



R.G. N.834/16

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI VENEZIA - Sezione Lavoro

Composta dai Magistrati:

Dr. Gianluca ALESSIO	Presidente
Dr. Umberto DOSI	Consigliere relatore
Dr. Anna NAPOLI	Giudice ausiliario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa promossa con appello depositato in data 1 agosto 2016

da

Fondazione [REDACTED]
legale rappresentante pro tempore, [REDACTED], rappresentata
e difesa dagli a [REDACTED]
[REDACTED] giusta
procura telematica rilasciata su foglio separato allegata in calce
all'atto di appello;

— **appellante -**



contro

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] rappresentati e difesi dagli [REDACTED]

[REDACTED] per mandato a margine del ricorso di primo grado, con
domicilio eletto presso la cancelleria del Corte d'Appello di Venezia

- *appellati* -

Oggetto: riforma della sentenza n.78/16 del giudice del lavoro del
Tribunale di Venezia

In punto: differenze retributive

Causa trattata all'udienza del 12 luglio 2018

Conclusioni per l'appellante: *"In via principale:*

- *reformare la sentenza definitiva n.78/2016 emessa dal Tribunale di Venezia, nella persona del Giudice del Lavoro dottoressa Menegazzo, l'8 febbraio 2016, accertando - per l'effetto - la correttezza del trattamento economico riconosciuto dalla [REDACTED] agli odierni appellati;*

- *accertare, altresì, che - essendo stato del tutto legittimo il trattamento retributivo riconosciuto dalla [REDACTED] nulla deve quest'ultima né a titolo di spese di CTU (cfr. all. 7), con conseguente diritto della Fondazione ad ottenere la restituzione delle somme corrisposte per effetto dell'esecuzione*



della sentenza impugnata, oltre interessi legali.

In subordine:

- riformare la sentenza nella parte in cui dispone che il superminimo spettante ai lavoratori debba essere integrato anche tenuto conto della media delle indennità di turno percepite negli ultimi 5 anni, riconoscendo ai ricorrente l'applicazione dell'art. 61, lett. d, nn. 1 e 5, del ccnl Aris fintantoché permarranno i presupposti previsti dal citato ccnl per l'erogazione delle citate indennità di turno.

In ogni caso, con vittoria di spese, competenze ed onorari di entrambi i gradi di giudizio, da distrarsi in favore dei sottoscritti procuratori antistatari.”.

Conclusioni per gli appellati: “*Nel merito:*

- rigettare, in quanto manifestamente infondato sia in fatto che in diritto, l'appello proposto dalla Fondazione [REDACTED] avverso la n. 78/2016 Sent, pronunciata dal Tribunale di Venezia, nella persona del G.L. Dott.ssa Anna. Menegazzo il 26.01.2016e pubblicata l'08.02.2016, relativa alla causa rubricata al n. 1938/14 r.g., e quindi confermare integralmente la sentenza ex adverso impugnata.

- Con vittoria di spese, competenze ed onorari di entrambi i gradi di giudizio.”

Svolgimento del processo

Con appello depositato in data 1 agosto 2016 la [REDACTED] ha impugnato la sentenza n.78/16 del giudice del lavoro del Tribunale di Venezia con la quale, dichiarato estinto il giudizio nei confronti di [REDACTED] è stata condannata condanna a corrispondere agli altri ricorrenti le differenze retributive, in forza del c.c.n.l. ARIS, per quanto concerne



l'indennità di turnazione e il compenso a titolo di lavoro supplementare.

Con memoria depositata il 28 giugno 2018 si sono costituiti gli appellati chiedendo di respingere l'impugnazione.

La causa è stata discussa e decisa all'udienza del 12 luglio 2018, sulle conclusioni delle parti in epigrafe riportate.

Motivi della decisione

1) La controversia attiene alla corretta applicazione dell'accordo 2 maggio 2011, con il quale l'odierna appellante ha regolato il rapporto lavorativo dei dipendenti transitati dalla precedente datrice di lavoro alla ~~XXXXXXXXXX~~

Va rammentato, infatti, che in precedenza vi era stata una cessione con affitto di azienda con decorrenza 1 maggio 2010, e con sostituzione dell'accordo ARIS, scaduto nel febbraio 2011, con c.c.n.l. UNEBA. La contestazione sulla sua applicazione aveva dato luogo all'accordo del maggio 2011.

In premessa l'accordo del 2 maggio 2011 dava atto della sostituzione dell'accordo ARIS già applicato agli odierni appellati nel rapporto con la ~~DXXXXXXXXXX~~ con l'accordo UNEBA con le limitazioni ivi indicate.

2) Il giudice di primo grado, per quanto interessa in questa sede, esclusa la pertinenza del riferimento all'art.2112 comma 3, ha richiamato la giurisprudenza di legittimità sulla questione della successione tra contratti collettivi e sua incidenza sui precedenti trattamenti retributivi in forza della quale il superamento della contrattazione anteriore non poteva incidere sulle situazioni ormai consolidate (Cass. n.24268 del 2013; Cass. n.18548 del 2009) e sui diritti soggettivi già entrati a far parte del patrimonio del lavoratore (Cass. n. 11634 del 2004).



Ha osservato che tale principio doveva esser applicato anche per modifiche incidenti sull'ammontare della retribuzione dovuta per effetto di quanto previsto dal disposto dell'art. 2103 c.c. (principio di irriducibilità della retribuzione), richiamando anche per tale aspetto la giurisprudenza di legittimità (Cass. n.23614 del 2010 e Cass n.11330 del 2014).

Richiamato, pertanto, il tenore dell'accordo del 2 maggio 2011 circa il mantenimento del trattamento retributivo precedente all'1 febbraio 2011, anche per quanto concerne l'indennità di turnazione, ha affermato che tale trattamento doveva essere rapporto al normale orario di 36 ore e non a quello di 38 ore prevista dal c.c.n.l. UNEBA, con conseguente maggiorazione del trattamento per l'orario eccedente quello ordinario.

3) Con l'appello la sentenza viene censurata in relazione ai seguenti fondamentali motivi.

A) La difesa appellante si rifa al principio enunciato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. n.11325 del 2005) circa l'assenza di una definitiva acquisizione di diritti economici già riconosciuti con accordi caducati o sostituiti. Nel caso dell'accordo di armonizzazione vigente mancava la previsione dell'indennità di turno, per cui non era giustificata la sua applicazione.

Rammenta che il contratto collettivo è fonte "eteronoma" ed il richiamo all'art.2077 c.c. vale solo in relazione al divieto di trattamenti peggiorativi dell'accordo collettivo rispetto al solo contratto individuale.

Richiama un precedente orientamento di questa Corte sulla medesima questione (sentenza n. 203/16) a sostegno della propria posizione.

Valorizza, altresì, il carattere solo eventuale dell'indennità di turno per cui, se viene meno il lavoro su turni, viene meno anche



l'indennità.

Reputa del tutto estranea alla tematica la previsione dell'art.36 Cost.

B) Riconoscimento del lavoro supplementare

Lamenta la difesa appellante la mancata considerazione dell'accordo che non ha prestato il riconoscimento di alcun elemento aggiuntivo a titolo di lavoro supplementare per le ore dalla 36^a alla 38^a *“in evidente dispregio alla volontà delle parti espressa a livello locale che - tenuto conto della situazione contingente e degli interessi complessivi dei lavoratori (rappresentati in primo luogo dal mantenimento dei livelli occupazionali) - avevano espressamente escluso l'applicazione del 2 maggio 2011”*.

Rammenta che la retribuzione prima goduta è stata mantenuta i rapporto all'incremento dell'orario lavorativo ordinario.

C) Sulla quantificazione dell'indennità di turno

Quand'anche si dovesse riconoscere la voce indennitaria di cui si discute la difesa dell'appellante rileva che detto riconoscimento, indipendentemente dall'effettuazione del turno, porterebbe ad un risultato paradossale: nel caso di esclusione dal turno, infatti, rimarrebbe l'emolumento, mentre i colleghi inseriti in turno successivamente non ne godrebbero.

Rammenta che le indennità di turno corrisposte in base al precedente contratto sono state escluse dalla determinazione della retribuzione annua lorda presa quale parametro di riferimento per il calcolo del superminimo spettante ad ogni lavoratore ai sensi dell'accordo del 2 maggio 2011 in quanto le stesse non possono considerarsi incluse nell'ambito della retribuzione ordinaria.

4) In sede di replica la difesa degli appellati precisa che la fonte della pretesa è l'accordo di armonizzazione del maggio 2011 e che la questione di causa riguarda l'inadempimento contrattuale e non la successione di contratti.



In questa prospettiva ritiene che debba farsi riferimento alla nozione di retribuzione ordinaria percepita e non alla retribuzione tabellare: essendo la prima comprensiva della indennità turno anche questa voce deve essere riconosciuta.

Richiama, altresì, il principio di irriducibilità della retribuzione per cui la sua applicazione impone di riconoscere anche emolumenti dovuti in via continuativa purchè non occasionale: il venir meno di tale componente della retribuzione in assenza del presupposto giustificativo, costituisce condotta inadempiente.

Puntualizza, anche che l'accordo non prevede l'esclusione di determinate voci retributive o una distinzione tra voci fisse e variabili.

Richiama l'art.49 del c.c.n.l. ARIS sulla nozione di retribuzione fondamentale, comprensiva dell'indennità di turno e specifica che il “premio presenza” è richiamato espressamente proprio perchè avente carattere occasionale. Richiama, altresì, la nozione di retribuzione “normale” (Cass. n.13440 del 1999 e 10846 del 2000).

Afferma che non si tratti di ultrattività di clausole sull'indennità di turno, ma di mera conservazione del trattamento economico.

Quanto all'orario supplementare rileva che l'accordo in esame non prevede la compensazione tramite il superminimo, per cui il differenziale retributivo è derivato dal maggiore orario.

5) L'appello è fondato.

In relazione alle tematiche in discussione, sostanzialmente riproducenti quelle già esaminate nella causa n.101/14, definita con la sentenza citata n.203 del 2016 di questa Corte, va operato esteso richiamato a tale pronuncia ai sensi dell'art.118 disp. att. c.p.c., che si è espressa nei seguenti termini: “L'accordo del 2 maggio 2011 va richiamato, in particolare, per le seguenti clausole: “2. *in ottemperanza alle previsioni di cui all'art.2103 c.c., il mutamento di*



contratto collettivo non comporterà diminuzioni agli attuali livelli retributivi riconosciuti ai lavoratori in forza presso il Centro Servizi alla data del 31 gennaio 2011;

3. le eventuali differenze tra i trattamenti retributivi attualmente riconosciuti ai lavoratori in forza presso il Centro Servizi alla data del 31 gennaio 2011 e quelli previsti dal vigente ccnl Uneba costituiscono assegni ad personam non riassorbibili e, pertanto, in occasione dei futuri rinnovi del ccnl Uneba non verranno assorbiti dagli incrementi contrattuali.”.

Risulta anche che l'accordo esclude l'applicazione degli allegati e degli accordi regionali del ccnl Uneba (in particolare, l'allegato 2 prevedeva nel caso di passaggio da altro ccnl al ccnl Uneba la compensazione delle due ore con somma equivalente).

Ciò posto è in discussione il riconoscimento dell'indennità di turnazione e della retribuzione supplementare (dalla 36^a alla 38^a ora), essendo previsto un trattamento mensile su 38 da ccnl Uneba, mentre il ccnl ARIS prevedeva la retribuzione per lavoro ordinario per le 36 ore e la maggiorazione del 20 % per le due successive.

Con riferimento all'indennità di turno va rammentato che si tratta di un tipo di emolumento eventuale, non legato all'intrinseca qualità della prestazione lavorativa, come tale in linea generale si sottrae al principio di irriducibilità della prestazione, nel senso che venuto meno il presupposto fattuale (ossia il lavoro su turni), viene meno anche l'indennità relativa (*“Ai fini del riconoscimento del diritto dei lavoratori subordinati al computo nella base di calcolo della retribuzione per il periodo feriale della maggiorazione per lavoro notturno, non è sufficiente l'accertamento della "normalità" della prestazione notturna in turni periodici e della erogazione della relativa indennità (reintroducendosi altrimenti il criterio della omnicomprensività della retribuzione, non legittimato in generale*



dal legislatore), ma, trattandosi di compenso erogato in ragione delle particolari modalità della prestazione lavorativa e a compensazione dei relativi disagi, e in quanto tale non assistito dalla garanzia della irriducibilità della retribuzione di cui all'art. 2103 cod. civ., occorre anche che la contrattazione collettiva faccia riferimento al concetto di retribuzione "ordinaria" o "normale". (Nella specie, relativa al lavoro notturno prestato dai dipendenti postali secondo turnazioni periodiche, la S.C. ha annullato la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto dei lavoratori all'inclusione della relativa indennità nel trattamento retributivo del periodo feriale, sulla sola base della constatazione che la contrattazione collettiva, negli spazi consentiti dalla Convenzione OIL n. 132 del 1970, ratificata e resa esecutiva con la legge 10 aprile 1981, n. 157, non determinava la misura della retribuzione spettante per il periodo feriale, senza accertare se la contrattazione collettiva facesse riferimento - per la determinazione della retribuzione feriale - alla retribuzione "normale" o, invece, a quella "fissa giornaliera")." (Cass.civ. Sez. L, Sentenza n. 16261 del 19/08/2004 - Rv. 575979).

Nel caso in esame l'inserimento a turni del personale proveniente dalla Provincia è dato pacifico, ma la contrattazione collettiva applicata dalla cessionaria non ne prevede la corresponsione. In questo caso non è in discussione che la contrattazione collettiva della cessionaria non contempli tale emolumento. Si tratta dell'accordo di armonizzazione del maggio 2011 che ben poteva prevedere un trattamento economico che non individui tra le voci l'indennità di turnazione. Rientra, infatti, nell'ambito della volontà contrattuale attribuire alla turnazione uno specifico valore economico aggiuntivo. Se ciò non viene fatto non si può presupporre che il significato di retribuzione sia rimasto



immodificato, richiamando la nozione operante nella vigenza di altra disciplina contrattuale. Correttamente la difesa appellante richiama la giurisprudenza circa l'insussistenza di un diritto quesito in ordine alla retribuzione del diritto all'indennità di turno come componente della retribuzione ordinaria, valendo solo sul presupposto di quella disciplina contrattuale, non più vigente.

Il dato letterale dello stesso accordo, d'altra parte, fa riferimento ai “livelli retributivi” e, quindi, non attiene direttamente ad uno piuttosto che all'altra componente delle retribuzione fissa o variabile e, quindi, di per sé non consente di introdurre alcun criterio che giustifichi la ricomprensione o meno nel livello retributivo dell'indennità di cui si discute.

Alla scadenza del contratto collettivo ARIS la Fondazione applicava anche al dipendente della cedente il contratto collettivo UNEBA e solo a seguito delle iniziative assunte in sede sindacale tale assetto contrattuale era stato modificato con l'accordo del maggio 2011 (v. pagina 13 memoria nel ricorso n.52/15): nessuna regione, quindi, è validamente prospettabile a fondamento del richiamo del diritto alla corresponsione dell'indennità di turnazione.

Su tale punto va anche ricordato che la lettura dell'accordo proposto dalla difesa degli appellati è riduttiva e non tiene conto delle clausole, non oggetto di esame in questa sede, che prevedono una serie di deroghe, favorevoli ai lavoratori, rispetto alla previsione del ccnl UNEBA, per cui le clausole 2 e 3, che pure determinano il riconoscimento del superminimo non riassorbibile, mirano in modo parziale a conservare il trattamento economico originario mediante il rispetto dei “livelli retributivi” (mediante il riconoscimento della differenza tra retribuzione annua + EADR [elemento aggiuntivo della retribuzione] e retribuzione ccnl UNEBA). Emerge in tale modo l'evidente finalità “compensativa” dell'accordo.



Va anche puntualizzato che la giurisprudenza citata dal primo giudice riguarda un caso diverso: l'asserita previsione di compensi premiali in accordo scaduto (del 1990) rispetto ai quali il nuovo contratto (del 1994) aveva previsto la cessazione della loro corresponsione con effetto dall'1 gennaio 2003. La Corte, in quel caso, aveva ritenuto che erroneamente il giudice di merito avesse presupposto il riconoscimento di detti diritti nel primo accordo, mentre la cessazione della corresponsione era riferibile ad emolumenti riconosciuti dalla contrattazione integrativa annuale per cui, il lor venir meno, non era collegato all'efficacia temporale del contratto collettivo: *“4. L'esame dell'altro profilo di censura coinvolge l'applicazione di un diverso principio di intangibilità, che preclude alla contrattazione collettiva (in assenza di specifico mandato, o di una successiva ratifica dei soggetti interessati) di incidere su diritti soggettivi già entrati nel patrimonio dei lavoratori. La sentenza impugnata ha ritenuto operante nella fattispecie tale principio, ritenendo che il diritto agli emolumenti premiali fosse già attribuito dal CCNL del 1990. La decisione appare affetta, sotto questo aspetto, dai denunciati vizi di difetto di motivazione e violazione dei canoni ermeneutici legali, perché non indica le ragioni su cui si basa il convincimento espresso in ordine alla identificazione di questi compensi nel disposto dell'art. 33 del medesimo contratto nazionale. In effetti, la clausola richiamata prevede l'inclusione nella retribuzione dell'integrativo di cui all'accordo del 19 maggio 1990; ma la pretesa azionata nel presente giudizio riguarda compensi premiali diversi, che non sono contemplati nel predetto accordo. La motivazione della sentenza impugnata non dà conto degli elementi su cui si basa la ricostruzione compiuta, che non risulta conforme ad un criterio di interpretazione del significato letterale delle clausole esaminate.”.*



Quanto alla retribuzione supplementare il primo giudice non ha considerato che espressamente le parti con l'accordo del maggio 2011 hanno escluso l'applicazione dell'allegato 2 (clausola 1 dell'accordo) riguardante il passaggio da altro ccnl (ARIS) al ccnl UNEBA, prevedente che la differenza delle ore su base annuale venga compensata o con somma equivalente o con somma accantonata nella banca delle ore (si richiamano in tale senso i riferimenti delle pagine 5 e 25 appello, senza che sul punto sia intervenuta smentita).

Valgono, quindi, anche per tale pretesa retributiva le valutazioni sopra espresse in ordine ai limiti di efficacia e vincolatività della disciplina contrattuale collettiva in presenza di disdetta e di positiva regolamentazione con una nuova disciplina contrattuale, costituita nel caso in esame dall'accordo del maggio 2011.

Va escluso che venga in discussione la violazione del parametro di cui all'art.36 Cost.: quanto all'indennità di turnazione, il suo carattere accessorio ed eventuale esclude di per sé che possa essere ritenuto violato il parametro costituzionale a seguito del mancato riconoscimento. Quanto al lavoro supplementare valgono analoghe considerazioni. In particolare, a chiusura della tematica, va rammentata che la valutazione in ordine al rispetto del parametro dell'art.36 Cost. deve considerare la retribuzione nel suo complesso e non può considerare una diversa commisurazione del compenso di singole voci: *“La particolare garanzia apprestata dall'art. 36 Cost. a tutela del lavoratore subordinato non si riferisce ai singoli elementi retributivi, bensì al trattamento economico globale, comprensivo della retribuzione per lavoro straordinario (v. sentenza Corte Cost. n. 470 del 2002). Ne consegue che i criteri della proporzionalità e della sufficienza posti dalla citata norma costituzionale a tutela del lavoratore non trovano applicazione in*



caso di erogazione di un compenso per lavoro straordinario inferiore a quello erogato per l'orario ordinario. (Fattispecie relativa all'attività di operatore di ripresa, svolta senza vincoli di orario, e al passaggio dalla contrattazione collettiva che riconosceva un'indennità commisurata al 25 per cento della retribuzione e della contingenza, ad altra, di diverso contenuto e portata, quantificata nell'8 per cento della retribuzione e della contingenza).” (Cass.civ. Sez. L, Sentenza n. 1173 del 19/01/2009 - Rv. 606529). In questa prospettiva la regolamentazione dell'orario di lavoro straordinario nella misura di 38 ore, anziché 36, quindi, non incidente né direttamente, per quanto sopra ritenuto in tema di portata applicativa della nuova disciplina contrattuale, né indirettamente, nella forma dell'asserita indebita riduzione della retribuzione proporzionata e sufficiente, può essere ritenuto inadempiente il datore di lavoro.

Resta assorbito, pertanto, l'ulteriore motivo di appello relativo alla incongrua a quantificazione operata dal primo giudice dell'indennità di turnazione.”.

Va aggiunto, in relazione a quanto oggetto di discussione, che la previsione di un maggiore orario – 38 ore settimanali anziché 36 – mediante il rinvio alla disciplina del punto 1 dell'accordo di armonizzazione del 2 maggio 2011, esclude che sussista una carenza di disciplina in ordine alla misura “ridotta” della retribuzione per le 2 ore eccedenti il previgente orario settimanale. A tale proposito la difesa degli appellati ha dedotto che in assenza di un'espressa previsione non fosse giustificato determinare la retribuzione oraria secondo il parametro del lavoro ordinario anche per la quota eccedentaria le 36 ore. Così non è per la risolutiva ragione che è la stessa indicazione dell'orario settimanale ordinario, pari a 38 ore ad imporre il mantenimento del livello retributivo (pur sempre quello



del lavoro ordinario) in ragione di tale maggiore orario.

6) Le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio, comprese quelle di consulenza tecnica d'ufficio, vanno compensate in ragione della peculiarità e novità della controversia, essendo per l'unico precedente (la citata sentenza n.203 del 2016), pendente il ricorso per cassazione.

p.q.m.

La Corte, definitivamente pronunciando nella causa in epigrafe, rigettata ogni diversa istanza, eccezione e domanda, così provvede:

- accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata respinge la domanda proposta in primo grado;
- compensa le spese di lite di entrambi i gradi.

Venezia, 12 luglio 2018

Il Presidente est.
Gianluca Alessio

