

Civile Ord. Sez. L Num. 18884 Anno 2019

Presidente: TORRICE AMELIA

Relatore: PONTERIO CARLA

Data pubblicazione: 15/07/2019

ORDINANZA

sul ricorso 5279-2014 proposto da:

████████████████████, elettivamente domiciliato in ROMA,
VIALE ████████████████████, presso lo studio dell'avvocato
████████████████████, che lo rappresenta e difende
unitamente all'avvocato ████████████████████;

- *ricorrente* -

contro

████████████████████, in persona del Direttore pro tempore,
elettivamente domiciliata in ROMA, VIALE ████████████████████
████████████████████, presso lo studio dell'avvocato ████████████████████
████████████████████, che la rappresenta e difende unitamente
all'avvocato ████████████████████;

- *controricorrente* -

2019

1487

Civile Ord. Sez. L Num. 18884 Anno 2019

AW

avverso la sentenza n. 469/2013 della CORTE D'APPELLO
di GENOVA, depositata il 03/10/2013 R.G.N. 221/2013.

[Handwritten signature]

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

Rilevato che:

1. la Corte d'appello di Genova, con sentenza n. 469 depositata il 3.10.2013, in accoglimento dell'appello dell'████████████████████ e in riforma della sentenza di primo grado, ha respinto la domanda proposta da ████████████████████ coordinatore tecnico di radiologia, volta ad ottenere la condanna dell'Azienda datrice di lavoro al pagamento dell'indennità sostitutiva per i riposi giornalieri e settimanali non fruiti nel periodo dal 12.4.2003 al 2.1.2008, data del pensionamento;

2. la Corte territoriale ha ritenuto che la fattispecie dedotta in giudizio fosse regolata dall'art. 7 del c.c.n.l. di comparto del 20.9.2001 secondo cui "il servizio di pronta disponibilità va limitato ai turni notturni e ai giorni festivi. Nel caso in cui esso cada in un giorno festivo spetta un riposo compensativo senza riduzione del debito orario settimanale" (comma 6);

3. ha precisato come, ai sensi del comma 9 dell'art. 7 cit., in caso di chiamata del lavoratore in servizio di pronta disponibilità, (cioè di reperibilità attiva), l'attività prestata dovesse essere compensata come lavoro straordinario ovvero come recupero orario ai sensi dell'art. 40 del c.c.n.l. 7.4.1999;

4. ha rilevato come l'appellato avesse optato per il pagamento del compenso per lavoro straordinario, pacificamente corrisposto, e come non potesse rivendicare il diritto al risarcimento per mancata fruizione dei riposi;

5. avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione ████████████████████ affidato a cinque motivi, cui ha resistito con controricorso l'Azienda ████████████████████ **Località "S. Giuseppe"**;

6. entrambe le parti hanno depositato memoria, ai sensi dell'art. 380 bis.1. c.p.c.;

Considerato che:

7. il ricorso denuncia ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c.:

8. violazione o falsa applicazione degli artt. 1, 2, 17, 19 del D. Lgs. n. 66 del 2003 e dell'art. 7 del CCNL Comparto Sanità Pubblica del 20.9.2001 (primo motivo);

CCNL di Categoria - Sanità Pubblica

9. violazione e falsa applicazione dell'art. 36 Cost., degli artt. 3 e 5 della Direttiva 93/CE/104, come modificata dalla Direttiva 2000/CE/34 recepita dal D. Lgs. n. 66 del 2003, dell'art. 17 del D. Lgs. n. 66 del 2003 e dell'art. 2697 c.c. (secondo motivo);

10. violazione o falsa applicazione dell'art. 36 Cost., dell'art. 2109, comma 1, c.c., degli artt. 7 e 9, D.Lgs. n. 66 del 2003, dell'art. 112 c.p.c., degli artt. 1418 e 1336 c.c. (terzo motivo);

11. violazione o falsa applicazione dell'art. 36 Cost., dell'art. 2109, comma 1, c.c., degli artt. 1418 e 1346 c.c., dell'art. 2697 c.c., dell'art. 7 c.c.n.l. Sanità 2001 (quarto motivo);

12. violazione o falsa applicazione dell'art. 416 c.p.c., dell'art. 9 c.c.n.l. Sanità 2001, dell'art. 112 c.p.c., degli artt. 7 e 9, D.Lgs. n. 66 del 2003 (quinto motivo);

13. in ogni motivo è anche dedotta, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., omessa, insufficiente contraddittoria motivazione circa un fatto decisivo e controverso per il giudizio;

14. il ricorrente addebita alla sentenza impugnata di avere errato sia nell'interpretare l'art. 7 del CCNL di Comparto del 2001 sia nell'applicare tale disposizione alla fattispecie dedotta in giudizio; assume che il comma 6, nella parte in cui fa riferimento al godimento del riposo compensativo "senza riduzione del debito di orario", si riferisce unicamente alla reperibilità passiva, ossia a quella che non dà luogo a prestazione lavorativa;

15. il lavoratore critica la sentenza per la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 cod.proc.civ.) per non avere la Corte territoriale tenuto conto del fatto che l'oggetto della domanda era costituito dalla richiesta di condanna della datrice di lavoro al risarcimento del danno per la mancata concessione del riposo giornaliero e di quello settimanale e per essersi pronunciata sulla diversa questione del diritto al riposo compensativo in tal modo confondendo il regime della reperibilità attiva e della reperibilità passiva;

16. in sintesi, ad avviso del ricorrente, ove nel corso del servizio di reperibilità si renda necessaria la effettiva prestazione lavorativa ("reperibilità attiva")

Corte di Cassazione

l'Azienda non può limitarsi a corrispondere la maggiorazione per il lavoro straordinario prestato ma deve anche garantire il riposo giornaliero e quello settimanale, che è irrinunciabile e si pone su un piano diverso e distinto da quello della quantificazione del trattamento retributivo previsto dalle parti collettive per la prestazione resa a seguito della "chiamata" nonché del riposo compensativo che può essere richiesto in luogo della prevista maggiorazione;

17. col quinto motivo il ricorrente ha censurato la sentenza per violazione dell'art. 416 c.p.c. per non avere la Corte d'appello rilevato la genericità delle contestazioni dell'Asl sui conteggi attorei ed anzi disposto c.t.u. e per essersi immotivatamente discostata dai risultati della consulenza tecnica svolta; inoltre per avere, nel capo relativo alla regolazione delle spese di lite, dato atto dell'inadempienza dell'Asl nella concessione dei riposi e tuttavia in modo contraddittorio respinto la domanda risarcitoria azionata.

18. i motivi di ricorso formulati con riferimento all'art. 360, comma 1, n. 3 c.p.c., da trattarsi congiuntamente per l'intima connessione che avvince le censure, sono fondati;

19. le questioni poste dal ricorrente sono già state affrontate da questa Corte (Cass. n. 33550 del 2018; n. 18655 del 2017; n. 18654 del 2017; n. 6491 del 2016; n. 5465 del 2016), che, nell'escludere la nullità della disciplina dettata dalle parti collettive, ha evidenziato che l'art. 7 del CCNL 20.9.2001 e l'art. 17 del CCNL 3.11.2005, nella parte in cui escludono la riduzione del debito orario complessivo, si riferiscono unicamente alla reperibilità passiva;

20. questa Corte nelle sentenze sopra richiamate ha affermato che la previsione di un compenso maggiorato per l'attività prestata in giorno festivo non incide, neppure indirettamente, sulla disciplina della durata complessiva settimanale dell'attività lavorativa e sul diritto del dipendente alla fruizione del necessario riposo, che dovrà essere garantito dalla azienda, a prescindere da una richiesta, trattandosi di diritto indisponibile, riconosciuto dalla Carta costituzionale oltre che dall'art. 5 della direttiva 2003/88/CE;

21. questa Corte ha, inoltre, affermato che la mancata fruizione del riposo settimanale è fonte di danno non patrimoniale che deve essere presunto perché "l'interesse del lavoratore leso dall'inadempimento datoriale ha una diretta

Come di fatto non è mai stato

copertura costituzionale nell'art. 36 Cost., sicché la lesione dell'interesse espone direttamente il datore al risarcimento del danno..."(Cass., SS.UU. n. 142 del 2013; n. 24180 del 2013; n. 16665 del 2015; n. 24563 del 2016);

22. il Collegio ritiene di dare continuità ai principi affermati nelle sentenze sopra richiamate condividendone le ragioni esposte, da intendersi qui richiamate ai sensi dell'art. 118 disp. att. c.p.c.;

23. i principi appena richiamati trovano applicazione anche con riguardo alla mancata fruizione del riposo giornaliero, atteso che l'art. 26 del CCNL 7.4.1999 prevede che la durata della prestazione non può essere superiore alle dodici ore continuative a qualsiasi titolo prestate;

24. va osservato, altresì, che il D. Lgs. n. 66 del 2003 nel testo applicabile "ratione temporis" (le pretese azionate dal ricorrente sono riferite ad epoca antecedente alle modifiche introdotte dall'art. 41 c. 5 del D. L. n. 112 del 2008 convertito con modificazioni dalla L. n. 133 del 2008), riconosce il diritto del lavoratore, ferma restando la durata normale dell'orario settimanale, a undici ore di riposo consecutivo ogni ventiquattro ore, fatte salve le attività caratterizzate da periodi di lavoro frazionati durante la giornata (art. 7) e a fruire ogni sette giorni di un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, pur consentendo alla contrattazione collettiva di derogare alle disposizioni di cui all' art. 7 (art. 17), nei limiti e con le modalità stabilite dalla legge (Cass. n. 11574 del 2015; n. 15995 del 2016);

25. la Corte territoriale nell'escludere il diritto al risarcimento del danno per mancata fruizione del riposo giornaliero e di quello settimanale, si è discostata dai principi sopra richiamati;

26. le censure che addebitano alla sentenza vizi motivazionali sono inammissibili perché estranee al perimetro del vizio impugnatorio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5 c.p.c., nel testo applicabile "ratione temporis" (la sentenza impugnata è stata pubblicata nel 2013) risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 54, comma 1, lett. b), del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella L. 7 agosto 2012, n. 134, il quale prevede che la sentenza può essere impugnata per cassazione per l'omesso esame di un fatto storico,

principale o secondario, che, se esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia (Cass., SS.UU. n. 8053 del 2014; n. 8054 del 2014);

27. sulla scorta delle considerazioni svolte la sentenza impugnata deve essere cassata con rinvio alla Corte di Appello di Genova, in diversa composizione, che procederà a un nuovo esame attenendosi ai principi di diritto richiamati ai punti da 19 a 24 e provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità;

P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione, cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Genova, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

CAUSA N. 5279/2014 - SENTENZA N. 11461/2014

Corte di Cassazione - copia non autografa