

Civile Ord. Sez. L Num. 14904 Anno 2024

Presidente: ESPOSITO LUCIA

Relatore: PONTERIO CARLA

Data pubblicazione: 28/05/2024

Oggetto

Orario di
lavoro - Riposo
compensativo
lavoro
domenicale e
festività

R.G.N. 28019/2019

Cron.

Rep.

Ud. 13/03/2024

CC

ORDINANZA

sul ricorso 28019-2019 proposto da:

SAPORITO PIERO, D'ASTOLTO JACOPO, OLIVOTTO PAOLA ADA, elettivamente domiciliati in ROMA, VIA ASIAGO 9, presso lo studio dell'avvocato GIACOMO SUMMA, rappresentati e difesi dagli avvocati MAURIZIO BORALI, MARIO ANTONIO FEZZI;

- ricorrenti -

contro

ESSELUNGA S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA MAZZINI 27, presso lo studio TRIFIRO' & PARTNERS, rappresentata e difesa dagli avvocati SALVATORE TRIFIRO', PAOLO ZUCCHINALI, GIACINTO FAVALLI, MARINA MARIA TONA;

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1004/2019 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 13/06/2019 R.G.N. 251/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 13/03/2024 dalla Consigliera CARLA PONTERIO.

Rilevato che:

1. La Corte d'Appello di Milano ha accolto l'appello di Esselunga spa e, in riforma della pronuncia di primo grado, ha respinto la domanda proposta da Piero Saporito, Jacopo D'Astolto e Paola Ada Olivotto, di riconoscimento del diritto ad un giorno di riposo compensativo in relazione al lavoro festivo prestato nella giornata di domenica 4 dicembre 2016.

2. La Corte territoriale ha ritenuto che:

- la contrattazione collettiva nazionale (art. 141 c.c.n.l. Terziario del 18.7.2008, come integrato dall'Accordo del 30.3.2015) rimette la disciplina del lavoro domenicale alla contrattazione di secondo livello;

- il contratto integrativo aziendale del 22.1.2016 attribuisce all'azienda la facoltà di programmare il lavoro domenicale nei singoli negozi, a seguito di confronto con le r.s.u.;

- tale accordo, sottoscritto dalle OO.SS. maggiormente rappresentative a livello nazionale, può derogare anche alle norme di legge, ai sensi dell'art. 8, comma 2 bis, della legge 148 del 2011 e, nella specie, alla normativa in materia di festività (artt. 2 e 5 della legge n. 260 del 1949);

- il c.c.n.l. e gli accordi integrativi non escludono la possibilità di godimento del riposo compensativo nei giorni di festività infrasettimanali ove tali giorni di festività civili o religiose siano considerati nella programmazione trimestrale della società come giorni di apertura del negozio;

- è quindi legittima la decisione della società di collocare il riposo compensativo per la prestazione lavorativa della domenica 4.12.2016, nelle giornate festive del 7 e 8 dicembre, in cui il negozio era aperto, secondo la citata programmazione trimestrale.

3. Avverso tale sentenza Piero Saporito, Jacopo D'Astolto e Paola Ada Olivotto hanno proposto ricorso per cassazione

affidato a due motivi. Esselunga spa ha resistito con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memoria.

4. Il Collegio si è riservato di depositare l'ordinanza nei successivi sessanta giorni, ai sensi dell'art. 380 bis.1 c.p.c., come modificato dal d.lgs. n. 149 del 2022.

Considerato che:

5. Con il primo motivo di ricorso è dedotta la violazione della normativa contrattuale in materia di lavoro domenicale e riposo compensativo (artt. 140, 141 e 144 c.c.n.l. Terziario), della legge n. 260 del 1949, dell'art. 8, legge n. 148 del 2011 e degli artt. 1362, 1363 e 1366 c.c. in relazione all'interpretazione degli accordi collettivi nazionali e aziendali di cui è causa.

6. I ricorrenti, lavoratori a tempo pieno con orari di lavoro articolati dal lunedì al sabato e giorno di riposo normalmente coincidente con la domenica, premettono che l'art. 141 c.c.n.l. consente alle aziende di prevedere la prestazione di lavoro nel giorno di domenica, per quei lavoratori che abbiano il "riposo settimanale coincidente normalmente con la domenica", riconoscendo ai medesimi una maggiorazione del 30% sulla retribuzione ordinaria per le ore lavorate; aggiungono che, ai sensi del successivo art. 144, "le ore di lavoro prestate nei giorni di riposo settimanale dovranno essere retribuite con la sola maggiorazione del 30% sulla quota oraria della normale retribuzione di cui all'art. 193, fermo restando il diritto del lavoratore di godere di riposo compensativo nel giorno successivo, avuto riguardo alle disposizioni di legge vigenti in materia". Censurano la sentenza d'appello nella parte in cui (p. 9) afferma che "il c.c.n.l. non contiene alcuna previsione relativa al riposo compensativo". Allegano di avere argomentato, fin dal ricorso introduttivo di primo grado (alle pp. 5 e 6, trascritte nel ricorso per cassazione alle pp. 10 e 11), come il riposo

compensativo sia previsto dal contratto collettivo e che dunque "il lavoratore che lavora di domenica, ossia in quello che sarebbe il suo giorno di riposo, ha diritto, in aggiunta alla maggiorazione, ad un giorno di riposo compensativo, da fruirsi nel giorno successivo a quello in cui è stata richiesta la sua prestazione". Censurano inoltre la sentenza nella parte in cui, sull'errato presupposto della mancata disciplina del riposo compensativo ad opera del CCNL, afferma che la relativa regolamentazione è integralmente demandata alla contrattazione di secondo livello, nella specie individuata nell'accordo del 22 gennaio 2016 sottoscritto dalla società con le organizzazioni sindacali di categoria, con possibilità di quest'ultima di derogare alla normativa in materia di lavoro festivo. Rilevano che l'accordo del 22 gennaio 2016 non contiene alcuna disciplina del riposo compensativo in deroga a quanto stabilito dall'articolo 144 del c.c.n.l.; che l'accordo del 22 gennaio 2016 non è riconducibile alla previsione dell'art. 8, legge n. 148 del 2011 e che non potrebbe in alcun modo introdurre una deroga, a livello collettivo, di un diritto individuale qual è quello sancito dalla legge n. 260 del 1949; che l'accordo del 2016 non prevede che il riposo compensativo possa essere collocato in una giornata festiva, ovvero in una giornata che è, per sua natura, di riposo e non di lavoro. Osservano, ancora, che gli accordi aziendali invocati dalla società non contengono alcun richiamo alla legge n. 148 del 2011, nessun riferimento al criterio maggioritario delle rappresentanze firmatarie, nessuna specificazione del fatto di essere stati sottoscritti per le finalità indicate dalla medesima legge; che con tali accordi le OO.SS. non hanno inteso introdurre deroghe alla legge o al contratto collettivo nazionale ma solo dare applicazione all'art. 141 c.c.n.l. che rimette alla contrattazione di secondo livello la disciplina delle modalità di organizzazione del lavoro

domenicale nelle aziende in cui sussista l'esigenza di operare anche in questa giornata. Sottolineano che il diritto di non lavorare in occasione delle festività, di cui alla legge n. 260 del 1949, è un diritto di natura individuale non derogabile mediante accordi sindacali e non rientra tra le materie elencate dall'art. 8 della legge n. 148 del 2011.

7. Con il secondo motivo è dedotto l'omesso esame di un punto decisivo della controversia che è stato oggetto di discussione tra le parti, concernente la mancata prova della fissazione di un turno lavorativo dei ricorrenti nelle giornate festive in cui sarebbe stato fruito il riposo compensativo. Si sostiene che la pretesa della società, di avere legittimamente collocato il riposo compensativo in occasione delle festività (nel caso di specie nei giorni 7 o 8 dicembre), presuppone la prova che per quei giorni festivi era prevista la prestazione lavorativa dei ricorrenti e che quindi gli stessi non hanno in concreto lavorato, non perché si trattava di un giorno festivo, ma per la fruizione del riposo compensativo. Si rileva che nessuna deduzione e prova al riguardo è stata fornita dalla parte datoriale, onerata.

8. Il primo motivo di ricorso è fondato.

9. È pacifico che gli attuali ricorrenti, dipendenti di Esselunga spa, lavoravano a tempo pieno, dal lunedì al sabato e con riposo settimanale coincidente normalmente con la domenica.

10. Come riportato nella sentenza d'appello, nel periodo dal 28.11.2016 all'11.12.2016, essi hanno lavorato la domenica 4.12.2016 e hanno goduto del riposo compensativo nei giorni 7 dicembre (Saporito) e 8 dicembre (D'Astolto e Olivotto), giorni (festivi) di apertura del punto vendita.

11. Il c.c.n.l. Confcommercio 18.7.2008, richiamato nella sentenza d'appello, stabilisce all'art. 141, dedicato al "lavoro domenicale":

“Nell'ambito della contrattazione di secondo livello, territoriale e aziendale, al fine di migliorare il livello di competitività, produttività ed efficienza organizzativa delle aziende del settore, potranno essere concordate modalità di attuazione del riposo settimanale di cui all'art. 9, comma 3 del D.lgs. 66/2003, che, tenuto conto della disponibilità espressa dai lavoratori, individui modalità idonee a garantire una equa distribuzione dei carichi di lavoro comprendendo tutto il personale.

Vista la particolare disciplina che regola il lavoro domenicale previsto dal CCNL del terziario e dalle norme di legge vigenti, le Parti concordano che tale materia sia oggetto di contrattazione di 2° livello. In tale ambito, territoriale o aziendale, le parti dovranno disporre del calendario delle aperture previsto dalle disposizioni normative in materia per l'anno di riferimento.

In attesa della realizzazione di quanto previsto ai commi 1 e 2, trascorsi 4 mesi dalla sottoscrizione del presente CCNL, fermo restando le eventuali intese che saranno realizzate durante tale periodo al livello aziendale o territoriale, le Parti convengono, in via transitoria, di applicare la disciplina di cui ai commi successivi.

Ferma restando l'applicazione delle maggiorazioni e dei trattamenti economici, anche su quanto previsto dal presente comma, previsti dalla contrattazione integrativa territoriale o aziendale sul lavoro domenicale, le aziende - al fine di garantire lo svolgimento del servizio in relazione alle modalità organizzative - hanno facoltà di organizzare per ciascun lavoratore a tempo pieno che abbia il riposo settimanale normalmente coincidente con la domenica, lo svolgimento dell'attività lavorativa nella misura non superiore al 30% delle aperture domenicali previste a livello territoriale, oltre a quelle previste dal D.lgs. 31 marzo 1998, n. 114. Non

saranno tenuti ad assicurare le prestazioni di cui al presente comma i lavoratori rientranti nei casi sottoelencati:

- le madri, o i padri affidatari, di bambini di età fino a 3 anni;
- i lavoratori che assistono portatori di handicap conviventi o persone non autosufficienti titolari di assegno di accompagnamento conviventi.

Altre ipotesi potranno essere concordate al secondo livello di contrattazione.

[...]".

12. Il successivo art. 144, relativo alla "Retribuzione prestazioni nel giorno di riposo settimanale di legge", prevede: "Ai sensi delle vigenti disposizioni, le ore di lavoro prestate nei giorni di riposo settimanale dovranno essere retribuite con la sola maggiorazione del 30% sulla quota oraria della normale retribuzione di cui all'art. 193, fermo restando il diritto del lavoratore di godere il riposo compensativo nel giorno successivo, avuto riguardo alle disposizioni di legge vigenti in materia".

13. La legge a cui deve farsi riferimento e che è richiamata dal citato art. 141 è il d.lgs. 66 del 2003 che, all'art. 9 (riposi settimanali), primo comma, detta la seguente previsione: "Il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'articolo 7"; e al successivo comma 3 aggiunge: "Il riposo di ventiquattro ore consecutive può essere fissato in un giorno diverso dalla domenica e può essere attuato mediante turni per il personale interessato a modelli tecnico-organizzativi di turnazione particolare ovvero addetto alle attività aventi le seguenti caratteristiche: ...lett. d) "servizi ed attività il cui funzionamento domenicale corrisponda ed esigenze tecniche ovvero soddisfi interessi rilevanti della collettività ovvero sia di pubblica utilità".

14. È vero, come affermato dai giudici di appello, che la contrattazione collettiva demanda a quella integrativa di secondo livello l'individuazione delle modalità del riposo settimanale, come esplicitamente statuito dal primo comma dell'art. 141 c.c.n.l. Né è in discussione che, con l'accordo aziendale del 22 gennaio 2016, le parti contrattuali abbiano previsto la possibilità di organizzare la prestazione lavorativa domenicale in turno, "riconoscendo all'azienda la facoltà di prevedere per i lavoratori a tempo pieno che hanno il giorno di riposo settimanale di domenica, lo svolgimento dell'attività lavorativa nella misura massima di 22 domeniche all'anno" (sentenza, p. 9).

15. Ciò che occorre rilevare è che l'accordo aziendale del 2016 non contiene una esplicita disciplina del riposo compensativo. Né la previsione della possibilità che i lavoratori svolgano "attività lavorativa nella misura di 22 domeniche all'anno" può essere intesa quale deroga implicita al diritto dei lavoratori, normativamente previsto dall'art. 9 del d.lgs. 66 del 2003 e dall'art. 144 del c.c.n.l., al riposo compensativo. Dal che discende l'errata interpretazione, da parte dei giudici di appello, delle disposizioni legali e contrattuali appena richiamate, dovendosi ribadire che il diritto al riposo compensativo, a fronte del lavoro svolto dagli attuali ricorrenti nella giornata di domenica, trova fondamento nelle disposizioni del decreto legislativo n. 66 del 2003 e nel contratto collettivo nazionale, in nessun modo derogate dalla contrattazione aziendale. Tale conclusione esonera dall'affrontare la questione della riconducibilità dell'accordo aziendale alla previsione di cui all'art. 8, legge n. 148 del 2011.

16. La sentenza d'appello è errata in diritto anche là dove giudica legittima la collocazione del riposo compensativo

nelle giornate di festività nazionali (domenica 7 dicembre e 8 dicembre).

17. Sul tema delle festività nazionali questa Corte (v. da ultimo Cass. n. 18887 del 2019) ha stabilito che la disciplina dettata dalla legge n. 260 del 1949 (come modificata dalla legge n. 90 del 1954) è completa ed autosufficiente nel riconoscere al lavoratore il diritto di astenersi dal prestare la propria attività in determinate festività celebrative di ricorrenze civili e religiose, con esclusione, quindi, di eventuali sue integrazioni analogiche o commistioni con altre discipline (Cass. n. 22482 del 2016). Il diritto del lavoratore di astenersi dall'attività lavorativa in occasione delle festività infrasettimanali è un diritto soggettivo ed è pieno con carattere generale (Cass. 19.10.2016 n. 21209). Tale diritto non può essere posto nel nulla dal datore di lavoro, potendosi rinunciare al riposo nelle festività infrasettimanali solo in forza di un accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore e non già in virtù di una scelta unilaterale (ancorché motivata da esigenze produttive) proveniente dal primo (cfr. Cass. n. 9176/1997; Cass. n. 16634 del 2005; Cass. n. 4435 del 2004). La rinunciabilità al relativo riposo è rimessa al solo accordo delle parti individuali (Cass. n. 16592 del 2015) o ad accordi sindacali stipulati da OO.SS cui il lavoratore abbia conferito esplicito mandato (Cass. n. 22482 del 2016; Cass. n. 16634 del 2005). I contratti collettivi, quindi, non potendo derogare in senso peggiorativo ad un diritto del singolo lavoratore se non nel caso in cui egli abbia loro conferito esplicito mandato in tal senso, non possono prevedere l'obbligo dei dipendenti di lavorare nei giorni di festività infrasettimanali, in quanto incidenti sul diritto dei lavoratori - indisponibile da parte delle organizzazioni sindacali (Cass. n. 9176 del 1997) - di astenersi dalla prestazione.

18. Si è inoltre sottolineato come il d.lgs. n. 66 del 2003, emesso in attuazione della direttiva 93/104/CE e della direttiva 2000/34/CE, nulla aggiunga alla specifica disciplina sulle festività infrasettimanali, in quanto la normativa comunitaria si riferisce espressamente al riposo settimanale e alla possibilità che esso possa essere calcolato in giorno diverso dalla domenica (v. Cass. n. 29907 del 2021).

19. Ribadito quindi il diritto soggettivo del lavoratore di astenersi dal prestare attività lavorativa in occasione delle festività e che tale diritto non può essere posto nel nulla dal datore di lavoro, potendo essere oggetto di rinuncia solo in forza di un accordo tra il datore di lavoro e lavoratore o di accordi sindacali stipulati da OO.SS. cui il lavoratore abbia conferito esplicito mandato, deve rilevarsi che, nel caso in esame, non solo non vi è traccia di accordi individuali tra i lavoratori e la società aventi ad oggetto la rinuncia al riposo nelle citate festività ma la sentenza d'appello neppure richiama passaggi del contratto aziendale che depongano espressamente in tal senso, emergendo, al contrario, che oggetto dell'accordo aziendale del 22.1.2016 fosse unicamente il lavoro domenicale.

20. Risulta quindi non conforme a diritto anche l'affermazione sulla legittima possibilità di godimento del riposo compensativo in giorni di festività infrasettimanale purché "considerati nella programmazione trimestrale dell'azienda come di apertura del negozio" (sentenza p. 10), atteso che tale programmazione dell'azienda non equivale ad accordo individuale o aziendale avente ad oggetto la rinuncia al riposo nelle festività infrasettimanali e non essendo sufficiente il fatto, invece valorizzato dai giudici di appello, che "gli accordi integrativi (non) ... escludono la possibilità di godimento del riposo compensativo in giorni di festività infrasettimanale" (sentenza, p.10). In tal modo la Corte d'appello, omettendo

la doverosa separazione tra il diritto al riposo compensativo a fronte del lavoro domenicale e il diritto di non lavorare nei giorni festivi, oggetto rispettivamente del d.lgs. n. 66 del 2003 e della legge n. 260 del 1949, si pone in contrasto con la citata giurisprudenza di legittimità nel momento in cui, comunque, nega il diritto del lavoratore di non lavorare nei giorni festivi (ritenendo usufruibile in quei giorni il riposo compensativo) in base non ad una rinuncia veicolata nelle forme sopra indicate, bensì unicamente per effetto della inesistenza di un divieto negli accordi integrativi.

21. Per le ragioni esposte, accolto il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo motivo, la sentenza impugnata deve essere cassata, in relazione al motivo accolto e, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito con riconoscimento del diritto degli attuali ricorrenti ad un giorno di riposo compensativo per la prestazione resa nella giornata di domenica 4 dicembre 2016 e con condanna della società a riconoscere il giorno di riposo compensativo in relazione al lavoro prestato il 4 dicembre 2016, in aggiunta ai riposi già ai medesimi spettanti ad altro titolo.

22. La regolazione delle spese di tutti i gradi di giudizio segue il criterio di soccombenza, con liquidazione come in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia e con aumento per il numero delle parti aventi la medesima posizione.

P.Q.M.

La Corte accoglie il primo motivo di ricorso, assorbito il secondo motivo, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, dichiara il diritto dei ricorrenti ad un giorno di riposo compensativo per la prestazione resa nella giornata di domenica 4 dicembre 2016; condanna Esselunga spa a riconoscere il giorno di

riposo compensativo in relazione al lavoro prestato il 4 dicembre 2016, in aggiunta ai riposi già ai medesimi spettanti ad altro titolo.

Condanna Esselunga spa alla rifusione delle spese del giudizio di primo grado che liquida in euro 1.500,00 per compensi professionali e in euro 200,00 per esborsi; alle spese del giudizio di appello che liquida in euro 1.200,00 per compensi professionali e in euro 200,00 per esborsi; alle spese del giudizio di legittimità che liquida in euro 1.500,00 per compensi professionali e in euro 200,00 per esborsi, oltre, per ciascun grado, spese forfettarie nella misura del 15% e accessori come per legge.

Così deciso nell'adunanza camerale del 13 marzo 2024