



**REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
CORTE DI APPELLO DI MILANO  
SEZIONE LAVORO**

Composta da

**Dott.ssa Susanna Mantovani**

**Presidente**

**Dott.ssa Maria Rosaria Cuomo**

**Consigliere**

**Dott. Andrea Onesti**

**Giudice Ausiliario - relatore**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella causa civile di appello avverso la sentenza del Tribunale di Lecco n. 176/2022, estensore Dott.ssa Federica Trovò

promossa da

██ S.R.L. (C.F. ██) in persona del procuratore e legale rappresentante pro tempore Dott.ssa ██, rappresentata e difesa dall'avv. ANGELO CHIELLO e dall'avv. CESARE ANDREA POZZOLI (PZZCRN66L07F205J) elettivamente domiciliata presso l'indirizzo pec del secondo difensore cesare.pozzoli@milano.pecavvocati.it

**APPELLANTE**

**CONTRO**

██ (C.F. ██), rappresentato e difeso dall'avv. ALESSANDRA COLOMBO e dall'avv. CHIARA VANNONI (VNNCHR78C45D416Y) elettivamente domiciliato in LECCO, VIA A. VISCONTI 24, presso il primo difensore

**APPELLATO**

**CONCLUSIONI**

**PER L'APPELLANTE**

Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello di Milano, Sezione Lavoro, in accoglimento del presente appello e in riforma della sentenza pronunciata inter partes dal Tribunale di Lecco, Sez. Lavoro, G.U. dott.ssa Federica Trovò, n. 176/2022 del 21.11.2022, pubblicata in data 22.11.2022:

In via principale: rigettare le domande tutte proposte dal sig. [REDACTED] contro [REDACTED] [REDACTED] condannare il sig. [REDACTED] a restituire quanto corrisposto da [REDACTED] ————— esecuzione della sentenza di primo grado, pari ad € 5.049,17 corrispondente al lordo di € 6.790,67 per capitale ed interessi, oltre ad € 2.335,33 per spese legali, per un totale di € 9.126,00 (o, in subordine, di € 7.384,50 nella denegata ipotesi di restituzione limitata alla somma netta) ovvero la diversa somma ritenuta di giustizia, oltre interessi.

In subordine: riformare la sentenza impugnata in punto di quantum detraendo gli importi per differenze sulle festività non dovuti (e non riconosciuti dovuti nella sentenza de qua), per permessi ROL/ex festività e con ricalcolo della media annuale di straordinario secondo i corretti criteri elencati al capitolo n. 5 del presente ricorso.

Con vittoria di spese ed onorari relativi ad entrambi i gradi del giudizio.

Previa, solo occorrendo, ammissione dei capitoli di prova dedotti nella memoria difensiva di primo grado, con i testi ivi indicati, capitoli da 1) a 11), da intendersi qui integralmente richiamati e ritrascritti.

#### **PER L'APPELLATO**

Rigettare l'appello promosso da [REDACTED] er tutti i motivi indicati e, per l'effetto.

Confermare integralmente la sentenza n. 176/2022 del Tribunale di Lecco, sezione Lavoro, del 21.11.2022.

Il tutto, con vittoria di compensi del presente grado di giudizio.

#### **MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO**

Con il ricorso di primo grado [REDACTED] conveniva in giudizio la ex datrice di lavoro [REDACTED] [REDACTED] al fine di sentirla condannare al pagamento in suo favore dell'importo di euro 6.601,79 a titolo di differenze retributive per incidenze dei compensi per lavoro straordinario continuativo su ferie, tredicesima, festività e ROL/festività soppresse, per il periodo dal 1.6.2013 alla fine del rapporto di lavoro.

— [REDACTED] era stato assunto in data 28.11.1995 da [REDACTED] S.p.A. ed in seguito era passato ex art. 2112 c.c. alle dipendenze di [REDACTED] srl, con qualifica di operaio di V livello CCNL Metalmeccanici. In seguito alla cessazione del rapporto di lavoro avvenuta in data 31.10.2020 egli rivendicava il pagamento delle incidenze degli straordinari continuativamente prestati per il periodo di lite su tredicesima, ferie, festività e permessi per riduzione orario e festività soppresse.

La società convenuta si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto nel merito delle pretese avversarie ed eccependo la prescrizione dei crediti azionati.

Il Tribunale, istruita documentalmente la causa, ha respinto preliminarmente l'eccezione di prescrizione; nel merito, ha ritenuto evidente dai conteggi redatti sulla base delle buste paga, che, salvo che per gli anni 2017 e 2020, il ██████ aveva prestato in maniera continuativa e per tutti i mesi dell'anno, ore di lavoro straordinario; stante la quantità e la frequenza di tali prestazioni, il Giudice ha altresì ritenuto che queste fossero connaturate alle normali esigenze di servizio e richieste al lavoratore, appunto, per fare fronte a tali esigenze.

Il Tribunale ha richiamato l'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE e l'art. 31, n. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, secondo cui *“Ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite”*. Il Tribunale ha quindi affermato che -una volta riconosciuto carattere di continuità e normalità al compenso per il lavoro straordinario- questo debba essere computato ai fini del calcolo della retribuzione per le ferie, dell'indennità sostitutiva per le ferie non godute e, per le stesse ragioni, della tredicesima mensilità tenendo conto delle previsioni contrattuali collettive del CCNL Metalmeccanici.

Quanto alle ferie, l'art. 10, sez. IV, Titolo III, stabilisce che *“le ferie sono retribuite con la retribuzione globale di fatto”* e che *“l'indennità dovuta al lavoratore per le 11 giornate di ferie non godute è costituita dalla retribuzione giornaliera globale di fatto”*.

Quanto alla tredicesima mensilità, l'art. 7, sez. IV, Titolo IV, del CCNL applicato dispone che *“l'azienda è tenuta a corrispondere per ciascun anno al lavoratore, in occasione della ricorrenza natalizia, una tredicesima mensilità di importo ragguagliato alla retribuzione globale di fatto.”*

Circa i permessi retribuiti e le ex festività, le norme del CCNL che li disciplinano (art. 5 e art. 9, sezione quarta, Titolo III CCNL Metalmeccanici) non contengono analogo riferimento alla retribuzione globale di fatto, bensì alle nozioni di *“retribuzione in atto”* e di *“normale retribuzione mensile”* o *“retribuzione di fatto”*. Ciò non impedisce -ad avviso del primo Giudice- l'accoglimento della domanda anche con riferimento a tali istituti, in quanto l'applicazione dei principi sopra enunciati e ormai ripetutamente affermati dalla CGUE, nonché recepiti dalla Corte di Cassazione, implica la disapplicazione delle eventuali norme di CCNL ad essi contrari.

Il Tribunale ha pertanto accolto la domanda di parte ricorrente con esclusione delle differenze retributive azionate con riferimento agli anni 2017 e 2020, per i quali non è stato ravvisato l'elemento della continuità degli straordinari (svolti per cinque mesi nel 2017, e per tre mesi nel 2020).

Il Giudice si è pronunciato, poi, in merito alle contestazioni sollevate dalla parte resistente sui conteggi, ed in particolare sull'errato computo degli straordinari esposti per alcune mensilità, in quanto non corrispondenti alle buste paga e sull'applicazione del divisore 11 anziché 12, ai fini del calcolo della media degli straordinari mensili. La prima osservazione era stata condivisa dalla controparte nella

rettifica dei conteggi svolta nelle note difensive depositate il 3.11.2022. Quanto al secondo aspetto, il Tribunale ha ritenuto corretta l'applicazione del divisore 11 per la ragione che la media mensile degli straordinari viene effettuata sulla base dei soli mesi in cui essi sono svolti, e nel caso di specie va tenuto in conto che, per quanto negli anni considerati il lavoro straordinario abbia senz'altro rappresentato un elemento abituale, per almeno un mese all'anno esso non è stato prestato poiché il lavoratore era in ferie.

Il Tribunale ha quindi accolto in tali termini la domanda, condannando la società a corrispondere a [REDACTED] l'importo di euro 5.746,15 oltre spese di lite in euro 1.900,00, il tutto oltre accessori di legge.

Con ricorso depositato in data 8.2.2023 [REDACTED] ha proposto appello contro la sentenza.

Con il primo motivo di appello la società censura la decisione nella parte in cui il Tribunale ha ritenuto la continuità degli straordinari svolti dal sig. [REDACTED] negli anni 2013, 2014, 2015, 2016, 2018 e 2019, in quanto non adeguatamente motivata, illogica e comunque errata. In primo luogo, la stessa affermazione secondo cui lo straordinario non poteva considerarsi nel computo richiesto per gli anni 2017 e 2020 nega implicitamente la continuità della prestazione, rivendicata dal ricorrente per tutto il periodo di lite (2013-2020). Parte appellante afferma, pertanto, che la domanda del sig. [REDACTED] non meritava accoglimento, stante l'evidente dimostrazione della natura non continuativa dello straordinario.

In secondo luogo, viene negato il carattere di continuità dello straordinario che invece era del tutto saltuario, non programmato e non programmabile e certamente non fisso né continuativo, con andamento del tutto discontinuo e ondivago. Difatti, il lavoro straordinario prestato, come si evince dalle buste paga prodotte, ha subito continue e costanti interruzioni per molte settimane, e si è addirittura azzerato del tutto in svariati mesi (dunque senza nessuna continuità), risultando comunque mai omogeneo nei vari periodi presi in considerazione.

Con il secondo motivo di gravame l'appellante lamenta l'omessa motivazione sulla contestata incidenza dello straordinario sulle festività. Il Tribunale non ha affatto spiegato perché la domanda in merito all'istituto delle festività fosse fondata, ma l'ha ugualmente accolta, o meglio ha ritenuto che al Cesana spettasse *“a titolo di incidenze degli straordinari su ferie, tredicesima, ROL ed ex festività degli anni residui l'importo di euro 5.748,15 oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla maturazione dei crediti al saldo”*, sebbene l'importo comprendesse anche le incidenze relative alle festività, pari ad euro 1.269,11.

In ogni caso, l'incidenza dello straordinario anche continuativo sulla retribuzione festiva è esclusa dalla giurisprudenza che, nell'applicare l'art. 5 della l. n. 260 del 1949 sulle festività, ha ritenuto che l'espressione *“normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio”*

da determinarsi “ragguagliandola a quella corrispondente ad un sesto dell'orario settimanale contrattuale o, in mancanza, a quello di legge” escluda l'incidenza del compenso per lavoro straordinario, anche se prestato in via continuativa.

Con il terzo motivo viene censurata la parte della sentenza relativa all'accoglimento della domanda per ciò che riguarda i permessi ROL ed ex festività.

Nella sentenza impugnata è stata citata la giurisprudenza comunitaria in materia di retribuzione da corrispondersi durante il godimento delle ferie, ed il Tribunale ha fatto propri i principi secondo cui detta retribuzione debba ritenersi comprensiva di quanto il lavoratore avrebbe percepito recandosi al lavoro e ciò al fine di non comprimere il suo diritto al godimento delle ferie, che è oggetto di tutela sia a livello nazionale (art. 36 Cost., art. 2109 c.c.) che sovranazionale (art. 7 Direttiva 2003/88/CE). Ad avviso di parte appellante, tuttavia, ai permessi “ROL/ex festività”, come qualificati dal ricorrente, non possono essere applicati i principi dettati dalla giurisprudenza (nazionale e comunitaria) in materia di tutela delle ferie, stante l'evidente diversità degli istituti in esame.

Con il quarto motivo di appello la società contesta la decisione del Tribunale in merito al calcolo della media degli straordinari continuativi annualmente effettuati dal sig. [REDACTED]

Erroneamente il Tribunale ha affermato, circa le contestazioni sollevate dalla società sui conteggi, che gli unici rilievi specifici erano quelli relativi all'errato computo degli straordinari esposti per alcune mensilità in quanto non corrispondenti alle buste paga, nonché all'applicazione del divisore 11 anziché 12, ai fini del calcolo della media degli straordinari mensili. Infatti, la sentenza di primo grado non ha minimamente tenuto in considerazione l'eccezione relativa ai cosiddetti “picchi anomali” che emergono dal semplice esame dei cedolini paga allegati al ricorso di primo grado e, pertanto, non ha operato la corretta individuazione delle quantità di lavoro straordinario costanti nel tempo per individuare e quantificare la media degli straordinari effettuati anno per anno dal sig. [REDACTED] come da corretto insegnamento della giurisprudenza di legittimità. Inoltre, l'appellante insiste nella contestazione dell'adozione del divisore 11 anziché 12 evidenziando che gli straordinari presi in considerazione da parte ricorrente si collocano in tutti i mesi dell'anno, incluso il mese di agosto.

Con il quinto motivo l'appellante impugna la sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto infondata l'eccezione di prescrizione sollevata dalla società. La società contesta in diritto tale statuizione, ritenendo che non vi sia stato alcun mutamento, rispetto agli approdi ormai consolidati in materia di decorrenza della prescrizione durante il rapporto, a seguito delle modifiche legislative operate dalla legge n. 92/2012 in materia di tutele contro i licenziamenti illegittimi.

Con il sesto motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza laddove il Tribunale ha respinto le istanze istruttorie proposte, poiché -al di là del fatto che la prova in merito alla continuità dello

straordinario prestato era integralmente a carico del ricorrente, il quale nulla aveva dedotto in merito alle modalità concrete di svolgimento dello straordinario - la società resistente, costituendosi in giudizio, aveva dedotto che il lavoro straordinario prestato saltuariamente dal sig. [REDACTED] non era connesso alle normali esigenze aziendali, tanto è vero che ha avuto un andamento del tutto ondivago, ed aveva fornito puntuali allegazioni in merito alle modalità di lavoro del reparto a cui era addetto il [REDACTED] di cui aveva chiesto la dimostrazione a mezzo di prova testimoniale. Lo svolgimento dell'istruttoria richiesta dalla parte resistente in primo grado avrebbe consentito, quindi, di dimostrare la natura occasionale dello straordinario prestato dal sig. [REDACTED]

Da ultimo, parte appellante chiede la restituzione di quanto corrisposto dalla società, in ottemperanza alla sentenza di primo grado, avendo pagato al medesimo, con assegno circolare n. 3206583162-03 del 10.01.2023, l'importo (netto) di euro 5.049,17 corrispondente al lordo di euro 6.790,67 per capitale ed interessi, ed avendo parimenti provveduto al pagamento delle spese legali per euro 2.335,33 con bonifico bancario del 19.12.2022 sul conto corrente del legale antistatario.

Con memoria difensiva del 6.4.2023 si è costituito in giudizio il sig. [REDACTED] il quale resiste all'appello in particolare affermando che il carattere continuativo e non occasionale della prestazione e l'abitudine delle relative esigenze di lavoro non sono esclusi dal fatto che la quantità di lavoro straordinario fosse variabile, come risulta anche dalla giurisprudenza citata dall'appellante, che non richiede affatto la misura fissa della prestazione straordinaria. Quanto ai periodi esclusi dal computo, nel 2020 la prestazione di straordinario è cessata a marzo per il sopravvenire dell'emergenza pandemica, per cui l'esclusione riguarda soltanto il 2017 nel corso del quale, tuttavia, vi è stata prestazione straordinaria in cinque mesi.

Sulla questione delle festività, l'appellato ipotizza che l'omessa indicazione dell'istituto nella motivazione sia dovuta ad errore materiale, nel senso che il Tribunale intendesse trattare anche della retribuzione per festività, oltre che dei permessi per festività abolite, accomunati questi ultimi ai permessi per riduzione di orario di lavoro (ROL). L'appellato, comunque, contesta nel merito il motivo di gravame, ritenendo che la sentenza meriti conferma, se del caso con modifica della motivazione.

All'udienza del 19.4.2023 la causa è stata discussa e decisa come da dispositivo riportato in calce.

I motivi di appello devono essere esaminati in ordine logico come segue.

Il primo, il quarto ed il sesto motivo sono infondati. Il Tribunale ha fatto corretta applicazione dei principi giurisprudenziali ormai da tempo consolidati in materia, secondo cui il carattere costante e sistematico dello straordinario deve essere verificato dal Giudice di merito nella duplice condizione di una verificata regolarità o frequenza o periodicità della prestazione e di una ragionata esclusione dei caratteri di occasionalità, transitorietà o saltuarietà dovendosi apprezzare la regolarità, frequenza o

anche mera periodicità di una prestazione eccedente l'orario ordinario con riguardo al suo ripetersi con costanza ed uniformità "*per un apprezzabile periodo di tempo*", così da divenire abituale nel quadro dell'organizzazione del lavoro perché funzionale al normale fabbisogno dell'impresa. (v. Cass. 12 settembre 1995 n. 9267, 29 novembre 1995 n. 12376, 25 agosto 1997 n.7966 e molte altre successive conformi). Non è rilevante, a tale proposito, che le quantità mensili siano diverse, ben potendo variare quantitativamente le esigenze aziendali che originano il ricorso sistematico allo straordinario. Anche il fatto che in due/tre mesi in ciascuno degli anni 2014, 2015, 2016 e 2018 (mesi peraltro in parte occupati dalle ferie del lavoratore) lo straordinario sia pari a zero non è indice determinante nel senso voluto dalla società; il fatto che, invece, il Tribunale abbia ritenuto che nell'anno 2017 e nell'anno 2020 lo straordinario sia stato escluso non si riflette sul giudizio relativo agli altri anni; nel 2020 è sopraggiunta l'emergenza pandemica e il rapporto è cessato ad ottobre dello stesso anno, mentre per quanto riguarda l'anno 2017 si è avuta una significativa interruzione per diversi mesi delle prestazioni straordinarie. È corretto, quanto meno per ferie e tredicesima, considerare l'anno come periodo entro cui apprezzare l'elemento della continuità, posto che si tratta di istituti che maturano annualmente. In ogni caso, escludendo il 2017 e il 2020, si avrebbero ugualmente due periodi pluriennali, uno dal 2013 al 2016 e uno dal 2018 al 2019 i quali ben potrebbero essere considerati separatamente, con gli stessi effetti di cui alla sentenza.

Quel che rileva è l'accertamento, che questo Collegio condivide, in ordine alla sussistenza, nel caso di specie, del carattere costante e sistematico della prestazione straordinaria, in realtà confermato indirettamente anche dalla parte appellante. Infatti, una volta accertata la ripetizione costante, sia pure in maniera non uniforme, dello straordinario, l'allegazione della società -secondo cui la prestazione straordinaria era dovuta al fatto che la clientela richiedeva le forniture (trattamenti di tempra ad induzione su materiali e pezzi del cliente) con minimo preavviso e la durata delle lavorazioni era molto variabile a seconda dei materiali o dei pezzi da trattare- conferma che si trattava di una modalità stabile di prestazione lavorativa, adottata dall'imprenditore nell'esercizio del suo potere organizzativo ed ai fini di massimizzazione del profitto.

Per tale motivo il Giudice di primo grado ha correttamente escluso la prova testimoniale, da ritenersi irrilevante.

Quanto sopra spiega anche la infondatezza del quarto motivo di appello laddove si contesta la mancata esclusione dei cosiddetti "picchi anomali", posto che si tratta di una prestazione non quantitativamente uniforme nel corso dei mesi, ma la giurisprudenza non richiede, ai fini che qui interessano, la ripetizione costante di quantità sempre uguali di lavoro straordinario, per cui la riduzione delle incidenze alle quantità costanti ( il c.d. zoccolo) comporterebbe implicitamente una qualificazione quali

occasionali di tutte le prestazioni eccedenti tali quantità, il che contrasta con la rinvenuta stabilità e sistematicità del lavoro straordinario.

Quanto all'adozione del divisore mensile 11, posto che la società non ha contestato in sé l'adozione - quale criterio di calcolo della media degli straordinari- di un divisore mensile, questa è corretta, poiché le ferie corrispondono a un mese di calendario e a nulla rileva il fatto che siano distribuite in vari periodi dell'anno, posto che, comunque, nei giorni di ferie non può ovviamente svolgersi lavoro straordinario. Si conferma, pertanto, l'orientamento adottato in cause analoghe da questa Corte (v. sentenza n. 1439/2021, sentenza n. 490/2022).

Il secondo e il terzo motivo sono fondati.

Quanto alla mancata motivazione in ordine alla retribuzione festiva, è da ritenere che il Tribunale abbia erroneamente omissso la menzione delle festività, enunciando l'accoglimento della domanda solo per quanto riguarda ROL ed ex festività. Infatti, è chiaro, attraverso il riferimento alle norme contrattuali collettive, che nella sostanza (conformemente a quanto esposto nel ricorso e nei conteggi, ove il ricorrente trattava cumulativamente di "ROL/EX FEST") si deve intendere il punto della sentenza come riferito da un lato a ROL ed ex festività (nel senso di permessi per riduzione orario e festività soppresse di cui all'art. 5 del CCNL) e dall'altro alla retribuzione festiva di cui all'art. 9 CCNL.

Il Collegio però non condivide l'opzione del primo Giudice, ritenendo corretti i rilievi di parte appellante. La giurisprudenza europea si è formata in merito alle ferie, il cui diritto è considerato di particolare importanza all'interno del diritto dell'Unione, senza che si possa configurare una nozione generalizzata di retribuzione a livello europeo, che in virtù dei principi generali dovrebbe essere applicata anche in presenza di norme interne e previsioni contrattuali collettive difformi. E' da ricordare, infatti, che con la recente sentenza n. 20216/2022, la Corte di Cassazione, trattando della retribuzione per ferie e dell'inclusione in essa di elementi variabili della retribuzione, ha precisato (punto 42) che la normativa europea sulle ferie *"non individua un concetto di retribuzione per ferie europea di tipo "quantitativo", ma delinea un concetto di retribuzione per ferie europea sotto un profilo "teleologico", nel senso che essa deve essere tale da non indurre il lavoratore ad optare per una rinuncia alle ferie al fine di non essere pregiudicato nei suoi diritti"*. Ed ancora, più in generale, (punto 44) *"Ciò per ribadire che la normativa dell'Unione Europea non si è spinta a definire una nozione armonizzata di retribuzione imponendo l'integrale corresponsione di essa nel periodo feriale, così violando la competenza in ambiti riservati alla potestà normativa degli Stati membri, ma si è limitata ad indicare l'osservanza di un risultato il cui esito deve essere valutato in concreto, avendo riguardo alla specificità dei singoli ordinamenti nazionali, con gli strumenti legislativi che ogni Stato*

*abbia adottato e con riferimento alla particolarità della componente retributiva di cui si chiede l'inclusione, dal giudice nazionale.”*

Ciò posto, non sussistendo alcuna nozione generalizzata di retribuzione introdotta dall'ordinamento eurounitario, occorre basarsi sulla normativa e sulla contrattazione nazionale. Circa le festività, recentemente la Corte di Cassazione ha confermato, con la sentenza n. 23366 del 23.10.2020, l'orientamento precedente: *"la retribuzione corrisposta per prestazioni continuative e sistematiche di lavoro straordinario, non facendo parte della retribuzione normale anche se corrisposta in maniera fissa e stabile, non rileva ai fini del trattamento retributivo per le festività infrasettimanali, poiché l'art. 5 della l. n. 260 del 1949, nel testo di cui alla L. n. 90 del 1954, fa riferimento alla normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio (cfr., ex multis, Cass. nn. 28937/2018; 25760/2017; 25761/2016; 9764/2000)"*

In base a tale orientamento, quindi, deve escludersi l'incidenza dello straordinario continuativo sulla retribuzione festiva.

Per quanto riguarda invece le differenze richieste dal [REDACTED] a titolo di "ROL / EX FEST", il primo Giudice ha richiamato l'art. 5 sezione IV, titolo III CCNL 5.12.2012, in cui è collocato un paragrafo dedicato ai permessi annui retribuiti (pari a 104 ore annue di cui 72 a titolo di riduzione orario e 32 a titolo di festività abolite). Si tratta di istituto di origine esclusivamente contrattuale, per cui è solo alla contrattazione collettiva che occorre fare riferimento. La norma contrattuale collettiva prevede soltanto che la monetizzazione dei permessi per riduzione orario e festività abolite venga effettuata, al termine di un periodo di 24 mesi di validità del conto ore dei permessi non goduti, in base alla retribuzione oraria vigente: precisamente il contratto prevede che *"al termine di tale periodo, le eventuali ore che risultassero ancora accantonate, saranno liquidate con la retribuzione in atto al momento della scadenza"*.

Posto che i permessi annui retribuiti costituiscono un diritto disponibile del lavoratore e non sono regolati da alcuna norma imperativa, non si ravvisano motivi per discostarsi dalla comune volontà delle parti come espressa nel contratto, essendo chiaro che – come peraltro osservato anche dal Tribunale- le parti collettive intendevano fare riferimento alla retribuzione normale.

Una soluzione in linea con quella adottata dal primo Giudice comporterebbe, in ultima analisi, reintrodurre un principio di omnicomprensività della retribuzione, che la giurisprudenza di legittimità ha tuttavia costantemente escluso.

Il quinto motivo, relativo alla prescrizione, è infondato.

Sulla questione recentemente si è pronunciata la Corte di Cassazione con sentenza n. 26246/2022 del 6.9.2022 con affermazione del seguente principio di diritto. *"Il rapporto di lavoro a tempo*

*indeterminato, così come modulato per effetto della legge n. 92 del 2012 e del decreto legislativo n. 23 del 2015, mancando dei presupposti di predeterminazione certa delle fattispecie di risoluzione e di una loro tutela adeguata, non è assistito da un regime di stabilità. Sicché, per tutti quei diritti che non siano prescritti al momento di entrata in vigore della legge n. 92 del 2012, il termine di prescrizione decorre, a norma del combinato disposto degli artt. 2948, n. 4 e 2935 c.c., dalla cessazione del rapporto di lavoro". Il Collegio condivide pienamente tale conclusione, confermativa dell'orientamento in precedenza assunto da questa Corte (cfr. ad es. sentenza n. 376/2019) per cui il motivo di appello è infondato, non essendo maturata alcuna prescrizione visto che il periodo di lite inizia nel 2013 e la cessazione del rapporto è intervenuta nel 2020, con interruzione della prescrizione avvenuta con comunicazione pec del 3.2.2021.*

In definitiva, l'importo a credito del sig. ████████ deve essere rideterminato escludendo le somme per festività e ROL /ex fest., quindi considerando l'incidenza degli straordinari ( escludendo gli anni 2017 e 2020) soltanto sugli istituti di ferie e tredicesima. In base al conteggio prodotto da parte ricorrente la società appellante deve essere condannata a pagare all'appellato la minore somma di euro 3.536,91 oltre rivalutazione monetaria e interessi legali dalle singole scadenze al saldo.

In considerazione del parziale accoglimento dell'appello la società, che ha provato documentalmente l'esecuzione della sentenza di primo grado, ha diritto alla restituzione delle somme pagate in eccedenza rispetto a quanto qui riconosciuto, al netto delle ritenute (cfr. da ultimo Cass. n. 5648/2022) e con interessi legali dall'intervenuto pagamento al saldo.

Non si può esaminare in questa sede la domanda di restituzione delle spese legali pagate in esecuzione della sentenza di primo grado, poiché rivolta nei confronti del sig. ████████ e non del difensore antistatario che aveva ottenuto la distrazione delle spese e l'effettivo pagamento da parte della società, risultando quindi, per giurisprudenza costante, l'unico soggetto obbligato alla restituzione ( cfr. Cass. n. 8215/2013, Cass. n.10827/2007, Cass. 13736/2004).

Circa le spese di lite del doppio grado di giudizio, in ragione della parziale soccombenza reciproca queste sono compensate nella misura di 1/2, con la rimanente quota a carico della società appellante. La liquidazione dell'intero, in euro 2.500,00 per ogni grado, segue i parametri di cui al DM n. 55/2014, n. 37/2018 e n. 147/2022 pro tempore vigenti, tenendo conto del valore e della complessità della controversia nonché dell'attività difensiva effettivamente svolta, con esclusione della fase istruttoria in entrambi i gradi. Si dispone la distrazione a favore del difensore dell'appellato nei limiti della richiesta.

#### **P.Q.M.**

In parziale riforma della sentenza del Tribunale di Lecco n. 176/2022, ridetermina in euro 3.536,91, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalle singole scadenze al saldo, la somma lorda dovuta da

████████████████████ a ██████████ e condanna quest'ultimo a restituire alla società appellante la maggior somma, al netto delle ritenute, percepita dal medesimo in esecuzione della sentenza impugnata, oltre interessi dal pagamento al saldo.

Conferma le rimanenti statuizioni di merito della sentenza impugnata.

Condanna ██████████ a rifondere a ██████████ ½ delle spese di lite del primo grado di giudizio liquidate nella quota in euro 1.250,00 oltre spese generali e oneri di legge con distrazione a favore del difensore antistatario e con compensazione del residuo.

Condanna ██████████ a rifondere a ██████████ 1/2 delle spese di lite del grado di appello liquidate nella quota in euro 1.250,00, oltre spese generali e oneri di legge, con compensazione del residuo.

Milano, 19/04/2023

**Il Giudice Ausiliario Relatore**

**Andrea Onesti**

**Il Presidente**

**Susanna Mantovani**