

2. Tribunale Milano 19 luglio 2006, est. Beccarini Crescenzi, Greco (avv. Polizzi, Guariso e Neri) c. Il Guerriero Scarl (avv. Fortunat e Basile).

➤ **Riposo settimanale - Lavoro oltre il sesto giorno - Conseguenze risarcitorie - Danno da usura psicofisica - Presunzione - Sussistenza - Quantificazione del risarcimento - Criteri di determinazione - Danno biologico - Presunzione - Esclusione.**

➤ **Orario di lavoro - Attività discontinue - Attività di lavoro prestata oltre il limite di ragionevolezza - Illegittimità - Sussistenza - Danno da attività usurante - Sussistenza.**

➤ *La prestazione di attività lavorativa effettuata oltre il sesto giorno, e non recuperata, determina un danno da usura psicofisica che è presunto e può essere quantificato equitativamente applicando al primo giorno lavorato dopo il sesto giorno la base di maggiorazione prevista dal contratto collettivo per il lavoro straordinario, e un ulteriore aumento dell'1% per ogni giorno lavorativo successivo fino al godimento del riposo, mentre il danno alla salute deve essere provato dal lavoratore.*

➤ *In relazione ad attività discontinue sono considerate usuranti le ore di lavoro prestate oltre il limite di ragionevolezza che si può considerare superato nel caso di prestazioni di lavoro che vanno oltre le duecentocinquanta ore annuali ulteriori rispetto all'orario massimo settimanale di quarantotto ore, ossia le ore di lavoro oltre le quarantotto più circa cinque in ragione di settimana, con conseguente danno presunto da risarcirsi in via equitativa con un'ulteriore maggiorazione del 10%.**

(...) Ritiene il giudicante che dall'istruttoria svolta, in special modo dalle dichiarazioni della teste Bellini, funzionaria del Politecnico che ha reso in proposito dichiarazioni molto precise è emerso che le mansioni affidate al ricorrente avevano caratteri discontinui. In proposito l'anzidetta teste ha riferito che Greco era principalmente addetto all'ingresso di via Mancinelli e a volte anche a quello di via Lambrate, in base ai turni, ha spiegato che l'addetto al primo doveva controllare le telecamere a circuito chiuso poste all'interno della guardiola e il quadro dell'impianto antincendio, doveva verificare la presentazione del tesserino di riconoscimento per le persone strutturate (dipendenti, laureandi, dottorandi, borsisti), provvedere all'identificazione e rilasciare un pass d'ingresso per i visitatori, ricevere fornitori e corrieri e aprire un cancello carraio utilizzando un telecomando posto in portineria; alla sera provvedeva allo spegnimento delle luci, alla chiusura delle porte dei vari edifici, inseriva gli allarmi, verificava che tutti si fossero allontanati e dalle 17 alle 8 chiamava il personale reperibile per le emergenze.

L'anzidetta teste ha poi dichiarato che l'addetto al cancello di via Lambrate apriva e chiudeva le aule, in tutto quattro, più un laboratorio didattico, e alla fine delle lezioni



* La nota di Filippo Capurro segue il testo della sentenza.

ni e apriva e chiudeva il cancello carraio e ha precisato che da questo ingresso entravano gli studenti, che non veniva effettuato alcun controllo sull'identità degli stessi, ma solo una sorveglianza tesa a evitare che si creassero situazioni di pericolo. Lo stesso addetto consegnava ai professori i microfoni, i videoproiettori e i sussidi didattici, che erano conservati in appositi armadi chiusi a chiave.

Indubbiamente le mansioni da ultimo indicate, che si sostanziano in una classica sorveglianza esterna al fine di scongiurare eventuali situazioni di pericolo e in alcune specifiche incombenze da effettuarsi in particolari orari della giornata o in determinate evenienze (apertura o chiusura del cancello carraio e delle aule, consegna del materiale didattico) avevano carattere discontinuo, traducendosi in incombenti saltuari e infrequenti nel loro complesso. Le attività del portiere di via Mancinelli appaiono certo più impegnative, ma si sostanziano in ogni caso in distinti incarichi che non richiedevano un'applicazione in via continuativa, lasciando comunque margini a momenti di attesa e custodia. Inoltre, non può che procedersi a una valutazione complessiva delle attività svolte dal ricorrente al fine di stabilirne il carattere e in tale contesto va considerato, da un canto, che egli era addetto a entrambi gli ingressi, seppure principalmente al primo e che una maggiore frequenza degli incombenti a lui assegnati, con specifico riferimento al controllo dell'accesso delle persone all'interno della struttura, poteva aversi solo in una parte della giornata lavorativa e della turnazione dell'orario di lavoro, che si articolava durante tutto l'arco delle ventiquattro ore. Infine, come è stato pure rilevato, va escluso che la mera pluralità di mansioni faccia divenire continua la prestazione complessiva laddove lo svolgimento dei distinti compiti assegnati lasci in ogni caso margini consistenti di «tradizionali» momenti di mera attesa e custodia (Appello Firenze 20/12/03, in *D&L* 2004, 374).

Il ricorrente ha ancora invocato la Direttiva Comunitaria la quale, come indicato nella sentenza della Corte di Giustizia 5/10/04 n. 397 esige un'accettazione esplicita e liberamente espressa dal lavoratore perché sia valido il superamento delle 48 settimanali, compresi gli straordinari e ciò anche con riferimento ai servizi di guardia effettuati da un lavoratore secondo il regime della presenza fisica in quel luogo stabilito dal suo datore di lavoro, che devono essere considerati integralmente periodi di lavoro ai fini della durata massima della prestazione.

La stessa sentenza della Corte di Giustizia, pur ribadendo l'esclusione dell'immediata applicabilità della direttiva nei rapporti interpretati, afferma che il giudice dello stato membro deve fare tutto quanto rientra nella sua competenza per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo perseguito dalla direttiva, ovvero per evitare il superamento dell'orario massimo settimanale fissato in 48 ore.

Nella specie il D. Lgs. 66/03, di attuazione della succitata direttiva, dispone che l'orario ordinario di lavoro è di quaranta ore settimanali escludendo dall'anzidetto limite le lavorazioni discontinue, ma prevedendo comunque, all'art. 4, che l'orario medio di lavoro non può superare per un periodo di sette giorni le quarantotto ore, comprese le ore di lavoro straordinario. Deve dunque concludersi che in base alla normativa citata, seppure il lavoro prestato oltre le quaranta ore settimanali non costituisce per legge lavoro straordinario nel caso di attività discontinue, resta fermo anche

per queste ultime e alla stregua dell'art. 4 citato il limite dell'orario medio di quarantotto ore nell'arco di sette giorni. In base alla previgente disciplina dell'art. 3 RDL 15/3/23 n. 2657 per i lavoratori discontinui poteva configurarsi l'espletamento di lavoro straordinario quando, nonostante la discontinuità della prestazione lavorativa, fosse convenzionalmente fissato, tramite contratto individuale o collettivo, un preciso orario di lavoro e questo fosse stato in concreto superato (cfr. Cass. 8/8/03 n. 12000).

Al di là di tale questione, peraltro, interpretando la disciplina previgente in base alle indicazioni fornite dalla normativa comunitaria e dalla Corte di Giustizia deve concludersi che, al di là dell'orario normale e del pagamento del lavoro straordinario, il principio che deve ispirare la durata dell'orario di lavoro è quello di non superare anche per i lavoratori discontinui il limite massimo sopra indicato.

Va ancora precisato che la predisposizione dei turni da parte del ricorrente, così come la mancanza di rilievi in merito alle prestazioni richieste, non può configurare un'accettazione esplicita e liberamente accettata della maggiore durata dell'orario di lavoro, secondo quanto indicato dalla sentenza della Corte di Giustizia, del resto parte convenuta non ha neppure dimostrato che la propria organizzazione e il numero degli addetti assegnati all'appalto avrebbe consentito di sopperire altrimenti alle esigenze derivanti dall'attività svolta presso il Politecnico.

In relazione alla domanda di risarcimento del danno proposta da parte ricorrente per eccesso di lavoro straordinario va premesso che, siccome allegato in ricorso, a seguito in vigore della L. 142/01, nessuna distinzione può operarsi sotto il profilo in esame tra lavoratore subordinato e socio lavoratore che presta attività di lavoro subordinato. Si osserva, tuttavia, che non ogni superamento dell'anzidetto limite può ritenersi di per sé idoneo a determinare un danno. Nella specie parte ricorrente non ha indicato alcun elemento per sostenere che nel suo caso la prestazione di lavoro oltre le 48 ore medie settimanali avesse determinato specifici e determinati problemi, limitandosi ad allegare che la prestazione richiesta era illegittima e, dunque, maggiormente gravosa. Quindi un danno, non adeguatamente ricompensato dalla maggiorazione per lavoro straordinario pure corrisposta, può ritenersi sussistente, sulla base di valutazioni presuntive, solo allorquando le prestazioni eseguite oltre il suddetto limite siano, alla stregua del concreto svolgimento dell'attività lavorativa, eccessive, irrazionali e tali da determinare un'usura psico-fisica derivante proprio dall'esagerata durata della prestazione lavorativa.

A tale proposito nella specie, tenuta presente anche la natura delle prestazioni richieste dal ricorrente, aventi come già sopra indicato carattere discontinuo, pare equo ritenere che tale limite di ragionevolezza, oltre il quale sussiste il danno, sia superato quando si ecceda oltre che l'orario massimo settimanale sopra indicato anche il limite di ulteriori 250 ore annuali, vale a dire di ulteriori cinque ore alla settimana all'incirca. Per tali prestazioni deve essere riconosciuto un indennizzo che viene quantificato in via equitativa tenendo conto delle indicazioni contenute nel ricorso introduttivo e dunque pari a un'ulteriore maggiorazione del 10% del compenso orario. Tenuto conto delle ore di lavoro straordinario risultanti dalle buste paga e rilevato che il limite sopra indicato è stato superato solo negli anni 2001 e 2002, rispettivamente per

300 e 306 ore, viene liquidato in via equitativa l'importo di € 450, comprensivo di interessi e rivalutazione alla data della sentenza, oltre accessori per il periodo successivo fino al saldo.

Venendo ora all'incidenza dei compensi continuativamente corrisposti sulla retribuzione dovuta per ferie nel periodo dall'entrata in vigore della L. 142/01 alla cessazione del rapporto, si rileva in primo luogo che effettivamente le varie indennità, come evidenziato dalla convenuta, sono state considerate nella retribuzione corrisposta durante il periodo di ferie, tranne che nel settembre 2002, per il che viene riconosciuto a riguardo l'importo di € 84,31 che la convenuta va condannata a pagare all'attore, oltre la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dalla scadenza al saldo.

In relazione al compenso per lavoro va premesso che dalle buste paga prodotte risulta che la prestazione dello straordinario è avvenuta sistematicamente ed è stata ricompensata in maniera ordinaria, unitamente alla retribuzione mensile, mentre ai fini della continuità non è necessaria un'assoluta uniformità di cadenza e di misura della prestazione stessa. L'art. 3 della legge n. 142/01 dispone che «le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla qualità e quantità del lavoro prestato e, comunque, non inferiore ai minimi previsti per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore e della categoria affine ...» Ritiene, tuttavia, il giudicante che i *minimi retributivi* non possano intendersi comprensivi degli istituti indiretti e della relativa disciplina con la conseguente incidenza negli stessi di compensi percepiti a vario titolo se così previsto dal Ccnl del settore affine. In concreto, nella specie tanto più la citata norma non potrebbe comunque ritenersi violata, visto che, come allegato dalla convenuta e non contestato dal ricorrente, la paga oraria era superiore a quella prevista dal Ccnl proprietari fabbricati.

Ciò premesso, va rilevato che la convenuta ha adottato due distinti regolamenti, nel primo, approvato dall'assemblea del 28/6/02 e in vigore dall'1/7/02, era previsto che le ferie sarebbero state retribuite con le modalità del Ccnl in vigore (art. 6), nel secondo, approvato dall'assemblea del 14/7/03 ed entrato in vigore in pari data, si disponeva che la retribuzione spettante al socio per ferie era rapportata all'orario normale di lavoro, salvo riproporzionamento in caso di *part-time* (art. 5 g).

Dunque se da luglio 2003 l'espressa disposizione del regolamento esclude l'incidenza dei compensi per lavoro straordinario nella retribuzione feriale e se ad analoga conclusione deve giungersi per il periodo precedente al luglio 2002, non esistendo nel nostro ordinamento un principio generale di onnicomprensività della retribuzione, per il periodo intermedio di vigenza del primo regolamento, alla stregua dell'espressa disciplina in esso contenuta, deve farsi ricorso alla regolamentazione propria del Ccnl per i dipendenti da proprietari di fabbricati.

Quest'ultimo, all'art. 60, prevede che durante il periodo di ferie il lavoratore ha diritto a una retribuzione corrispondente a quella che percepirebbe se prestasse servizio e inoltre che *in caso di cessazione del rapporto di lavoro spetta al lavoratore un compenso pari alla retribuzione globale di fatto per l'intero periodo feriale*. Dalle disposizioni appena riportate, contenenti il riferimento alla retribuzione percepita in caso di prestazio-

ne di servizio e alla retribuzione globale di fatto, risulta il carattere onnicomprensivo della retribuzione spettante nel periodo di ferie, sulla quale dunque incidono i compensi che, come nella specie quello per lavoro straordinario, siano stati continuativamente corrisposti.

Sulla scorta degli importi percepiti per tale titolo e risultanti dalle buste paga (a riguardo non appaiono corretti gli importi indicati dal ricorrente nella nota depositata il 16/5/05) spettano a riguardo a Greco € 442,65. La convenuta va dunque condannata al pagamento anche dell'anzidetto importo, oltre la rivalutazione monetaria e gli interessi legali dalle singole scadenze al saldo effettivo.

Esaminando infine la domanda relativa ai riposi saltati, va premesso che dalle allegazioni del ricorrente non contestate e dalla documentazione prodotta, risulta che Greco ha lavorato ininterrottamente senza godere del riposo nei periodi dall'1/8 al 31/8/99 e dal 5/8 all'1/9/01. Come ritenuto dalla giurisprudenza sia di merito che di legittimità, in relazione al lavoro prestato oltre il sesto giorno consecutivo, va tenuto distinto il danno da «usura psico-fisica», conseguente alla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni di lavoro, dall'ulteriore danno alla salute o danno biologico, che si concretizza, invece, in una «infermità» del lavoratore determinata dall'attività lavorativa usurante svolta in conseguenza di una continua attività lavorativa non seguita dai riposi settimanali. Nella prima ipotesi, il danno sull'*an* deve ritenersi presunto e la liquidazione va effettuata in via equitativa dal giudice, tenendo conto della gravosità delle prestazioni lavorative, che si incrementa con il passare dei giorni lavorati senza godimento del riposo, e di eventuali strumenti ed elementi che possano trarsi dalla disciplina collettiva. A tal fine, tenendo conto come base della maggiorazione del 15% prevista per il lavoro straordinario per il primo giorno di riposo saltato e provvedendo a un aumento dell'1% della stessa per ogni giorno lavorato fino al successivo riposo, considerate le ore di lavoro in media prestate nei giorni considerati, si liquidano in via equitativa, rispettivamente € 650,00 per il 1999 e € 550,00 per il 2001, già comprensivi di rivalutazione monetaria e interessi legali alla data della sentenza, oltre gli ulteriori accessori. (...)

Lavoro oltre il sesto giorno e straordinario usurante

La sentenza che si annota ritorna sulla questione del lavoro prestato oltre il sesto giorno e costituisce l'occasione per ripercorrere brevemente la materia.

Nel caso di specie il giudicante, accertata la prestazione di attività lavorativa per alcuni periodi senza il godimento di riposi settimanali, riteneva presunto il danno da usura psico-fisica, stabilendo che il risarcimento dovesse essere determinato in via equitativa e a tal fine applicava al primo giorno «saltato» dopo il sesto giorno, la base di maggiorazione del 15% prevista dal Ccnl del settore per il lavoro straordinario, e un ulteriore aumento dell'1% della stessa per ogni giorno lavorativo successivo fino al godimento del riposo. Riteneva inoltre che fosse onere del lavoratore provare l'eventuale ulteriore danno alla salute, riguardante l'eventuale «infermità» del lavoratore determinata dall'attività lavorativa ininterrotta.

Come è noto l'art. 36, 3° comma, Cost. stabilisce che «Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite e non può rinunziarvi». L'art. 2109, 1° comma, c.c., stabilisce che «Il prestatore di lavoro ha diritto a un giorno di riposo ogni settimana, di regola coincidente con la domenica».

La Corte Costituzionale, con sentenze 15/12/67, n. 150, in *Riv. giur. lav.* 1967, II, 633 e 30/6/71 n. 146, in *Riv. it. dir. lav.* 1972, II, 12, aveva stabilito la derogabilità del principio di spettanza del riposo settimanale dopo sei giorni in presenza di alcuni requisiti quali l'esistenza di un'evidente necessità a tutela di un interesse apprezzabile, il rispetto comunque della media di un giorno ogni sei lavorativi e la non violazione del limite di ragionevolezza. Conforme è Cass. 28/6/01 n. 8820, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, II, 833. In tal senso si ponevano le previsioni derogatorie di vari contratti collettivi.

L'art. 9, 1° comma, D. Lgs. 66/03, attuativo delle direttive 93/104/Ce e 2000/34/Ce, stabilisce che il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero. La norma nei commi successivi prevede deroghe al principio del riposo settimanale per alcune attività, ovvero a opera dei contratti collettivi, nonché eccezioni alla regola del riposo domenicale.

Per completezza si osserva che nella direttiva 93/104/Ce si parla, all'art. 16, della possibilità degli stati di prevedere un periodo di riferimento, per il riposo settimanale non superiore a quattordici giorni. Si tratta di un parametro che potrà essere utile alle parti sociali in sede di contrattazione collettiva per l'individuazione di eventuali deroghe consentite dalla normativa.

Sta di fatto che la regola del riposo settimanale attiene sia al recupero fisiologico delle energie psico-fisiche, sia alla tutela di spazi di vita del lavoratore. Viceversa la collocazione domenicale del riposo è questione autonoma, anche se parallela a quella del giorno di riposo settimanale. Essa è prevista anche dalla Carta Sociale Europea all'art. 2, 5° comma. Anche la Direttiva 93/104/Ce prevedeva all'art. 5, 2° comma, che il periodo minimo di riposo settimanale comprendesse «in linea di principio la domenica». Tuttavia la Corte di Giustizia, con sentenza 12/11/96, causa 84/94¹, annullava tale comma, sul rilievo della non attinenza della cadenza domenicale a una questione afferente la tutela della salute e sicurezza dei lavoratori. Tale abrogazione è stata poi confermata dalla Direttiva 34/2000.

Nel caso di deroga legittima al riposo nel settimo giorno, ad esempio prevista dai contratti collettivi, la giurisprudenza è orientata nel senso di ammettere il diritto a un compenso per la maggior penosità della prestazione, compenso che in tal caso ovviamente non avrà natura risarcitoria ma indennitaria. Tale compenso ben può consistere, oltre che in un supplemento di paga, nell'attribuzione di vantaggi e benefici contrattuali particolari. Si veda sul punto Cass. 28/6/01 n. 8820, in *Riv. it. dir. lav.* 2001, II, 833, con nota di Mariani.

Passando a esaminare le ipotesi di lavoro prestato illegittimamente oltre il sesto giorno, va osservato che il riposo settimanale è irrinunciabile ed eventuali pattuizioni derogatorie tra lavoratore e datore di lavoro sono nulle. Tuttavia, in caso di prestazione lavorativa resa



¹ In questa *Rivista* 1997, 473, con nota di A. Guariso, «Direttiva Cee sull'orario di lavoro, lavoro domenicale e lavoro oltre il settimo giorno».

comunque oltre il sesto giorno, al di fuori del caso di deroghe legittime, la stessa sarà considerata prestazione di fatto ex art. 2126, 2° comma, c.c.², con conseguente diritto del lavoratore alla retribuzione. Alla stessa andrà aggiunto come si dirà un indennizzo per la maggior penosità della prestazione.

Pertanto, poiché, la direttiva, di massima, considera lecito un periodo di riferimento per il riposo settimanale non superiore a quattordici giorni, pare comunque discutibile parlare di una maggiorazione per lavoro oltre il sesto giorno almeno nel caso di recupero del riposo entro tale periodo di riferimento.

Sotto il profilo dell'onere della prova, si ritiene perlopiù presunto il danno da usura psicofisica. In tal senso si vedano Cass. 4/3/2000 n. 2455, in *Not. giur. lav.* 2000, 456; Cass. 5/5/99 n. 4497, in *Orientamenti* 1999, 716; Appello Milano 12/3/01, in questa *Rivista* 2001, 471.

In senso contrario, cioè per l'esclusione della presunzione *juris et de jure* di tale danno, è emblematica Appello Milano 16/3/01, in *Orientamenti* 2001, 73, con nota adesiva di Del Conte, (che ammette tutt'al più la presunzione del rischio del lavoro prestato oltre il sesto giorno ma non del danno che non potrebbe fondarsi, senza un salto logico, sulla sussistenza di un mero *periculum*), nonché in questa *Rivista* 2001, 472, con nota di Mazzone secondo il quale la protrazione dell'attività lavorativa oltre il sesto giorno dà origine non a una conseguenza ma a *diverse conseguenze* che si collocano in un *continuum* logico di gravità crescente dal semplice *fastidio* al *disagio*, quindi alla *gravosità*, poi alla *fatica*, quindi alla *penosità* e infine all'*usura psicofisica*, stando al giudice valutare di quale tipo di danni si tratti per pervenire alla relativa quantificazione.

Conforme è Cass. 5/11/03 n. 16626, in *Il Lavoro nella giur.* 2004, 388 in un caso in cui peraltro c'era il consenso del lavoratore e Cass. 3/7/01 n. 9009, in *Riv. it. dir. lav.* 2002, II, 834, con nota di Mariani.

Si discute poi circa la natura risarcitoria o retributiva del compenso. La giurisprudenza prevalente fa riferimento a una natura risarcitoria. Si vedano Cass. 11/7/96 n. 6327, in *Riv. it. dir. lav.* 1997, II, 113 con nota di Nogler. Mentre un orientamento minoritario sostiene la natura retributiva. Così Cass. 12/3/96 n. 2004, e Appello Napoli 12/1/01, in questa *Rivista* 2002, 166.

La diversa qualificazione della natura del risarcimento incide anche sui termini prescrizione.

Si ricorda per completezza che, per comune orientamento, il compenso specifico per la particolare penosità della prestazione erogata oltre il sesto giorno può cumularsi con quello spettante per lavoro domenicale. Sul punto si veda Cass. 8/10/03 n. 15046, in *Riv. it. dir. lav.* 2004, II, 345; Cass. 28/11/01 n. 15044, *ivi* 2002, II, 833, e Cass. 28/6/01 n. 8820, *ivi* 2002, II, 833, entrambe con nota di Mariani; Appello Napoli 12/1/01, cit.

Altra questione è se la maggiore penosità della prestazione lavorativa effettuata oltre il sesto giorno possa essere esclusa dalla presenza nella retribuzione di *specifici emolumenti* volti a compensare il diverso disagio per lavoro a turni o in giornata domenicale, ovvero per spostamento del riposo, potendosi tuttavia tenere conto degli stessi nel determinare l'entità del risarcimento dovuto. In senso contrario si veda sul punto Trib. Milano



² Sul punto si veda P. Ichino, *Il Contratto di lavoro*, vol. II, p. 349, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano 2003.

3/1/04, in questa *Rivista* 2004, 120, riformata da Appello Milano 20/10/05, in *Note inf.* 2006, 36, 38.

Con riguardo alla questione della *quantificazione del danno* da usura psicofisica la sentenza che si annota, come si è visto, ha applicato al primo giorno «saltato» dopo il sesto giorno, la base di maggiorazione del 15% prevista dal Ccnl di settore per il lavoro straordinario, e un ulteriore aumento dell'1% della stessa per ogni giorno lavorativo successivo fino al godimento del riposo.

In generale la Cassazione ha sottolineato l'impossibilità di predeterminare in astratto l'entità del danno, dovendosi procedere a una valutazione caso per caso. Sul punto si veda Cass. 11/2/91 n. 1386, in *Riv. it. dir. lav.* 1992, II, 189, con nota di Mariani.

Appello Napoli 12/1/01, cit., muovendo dal parametro contrattuale della maggiorazione del 40% della retribuzione previsto per l'ipotesi di semplice *differimento* del riposo oltre il sesto giorno, ha applicato, per il caso di *soppressione* del riposo, la misura del doppio, ossia l'80%.

Pret. Milano 9/9/98, in questa *Rivista* 1999, 190, in caso di lavoro oltre il sesto giorno non recuperato, oltre alla maggiorazione per giorni di riposo lavorati, prevede un ulteriore risarcimento del 40% progressivamente aumentata dell'1% fino all'effettivo giorno di riposo.

Pret. Milano 11/12/96, *ivi* 1997, 1996, in un caso di lavoro prestato oltre il sesto giorno con riposi recuperati, aggiunge alla maggiorazione del 40% prevista in via contrattuale per la giornata di riposo spostata, l'1% per ogni giorno successivo oltre il settimo giorno di lavoro.

Si tratta di criteri che, come è stato evidenziato³, tengono in considerazione il fatto che il lavoro continuativo nel successivo ciclo di sette giorni, in assenza dell'avvenuto riposo, è certamente più gravoso, con l'ulteriore considerazione che occorrerà distinguere tra differimento e soppressione in quanto è sicuramente meno rilevante «il danno subito da chi, superato lo scoglio del settimo giorno, prosegue il lavoro nella settimana successiva nella prospettiva di godere poi di due giorni di riposo e di chi invece, perso definitivamente il primo, godrà invece di un solo giorno di riposo».

La questione di cui alla seconda massima riguarda i limiti di orario in relazione a mansioni discontinue, anche se le considerazioni svolte hanno comunque una portata generale. Sebbene la fattispecie alla quale si riferisce la pronuncia fosse precedente all'entrata in vigore del D. Lgs. 66/03, il Giudicante effettua considerazioni pertinenti anche in relazione alla vigente normativa.

Nel caso di specie un lavoratore discontinuo aveva prestato attività lavorativa per un ingente numero di ore. Dopo aver confermato la natura discontinua dell'attività di custodia, considerando anche che la mera pluralità di mansioni discontinue non è idonea a far diventare continua la prestazione complessiva, il giudice affronta il problema dei limiti di orario per la prestazione lavorativa.

Come è noto il D. Lgs. 66/03, nel disporre l'orario ordinario di lavoro in quaranta ore settimanale, esclude, all'art. 16, 1° comma, lett. d), dall'anzidetto limite le occupazioni discontinue di cui al RD 2657/23 integrante un elenco di diverse figure professionali tra le quali custodi e guardiani. Tuttavia all'art. 4 è previsto che l'orario medio di lavoro non può superare per un periodo di sette giorni le quarantotto ore.



³ A. Guariso, «Direttiva Cee sull'orario di lavoro ...», cit.

In forza della precedente disciplina, secondo l'art. 3, RDL 2657/23, per i lavoratori discontinui si configurava lavoro straordinario in caso di superamento dell'orario convenzionalmente fissato in sede collettiva.

Tale normativa, osserva il giudicante, va interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che estende il limite massimo della prestazione anche ai lavoratori discontinui⁴.

Mentre il giudice esclude la sussistenza di un danno presunto in relazione alle ore eccedenti il limite delle quarantotto settimanali, in difetto di prova da parte del lavoratore, vi sarebbe invece una presunzione di danno per le ore di lavoro eccedenti il *limite di ragionevolezza*. Il giudice, nel caso di specie, e dunque con precipuo riferimento alle mansioni discontinue svolte dal lavoratore, considera tale limite superato per le prestazioni di lavoro che vanno oltre le duecentocinquanta ore annuali ulteriori rispetto all'orario massimo settimanale di quarantotto ore. Di fatto si tratta delle ore eccedenti le quarantotto più circa cinque in ragione di settimana.

La conseguenza prospettata dal giudice consiste in un risarcimento in via equitativa consistente in un'ulteriore maggiorazione retributiva del 10%.

Filippo Capurro

3. Tribunale Milano 16 giugno 2006, est. Frattin, Politano (avv. A. Civitelli e V. Civitelli) c. Autostrade per l'Italia Spa (avv. Favalli).

> Lavoro a tempo parziale - Trattamento retributivo - Clausola contrattuale che stabilisce per i soli lavoratori part-time un trattamento retributivo proporzionato alle ore lavorate - Violazione del principio di non discriminazione - Nullità della clausola - Sussistenza.

*> È nulla per violazione del principio di proporzionalità la clausola contrattuale di cui all'art. 24, 5° comma, Ccnl per il personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori che stabilisce per i soli lavoratori part-time un trattamento retributivo strettamente connesso alle ore effettivamente lavorate a differenza di quanto accade per i lavoratori full-time, per i quali alcune voci dello stipendio (quali minimo tabellare, scatti di anzianità, indennità di contingenza, Edr) vengono erogate in misura fissa e indipendente dall'eventuale minor lavoro effettivamente prestato.**

(...) Con ricorso depositato il 28/11/04 la ricorrente esprimeva: di essere esattrice autostradale con contratto di lavoro a tempo indeterminato e orario a tempo parziale, con prestazione minima garantita di 80 ore mensili, di essere sempre stata impie-



⁴ Si veda sul punto Cort. Giust. 9/9/03, C-151/2002, in questa Rivista 2003, 582.

* La nota di Marcella Mensi segue il testo della sentenza.