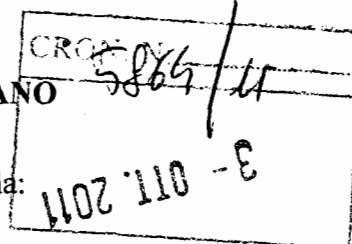


Sentenza n.
Registro generale Appello Lavoro n.988/2009



0419

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO



La Corte d' Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott. ANGELA RUIZ presidente rel.
Dott. LAURA CURCIO consigliere
Dott. LAURA TROGNI consigliere

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 1135/2009 – est. dott. Ravazzoni , discussa all'udienza collegiale del 12/5/2011 e promossa con ricorso depositato in data 16/6/2009

DA

GIORGIO PACCHIARINI, VALENTINA INTINI, NDJALI BADOUIN, MATTEO GALLI, SARA CERESA, MARIA ELENA FERRARI, ROSALBA ROMANO, EMILIANO LONATI, STEFANO ZANINELLO, LIDIA BOLOGNA, ARMANDO VENTURA, ELISEO AIRAGHI , rappresentati e difesi per procura a margine del ricorso di I grado, dall'avv.to Giorgio Albani che unitamente all'avv. Francesca Alessio, ed elettivamente domiciliati presso lo studio del primo in Milano, via Spartaco n°23

APPELLANTI

CONTRO

FONDAZIONE CASA DEL GIOVANE LA MADONNINA, rappresentata e difesa, in forza di procura in calce alla memoria di appello, dagli avv.ti Angelo V. Izar e Cristina Soma, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata, in Milano, via Besana n°4

APPELLATA

Oggetto: condanna al pagamento di maggiorazioni per lo svolgimento di turni notturni

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

CONCLUSIONI

CONCLUSIONI *APPENDICE*

Voglia la Corte d'Appello di Milano, disattesa ogni contraria istanza, eccezione e deduzione, in riforma della sentenza n. 1135 resa inter partes dal Tribunale di Milano in data 18.11-16.3.2009

nel merito:

accertare e dichiarare l'illegittimità degli orari di servizio settimanale fatti osservare ai ricorrenti ed esemplificati nei documenti prodotti in causa perché contrari ai principi posti dalle direttive CE 93/104 e 2003/88, al limite orario settimanale massimo previsto dall'art. 4 del D. lvo 66/01, nonché violativi del diritto al riposo giornaliero di 11 ore nell'arco di 24 ore prescritto sia dalle direttive comunitarie sia dall'art. 7 del D. lvo 66/01: per l'effetto

a) condannare la convenuta ad adeguare l'orario settimanale dei ricorrenti ai limiti posti dalla normativa comunitaria e interna citate;

b) condannare la convenuta ad adeguare l'orario settimanale dei ricorrenti ai limiti posti dalla normativa comunitaria e interna citate;

c) condannare la convenuta a corrispondere ai ricorrenti, in relazione ai turni "Notte" prestati singolarmente nei periodi indicati in narrativa, a titolo di lavoro straordinario notturno le seguenti differenze retributive o le diverse somme ritenute di giustizia:

€ 18.846.32 a Pacchiarini, € 15.332.69 a Intini, € 20.670.54 a Njali, € 8.304.66 a Galli, € 4.814.95 a Ceresa, € 4.826.43 a Ferrari, € 6.654.84 a Romano, € 3.725.84 a Lonati, € 4.523.25 a Zaninello, € 4.208.48 a

Bologna. € 4.283,59 a Ventura ed € 16.437,73 ad Airaghi, oltre rivalutazione ed interessi dalle singole scadenze al saldo;

d) condannare la convenuta a corrispondere ai ricorrenti, a titolo di risarcimento del danno connesso all'osservanza da parte di ciascuno di un orario di lavoro illegittimo e comunque contrario ai limiti minimi vigenti a tutela della salute dei lavoratori, da liquidarsi in via equitativa nella misura ritenuta di giustizia tenuto conto della frequenza del turno Notte (dieci volte a mese in media), dell'orario mensile medio di 56-58 ore, del fatto che 1-2 volte a settimana essi hanno dovuto sostenere un turno lavorativo di 24 ore consecutive e delle somme già percepite per il singolo turno notte (€ 20.66).

In via istruttoria si chiede, occorrendo, l'ammissione delle prove testimoniali formulate nel ricorso introduttivo con i testi ivi indicati.

Con vittoria di spese, diritti ed onorari di entrambi i gradi di giudizio.

CONCLUSIONI *APPello*

nel merito: respingere l'appello proposto dai signori Giorgio Pacchiarini, Ndjali Badouin, Matteo Galli, Maria Elena Ferrari, Emiliano Lonati, Stefano Zaninello, Armando Ventura, Eliseo Airaghi e conseguentemente confermare la sentenza del Tribunale di Milano, G.U. del lavoro dott.ssa Silvia Ravazzoni n. 1135/2009 resa *inter partes* il 18.11.2008/16.3.2009, assolvendo la Fondazione Casa del Giovane "La Madonnina" da ogni domanda proposta nei suoi confronti dagli odierni appellanti;

in via istruttoria: non ammettere i mezzi di prova aversari per le ragioni indicate nella memoria di costituzione e difesa in prime cure; ammettersi, ove occorra, i mezzi indicati da parte appellata nella memoria di costituzione e difesa in prime cure e non ammessi dal primo Giudice;

in ogni caso: condannare gli appellanti alla rifusione di spese, diritti e onorari del doppio grado di giudizio.

Con ricorso depositato in data 16/6/09 Giorgio Pacchiarini e i suoi colleghi di lavoro convenivano in giudizio, dinanzi alla Corte di Appello di Milano la Fondazione casa del giovane, chiedendo la riforma della sent.n° 1135/09 del Tribunale di Milano che aveva rigettato la domanda di pagamento della maggiorazione del 40% sulla retribuzione (art.52, straordinario notturno) per i turni svolti di c.d. reperibilità interna (turni NOTTE) e di risarcimento del danno.

Il primo giudice rilevava: che non era applicabile la direttiva comunitaria n°93/104 (modificata dalla direttiva n°2000/34) e la disciplina di cui all'art.1 comma 2 lett. a d.l. n°66/2003, in materia di orario di lavoro e che la disciplina di cui all'art.56 CCNL applicata dalla fondazione, non era in contrasto con la direttiva comunitaria; che la prestazione di reperibilità era strumentale ed accessoria a quella principale di educatore, ma diversa da questa, non implicando lo svolgimento di attività, ma solo disponibilità all'eventuale intervento, consentendo al lavoratore di dormire.

L'appellante lamentava che il primo giudice non avesse considerato che lavoravano presso una delle comunità gestita dalla fondazione, dove erano ospitati dieci minori, esclusivamente extracomunitari, avviati in emergenza ai servizi sociali; che ognuno svolgeva tre turni settimanali, cui si era aggiunto con frequenza quello di reperibilità interna dalle h.24 alle 8, in ragione di 5 7 per ogni educatore sulle tre settimane, talvolta in prosecuzione dell'orario di lavoro 16-24 e in assenza di altro personale; che tale lavoro risultava usurante e non compensato in modo congruo con la maggiorazione prevista dal CCNL, riservata agli educatori che abitavano presso la comunità.

Sosteneva che la nuova disciplina di legge, recependo le direttive non faceva più riferimento all'effettività del lavoro, ma alla messa a disposizione del datore di lavoro delle energie lavorative, indipendentemente dallo sfruttamento delle stesse; che il riposo non coincide con la possibilità di dormire, ma con la libera disponibilità del tempo; che la loro presenza, come responsabili notturni era imprescindibile in comunità, come risultava anche dalle prove ed era prevista per il rilascio da parte della Regione Lombardia della autorizzazione per la gestione della comunità e per l'erogazione dei contributi.

Si costituiva la società e resisteva all'appello rilevando che era congruo il compenso per la c.d. reperibilità interna, che non rientra nell'orario di lavoro perché consente il riposo, in quanto la prestazione è eventuale e pagata, come previsto dal CCNL, in conformità con l'art.7 d.lgs.n°66/2003, modificato dall'art.41 IV comma d.l. n°112/2008; che i turni non avevano superato in media il numero di dieci, come previsto dal CCNL e ciò risultava dai listini paga; che recentemente aveva assunto altri educatori e ridotto il numero dei turni. Il collegio, all'udienza del 31/1/2011, decideva la causa sulle conclusioni precisate dalle parti come in epigrafe.

MOTIVI DELLA DECISIONE

La sentenza appellata è da riformare.

Come la stessa Fondazione precisa, ogni comunità, gestita dalla fondazione, operando quale **Pronto intervento**, ospitava una decina di ragazzi minorenni in genere extracomunitari, in stato di abbandono o comunque provenienti da situazioni di grave degrado avviati dai servizi sociali del comune o dal Tribunale dei minorenni.

Risulta dai prospetti dell'orario settimanale e dai cedolini (v. doc.2 fasc appellanti) che ogni lavoratore aveva una media di 10 turni notturni al mese (una o due volte alla settimana effettuati in continuità con il turno serale 16/24 e con quello mattutino dalle 8 alle 16, cioè per 24 ore consecutive) e un orario settimanale di 56 58 ore su tre turni avvicendati.

Nei turni di reperibilità il lavoratore, presente da solo nella struttura (circostanza non contestata), rappresentava il **responsabile**, figura prevista per ottenere l'autorizzazione all'attività e i contributi dalla Regione Lombardia; aveva la possibilità di dormire per intervenire immediatamente, in caso di necessità.

Ogni turno di reperibilità senza interventi, veniva pagato, come prevede l'art.56 del CCNL con un compenso di €. 20,66, mentre in caso di intervento, il lavoratore veniva pagato anche per la prestazione eseguita in base alle ore, con la maggiorazione per il lavoro straordinario notturno.

Il primo giudice ha ritenuto che il turno di reperibilità non fosse compreso nell'orario di lavoro secondo la definizione che ne dà il d.lgs. n°66/03, in attuazione della direttiva comunitaria CE 93/104, come modificata dalla direttiva CE 2000/34; a suo avviso, infatti, il lavoratore era a disposizione del datore di lavoro, ma non esercitava la propria attività

lavorativa o la propria funzione di educatore e poteva godere, seppure in modo limitato, del riposo.

La corte ritiene fondata la domanda di risarcimento danni, considerate le modalità concrete di prestazione del turno di reperibilità.

Il d.lgs. n°66 definisce *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.*

La disciplina, com'è noto, ha sostituito quella precedente, che faceva riferimento al lavoro effettivo, come applicazione assidua e continuativa ed escludeva dai limiti di orario massimo previsti dalla legge i lavori discontinui. Si richiede, ora, al lavoratore la presenza sul posto di lavoro e la *messa a disposizione del datore di lavoro* del proprio tempo e delle proprie energie lavorative, prescindendo dall'utilizzazione che ne faccia il datore di lavoro.

La cassazione ha affermato che il servizio di reperibilità non equivale all'effettiva prestazione lavorativa (v. cass. n°14288/2011, n°27477/2008), ma è vero anche che comporta una gravosa restrizione della libertà del lavoratore nelle ore destinate al riposo per la impossibilità di programmarle e di goderne liberamente. Si trattava, nei casi considerati, di una reperibilità c.d. esterna, nel quale il lavoratore era libero di gestire modalità e tempi del riposo, non essendo obbligato alla presenza sul luogo di lavoro, ma ad essere rintracciato in tempi congrui.

La corte di giustizia, a proposito del servizio di guardia dei lavoratori in servizio presso centri sociali, ha precisato che la direttiva 93/104 *non prevede categorie intermedie tra periodi di lavoro e quelli di riposo* (v. C-14/04 punto 43, in D.L. 2006, pag. 45) e che resta del tutto irrilevante *il fatto che i servizi di guardia implicino taluni periodi di inattività.....*

Infatti,...sebbene periodi di attività lavorativa siano inerenti ai servizi di guardia, che il lavoratore svolge secondo il regime della presenza fisica nella sede di lavoro - atteso che, a differenza dell'orario di lavoro normale, la necessità di interventi urgenti nello svolgimento di tali servizi non può essere pianificata a priori e che l'attività effettivamente svolta varia a seconda delle circostanze - il fattore determinante per considerare se gli elementi caratteristici della nozione di orario di lavoro ricorrano nei servizi di guardia

svolti da un lavoratore sul luogo di lavoro è costituito dal fatto che il lavoratore è costretto ad essere fisicamente presente nel luogo stabilito dal datore di lavoro e a tenersi a disposizione del medesimo per potere immediatamente fornire le opportune prestazioni in caso di necessità.

Tale obbligo, ha affermato la corte, *deve considerarsi ricompreso nell'esercizio delle funzioni del lavoratore* (v. punti 47 48 e richiami a precedenti sentenze Simap, Jaeger, Pfeiffer).

Nella fattispecie in esame, l'istituto contrattuale della c.d. reperibilità interna prevede una restrizione della libertà, in concreto, particolarmente gravosa perché non consente al lavoratore di scegliere dove trascorrere il riposo, a casa propria o altrove, con la libertà di scegliere le modalità di godimento del riposo, il quale non necessariamente coincide con il dormire.

Il lavoratore di turno si impegnava, infatti, non ad essere rintracciabile in un congruo tempo, ma ad essere presente all'interno della struttura per intervenire immediatamente; per assolvere a tale impegno, gli era data *la possibilità di dormire* senza alternative.

In assenza di altro personale, egli era, dunque, inevitabilmente, *a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni*, cioè pronto ad intervenire nella sua funzione, secondo le prescrizioni ricevute, in caso di bisogno.

L'attività, peraltro, come è risultato dall'interrogatorio delle parti, e com'è ragionevole presumere, in assenza nella struttura di altro personale, che fungesse da filtro per le esigenze notturne, consisteva sia nell'assistere i minori nelle comuni attività che precedono il sonno e lo seguono, sia nel tenere sotto controllo la situazione generale, che imprevedibilmente avrebbe potuto presentare problemi.

A fronte della complessiva prestazione descritta (numero dei turni di reperibilità mensili, in aggiunta al turno di lavoro effettivo, spesso senza intervallo, modalità della prestazione), appare incongruo il pagamento del compenso pagato previsto dall'art.56 CCNL, in violazione delle disposizioni del d.lgs., e delle direttive comunitarie poste a garanzia della protezione effettiva della salute e della sicurezza dei lavoratori.

La corte ritiene equo liquidare un importo commisurato alla retribuzione con la maggiorazione del 40% prevista dall'art.52 CCNL) per il periodo (anni 2004 2008) in cui i lavoratori hanno effettuato il servizio di reperibilità con modalità usuranti e secondo una turnazione palesemente irragionevole, sia per la gravosità e la continuità dell'impegno

complessivamente richiesto, sia per le conseguenze, sul piano della vita di relazione, del mancato rispetto del diritto al riposo giornaliero e del superamento del limite massimo settimanale dell'orario di lavoro. Da tale importo, va detratto quanto ricevuto per indennità e retribuzione nello stesso periodo.

L'importo deve essere calcolato con interessi e rivalutazione dalle scadenze al saldo sulle differenze tra il compenso ricevuto e quello spettante nel periodo.

E' infondata la domanda di risarcimento dei danni non patrimoniali, che non conseguono automaticamente, né si possono presumere, in difetto di allegazioni specifiche.

Le spese di lite, liquidate in €.1800,00 per ogni grado (di cui €.1000,00 per onorari ed €.720,00 per diritti) sono a carico della Fondazione.

P.Q.M.

dichiara estinto il processo per R.Romano, L.Bologna, V.Intini, S.Ceresa;

in riforma della sent. n°1135/2009 condanna la fondazione a pagare ad ognuno degli altri lavoratori, per i turni notturni di reperibilità eseguiti, la retribuzione spettante maggiorata del 40% detratto quanto percepito, oltre rivalutazione e interessi sulle differenze dovute, mese per mese

condanna la fondazione a pagare le spese del doppio grado liquidate in complessivi €.3600,00, oltre IVA CPA e spese generali.

MILANO 12/5/2011

IL PRESIDENTE EST. §

Angelo Ruz

CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE LAVORO
Resa pubblica mediante deposito in Cancelleria
OGGI 3 - OTT. 2011

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
dott. Rosario AZZARELLI

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
dott. Rosario AZZARELLI