri alternativi, quale quello della turnazione continua e avvicendata seguita dai lavoratori a tempo pieno (Cass. 17726/11). *<Per quanto, poi, specificamente attiene alla comparazione con il lavoratori turnisti a tempo pieno in relazione alle maggiorazioni per lavoro notturno, questa Corte ha chiarito, altresì, che "L'art. 11, comma 10, del c.c.n.l. per i dipendenti da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori del 16 febbraio 2000, che prevede la maggiorazione retributiva per il lavoro notturno, si applica anche ai lavoratori in regime part time che abbiano lo stesso livello di inquadramento, e svolgano le stesse modalità di prestazione lavorativa del personale turnista a tempo pieno, in quanto la maggiore retribuzione per i lavoratori impiegati in turni continui e avvicendati non può essere esclusa in caso di diversità di sequenza oraria, che, tuttavia, contempli il lavoro notturno con caratteristiche di costanza, dovendosi ritenere che una diversa interpretazione contrasti con il principio di non discriminazione di cui al D.Lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, art. 4, attuativo della direttiva 97/81/CE." (Cass. N. 24333 del 2014 Rv. 633671 - 01, conf. Cass. Sez. L, Sentenza n. 20843 del 15/10/2015, Rv. 636941 - 01)>* (Cass. 6087/17).

Ciò comporta, inevitabilmente, che il trattamento economico riservato all'appellato non sia proporzionale a quello riservato al lavoratore a tempo pieno comparabile. Il principio di proporzionalità, infatti, deve essere rispettato tanto nella determinazione della retribuzione globale, quanto nelle singole componenti di essa (art. 4 co. 2 lett. b), dunque con caratteristiche di esaustività.

Non vale, a giustificare una diversa maggiorazione retributiva, sostenere che il lavoratore part time svolge la propria attività su turni diversi da quelli continui e avvicendati, per cui godrebbe di più giorni di riposo nell'arco dell'anno. In primo luogo, la normativa che regola la materia, come evidenziato dalla Corte di



Cassazione nella sentenza citata, non attribuisce alcuna rilevanza alla tipologia di turnazione, poiché per individuare il lavoratore a tempo pieno comparabile, l'unico criterio rilevante è quello dell'inquadramento nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dai contratti collettivi di cui all'art. 1, comma 3, del citato decreto, il che *“esclude che la suddetta comparazione possa eseguirsi in base a criteri diversi da quello contemplato dalla norma con esclusivo riferimento all'inquadramento previsto dalle fonti collettive, per cui non possono valere criteri alternativi di comparazione, quale quello del sistema della turnazione continua ed avvicendata seguita dai lavoratori a tempo pieno”* (Cass. n. 17726/11).

D'altro canto, come rilevato dalla Cassazione (sent. n. 24333/14, conforme la n. 20843/15), i turni continui ed avvicendati (tipologia delineata dalla contrattazione collettiva) sono *“quei turni che pur intervallati da giorni di mancata prestazione, tendano a ripetersi con la stessa modalità (il che, pacificamente, si verifica nel caso di specie, attraverso uno schema di turnazione che, esauritosi, viene ripetuto con la medesima frequenza)”*; in altri termini, sono quelli in cui si alternano in modo costante i turni notturno, pomeridiano e mattutino (avvicendati) e la somma dei giorni continuativi di lavoro e dei giorni continuativi di riposo immediatamente successivi è diversa da 7 (continui), indipendentemente dalla scansione con cui ciò avvenga.

Priva di pregio è anche la doglianza secondo cui il trattamento riconosciuto alla parte appellata, nel caso di specie, sarebbe addirittura migliore di quello del lavoratore comparabile, poiché, a prescindere dalla correttezza o meno dell'assunto, l'art. 4 D.Lgs. cit. espressamente contempla la possibilità che vengano corrisposti ai lavoratori part time elementi retributivi, anche a carattere variabile, in misura più che proporzionale.

In relazione all'ultimo motivo di appello, con il quale la società censura la sentenza per aver rigettato l'eccezione di prescrizione del credito, si rileva quanto segue.

Si osserva in diritto che, ai fini della decorrenza della prescrizione in materia di



crediti da lavoro subordinato, la distinzione tra rapporti soggetti a tutela reale e rapporti non soggetti a tutela reale, riveste, anche nelle più recenti pronunce della Cassazione (cfr. Sez. L - Ordinanza n. 22172 del 22/09/2017; Sez. L, Sentenza n. 4351 del 22/02/2018; Sez. L Sentenza n. 19729 del 25/07/2018) un'importanza centrale. Infatti la decorrenza della prescrizione dal momento dell'insorgenza del diritto del lavoratore viene affermata dal Supremo Collegio con esclusivo riferimento ai rapporti assistiti dal diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo. La ragione è nota. Si ritiene che in tali rapporti non vi sia una condizione c.d. di metus del lavoratore nei confronti del datore di lavoro che lo induca, per timore di essere licenziato (senza possibilità di recuperare il posto di lavoro perduto), a non esercitare il proprio diritto. Non appare superfluo, sul punto, ricordare l'assetto normativo, determinato dalle pronunce della Corte Costituzionale n. 63/1966 e n. 174/1972, in forza del quale la prescrizione dei crediti retributivi non decorre durante il rapporto di lavoro, salvo che per i rapporti caratterizzati da c.d. "stabilità reale", ossia ai quali, in considerazione del requisito dimensionale, è applicabile l'art. 18 legge 300/1970.

Con la prima delle citate pronunce, la Corte ha ritenuto che, in un rapporto non dotato della resistenza che caratterizzava invece il rapporto di pubblico impiego, il timore del recesso (cioè del licenziamento), spinge o può spingere il lavoratore a rinunciare ad una parte dei diritti. Secondo la Corte "In un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico, il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti; dimodoché la rinuncia, quando è fatta durante quel rapporto, non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale e la sua invalidità è sancita dall'art. 36 della Costituzione".

E' stata quindi considerata determinante la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia:



anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione.

Con la sentenza n. 174/1972 la Corte Cost. ha poi ritenuto che, in caso di applicabilità dell'art. 18 St. Lav. si ha, come nel pubblico impiego, una vera stabilità; ha infatti al riguardo precisato che "una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare", situazione di completa reintegrazione che non può essere ravvisata in tutti i casi (come quelli di applicazione della legge 604/1966) "per i quali le disposizioni sulla giusta causa non trovano applicazione; sicchè per essi deve rimanere fermo il principio che vieta di far decorrere il termine di decadenza per le impugnative in materia di crediti da lavoro dipendente nel periodo di durata del rapporto, dovendosi il medesimo spostare alla fine di questo".

La successiva giurisprudenza di legittimità si è adeguata, riscontrando il requisito della stabilità del posto di lavoro tutte le volte in cui, sul piano sostanziale, la disciplina del rapporto subordini il licenziamento a circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano della tutela dei diritti, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze con la facoltà di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo (Cass., S.U., 12.4.1976, n. 1268; Cass., 19.8.2011, n. 17399). Rimozione che, secondo la Cassazione, non può esaurirsi nella previsione di un risarcimento del danno ma deve concretizzarsi nell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (Cass., 23.6.2003, n. 9968; Cass., 20.6.1997, n. 5494; Cass., 13.9.1997, n. 9137).

Il quadro normativo, rispetto alle citate pronunce della Consulta, è radicalmente mutato a seguito dell'entrata in vigore della legge 92/2012, che ha riformato l'art. 18 L. 300/70, approntando un articolato sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è stata fortemente ridimensionata, riservata ad ipotesi residuali, che fungono da eccezione rispetto alla tutela indennitaria.

Il testo attualmente vigente dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, a differenza di quello



originario, prevede infatti la tutela reintegratoria solo per talune ipotesi di illegittimità del licenziamento (commi 1, 4, 7), mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria (commi 5 e 6); ne consegue che, nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo ex post nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale.

È pertanto ravvisabile la sussistenza di quella condizione di metus che, in base ai consolidati principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, esclude il decorso del termine prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. A supporto di questa soluzione va richiamato, altresì, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza l'effettiva condizione del prestatore di lavoro subordinato, precisando che la decorrenza o meno della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di "metus" del lavoratore, e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente "ex post", riconosce applicabili (Cass. sez.un. 4942/12; Cass. 10.4.2000 n. 4520; nello stesso senso, ex plurimis, Cass. 23.1.2009 n. 1717; Cass. 4.6.2014 n. 12553).

Il Collegio, alla stregua di tali consolidati e condivisibili principi, ritiene che, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 92 del 2012 all'art. 18 L. n. 300 del 1970, la prescrizione dei crediti retributivi non decorra in costanza di rapporto di lavoro, anche ove a questo sia applicabile l'art. 18 novellato, come nella presente fattispecie.

In conclusione, la sentenza impugnata, per tutte le ragioni che precedono, deve essere integralmente confermata.

Le spese processuali seguono la soccombenza e vanno, pertanto, poste a carico dell'appellante. Considerato il valore della causa, rilevata l'assenza di attività istruttoria nel presente grado di giudizio, le stesse vanno liquidate in base al D.M.



10.03.2014 n. 55 come da dispositivo e con distrazione a favore dei procuratori dichiaratisi antistatari.

Ricorrono, inoltre, i presupposti, stante il rigetto della impugnazione, per il versamento da parte dell'appellante [REDACTED] dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n. 115/02 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24.12.12 n. 228.

P.Q.M.

rigetta l'appello avverso la sentenza n. 339/17 del Tribunale di Milano.

Condanna la parte appellante alla rifusione delle spese del grado che liquida in complessivi Euro 1.000,00 oltre spese generali ed oneri di legge, da distrarsi a favore dell'Avvocato dichiaratosi antistatario.

Sussistono i presupposti per il versamento da parte dell'appellante dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n. 115/02 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24.12.12 n. 228.

Milano, 18 Febbraio 2019

Il Giudice Ausiliario Relatore

Laura Bove

Il Presidente

Giovanni Picciau

