

RGL 2/2021

PARTE II

RGL GIURISPRUDENZA ONLINE

NEWSLETTER N. 5/2021

APPROFONDIMENTI

I

TRIBUNALE DI MILANO, 29.12.2020 – Est. Colosimo – C.C.J.M. (avv. Tagliabue) c. G.B.T. s.p.a. (avv.ti Ceci, Vercellino) ed E. s.p.a. (avv. Lavizzari).

Orario di lavoro – Lavoro straordinario – Lavoro discontinuo – Accordi aziendali – Accordi di forfetizzazione – Contrattazione collettiva.

Sono illegittimi gli accordi di forfetizzazione del lavoro straordinario prestato da un lavoratore inquadrato nel IV livello del Ccnl Logistica Trasporto Merci e Spedizione qualora non sussista il requisito della discontinuità, da valutarsi con riferimento al concreto svolgimento della prestazione del lavoratore. (1)

(1) LAVORO DISCONTINUO E ACCORDI AZIENDALI NELLA DISCIPLINA DEL CCNL LOGISTICA

1. — Con la sentenza in commento il Tribunale di Milano ha deciso su un ricorso, articolato in diverse doglianze, di un autista impiegato presso una società di trasporti. Di particolare interesse è l'unica richiesta accolta dal giudice, riguardante la validità, l'efficacia «o comunque l'applicabilità» degli accordi aziendali di forfetizzazione stipulati ai sensi della delega prevista dal Ccnl Logistica Trasporto Merci e Spedizione. Al fine di comprendere al meglio l'oggetto della controversia è quindi necessario soffermarsi sulla disciplina di tale delega.

L'art. 11-*quinquies* del Ccnl Logistica prevede una serie di disposizioni applicabili esclusivamente al personale viaggiante del IV livello (nel quale il ricorrente era inquadrato), finalizzate a definire «condizioni di maggior flessibilità». Al comma 2, lett. b di questo articolo si prevede la possibilità che, attraverso un accordo aziendale che riconosca la natura discontinua della prestazione «a norma del r.d.l. 15.3.1923 n. 692, r.d. 10.9.1923, n. 1953, r.d. 6.12.1923, n. 2657», si possa derogare al limite orario settimanale di 39 ore previsto dallo stesso contratto. Per i lavoratori discontinui, «il cui tempo di lavoro effettivo non coincide con i tempi di presenza a disposizione [...] e la cui attività comporti l'alternanza tra periodi di lavoro, con periodi di pausa, di riposo o di inattività», il limite settimanale può essere infatti esteso a 44 ore. Il comma 7 del medesimo articolo prevede poi che «a livello aziendale saranno definite le modalità di forfetizzazione del lavoro straordinario secondo le modalità previste dal comma 8 del precedente articolo 11».

Tale norma disciplina, infatti, gli accordi aziendali, che possono prevedere la definizione, per l'appunto forfettaria, della retribuzione dovuta per il lavoro straordinario. A tali accordi è peraltro collegata una clausola di decadenza, disciplinata dall'art. 11, c. 9, per la quale il lavoratore ha un termine di sei mesi per richiedere le differenze retributive che ritenga dovute per il lavoro straordinario.

Gli accordi aziendali oggetto della controversia, stipulati in due diverse occasioni, nel 2016 e nel 2017, tra le organizzazioni sindacali e la società datrice di lavoro del ricorrente, prevedevano l'estensione dell'orario ordinario, a norma dell'art. 11-*quinquies*, e disciplinavano la forfetizzazione della retribuzione per il lavoro eventualmente prestato oltre la quarantaquattresima ora.

Il giudice ha dichiarato l'illegittimità degli accordi menzionati ritenendo che non sussistesse il presupposto per la loro stipulazione, e cioè la discontinuità della prestazione di lavoro, per come identificata dall'art. 11-*quinquies*.

2. — Oggetto della valutazione del giudice è stata quindi la sussistenza della discontinuità della prestazione di lavoro resa dal ricorrente. Ai fini della valutazione di tale requisito, l'art. 11-*quinquies* fa riferimento a tre diversi decreti, assai risalenti. Nel complesso, queste norme escludono dall'«orario effettivo» il lavoro discontinuo o di semplice attesa e custodia, rinviando ad apposita tabella per la determinazione delle prestazioni considerabili discontinue.

Il rinvio ai decreti appare però poco utile, perché essi non definiscono la nozione di discontinuità e si limitano, appunto, a identificare delle ipotesi specifiche tramite una tabella. Per questo motivo, ai fini interpretativi risulta particolarmente utile la specificazione del Ccnl, per il quale si deve considerare discontinua la prestazione nella quale il tempo di presenza sia superiore al tempo effettivo di lavoro, per via della presenza di periodi di pausa, riposo o inattività.

Considerata l'inattualità della tabella del r.d. n. 2657/1923, quelle del Ccnl sembrano essere le uniche indicazioni utili al fine di comprendere quale sia la nozione di lavoro discontinuo contemplata dallo stesso.

Peraltro, tale nozione ha assunto diversi significati nella normativa italiana. La discontinuità è stata anche riferita alla distribuzione delle singole prestazioni di lavoro nel tempo. Difatti si fa ancora riferimento alla tabella del r.d. n. 2657/1923 per la determinazione delle ipotesi in cui – in assenza di intervento da parte della contrattazione collettiva – è utilizzabile il lavoro intermittente *ex* art. 13, c. 2, d.lgs. n. 81/2015.

Eppure, la discontinuità identificata dai regi decreti del 1923 connota la prestazione nel suo concreto svolgimento, e non si riferisce invece alla collocazione temporale delle prestazioni di lavoro.

Un'accorta dottrina già in passato ha rilevato questa contraddizione: la discontinuità oggetto della normativa del 1923, poi impropriamente richiamata con riferimento alle prestazioni di lavoro intermittente, sarebbe infatti una discontinuità «interna alla normale prestazione giornaliera» (Vallebona 2004, 249), ben diversa da quella del lavoro intermittente per come delineato dal legislatore. Nel lavoro intermittente, difatti, non è prevista la ricorrenza quotidiana della prestazione.

La nozione di lavoro discontinuo, quindi, nel suo significato originario, rileverebbe solo con riferimento alla disciplina della durata e dell'orario di lavoro. In particolare, le prestazioni di lavoro discontinuo sarebbero caratterizzate dal fatto che nell'adempimento dell'obbligazione si inseriscano dei segmenti di tempo di attesa, non rilevanti ai fini del calcolo dell'orario di lavoro (Bavaro 2008, 207).

Sembra essere in quest'ultimo senso che si deve intendere la discontinuità che costituisce presupposto per l'estensione dell'orario di lavoro ai sensi dell'art. 11-*quinquies*. Tale estensione sarebbe ragionevole per via della presenza di momenti di non-lavoro (pause, attesa) durante lo svolgimento della prestazione.

Solo apprezzando lo svolgimento in concreto della prestazione si può quindi accertare il fatto che questa sia discontinua. Sul punto il giudice ha esperito in modo scrupoloso la prova testimoniale. Dalle risultanze istruttorie si è potuta evincere l'assenza di effettivi momenti di riposo durante la prestazione giornaliera. Il lavoratore prima di iniziare le consegne doveva svolgere l'attività di carico del mezzo; inoltre, le consegne erano assegnate e predisposte all'interno delle fasce orarie prestabilite in modo da concentrarne la maggior quantità nel minor tempo possibile. Infine, l'assenza di una vera e propria pausa per il pranzo costituisce per il giudice prova inequivocabile del ritmo serrato delle consegne. È stato pure escluso che l'eventuale tempo di attesa tra una consegna e l'altra possa qualificarsi quale tempo di pausa, riposo o inattività, poiché in ogni caso l'autista era tenuto a garantire la custodia del mezzo di trasporto e dei beni presi in consegna. In base a questi elementi di fatto, il giudice ha correttamente escluso la ricorrenza del requisito della discontinuità.

La rilevanza di tali elementi sembra essere stata confermata dagli orientamenti della giurisprudenza. Il tempo in cui il lavoratore, pur in pausa, deve tenersi pronto allo svolgimento di una nuova prestazione, è da considerarsi di lavoro effettivo. Si tratterebbe infatti di temporanea inattività. Solo qualora egli possa disporre del suo tempo libero, il tempo di pausa sarebbe qualificabile quale "riposo intermedio", elemento che caratterizza il lavoro discontinuo (Cass., 2.3.2009, n. 5023, in *MGC*, 2009, 363; Cass. 24.10.2012, n. 18211, in *ADL*, 2013, 392, con nota di Siotto; C. App. Genova, 27.11.2000, in *LG*, 2001, 753, con nota di Piovesana).

Peraltro, parte della dottrina ritiene superata la distinzione tra temporanea inattività e riposo intermedio ai fini del calcolo dell'orario di lavoro effettivamente svolto. Ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. a), del d.lgs. n. 66/2003, è ricompreso nell'orario di lavoro «qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia al lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni», e quindi probabilmente anche i riposi intermedi nei casi di lavoro discontinuo (Ferrante 2011, 1197). Del resto, in dottrina è stato anche sostenuto che «l'orario non misura il lavoro, ma, se mai, la semplice presenza nei luoghi predeterminati dall'impresa» (Gagnoli 2007, 464). Eppure, l'art. 8, c. 3 dello stesso decreto esclude i riposi intermedi dai periodi computabili nell'orario di lavoro, salva diverse disposizioni dei contratti collettivi.

In ogni caso, la questione non rileva per la fattispecie presa in esame, dacché è pacifico che proprio il Ccnl consideri orario di lavoro anche il tempo di pausa, riposo o inattività. È peraltro non infrequente che i contratti collettivi facciano riferimento al lavoro discontinuo pur includendo nell'orario di lavoro tutto il tempo di presenza e non solo il c.d. orario effettivo (Bavaro 2008, 216, con riferimento al limite di durata dell'orario settimanale per i lavoratori discontinui previsto dal Ccnl industria metalmeccanica).

3. — Gli accordi aziendali in base ai quali l'orario ordinario è stato esteso fino a 44 ore sono stati quindi stipulati in mancanza dei presupposti previsti dal Ccnl.

Tali accordi, sottoscritti dal lavoratore per adesione, avevano però un duplice contenuto e attuavano due diverse deleghe del Ccnl.

Da un lato, infatti, stabilivano l'estensione dell'orario ordinario settimanale, ai sensi dell'art. 11-*quinquies*; dall'altro, determinavano la forfetizzazione della retribuzione del lavoro straordinario *ex* art. 11, c. 8, lett. b).

I due aspetti sono tra loro distinti; difatti, proprio l'art. 11-*quinquies*, c. 5 prevede che «in occasione della stipula degli accordi collettivi aziendali di cui all'art. 11, c. 8, punto b), potrà essere verificata la sussistenza delle condizioni che costituiscono requisito essenziale per l'applicazione del regime di orario previsto dal comma 2». Quindi, ai sensi del Ccnl, la natura discontinua della prestazione sembra essere requisito necessario per la sola estensione del regime orario ordinario, e non anche per la forfetizzazione degli straordinari che avvenga secondo le modalità previste dallo stesso Ccnl.

È necessario quindi comprendere se l'accordo, nella parte in cui dispone la forfetizzazione della retribuzione del lavoro straordinario, possa mantenere una sua autonomia e considerarsi sottoscritto in conformità con le disposizioni del Ccnl.

Tale questione sembra sbrigativamente superata dal giudice, che dichiara l'illegittimità degli accordi sulla base della mancata discontinuità della prestazione, che invero rappresenta un presupposto solo con riferimento all'estensione dell'orario ordinario settimanale. Difatti, lo stesso art. 11-*quinquies* si limita a prevedere che «a livello aziendale saranno definite le modalità di forfetizzazione del lavoro straordinario secondo le modalità previste dal c. 8 del precedente art. 11», rinviando quindi alla disciplina collettiva generale degli accordi di forfetizzazione.

In ogni caso, dal testo degli accordi aziendali riportato in sentenza risulta uno stretto collegamento tra l'estensione dell'orario lavorativo e la forfetizzazione degli straordinari, tant'è che l'accordo aziendale dell'8 luglio 2016 si riferisce all'art. 11, c. 8, lett. b, che disciplina gli accordi di forfetizzazione, «così come richiamato dall'art. 11-*quinquies*, c. 5, del Ccnl attualmente in vigore»; e ancora, nell'accordo aziendale dell'8.3.2017 si fa esplicito riferimento alla «prestazione lavorativa mensile che dovesse essere eventualmente resa in eccedenza rispetto al limite di 44 ore settimanali» quale oggetto del lavoro straordinario sul quale avrebbe inciso l'accordo di forfetizzazione.

Non sembra quindi che le clausole che prevedono la forfetizzazione del lavoro straordinario possano considerarsi autonomamente, poiché tale forfetizzazione è stata prevista dalle parti proprio in ragione del fatto che l'orario ordinario è stato esteso oltre le 39 ore.

Per questo motivo, sembra corretta la decisione del giudice di considerare stipulate in mancanza del presupposto previsto dal Ccnl anche le specifiche clausole riguardanti la forfetizzazione del lavoro straordinario.

Di conseguenza, non troverebbe neanche applicazione la clausola di decadenza prevista dall'art. 11, c. 9.

4. — La ricostruzione del giudice si espone però a un'ulteriore importante censura.

Egli, infatti, dichiara l'illegittimità degli accordi aziendali perché in contrasto con le disposizioni del Ccnl. Eppure, non essendo presenti nell'ordinamento norme che prevedono la superiorità gerarchica del contratto collettivo nazionale rispetto agli accordi aziendali (*ex multis*, Santoro-Passarelli 2018, 262), non sembra opportuno far riferimento alla categoria della illegittimità.

Il concorso-conflitto tra le due regole di derivazione collettiva andrebbe risolto infatti secondo i canoni interpretativi civilistici. Nel caso di specie, un criterio interpretativo adeguato potrebbe essere quello dell'interpretazione complessiva delle clausole contrattuali (art. 1363 c.c.), che sarebbe applicabile anche con riferimento all'interpretazione sistematica delle regole previste dai diversi livelli di contrattazione (Nuzzo 2010, 291; Cass. 24.1.2019, n. 2019, ne *ilgiustlavorista.it*, fasc. 1, 2020; cfr., da ultimo, Cass. 16.3.2021, n. 7359, inedita a quanto consta).

Interpretando sistematicamente le clausole degli accordi aziendali e le disposizioni del Ccnl, si potrebbe ritenere che non rientri nella comune volontà delle parti la stipula degli accordi aziendali in assenza del requisito della discontinuità.

Di conseguenza, potrebbe dichiararsi l'inapplicabilità (e non l'illegittimità) di tali accordi.

5. — In conclusione, il giudice ha rilevato in modo corretto l'assenza della discontinuità delle prestazioni oggetto degli accordi aziendali, ma non si è sufficientemente interrogato sulle conseguenze di tale assenza sugli accordi stessi.

In primo luogo, perché ha mancato di considerare che la discontinuità rappresenta un presupposto per la sola estensione dell'orario *ex art. 11-quinquies* del Ccnl e non anche per la forfetizzazione degli straordinari *ex art. 11, c. 8*.

In secondo luogo, perché ha dichiarato l'illegittimità degli accordi, non tenendo in considerazione la natura giuridica degli atti. Più corretto sarebbe stato determinare le conseguenze applicative della mancanza di discontinuità sul piano obbligatorio, attraverso i canoni interpretativi civilistici applicabili agli accordi collettivi presi in considerazione.

Riferimenti bibliografici

- Bavaro V. (2008), *Il tempo nel contratto di lavoro subordinato*, Cacucci, Bari.
- Ferrante V. (2011), voce *Tempo di lavoro*, in *ED*, Annali IV, 1181 ss.
- Gragnoles E. (2007), *Tempo e contratto di lavoro subordinato*, in *RGL*, n. 2, I, 439 ss.
- Nuzzo V. (2010), *I criteri ermeneutici applicabili al contratto collettivo nell'interpretazione giurisprudenziale*, in *RIDL*, n. 1, II, 281 ss.
- Piovesana A. (2001), *Prestazioni discontinue e riposi intermedi*, in *LG*, n. 8, 753 ss.
- Santoro-Passarelli G. (2018), *Realtà e forma nel diritto del lavoro*, vol. III, Giappichelli, Torino.
- Siotto F. (2013), *La prestazione del portiere di notte tra straordinario, ferie non godute e danno biologico*, in *ADL*, n. 2, II, 2013, 398 ss.
- Vallebona A. (2004), *Lavoro "intermittente" e "discontinuo": i sinonimi e la norma "a orecchio"*, in *DL*, n. 78, 249 ss.

Gianluca Giampà
*Dottorando in Diritto del lavoro
presso la «Sapienza» Università di Roma*