

N. R.G. 2140/2018



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO di MILANO
SEZIONE LAVORO

Il Tribunale di Milano, in funzione di Giudice del Lavoro, in persona della dott. Laura Tomasi, ha pronunciato la seguente

SENTENZA CON MOTIVAZIONE CONTESTUALE EX ART. 429
C.P.C.

nella causa R.G.L. 2140/2018 promossa da:

██████████, ██████████ (Avv. FEZZI MARIO ANTONIO,
BORALI MAURIZIO, PEREGO SIMONE)

PARTE RICORRENTE

contro

██████████ SPA (Avv. COVI MARGHERITA, PASSERINI
SERGIO)

PARTE RESISTENTE

OGGETTO: sanzione disciplinare conservativa

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Come in atti e da verbale dell'udienza del 3/7/2018.

FATTO E DIRITTO

Con ricorso depositato il 28/2/2018, ██████████ e ██████████ hanno impugnato la sanzione disciplinare di due giorni di sospensione, inflitta a ciascuna, per avere rifiutato di prestare attività lavorativa in occasione della festività del 15 agosto 2017, chiedendone l'annullamento.



Si è costituita ritualmente in giudizio la parte resistente, contestando quanto *ex adverso* dedotto e chiedendo il rigetto delle domande siccome infondate in fatto ed in diritto.

All'udienza del 3/7/2018, la causa è stata discussa e viene decisa con pronuncia di sentenza con motivazione contestuale.

Il ricorso è fondato e va accolto, per i motivi di seguito esposti.

Le ricorrenti sono state destinatarie della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio e dalla retribuzione per due giorni, essendo state considerate assenti ingiustificate dal lavoro in data 15/8/2017, per avere rifiutato di prestare attività lavorativa, in qualità di addette al punto vendita di [REDACTED], in occasione della festività infrasettimanale di Ferragosto.

Le lavoratrici hanno comunicato la propria indisponibilità a rendere la prestazione lavorativa, via e-mail, rispettivamente in data 1/8/2018 [REDACTED] e 13/8/2018 ([REDACTED]).

In data 13/8/2018, la direttrice del punto vendita ha risposto via mail alle ricorrenti, ricordando loro che *"l'art. 127 del CCNL Turismo Pubblici Esercizi rubricato "festività" prevede al comma 2 che "in considerazione delle particolari caratteristiche delle aziende turistiche il godimento delle festività suddette verrà subordinato alle esigenze aziendali"...Pertanto il prossimo 15 agosto presterai la tua attività lavorativa"* (doc. 4 ric.).

Il giorno successivo, le lavoratrici hanno ribadito per iscritto la indisponibilità a prestare attività lavorativa il 15/8/2017, richiamando la sentenza della Corte di Cassazione n. 16592/15, nella parte in cui precisa che *"in nessun caso una norma di un contratto collettivo può comportare il venir meno di un diritto già acquisito dal singolo lavoratore (come il diritto ad astenersi dal lavoro nelle festività infrasettimanali..)"*.

Il 15/8/2018, le ricorrenti non si sono presentate in servizio.

Tanto premesso, osserva il giudicante che la SC, nella pronuncia n. 16592/2015, ha confermato la sentenza di merito dichiarativa della illegittimità di una sanzione disciplinare conservativa irrogata per il rifiuto a rendere la prestazione durante una festività infrasettimanale, così motivando:

"il Collegio intende ribadire il principio espresso da Cass. n. 16634/2005, secondo cui, atteso che la L. n. 260 del 1949, come modificata dalla L. n. 90 del 1954, relativa alle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose, riconosce al lavoratore il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione di tali festività, regolando compiutamente la materia, non è consentita - ai sensi dell'art. 12 preleggi - l'applicazione analogica delle eccezioni al divieto di lavoro domenicale e deve escludersi che il suddetto diritto possa essere posto nel nulla dal datore di lavoro, essendo rimessa la rinunciabilità al riposo nelle festività infrasettimanali solo all'accordo tra datore di lavoro e lavoratore (nella specie, questa Corte, cassando e decidendo



nel merito, ha rigettato la domanda proposta dalla "Fondazione Teatro alla Scala di Milano" volta ad accertare l'obbligo dei tecnici di palcoscenico a svolgere, anche nelle festività infrasettimanali, la prestazione lavorativa a richiesta del datore di lavoro secondo i turni e l'organizzazione del lavoro e dei riposi normali).

Tale sentenza ha confermato la giurisprudenza secondo cui ai lavoratori viene riconosciuto il "diritto soggettivo" di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose (Cass. n. 4435/2004, Cass. n. 9176/1997, Cass. n. 5712/1986). E' stato, tra l'altro, osservato che:

a) la possibilità di svolgere attività lavorativa nelle festività infrasettimanali non significa che la trasformazione da giornata festiva a lavorativa possa avvenire per libera scelta del datore di lavoro; la rinunciabilità al riposo nelle festività infrasettimanali non è rimessa né alla volontà esclusiva del datore di lavoro, né a quella del lavoratore, ma al loro accordo; b) la L. n. 260 del 1949, che ha individuato le festività celebrative di ricorrenze civili e religiose con il conseguente diritto del lavoratore di astenersi dal prestare lavoro in dette festività, è completa e non consente di fare ricorso al procedimento per analogia, non occorrendo ricercare un quid commune per integrare una lacuna dell'ordinamento; in particolare, non occorre accertare se sussista una identità di ratio tra "riposo settimanale" - o "riposo coincidente con la domenica" - e "riposo infrasettimanale" al mero fine di sostenere che il "riposo per le festività" - così come il "riposo domenicale" - non avrebbe funzione "di ristoro" bensì "di fruizione di tempo libero qualificato", sì da tentare impropriamente di utilizzare in sede interpretativa il procedimento analogico; c) la normativa sulle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose (L. n. 260 del 1949) è stata emanata successivamente alla normativa sul riposo domenicale e settimanale (L. n. 370 del 1934) e in essa non solo non sono state estese alle festività infrasettimanali le eccezioni all'inderogabilità previste ex lege esclusivamente per il riposo domenicale, ma con successiva norma (L. n. 520 del 1952) è stato sancito che solo per "il personale di qualsiasi categoria alle dipendenze delle istituzioni sanitarie pubbliche e private" sussiste l'obbligo (= "il personale per ragioni inerenti all'esercizio deve prestare servizio nelle suddette giornate") della prestazione lavorativa durante le festività ("nel caso che l'esigenza del servizio non permetta tale riposo") su ordine datoriale in presenza, appunto (anche in questa specifica ipotesi), di "esigenze di servizio"; d) di conseguenza appare evidente, sotto qualsivoglia profilo, che non sussiste un obbligo "generale" a carico dei lavoratori di effettuare la prestazione nei giorni destinati ex lege per la celebrazione di ricorrenze civili o religiose e sono nulle le clausole della contrattazione collettiva che prevedono tale obbligo, in quanto incidenti sul diritto dei lavoratori di astenersi dal lavoro (cui è consentito derogare per il solo lavoratore domenicale); in nessun caso una norma di un contratto collettivo può comportare il venir meno di un diritto già acquisito dal singolo lavoratore (come il diritto ad astenersi dal lavoro nelle festività infrasettimanali), non trattandosi di diritto disponibile per le organizzazioni sindacali (Cass. n. 9176/1997 cit); e) il D.Lgs. 8 aprile 2003, n. 66 (in "attuazione della direttiva 93/104/CE e della direttiva 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro") nulla aggiunge alla specifica normativa sulle festività infrasettimanali, in quanto la normativa comunitaria si riferisce espressamente al riposo settimanale ed alla



possibilità che siffatto riposo (e non certo il diritto di astensione dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose) possa essere calcolato in giorno diverso dalla domenica.

[...]. Il provvedimento del datore di lavoro, in difetto di un consenso del lavoratore a prestare la propria attività nella festività infrasettimanale, determina la nullità dello stesso e integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro, con la conseguenza che la mancata ottemperanza allo stesso provvedimento da parte del lavoratore trova giustificazione sia quale attuazione di un'eccezione di inadempimento (art. 1460 cod. civ.), sia sulla base del rilievo che gli atti nulli non producono effetti, non potendosi ritenere che sussista una presunzione di legittimità dei provvedimenti aziendali, che imponga l'ottemperanza agli stessi fino a un contrario accertamento in giudizio (cfr. Cass. n. 26920 del 2008; n. 1809 del 2002, v. da ultimo Cass. n.11927 de 2013)".

In forza di detto orientamento, confermato da pronunce successive, risulta che il lavoratore gode di un diritto soggettivo all'astensione dalla prestazione lavorativa durante le festività infrasettimanali, e che eventuali clausole contrattual-collettive che conculchino detto diritto devono ritenersi nulle.

Consegue che la clausola dell'art. 127 del CCNL in specie applicabile, secondo cui *"in considerazione delle particolari caratteristiche delle aziende turistiche il godimento delle festività verrà subordinato alle esigenze aziendali"*, deve ritenersi clausola nulla.

E invero, come ribadito anche di recente dalla SC (sent. N. 27948/2017), la disciplina di cui all'articolo 5 comma tre della legge 260 del 1949 sovraordinata rispetto alla fonte contrattual-collettiva e può essere derogata solo dall'accordo individuale tra lavoratore e datore di lavoro o da accordi sindacali stipulati da OOSS cui il lavoratore abbia conferito esplicito mandato in tal senso (v. altresì Cass. n. 22482/2016).

Consegue che le lavoratrici, rimanendo assente dal posto di lavoro, hanno esercitato il proprio diritto soggettivo, non comprimibile da parte della contrattazione collettiva, e che, pertanto, la loro assenza non può dirsi ingiustificata.

Deve peraltro darsi atto che una più risalente pronuncia di legittimità, relativa alla disposizione del C.C.N.L. turismo che viene in considerazione nel caso di specie, ha statuito *"premesso che, di regola, al lavoratore è riconosciuto il diritto soggettivo di astenersi dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali celebrative di ricorrenze civili o religiose, e che la giornata del 15 agosto, celebrativa dell'Assunzione della Beata Vergine Maria, è considerata festiva ai sensi dell'art. 1 d.P.R. 28 dicembre 1985 n. 792, allorquando la contrattazione collettiva applicabile preveda, come eccezione alla regola legale, che l'attività lavorativa possa essere svolta anche nei giorni festivi, subordinando la fruizione della festività alle esigenze aziendali, la sussistenza di tali esigenze costituisce il*



presupposto per l'applicazione del regime di eccezione (contrattuale) in luogo della regola (legale), sicché il datore di lavoro, che invochi l'applicazione della norma contrattuale, deve provare la sussistenza del presupposto di fatto, e cioè delle esigenze aziendali" (Cass. n. 4435/2004).

Anche a voler seguire l'orientamento (isolato) da ultimo richiamato, secondo cui le clausole della contrattazione collettiva potrebbero derogare alla previsione di legge che riconosce al lavoratore il diritto soggettivo all'astensione dal lavoro in occasione delle festività infrasettimanali, si rileva che, nel caso di specie, la parte resistente, gravata del relativo onere probatorio, non ha dato prova dell'effettiva e concreta sussistenza di esigenze aziendali che imponessero la prestazione dell'attività lavorativa da parte delle ricorrenti il 15/8/2017.

██████████ SPA si è, infatti, limitata a dedurre, in linea generale, di essere affidataria di un pubblico servizio, e, pertanto, onerata di fornire servizi essenziali all'utenza autostradale 24 ore su 24, per 365 giorni all'anno. La parte resistente non ha, tuttavia, specificamente allegato, né chiesto di dimostrare, che, in assenza delle ricorrenti, non sarebbe stato concretamente possibile espletare il servizio di ristorazione presso l'autogrill ██████████ nella giornata del 15/8/2017.

Al contrario, dal prospetto turni prodotto dalla parte resistente sub doc. 9 emerge che, nella giornata di Ferragosto del 2017, nel turno dalle sei alle 14 era prevista la presenza di altri due lavoratori oltre alla ██████████ (██████████ e ██████████) e che altri due lavoratori sono stati comandati in servizio in detto orario (██████████ e ██████████, aggiunti a penna sul foglio turni). Dallo stesso prospetto, emerge che nel turno dalle 18 alle 22, di competenza della ██████████, era prevista la presenza di un altro lavoratore (██████████, dalle 15 alle 23), ed erano altresì previsti due lavoratori (██████████ e ██████████) per la fascia oraria dalle 18 30 alle 22:30 (il cui servizio è, poi, stato esteso dalle 14:30 alle 22:30).

Pertanto, anche non volendo considerare le modifiche intervenute nel prospetto turni e segnate a penna (presumibilmente intervenute anche per effetto della assenza delle ricorrenti), emerge che l'originaria programmazione aziendale prevedeva, comunque, la presenza di più di una persona, oltre alle ricorrenti, durante il turno alle stesse originariamente assegnato.

Non avendo l'azienda dedotto, né chiesto di dimostrare, che il servizio non lo fosse espletabile dai (soli) colleghi delle ricorrenti già previsti in turno negli orari di competenza di ██████████ e ██████████, deve ritenersi che non siano dimostrate le esigenze aziendali, la cui sussistenza risulta necessaria onde comprimere il diritto soggettivo delle lavoratrici al godimento della festività infrasettimanale.

Va soggiunto che l'inapplicabilità, in via analogica, delle disposizioni del decreto legislativo 66 del 2003 con riferimento al riposo settimanale (v. sent. 16592/2015 cit., nonché Cass. n. 16634/2005) rende inconferente quanto



