



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI MILANO

SEZIONE LAVORO

in composizione monocratica e in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dott.ssa Julie Martini, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella controversia di primo grado promossa

da

rappresentata e difesa dagli
avv.ti Antonio Pironti, Massimo Laratro e Domenico Vitale, presso lo studio dei quali in Milano, viale Monte Nero, 28 ha eletto domicilio come da procura in atti

RICORRENTE

contro

in persona del legale
rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti
presso lo studio dei quali in Milano,
procura in atti

ha eletto domicilio come da

RESISTENTE

OGGETTO: retribuzione

All'udienza di discussione i procuratori concludevano come in atti.

*

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso ex art. 414 c.p.c. depositato il 28.9.2020 e ritualmente notificato alla controparte,
ha convenuto in giudizio . rassegnando le
seguenti conclusioni: "*previo, ove occorra, accertamento e declaratoria di illegittimità e/o nullità e/o
inefficacia della mancata puntuale indicazione da parte della convenuta nella lettera di assunzione del
26.06.2013 (ovvero in quelle diverse comunicazioni che dovessero risultare in corso di causa),*

dell'orario di lavoro della sig.ra _____ con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, e/o accertamento e declaratoria dell'intervenuta violazione delle disposizioni di cui all'art. 2 del d.lgs. 61/00 e all'art. 5 del d.lgs. 81/15, accertare e dichiarare il diritto della sig.ra _____ al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 8, comma 2, d.lgs. 61/00 e dell'art. 10, comma 2, d.lgs. 81/15 (ovvero di quella diversa norma di legge o contratto che dovesse risultare applicabile al caso di specie), e per l'effetto:

II) condannare _____, in persona del legale rappresentante pro-tempore, a corrispondere alla sig.ra _____ l'importo di € 22.094,73, a titolo di risarcimento del danno subito nel periodo dal 01.07.2013 al 31.12.2019, ovvero quel diverso - anche maggiore - importo che anche per quel diverso periodo dovesse a tale titolo risultare equo e/o di giustizia;

III) accertare e dichiarare la sussistenza del diritto della sig.ra _____ a vedersi corrispondere dalla società convenuta - a titolo di indennità sostitutiva del preavviso - l'importo di € 1.362,09 lordi, ovvero quel diverso importo che al suddetto titolo dovesse risultare dovuto in corso di causa, e per l'effetto, condannare la società convenuta, in persona del legale rappresentante pro-tempore, a corrispondere alla ricorrente - a titolo di indennità sostitutiva del preavviso - il suindicato importo di € 1.362,09 lordi, ovvero quel diverso importo che al suddetto titolo dovesse risultare dovuto in corso di causa”

La società convenuta si è ritualmente costituita in giudizio contestando in fatto e in diritto le pretese avversarie, di cui ha chiesto l'integrale rigetto.

Esperito con esito negativo il tentativo di conciliazione, il giudice, ritenuta la causa matura per la decisione senza lo svolgimento di attività istruttoria ha fissato udienza di discussione al 30.9.2021.

I procuratori, discussa la causa, hanno concluso come in atti.

Il Giudice, dopo essersi ritirata in camera di consiglio, ha pronunciato il dispositivo, dalla lettura del quale le parti hanno chiesto di essere esentate, ed ha indicato in sessanta giorni il termine per il deposito della motivazione.

*

Il ricorso è fondato nei limiti e per le ragioni di seguito esposte.

E' pacifico in causa che la signora _____ abbia lavorato alle dipendenze della convenuta dall' 1.7.2013 al 31.12.2019, con mansioni di Ausiliare Socio Assistenziale, qualifica C1 CCNL Cooperative Sociali - ruolo sanitario ed orario di lavoro part-time 30 ore settimanali distribuiti su sei giorni lavorativi (doc. 2 di parte ricorrente), prestando la propria attività lavorativa sull'appalto in essere presso l'Istituto

E' documentale che la lettera di assunzione della lavoratrice datata 26.6.2013 prevedeva espressamente *"MODALITA' ED ORARIO DI LAVORO: lavoratore a tempo parziale per numero 30 ore settimanali con distribuzione su 6 giorni settimanali"* (doc. 2 della ricorrente e doc. 7 di parte resistente).

È quindi pacifico che detta lettera non contenesse alcuna specifica collocazione temporale né contemplasse una clausola di flessibilità da parte della lavoratrice.

Non è poi contestato in causa che la ricorrente abbia prestato la propria attività lavorativa su 6 giorni la settimana, su diversi turni di lavoro (al mattino o al pomeriggio), variabili anche all'interno della stessa settimana, senza alcuna precisa cadenza e/o alternanza, turni che la società le comunicava con cadenza mensile, ma, in numerose circostanze, *"anche all'ultimo momento, ovvero anche un giorno prima dell'inizio del turno"*.

La ricorrente si duole, in questa sede, della mancata, preventiva determinazione oraria con assegnazione di turni sempre variabili, comunicati o mensilmente o il giorno prima per quello successivo, con ogni negativa conseguenza in punto programmazione del tempo libero, di gestione della famiglia e dei due figli minori.

Deve pertanto rilevarsi che nella lettera di assunzione prodotta in atti manca del tutto la puntuale indicazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa.

In concreto, poi, la società convenuta ha assegnato alla ricorrente turni sempre variabili, sia come fascia oraria tra mattino o pomeriggio sia come dislocazione tra i vari giorni della settimana, come chiaramente evincibile dai fogli presenza allegati al ricorso (doc. 3).

Correttamente, quindi, la ricorrente ha lamentato la violazione dell'art. 5 e art. 10, secondo comma, ultimo cpv, del D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il quale prevede che: *"...Qualora invece l'omissione riguardi la sola collocazione temporale dell'orario, Per il periodo antecedente la data della pronuncia della sentenza, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi con valutazione equitativa (omissis...)"*.

Come rammentato dalla difesa della ricorrente, la Corte Costituzionale con la sentenza 11.5.1992 n. 210 ha fornito una chiara interpretazione della disposizione sopra richiamata, secondo la quale è del tutto esclusa l'ammissibilità di qualunque forma di contratto a "comando" o "a chiamata", contenente cioè clausole elastiche di distribuzione dell'orario, che consentano variazioni dell'orario stesso con unilaterale decisione datoriale. La Corte ha sottolineato nell'occasione la necessità di una chiara specificazione dell'orario a tempo parziale e della sua collocazione, tale da consentire al lavoratore di programmare altre attività familiari o lavorative (in modo da poter integrare in questo ultimo caso il

proprio reddito con altro rapporto a tempo parziale e percepire così una retribuzione sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost.). Soltanto tale possibilità rende legittimo il rapporto part-time.

La disciplina del rapporto di lavoro a tempo parziale è stata poi modificata con il D.Lgs. n. 61 del 2000 che ha espressamente abrogato l'art. 5 L. n. 863 del 1984 ed ha consentito l'apposizione di clausole flessibili di distribuzione dell'orario o elastiche, sempre *"ferma restando l'indicazione nel contratto di lavoro della distribuzione dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese, all'anno (art. 3 comma 7)"*.

Anche il successivo D.Lgs. n. 81 del 2015 ha confermato la necessità della preventiva puntuale indicazione della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese, all'anno (art. 5) e dettando le condizioni di validità delle *"clausole elastiche"* (art. 6).

Tali clausole, per essere lecite, presuppongono da un lato la sussistenza di un orario fisso *"di partenza"*, dall'altro una specifica previsione, da parte dei contratti collettivi, che determini le condizioni e le modalità a fronte delle quali il datore di lavoro può variare tale collocazione.

Il c.c.n.l. Cooperative sociali 2010-2012, all'art. 26 lett. D prevede che *"Ai sensi e nel rispetto dell'art.3 commi da 7 a 10 (clausole flessibili) del D.lgs. n°61/2000 e successive modificazioni, il datore di lavoro, a fronte del consenso espresso dal lavoratore e formalizzato con apposito patto scritto, occasione nella quale è possibile per il lavoratore richiedere l'assistenza di un componente dell'RSA da egli indicato, ha il potere di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa a tempo parziale, sia in caso di tipo di contratto orizzontale, verticale o misto"*.

Norma confermata anche nel CCNL del 2019.

Il presupposto quindi per il ricorso alla flessibilità è che vi sia l'espresso consenso scritto da parte della lavoratrice.

Nel caso di specie, deve rilevarsi, preliminarmente, che nel contratto di lavoro è stata totalmente omessa qualsivoglia indicazione in merito alla distribuzione dell'orario di lavoro *"con riferimento al giorno, alla settimana, al mese, all'anno "*.

Ciò detto, anche a volere ammettere il possibile ricorso a clausole di flessibilità, non può che osservarsi che alcun consenso è stato prestato espressamente e per iscritto dalla sig.r.

Né lo stesso può evincersi dal Regolamento delle Cooperativa (doc. 9 di parte resistente) al quale, secondo la difesa della società, la lavoratrice in quanto socia della cooperativa avrebbe dato piena adesione all'atto di sottoscrizione del contratto di lavoro.

In primo luogo, perché in detto regolamento non si ravvisa alcuna clausola flessibile (tale non può ritenersi l'art. 13 citato dalla resistente) ed, in secondo luogo, perché la mera sottoscrizione del

contratto di lavoro non può chiaramente intendersi quale accettazione espressa e per iscritto da parte della dipendente di clausole in esso non contenute, peraltro, neppure richiamate *per relationem*.

In ragione di quanto precede, deve ritenersi che la completa omissione della disciplina dell'orario contenuta nel contratto d'assunzione sia nulla non ravvisandosi nemmeno, nel caso concreto, la sottoscrizione di un patto di flessibilità, mancando qualunque documento che contenga il consenso della lavoratrice alla variazione di orario, peraltro neppure delineato nel contratto se non nel numero massimo di ore di lavoro settimanali, ed avente le caratteristiche analiticamente indicate nel c.c.n.l. qui applicabile.

Da ultimo, è appena il caso di osservare che la difesa della società ha argomentato nel senso che *“Il legislatore introduce un nuovo modo di declinare l’indicazione dell’orario di lavoro, ispirato alla sua conoscibilità ad opera del lavoratore e non più alla puntuale indicazione.*

I presupposti della nuova disciplina sono, quindi, due: l’esistenza in azienda di un’organizzazione dell’orario in turni (“l’organizzazione del lavoro è articolata in turni ... programmati”); la distribuzione predefinita oraria degli stessi turni (“articolati su fasce orarie prestabilite”).

Anche a voler accedere a tale interpretazione della normativa di riferimento, comunque, deve rilevarsi che nel caso che ci occupa il contratto di lavoro della sig.ra _____ non prevedeva alcuna articolazione in fasce orarie prestabilite. Comunque, una tale interpretazione, a parere di chi scrive, non è conforme ai principi ben espressi e richiamati dalla su citata pronuncia della Corte Costituzionale.

*

La ricorrente ha quindi domandato la condanna della società al risarcimento del danno per mancata corretta fissazione della collocazione oraria della prestazione lavorativa.

La domanda deve essere accolta, giusto il disposto di cui all’art. 10, co 2, D. Lgs. 81/2015 (nello stesso senso, art. 8 D. Lgs. 61/2000), a mente del quale *“qualora nel contratto scritto non sia determinata la durata della prestazione lavorativa, su domanda del lavoratore è dichiarata la sussistenza di un rapporto di lavoro a tempo pieno a partire dalla pronuncia. Qualora l’omissione riguardi la sola collocazione temporale dell’orario, il giudice determina le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, tenendo conto delle responsabilità familiari del lavoratore interessato e della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché’ delle esigenze del datore di lavoro. Per il periodo antecedente alla pronuncia, il lavoratore ha in entrambi i casi diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta per le prestazioni effettivamente rese, a un’ulteriore somma a titolo di risarcimento del danno”*.

La normativa qui applicabile stabilisce quindi che il lavoratore ha diritto, in aggiunta alla retribuzione dovuta, alla corresponsione di un ulteriore emolumento a titolo di risarcimento del danno, da liquidarsi in via equitativa.

Questo Tribunale ha già avuto modo di affermare che, *“costituendo la collocazione temporale della prestazione lavorativa un elemento essenziale del contratto di lavoro part-time, ai sensi dell’art. 5, comma 2, l. n. 863/1984, è nulla la clausola del contratto individuale di lavoro che preveda semplicemente l’articolazione dell’orario in 4 ore al giorno per tutti i giorni della settimana e lo svolgimento della prestazione su turni alternati con orari sempre diversi. Nell’ipotesi di violazione delle norme sulla collocazione dell’orario di lavoro, il Giudice provvede, ai sensi dell’art. 8 d.lg. n. 61/2000 a determinare, per il futuro, la modalità temporale di svolgimento della prestazione lavorativa, con riferimento alla previsione dei c.c.n.l. o, in mancanza, con valutazione equitativa mentre, per il passato, il lavoratore avrà diritto al risarcimento del danno subito a fronte della maggiore onerosità e penosità dell’attività lavorativa prestata”* (Tribunale di Milano, 23 novembre 2006).

Sulla base di questi presupposti e delle allegazioni di parte ricorrente, tenuto conto che, nel caso di specie, è pacifico che la sig.ra _____ non abbia mai svolto turni notturni e che la programmazione le venisse comunicata, seppur in modo incostante, di mese in mese, si ritiene di poter liquidare, in via equitativa, complessivamente il 10% della retribuzione lorda mensile dell’intero periodo in osservazione (1.7.2013 – 31.12.2019), tenuto conto dei conteggi effettuati da parte ricorrente e non specificamente contestati dalla società.

Non merita accoglimento l’eccezione della società, ribadita anche in sede di discussione, in merito al fatto che il giudice, nella quantificazione del danno risarcibile, non debba tenere conto dei 23 giorni di malattia effettuati dalla ricorrente nel mese di dicembre 2019. La circostanza ai fini della determinazione e quantificazione del danno di cui all’art. 10, secondo comma, D. Lgs. N. 81/2015 appare del tutto irrilevante.

_____ dunque, deve essere condannata al risarcimento del danno liquidato – per il periodo dall’1.7.2013 al 31.12.2019 – in misura di complessivi € 8.183,23 oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo effettivo.

*

La ricorrente ha domandato altresì la condanna della società al versamento in suo favore della indennità sostitutiva del preavviso, il quale tenuto conto dell’anzianità di servizio della _____ e visto l’art. 2120 c.c. e l’art. 33 CCNL applicabile, doveva essere pari a 30 giorni e quindi per la complessiva somma lorda di euro 1.362,09.

La società ha eccepito che la predetta indennità non spetterebbe alla lavoratrice per non aver patito alcun danno o perdita economica, atteso che la stessa era passata alle dipendenze della società subentrante all'appalto già di senza prima aver risolto il rapporto con quest'ultima.

Sul punto, la Suprema Corte ha già avuto modo di osservare, *“l'art. 2118 c.c. prevede l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere l'indennità sostitutiva del preavviso in ogni caso di licenziamento in cui non ci sia stato un preavviso lavorato senza eccettuare l'ipotesi in cui il lavoratore licenziato abbia immediatamente trovato un'altra occupazione lavorativa, neppure nell'ipotesi in cui la contrattazione collettiva preveda un procedimento per pervenire al passaggio diretto e immediato del personale dell'impresa cessante nell'appalto di servizi alle dipendenze dell'impresa subentrante lasciando ferme la risoluzione del rapporto di lavoro e la corresponsione di quanto dovuto per effetto della risoluzione stessa da parte dell'impresa cessante”* (cfr. Cass. nn. 24429-24330/2015, 21092/2014, 1148/2014).

Né la circostanza che al primo rapporto di lavoro con l'impresa cedente segua quello successivamente instaurato con l'impresa subentrante, vale ad escludere l'applicazione della regola generale posta dall'art. 2118 c.c. secondo cui, in caso di recesso dal rapporto di lavoro del datore di lavoro senza giusta causa, quest'ultimo è tenuto al pagamento in favore del lavoratore licenziato dell'indennità sostitutiva del preavviso (cfr. Cass. nn. 24429-24330/2015).

Va altresì sottolineato che, con riferimento al caso di specie, la società resistente neppure ha allegato che, nell'ambito regolativo del cambio di appalto, vi fosse un'espressa previsione di deroga al pagamento dell'indennità di preavviso spettante ai lavoratori.

Tanto basta per ritenere sussistente il diritto dell'opposta di percepire l'indennità sostitutiva del preavviso per il rapporto di lavoro intercorso con la società Paxme.

In merito alla quantificazione di detta indennità sostitutiva del preavviso giova ribadire il principio secondo il quale nel rito del lavoro grava sul convenuto l'ulteriore onere della specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore, ai sensi degli artt. 167, comma 1, e 416, comma 3, c.p.c.

Tale onere opera anche quando il convenuto contesti in radice la sussistenza del credito, poiché la negazione del titolo degli emolumenti pretesi non implica necessariamente l'affermazione dell'erroneità della quantificazione, mentre la contestazione dell'esattezza del calcolo ha una sua funzione autonoma, sia pure subordinata, in relazione alle caratteristiche generali del rito del lavoro, fondato su un sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato.

Nel caso di specie, la società resistente si è limitata ad una contestazione del tutto generica dei conteggi elaborati da controparte, il che consente allo scrivente giudice di ritenere incontroverso e provato l'ammontare del credito così come richiesto dalla lavoratrice e, quindi, per la complessiva somma lorda di euro 1.362,09.

*

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo, in ragione del valore della causa, della sua complessità e dell'attività in concreto svolta.

P.Q.M.

Il Tribunale di Milano, sezione lavoro, nella persona del giudice, dr.ssa Julie Martini, definitivamente pronunciando, disattesa e assorbita ogni diversa istanza o eccezione, così provvede:

- **accerta e dichiara** l'assenza di una concordata collocazione di distribuzione dell'orario di lavoro nella lettera di assunzione del 26.6.2013;
- **condanna** la convenuta al risarcimento del danno per mancata fissazione della collocazione oraria della prestazione lavorativa, liquidato – per il periodo dall'1.7.2013 al 31.12.2019 – in favore di _____ n misura di complessivi € 8.183,23, oltre interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;
- **accerta e dichiara** il diritto della ricorrente alla indennità sostitutiva del preavviso e per l'effetto **condanna** la convenuta al pagamento in favore di _____ della somma lorda di € 1.362,09, oltre ad interessi e rivalutazione dal dovuto al saldo;
- **condanna** la convenuta al pagamento delle spese di lite sostenute dalla ricorrente, liquidate in complessivi € 2.000,00 per compensi oltre al rimborso spese generali al 15%, IVA e CPA;
- **indica** in sessanta giorni il termine per il deposito della motivazione.

Sentenza esecutiva.

Così deciso in Milano, il 30 settembre 2021.

Il Giudice del lavoro
Julie Martini