

1201

11520/17 R.G.
1201 SENT.

assegnata a sentenza
3-5-18



TRIBUNALE ORDINARIO DI MILANO
Sezione lavoro

REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano

il Giudice dott. Pietro Martello, in funzione di Giudice del lavoro ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al n. 11520/2017 R.G.L.

promossa da [redacted]
con gli Avv.ti RAFFA LEMBO

RICORRENTE

contro [redacted] S.P.A.
con gli Avv.ti MENICHINO FILIPPO e MENICHINO LUCA

RESISTENTE

OGGETTO: lavoro part-time e orario di lavoro.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

La causa trae origine dal ricorso con il quale la parte ricorrente espone di essere stata assunta da parte convenuta con orario part-time al 50%, per 20 ore settimanali, distribuito su cinque giorni, con orario pattuito di quattro ore giornaliere collocate nelle ultime quattro ore di apertura del punto di vendita; che nel contratto di lavoro è stato previsto un patto di flessibilità ed elasticità in relazione alle esigenze di carattere tecnico organizzativo, produttivo o sostitutivo della datrice di lavoro.

Ciò premesso, la ricorrente afferma che, in via di fatto, durante tutta la durata del rapporto di lavoro ella ha dovuto operare in orario di lavoro differente rispetto a quello individuato in sede di assunzione e di avere, inoltre, prestato una rilevante numero di ore di lavoro supplementare.

La ricorrente afferma di avere, da ultimo, chiesto alla datrice di lavoro una più precisa determinazione dell'orario di

lavoro e di aver ottenuto un diniego.

Con l'odierno ricorso, la parte ricorrente chiede al Giudice di accertare la genericità della clausola di determinazione dell'orario part-time e, quindi la illegittimità di essa e, conseguentemente, di determinare le modalità temporali di svolgimento della sua prestazione lavorativa a tempo parziale.

La ricorrente, inoltre, chiede al Giudice di accertare il danno da ella subito per effetto della illegittima clausola in questione e, conseguentemente, di condannare la parte convenuta al risarcimento del danno, da liquidarsi anche in via equitativa.

Si è costituita la Società convenuta contestando le argomentazioni e le pretese avversarie e chiedendone il rigetto.

In particolare, la Società convenuta afferma che la clausola di determinazione dell'orario part-time contenuta nel contratto di lavoro è sufficientemente precisa e contiene tutte le indicazioni indicate dalla legge.

In fatto, poi, la Società convenuta, pur ammettendo che l'orario di lavoro in origine previsto non è stato mai applicato, afferma che ciò sarebbe avvenuto per ragioni di carattere tecnico, organizzativo e produttivo; afferma, inoltre, che tale orario di lavoro in fatto osservato è da ricollegarsi anche a una scelta della ricorrente, confermata dal fatto che ella non avrebbe mai impugnato le clausole di flessibilità ed elasticità; conclude sul punto la Società convenuta, da ciò deducendo l'inesistenza del danno ipotizzato dalla ricorrente.

All'udienza, dopo il fallimento del tentativo di conciliazione, il Giudice ha interrogato liberamente l'unica parte presente, la ricorrente, e, ritenuta la causa matura, ha invitato le parti alla discussione e ha deciso come da dispositivo per i seguenti

MOTIVI DELLA DECISIONE

1.

Pare opportuno rilevare, preliminarmente e in termini generali, che il D.Lgs. n.61/2000 dispone ,all'art. 2 comma 2, che *"Nel contratto di lavoro a tempo parziale è contenuta puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno"*.

Tale formulazione è stata mantenuta, in termini letterali identici, anche nel comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs. n. 81 del 2015.

Del pari, lo stesso D.Lgs. n.61/2000 prevede, all'art. 8 c. 2, che *"L'eventuale mancanza o indeterminatezza nel contratto scritto delle indicazioni di cui all'art. 2, comma 2, non comporta la nullità del contratto di lavoro a tempo parziale..... Qualora invece l'omissione riguardi la sola collocazione temporale dell'orario, il Giudice provvede a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale con riferimento alle previsioni dei contratti collettivi"*



di cui all'art. 3, comma 7, o, in mancanza, con valutazione equitativa, tenendo conto in particolare delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito derivante dal rapporto a tempo parziale mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro. 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".

Anche tale formulazione è stata mantenuta, in termini pressoché identici, nel comma 2 dell'art. 10 del D.Lgs. n.81 del 2015.

L'invarianza di tali disposizioni evidenzia, sul piano ermeneutico, il persistere della volontà del legislatore di ritenere essenziale la puntuale e specifica indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione dell'orario, con preciso riferimento "al giorno, alla settimana, al mese, all'anno".

Del pari, la previsione dell'art. 10 ult. cit. evidenzia con ogni chiarezza la permanente volontà del legislatore di dare adeguata rilevanza alle "responsabilità familiari del lavoratore... e alla sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa"; oltre che, naturalmente, alle esigenze del datore di lavoro.

Previsioni di contenuto analogo sono presenti anche nel CCNL Terziario/Produzione/Servizi applicato al rapporto di lavoro, laddove si prevede:

Art. 72 - Rapporto a tempo parziale:

L'instaurazione del rapporto a tempo parziale dovrà risultare da atto scritto, nel quale siano indicati i seguenti elementi:....

4) puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione dell'orario di riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno, così come previsto dall'art. 2, 2° comma, del D. Lgs. n. 61/2000 e successive modifiche."

La lettura complessiva di tali fonti rende evidente che la determinazione non può che essere strettamente collegata e finalizzata all'obiettivo di consentire al lavoratore a tempo parziale di pienamente utilizzare il tempo estraneo al lavoro al fine di soddisfare le sue esigenze di vita, di reddito da altro lavoro, di cura familiare e, ovviamente, anche di svago e di recupero delle energie psico-fisiche.

In tale prospettiva, la rigorosa predeterminazione dell'orario lavorativo (e la sua tendenziale invarianza) deve essere effettiva e, tutt'al più, derogabile solo a fronte di ben determinate esigenze contingenti. In caso diverso, infatti, le sopra riportate finalità risulterebbero frustrate, e si finirebbe col richiedere al lavoratore un impegno e un vincolo di portata superiore alla previsione contrattuale, pregiudicandone ingiustificatamente la sua possibilità di gestione del tempo di non-lavoro.

Come osservato dalla giurisprudenza anche di legittimità, il rapporto di lavoro a tempo parziale si distingue da quello a tempo pieno per il fatto che, in dipendenza della riduzione quantitativa della prestazione lavorativa e, correlativamente, della retribuzione, si lascia al lavoratore un largo spazio per altre eventuali attività, la cui programmabilità, da parte dello stesso lavoratore, deve essere salvaguardata, anche all'ovvio fine di consentirgli di percepire, con più rapporti a tempo parziale, una retribuzione complessiva che sia sufficiente (art. 36, primo comma, della Costituzione) a "assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

Particolare rilievo viene riservato, inoltre, nel rapporto a tempo parziale al lavoro femminile, delineandosi un assetto contrattuale che renda possibile alla lavoratrice l'ingresso o il permanere nel mondo del lavoro, così temperando l'attività lavorativa con gli impegni di assistenza familiare di cui essa è onerata.

Le rigida collocazione temporale dell'orario di lavoro ha la funzione di tutelare le indicate esigenze, ravvisabili nei rapporti a tempo parziale pur nelle diverse modalità di concreta esplicazione della prestazione lavorativa.

Esigenze che altrimenti sarebbero completamente pretermesse.

In definitiva, quindi, la rigida predeterminazione (e la tendenziale invarianza) delle giornate e degli orari di lavoro costituisce elemento strutturale del rapporto e del contratto di lavoro; mentre la deroga è da considerarsi come fatto meramente congiunturale e, quindi, eccezionale.

2.

Ciò posto, e passando all'esame del merito della odierna controversia, si deve osservare, innanzitutto, che la mancata comparizione personale in udienza del rappresentante della convenuta per rendere l'interrogatorio libero, oltre a dover essere negativamente valutata ai sensi dell'art 420 comma 1 c.p.c., non ha consentito di acquisire ulteriori elementi di conoscenza, utili per una più completa valutazione dei fatti.

I fatti di causa, peraltro, paiono sufficientemente delineati sulla base degli atti introduttivi e dei documenti ad essi allegati.

In proposito, pare opportuno rilevare che l'indicazione dell'orario di lavoro contenuta nel contratto individuale di lavoro della ricorrente potrebbe essere considerata sufficientemente precisa in relazione alle giornate lavorative, per le quali vengono previsti in astratto i giorni di martedì, mercoledì, giovedì, venerdì, sabato, per le settimane senza domeniche lavorative, e i giorni di mercoledì, giovedì, venerdì, sabato, domenica, per le settimane con domeniche lavorative.

Tale predeterminazione, tuttavia, risulta affetta da genericità poiché non viene preventivamente indicato quali sarebbero le settimane comprendenti o escludenti la domenica



lavorativa, né viene indicata nemmeno l'eventuale alternanza di tali settimane "con o senza" la domenica lavorativa; anzi, in senso contrario, si pone la facoltà del datore di lavoro di individuare le "giornate di domenica e/o festivi che saranno definiti come lavorativi dalla direzione del centro commerciale" (cfr la clausola prevista all'ultimo rigo delle "disposizioni di rinvio" del contratto individuale).

La rilevata genericità risulta, poi, accentuata dal fatto che viene previsto un generale, e generico, riferimento alle "ultime quattro ore di apertura del punto di vendita" che si pone anch'esso in contrasto con le esigenze di specifica e puntuale predeterminazione sia perché non si indica l'orario di chiusura dello specifico punto vendita; sia, e soprattutto, perché tale orario avrebbe potuto variare (per lo stesso punto vendita e per gli altri punti vendita della convenuta ai quali la ricorrente avrebbe potuto essere adibita) a discrezione del datore di lavoro, in conformità dalla previsione contenuta al 1° capoverso del contratto individuale ("l'attività potrà essere esercitata in qualsiasi p.v. di proprietà della scrivente presente e futuro").

Così introducendosi un ulteriore elemento di variabilità e di aleatorietà in assoluto contrasto con la prescrizione di precisa predeterminazione posta dalla legge e dai contratti collettivi.

La richiamata genericità, già rilevante e significativa in astratto, trova completamento e sviluppo nella condotta in concreto tenuta dalla Società convenuta che, in via di fatto, non ha tenuto conto delle predette previsioni e ha, anzi, richiesto alla ricorrente una prestazione lavorativa in orario mutevole e quasi mai corrispondente alle fasce orarie di chiusura del punto di vendita.

Infatti, anche a voler ammettere in linea teorica che una siffatta determinazione vi sia stata, non si può trascurare che - in via di fatto - gli orari pur genericamente indicati nella lettera di assunzione sono stati abitualmente disattesi, così ponendosi in essere una sostanziale elusione del disposto della legge e del contratto collettivo.

Va rilevato, infatti, che secondo le predette fonti la modifica dell'orario di lavoro da parte del datore di lavoro è consentita solo in casi eccezionali e in presenza di comprovate ragioni organizzative produttive specificamente indicate: di tali ragioni e della loro specifica indicazione la Società convenuta non ha fornito alcuna idonea prova.

2.1.

La Società convenuta nega che l'orario di lavoro della ricorrente sia caratterizzato da genericità nella determinazione e, a tal fine, deduce sia il testo dell'accordo, laddove si fa riferimento alle "ultime quattro ore di apertura del punto vendita"; sia, ad ulteriore specificazione, precisando (cfr memoria difensiva, a pagina 4, 1° capoverso) che l'orario di

lavoro "della ricorrente era dalle 18,00 alle 22,00,5 giorni la settimana".

Il dato risulta smentito in via di fatto dagli orari riportati nei turni di presenza effettivamente assegnati (cfr DOC 4 di parte ricorrente, che non solo non è stato contestato dalla parte convenuta, ma è stato da questa asseverato all'udienza del 26 gennaio 2018 allorché, nell'opporci alle istanze istruttorie di parte ricorrente, ha affermato essere queste "superate dal doc. 4 avversario che sono i turni delle addette del punto vendita").

Le risultanze di tale documento, esplicitamente accettato dalla parte convenuta, sono particolarmente significative ed esaustive e tali da indurre a ritenere superflua ogni ulteriore istruttoria in fatto.

L'esame dei turni riportati in tale doc. 4 evidenzia in modo palmare che la collocazione oraria in astratto indicata nel contratto è stata in via di fatto e con regolarità disattesa, non fosse altro per il fatto che con significativa regolarità la ricorrente è stata adibita a fasce orarie diverse da quelle delle ultime quattro ore di apertura.

In tal modo si evidenzia un altro profilo di irregolarità, dovendo ritenersi che l'orario pattuito deve costituire la normalità e che le deroghe ad esso possono avvenire soltanto in ipotesi eccezionali, oltre che adeguatamente motivate.

Nel caso di specie si evidenzia, invece, che le mutazioni delle fasce orarie hanno costituito la regolarità e normalità e non, come avrebbe dovuto essere, l'eccezionalità.

La circostanza, peraltro, è confermata dalla stessa memoria difensiva della convenuta laddove (cfr pagina 5, 2^a capoverso) si ammette che "nei fatti tale orario non è mai stato applicato"; risultando, poi, paradossale la pretesa della convenuta di imputare tale mancato rispetto dell'orario contrattuale a "una scelta della ricorrente".

Il che porta a smentire quanto dedotto nella stessa memoria difensiva alla pagina 4 (2^a cpv), laddove, oltre ad affermarsi che "la prestazione di lavoro part-time della ricorrente era perfettamente predeterminata, prevedibile" si aggiunge che essa "consentiva alla stessa di organizzare al meglio la restante parte del proprio tempo libero".

Pare del tutto evidente, infatti, che la specifica variabilità degli orari di lavoro della ricorrente (come risultante dai turni di presenza sub DOC 4 di parte ricorrente) era tale da impedire alla ricorrente stessa di organizzare il proprio tempo libero.

Del resto, la linea aziendale della convenuta di non tener conto dell'orario predeterminato, viene esplicitamente ammessa nella stessa memoria difensiva laddove (cfr pagina 10, 3^a capoverso) si ammette che la convenuta "fa ruotare tutte le addette su più turni"; e, ad ulteriore esplicitazione di tale linea di condotta, prosegue esplicitando la propria scelta di "evitare che la singola dipendente si trovi a fare o solo chiusure (orario dalle 18,00-alle 22,00)", così esplicitamente ammettendo la propria scelta strutturale di non tener conto dell'orario pattuito con la

 6

ricorrente che sarebbe stato, a dire della stessa convenuta, quello dalle 18,00 alle 22,00.

In proposito, pare il caso di aggiungere che la convenuta ha ritenuto di utilizzare impropriamente le clausole di flessibilità proprio per evitare il fatto, contrattualmente pattuito, che "la signora [redacted] avrebbe dovuto fare sempre e solo la chiusura del punto vendita ovvero avrebbe dovuto seguire l'orario part-time indicato nel suo contratto, dalle 18,00 alle 22,00" (cfr memoria difensiva, pagina 11, 2^ capoverso).

Le osservazioni che precedono portano a concludere che la Società convenuta ha sistematicamente e regolarmente disatteso le previsioni del contratto individuale in ordine alla fascia oraria di lavoro della ricorrente.

E che ciò è avvenuto con una regolarità che platealmente contraddice il carattere di eccezionalità del ricorso alle clausole e alla facoltà di flessibilità.

In tal modo si evidenzia, inoltre, la linea aziendale di fare ricorso alle modifiche dell'orario di lavoro come soluzione non contingente ed eccezionale, ma, al contrario, strutturale e predeterminata, con sistematica violazione dell'obbligo generale di osservare le fasce orarie stabilite nel contratto individuale.

Una conferma di tale volontà aziendale sostanzialmente elusiva delle esigenze di rigorosa predeterminazione si riscontra nel fatto che, a fronte di una specifica richiesta di variazione dell'orario di lavoro e, comunque, di una diversa collocazione dell'orario di lavoro, la Società convenuta ha (cfr DOC 9 ricorrente) fornito un diniego motivato con una formulazione improntata anch'essa al rilevato connotato di genericità ("la situazione organizzativa del punto vendita"); né essa ha ritenuto di dover dare spiegazioni nemmeno di fronte alle due successive sollecitazioni dalla ricorrente inviate con lettera del proprio avvocato.

Le spiegazioni fornite in sede di memoria difensiva appaiono del tutto inconferenti, anche alla luce delle considerazioni in precedenza svolte.

Pare necessario, inoltre, rilevare la singolarità, e la censurabilità, della condotta di parte convenuta in violazione del disposto dell'art. 85 del C.C.N.L. laddove, al penultimo comma, si prevede esplicitamente l'ipotesi di "denuncia" del patto stesso per le ragioni ivi esplicitamente indicate.

Tale norma contrattuale, infatti, prevede il venir meno della facoltà del datore di lavoro "di variare la collocazione temporale della prestazione lavorativa inizialmente concordata ovvero il suo incremento..."; il che si fonda sul necessario presupposto che la collocazione temporale della prestazione lavorativa sia adeguatamente precisata, non potendosi ipotizzare, in caso diverso una possibilità di variazione.

Cioè si può parlare di variazione solo a fronte di una esplicita previsione. Il che non pare ricorrere nel caso di specie.

2.2.

La rilevata omissione della collocazione temporale dell'orario determina un effetto che va qualificato giuridicamente come di nullità, in tal senso ritenendosi opportuno sul piano dell'interpretazione sistematica il riferimento all'art. 8 del D. Lgs. n. 61 del 2000 laddove, al comma 2, si fa riferimento alla categoria della nullità, sia pure per escluderla con riferimento all'intero contratto; pare, quindi, conforme all'interpretazione sistematica ritenere che il predetto effetto di nullità riguardi soltanto la clausola viziata che, in quanto tale, *vitiatur sed non vitiatur*.

In ogni caso, si tratta di clausola illegittima e, per le ragioni tutte predette, priva di efficacia.

In tale ottica si colloca l'intervento sostitutivo del Giudice che, rimossa la clausola viziata, la sostituisce con la propria determinazione.

Ciò posto, ritiene questo Giudice di dover procedere alla determinazione delle modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa della ricorrente, sulla base dei parametri indicati dalla legge con riferimento particolare alle responsabilità familiari e alla sua esigenza di integrazione del reddito, nonché delle esigenze del datore di lavoro.

In tale ottica si ritiene equo accogliere la domanda proposta dalla parte ricorrente, con riferimento a una distribuzione su tre giorni alla settimana e nelle giornate di giovedì venerdì e sabato una settimana e nelle giornate di venerdì sabato e domenica la settimana successiva, con turni da individuarsi preventivamente e rigorosamente e con orario continuativo di lavoro compreso nella fascia oraria fra le 9,00 e le 20,00.

Tale soluzione pare idonea non solo a rispettare le già richiamate esigenze della ricorrente ma quelle della Società datrice di lavoro, posto che una siffatta turnazione è stata di fatto applicata nel settembre 2017.

La rilevata illegittimità della condotta aziendale, inoltre, comporta la nascita a carico della convenuta della obbligazione di risarcimento del danno come previsto dall'art. 8 del D. Lgs. n. 61 del 2000. Ricorrono gli elementi per una valutazione equitativa di tale danno, secondo quanto richiesto dalla parte ricorrente e secondo la previsione dell'art. 8 ult. cit.

In tale determinazione si terrà conto del periodo interessato alla violazione predetta che, detratti i congedi fruiti dalla ricorrente, è di oltre cinque anni, nonché di una percentuale di riferimento del 15% della retribuzione contrattuale, per modo che pare equo determinare il danno nella somma di € 10.000, complessiva e comprensiva di interessi e rivalutazione fino alla data odierna, come meglio specificato in dispositivo.

In proposito, pare opportuno rilevare che i conteggi dedotti dalla parte ricorrente non sono stati contestati dalla parte convenuta se non limitatamente alla decorrenza, ritenendo la parte doversi escludere il periodo antecedente marzo 2017 laddove, a parere di questo Giudice, il danno è connesso alla

illegittimità della mancata predeterminazione inerente tutto il rapporto di lavoro.

Deve escludersi l'operatività della prescrizione, come invocata dalla parte convenuta, posto che il regime delle tutele configurato in seguito alla riforma dell'art. 18 contenuta nella legge n. 92 del 2012 e in seguito al D.Lgs.n.23 del 2015 configura la tutela reale come meramente residuale, così determinando un quadro non idoneo ad escludere nel lavoratore -nella prospettazione necessariamente da valutarsi ex ante- il metus connesso al regime della tutela meramente obbligatoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo, con distrazione in favore dell'avvocato Raffa, dichiaratosi antistatario.

La sentenza è per legge provvisoriamente esecutiva.

P.Q.M.

accerta la nullità e l'inefficacia della clausola inerente la collocazione temporale della prestazione di lavoro della ricorrente di cui al contratto di lavoro datato 28/4/2011 e, per l'effetto, determina le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale di 20 ore settimanali della ricorrente con distribuzione su tre giorni alla settimana, a settimane alternate, la prima settimana nelle giornate di giovedì venerdì e sabato, la seconda nelle giornate di venerdì sabato e domenica con turni, da individuarsi preventivamente, compresi nella fascia oraria fra le ore 9:00 e le ore 20:00;

condanna la Società convenuta al risarcimento del danno, che si determina in via equitativa nella misura di € 10.000,00, complessiva e comprensiva di interessi e rivalutazione fino alla data odierna.

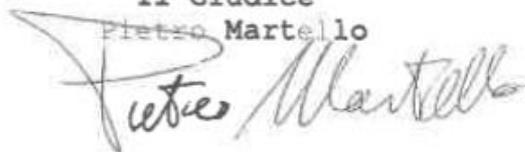
condanna la parte convenuta al pagamento delle spese di causa, liquidate in € 3.100,00 complessivi, oltre accessori di legge.

Sentenza provvisoriamente esecutiva.

Milano, 03/05/2018

Il Giudice

Pietro Martello



Deposito nella cancelleria della Sez. Lavoro
del Tribunale Ordinario di Milano

OGGI - 1 GIU. 2018

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO
di Carmelo GAROFALO

