

Sentenza n.**Registro generale Appello Lavoro n. 1387/2022****REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

La Corte d'Appello di Milano, sezione lavoro, composta da:

Dott. Giovanni PICCIAU

Presidente

Dott. Giovanni CASELLA

Consigliere rel.

Avv. Giuseppina LOCOROTONDO

Giudice Ausiliario

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile in grado d'appello avverso la sentenza n. 1558/22 del Tribunale di Milano, est. Dott. Pazienza, discussa all'udienza collegiale del 27-2-2023 e promossa

DA

██████████ **S.R.L.**, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dagli Avv.ti ██████████ ed ██████████ ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Milano ██████████

APPELLANTE**CONTRO**

██████████ ██████████, rappresentato e difeso dagli Avv.ti ██████████ ██████████ e ██████████ ██████████, ed elettivamente domiciliato presso il suo studio sito in Milano, viale ██████████

APPELLATO

I procuratori delle parti, come sopra costituiti, così precisavano le

CONCLUSIONI**PER L'APPELLANTE:**

"(i) in via preliminare, accertare e dichiarare la nullità parziale della sentenza di primo grado per i motivi di cui al paragrafo A e per l'effetto adottare tutti i provvedimenti ritenuti di giustizia;

(ii) accogliere tutte le conclusioni già rassegnate nel corso del giudizio di primo grado che di seguito si ritrascrivono:

"in via principale:

(iv) respingersi, perché infondate in fatto ed in diritto, tutte le domande avanzate dai Ricorrenti con l'atto introduttivo del presente giudizio;

in ogni caso:

(v) rigettarsi il ricorso avverso;

(vi) con vittoria di spese, diritti e onorari;"

(iii) con vittorie di spese, diritti e onorari del doppio grado di giudizio."

PER L'APPELLATO:

"- confermare la impugnata sentenza n. 1558/2022 emessa dal Tribunale di Milano, Sez. Lavoro, Giudice Dr. Pazienza nel procedimento già annotato al NRG 1896/2021;



- nella non temuta ipotesi di adesione di Codesta adita Corte alle richieste istruttorie proposte da parte appellante in via istruttoria, si chiede a Codesta Corte d'Appello, ove ne ravvisasse i presupposti in fatto e in diritto, la nomina di idoneo C.T.U. con il fine precipuo di verificare l'ammontare delle somme dovute dalla [REDACTED] al sig. [REDACTED] per le causali di cui in atti, condannare la società [REDACTED] s.r.l, in persona del suo legale rappresentante pro-tempore, corrente in 20123 Milano, Piazza [REDACTED] iscritta alla CCIAA di Milano - REA 1909555, codice fiscale/partita IVA [REDACTED] al pagamento delle spese, compensi professionali di causa del presente grado di giudizio, oltre spese generali 15%, e oneri fiscali come per legge."

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con sentenza n. 1558/22 pubblicata il 15/06/22 il Tribunale Ordinario di Milano, Sezione Lavoro (Dott. Pazienza) nella causa promossa da [REDACTED] contro [REDACTED] Srl ha così deciso: *"rigetta la domanda di parte ricorrente finalizzata all'accertamento dell'illegittimità della ripartizione dell'orario di lavoro settimanale su sei giorni anziché su cinque, nonché la domanda di accertamento dell'illegittimità del blocco dei riposi;*

2) accoglie la domanda di accertamento del diritto del ricorrente per il lasso di tempo successivo al mese di settembre 2019 sino al deposito del ricorso alla corresponsione della indennità di "sesto giorno lavorato" ex art. 83 co. 2 CCNL per il Settore delle Attività Ferroviarie e condanna parte resistente al pagamento, in favore di parte ricorrente, della somma di € 60,00, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione delle singole componenti del credito sino all'effettivo soddisfo;

3) accoglie la domanda di accertamento e dichiarazione del diritto del ricorrente alla corresponsione per ciascun giorno di ferie fruito dalla data dell'assunzione sino al mese di settembre 2019 di una retribuzione comprensiva della voce di indennità di assenza dalla residenza ex art. 77 punto 2 CCNL e per l'effetto condanna la convenuta al pagamento, in favore del ricorrente, della somma di Euro 1.953,81, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione delle singole componenti del credito sino all'effettivo soddisfo;

4) accoglie la domanda di accertamento del diritto del ricorrente alla corresponsione per ciascun giorno di ferie di una retribuzione comprensiva anche dell'incentivo per attività di scorta e dell'incentivo per attività di riserva ex art. 54 aziendale [REDACTED] e della voce indennità di assenza dalla residenza ex art. 77 punto 2 CCNL mobilità e attività ferroviarie e per l'effetto condanna la resistente al pagamento in favore del ricorrente dell'importo di € 295,55, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria dalla data di maturazione delle singole componenti del credito sino all'effettivo soddisfo;

5) condanna la resistente a corrispondere in favore del ricorrente della metà delle spese di lite, che liquida nell'intero in euro 2.800,00, con la compensazione della residua, oltre IVA, CPA e rimborso delle spese generali nella misura del 15% con distrazione in favore dei procuratori dichiaratisi anticipatarî".

La vicenda trae origine dal ricorso, depositato in data 03/03/21, dal Sig. [REDACTED] Capo Treno alle dipendenze di [REDACTED] con rapporto disciplinato sia dal CCA [REDACTED] sia dal CCNL Mobilità/Area Contrattuale Attività Ferroviarie, il quale adiva in giudizio la datrice di lavoro, lamentando l'illegittimità della ripartizione dell'orario di lavoro settimanale su sei giorni anziché cinque con conseguente



richiesta di condanna della società resistente ad assegnargli i turni lavorativi esclusivamente su cinque giorni, con un riposo di 62 ore consecutive, oltre al pagamento, in suo favore, della somma di € 6.718,26 a titolo di differenze retributive per i “sesti giorni” effettuati.

Chiedeva inoltre l'accertamento e la dichiarazione della nullità e/o inopponibilità “dell'art. 31. 6 del CCNL mobilità attività ferroviarie del 20.7.2012, oggi art. 30.6 CCNL mobilità e attività ferroviarie del 16.12.2016, e dell'art. 20.3 del Contratto Aziendale [REDACTED] nella parte in cui non prevedeva l'inclusione, nella retribuzione da corrispondere durante le ferie delle voci “*incentivo per attività di scorta*”, “*incentivo per attività di riserva*” di cui all'art. 54.2. del contratto aziendale [REDACTED] e della voce di “*indennità di assenza dalla residenza*” ex art. 77 punto 2 C.C.N.L.

Si costituiva ritualmente [REDACTED] Srl chiedendo il rigetto del ricorso in quanto infondato in fatto e diritto.

Il giudice di prime cure accoglieva parzialmente il ricorso del Sig. [REDACTED] in quanto pur rigettando la domanda finalizzata all'accertamento dell'illegittimità della ripartizione dell'orario di lavoro settimanale su sei giorni anziché su cinque, nonché la domanda di accertamento dell'illegittimità del blocco dei riposi, dal momento che (condividendo quando già stabilito sul punto dalle sentenze n. 1571/2020 e n. 1518/2021 del Tribunale di Milano) nel capo 1.5 dell' articolo 27 del C.C.N.L., “*l'orario “normale” di lavoro settimanale è ripartito su 5 giorni. Tuttavia, può accadere che, in relazione a specifiche esigenze tecniche, produttive od organizzative, l'orario di lavoro settimanale possa essere ripartito su sei giorni*”, in virtù di quanto stabilito dall'art. 83 comma 2 del CCNL di riferimento confermava invece che “*nei casi di ripartizione concordata dell'orario di lavoro settimanale su 6 giorni secondo quanto stabilito al 2° e 3° comma del punto 1.5 dell'art. 27 (Orario di lavoro) del presente C.C.N.L., ai lavoratori verrà corrisposta, per ogni 6° giorno lavorato, una indennità pari a euro 15,00*”.

Sul punto il Tribunale dichiarava pertanto il diritto del Capotreno all'indennità ai sensi dell'art. 83 co. 2 del CCNL per il Settore delle Attività Ferroviarie per le prestazioni svolte nel sesto giorno effettivamente lavorato, eccetto che per le prestazioni retribuite come lavoro straordinario.

Citando poi sentenza della Corte di Cassazione n. 13425 del 17/05/2019 che chiariva che, in tema di retribuzione dovuta nel periodo di godimento delle ferie annuali, ai sensi dell'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE, per come interpretata dalla Corte di Giustizia, sussisteva una nozione europea di “retribuzione” che comprendeva qualsiasi importo pecuniario che si poneva in rapporto di collegamento all'esecuzione delle mansioni correlato allo “status” personale e professionale del lavoratore, rilevava che: l'incentivo per l'attività di scorta e l'indennità per le giornate di riserva erano importi intrinsecamente collegati alla prestazione del Capo Treno. Da ciò, stabiliva, in ragione della motivazione della Corte di cassazione appena riportata, la necessità di considerarle nell'ambito della retribuzione ordinaria che “deve essere mantenuta” durante il periodo



feriale” in quanto proporzionata ex articolo 36 Cost. (cfr., negli stessi sensi, anche sentenza CGUE 20 gennaio 2009 in C-350/06 e C- 520/06, Schultz-Hoff e altri, punto 58).

Il Tribunale, infine, rigettava l’eccezione di prescrizione sollevata da [REDACTED] ritenendo che *“La prescrizione non decorre nel corso del rapporto di lavoro, in quanto il regime sanzionatorio per illegittimità del licenziamento di cui all’art. 18 “post Fomero” non garantirebbe quella stabilità del rapporto di lavoro, richiesta dalla giurisprudenza ai fini della decorrenza della prescrizione nel corso del rapporto, avendo la L. 92/2012 approntato un sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è stata fortemente ridimensionata, riservata ad ipotesi residuali, che fungono da eccezione rispetto alla tutela indennitaria”*.

[REDACTED] Srl con atto depositato in data 15/12/22 ha proposto appello, insistendo per la riforma della sentenza di primo grado.

Questi i motivi di appello:

- ***L’erroneo riconoscimento in favore dell’Appellato della c.d. indennità di sesto giorno lavorato***

Con il primo motivo di appello [REDACTED] denuncia la sentenza del giudice di prime cure per essersi discostata dai precedenti della Corte di appello di Milano (in particolare cita sentenze n. 1148/2021 e n. 243/2022 CDA Milano), dichiarando il diritto dell’appellato al riconoscimento dell’indennità del sesto giorno di cui all’art. 83 comma 2 CCNL AF.

Sul punto richiama, condividendolo in pieno il punto delle sentenze emesse dalla Corte di appello di Milano: (sentenze n. 1148/2021 e n. 243/2022): *“l’art. 27 del CCNL fa riferimento a specifiche esigenze tecniche, produttive o organizzative, per cui l’azienda ritenga di distribuire l’orario di lavoro settimanale su 6 giorni anziché su cinque. Poiché la distribuzione su sei giorni è da considerarsi l’eccezione, è previsto che tale sistema sia affidato a una procedura negoziale al fine di raggiungere un accordo collettivo aziendale che disciplini tale articolazione oraria. L’art. 83 sopra riportato fa, ancora, riferimento ad una ripartizione concordata dall’orario di lavoro settimanale su sei giorni. L’interpretazione delle clausole contrattuali porta a ritenere che queste si riferiscano a un sistema che comprende – a fronte di specifiche e motivate esigenze aziendali- l’adozione generalizzata e stabile di un turno distribuito su sei giorni settimanali, mentre nella fattispecie di cui è causa la prestazione sul sesto giorno per ribattuta e intacco su grs, pur essendo conseguenza del complesso sistema di turni adottato da [REDACTED] è avvenuta in modo del tutto sporadico e rarefatto (...) non si può pertanto ritenere che tali evenienze possano essere ricondotte alla fattispecie di cui all’art. 27 CCNL”*.

- ***Violazione dell’art. 118 disp. att. c.p.c. – omessa motivazione su circostanze dirimenti ai fini della decisione. nella parte in cui statuisce sulla retribuzione dovuta durante il periodo di ferie***

Con tale motivo di appello [REDACTED] contesta la sentenza del giudice di primo grado in quanto questi, a cagione del richiamo ex art. 118 disp.att. c.p.c., avrebbe



omesso qualsivoglia argomentazione delle conclusioni alle quali è giunto, anche in punto di verifica dell'effetto dissuasivo alla fruizione delle ferie.

Sul punto [REDACTED] richiama una sentenza della Corte di Cassazione secondo cui l'assenza di una concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto configura motivo di nullità della sentenza quando non sia possibile individuare il percorso argomentativo della pronuncia giudiziale, funzionale alla sua comprensione e all'eventuale verifica in sede di impugnazione (28721/2019).

- ***Omessa pronuncia in merito alla palese infondatezza delle domande avversarie relative alla retribuzione dovuta durante il periodo di ferie per violazione del principio dell'onere della prova ex art. 2697 c.c.***

L'odierno appellato, in spregio a quanto stabilito dall'art. 2697 cc nulla hanno provato in merito alla fondatezza delle sue pretese ossia con riguardo a:

. ai giorni, ai mesi e per quali differenti attività viene chiesto di computare le indennità variabili nella base di calcolo della retribuzione spettante nei giorni di ferie;

. di come le predette mancate erogazioni abbiano inciso, per ciascuno dei lavoratori, sulla relativa fruizione delle ferie e di come, dunque, conseguentemente sia stato, in concreto, integrato il paventato c.d. "effetto dissuasivo";

. di come tali voci (i.e. "incentivo per attività di scorta" e "indennità per le giornate di riserva") – che pretende di includere nella retribuzione feriale – debbano ritenersi intrinsecamente connesse alla natura delle mansioni svolte dall'Appellato ed inoltre volte a compensare uno specifico disagio derivante dall'espletamento della mansione di Capo Treno espletata dal medesimo, oppure perché correlate al suo peculiare status professionale o personale.

- ***L'errata interpretazione da parte della sentenza di primo grado del quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento in materia di ferie e della correlata retribuzione***

Sul punto parte appellante contesta quanto statuito nella sentenza di primo grado per aver dato un'interpretazione errata del quadro normativo e giurisprudenziale nazionale e comunitario regolante la materia delle ferie. In materia, normativa comunitaria ed interna, concordano sul fatto che al fine di garantire la fruizione delle ferie da parte dei lavoratori è necessario che la retribuzione del periodo di ferie debba essere paragonabile a quella prevista per i periodi di effettivo lavoro prestato. La ratio del concetto enucleato in particolare nella sentenza della Corte di Giustizia (16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, Robinson-Steele e a., Racc. pag. I-2531, punto 50, nonché Schultz-Hoff e a., cit., punto 58), in ottemperanza a quanto stabilito dalla direttiva 2003/88 è quindi quella di evitare che una considerevole diminuzione della retribuzione possa dissuadere il lavoratore dall'esercitare il proprio diritto alle ferie, non esclude quindi a priori la possibilità che la "retribuzione feriale" possa essere inferiore a quella ordinaria se la differenza è comunque non tale da ledere il diritto del lavoratore.



Il giudice di prime cure ha quindi errato sul punto nel non preliminarmente verificare l'effettiva "idoneità" delle discusse indennità ad incidere sulla fruizione delle ferie da parte dell'odierno Appellato.

- ***L'omesso esame del Giudice di prime cure circa il contesto contrattuale e retributivo di riferimento nel caso di specie: gli irragionevoli effetti generati dalla pronuncia impugnata***

Il giudice nella sua pronuncia a favore dell'appellato non ha effettuato una valutazione complessiva del contesto contrattuale di riferimento. Infatti, [REDACTED] specifica che sotto il profilo della composizione della retribuzione feriale si evidenzia come la medesima sia il prodotto dell'applicazione dall'accordo aziendale tra Società e le parti sociali, le quali avevano, di comune accordo deciso di computare tutte le indennità, ivi comprese quelle specifiche di scorta e condotta, sulla base di 220 giornate lavorative, non includendo le giornate di ferie nel computo, ma concordando valori economici sensibilmente superiori.

Chiaro che le sopracitate parti contrattuali avrebbero ben potuto prevedere un siffatto computo su 245 giornate (e dunque ricomprendendo anche le ferie), ma l'equilibrio economico complessivo di detto accordo avrebbe, all'evidenza, avuto contenuti ben diversi, che avrebbero portato a prevedere delle indennità giornaliere con importi decisamente più contenuti rispetto a quelli attuali, così da salvaguardare il totale complessivo erogabile su base annua per le indennità specifiche di scorta e condotta.

- ***La mancata ammissione della prova per testi rilevanti per la decisione e l'errata inclusione da parte del Tribunale delle voci "indennità di scorta" e "indennità di riserva" nella base di calcolo della retribuzione spettante per ferie all'odierno Appellato***

Il giudice ha omesso qualsivoglia attività istruttoria sul caso, decidendo la causa solo sulla base dei documenti prodotti dalle parti. Sul punto si sottolinea l'errore di tale scelta in quanto se vi fosse attuata prova testimoniale il giudice avrebbe avuto modo di verificare le concrete modalità di esecuzione della prestazione lavorativa

- ***Omessa pronuncia della sentenza parzialmente impugnata sulla circostanza dell'erogazione stabile e continuativa delle voci incentivo per attività di scorta e indennità di riserva all'interno della Voce del "patto di competitività"***

il Giudice di prime cure ha errato nel ritenere che l'incentivo per attività di condotta e l'indennità per le giornate di riserva non siano già state enucleate in misura fissa, stabile e continuativa all'interno della voce denominata "patto di competitività", clausola istituita al momento della sottoscrizione del CCA [REDACTED] al fine dell'armonizzazione dei trattamenti retributivi dei dipendenti dei due rami [REDACTED] e [REDACTED] fusi poi in [REDACTED]. All'interno di tale voce si sottolinea, venivano ricomprese alcune indennità retributive riconosciute in misura variabile tra cui erano incluse anche le voci oggi rivendicate dall'Appellato.

- ***Errata mancata applicazione dell'art 2948 n. 4 c.c. in relazione all'art. 18 della Legge n°300/1970. La fondatezza dell'eccezione di***



***prescrizione quantomeno parziale dei crediti di lavoro dell'odierno
Appellato***

Con l'ultimo motivo di appello [REDACTED] ribadisce l'eccezione di prescrizione formulata in primo grado ritenendo non condivisibile la tesi del Tribunale di Milano accolta dal giudicante sul decorso della prescrizione. Richiamando una pronuncia di questa Corte d'appello (35/2019) sostiene che la Fornero non abbia fatto venir meno la stabilità del rapporto a tempo indeterminato in quanto sono previste indennità risarcitorie di non esiguo valore che consentono di non ritenere il lavoratore esposto al *metus*.

In data 14/02/2023 si è costituito in giudizio il Sig. [REDACTED] chiedendo il rigetto del ricorso avversario in quanto infondato e la conferma della sentenza impugnata.

All'udienza di discussione la causa è stata decisa come da dispositivo in calce.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è fondato solamente in relazione all'indennità di sesto giorno lavorato. Questa Corte non ritiene di discostarsi dai propri precedenti (tra gli ultimi, vedi sentenza n. 243/2022, est. Macaluso), i quali – condivisibilmente – hanno sostenuto quanto segue:

“Secondo la spiegazione data [da [REDACTED] e non contestata, la ‘ribattuta’ consiste in un raddoppio di turno, cioè ogni ciclo di turni ve ne sono due uguali consecutivi, ciò fa sì che i lavoratori non godano del riposo settimanale sempre negli stessi giorni della settimana, mentre l'intacco grs avviene quando la fine turno va a sconfinare nel giorno successivo di riposo settimanale.

L'art. 27 CCNL Attività Ferroviarie, punto 1.5, commi 2 e 3 prevede quanto segue:
<<L'orario di lavoro settimanale è ripartito, di norma, su 5 giorni.

In relazione a specifiche esigenze tecniche, produttive od organizzative l'orario di lavoro settimanale potrà essere ripartito su 6 giorni (...).

La ripartizione dell'orario di lavoro settimanale su 6 giorni, fatti salvi gli accordi in essere, sarà oggetto di specifico accordo a livello di contrattazione aziendale con le strutture sindacali interessate delle Organizzazioni Sindacali stipulanti il presente C.C.N.L., nell'ambito di una procedura negoziale da attivarsi almeno due mesi prima della sua applicazione e da concludersi entro 20 giorni dalla attivazione della procedura stessa>>

L'art. 83 comma 2 CCNL prevede:

<<Nei casi di ripartizione concordata dell'orario di lavoro settimanale su 6 giorni secondo quanto stabilito al 2° e 3° comma del punto 1.5 dell'art. 27 (Orario di lavoro) del presente CCNL, ai lavoratori verrà corrisposta, per ogni 6° giorno lavorato, una indennità pari a € 15,00. Tale indennità non è corrisposta in caso di assenza a qualsiasi titolo, ad eccezione dei periodi continuativi di malattia o infortunio di durata superiore a 15 giorni.>>



Il Collegio osserva che l'art. 27 del CCNL fa riferimento a specifiche esigenze tecniche, produttive o organizzative, per cui l'azienda ritenga di distribuire l'orario di lavoro settimanale su 6 giorni anziché su cinque.

Poiché la distribuzione su sei giorni è da considerarsi l'eccezione, è previsto che tale sistema sia affidato a una procedura negoziale al fine di raggiungere un accordo collettivo aziendale che disciplini tale articolazione oraria. L'art. 83 sopra riportato fa, ancora, riferimento ad una ripartizione concordata dall'orario di lavoro settimanale su sei giorni. L'interpretazione delle clausole contrattuali porta a ritenere che queste si riferiscano a un sistema che comprende – a fronte di specifiche e motivate esigenze aziendali - l'adozione generalizzata e stabile di un turno distribuito su sei giorni settimanali, mentre nella fattispecie di cui è causa la prestazione sul sesto giorno per ribattuta e intacco su grs, pur essendo conseguenza del complesso sistema di turni adottato da [REDACTED] è avvenuta in modo del tutto sporadico e rarefatto, ...: non si può pertanto ritenere che tali evenienze possano essere ricondotte alla fattispecie di cui all'art. 27 CCNL.

Né è possibile riconoscere un danno per maggiore gravosità della prestazione lavorativa, sia perché manca una specifica domanda del ricorrente, sia perché - comunque- non vi è stato un aumento dell'orario di lavoro settimanale e le occasioni in cui l'evento si è verificato sono talmente esigue da non potersi configurare un apprezzabile aggravio della prestazione.

Pertanto, la sentenza impugnata deve essere parzialmente riformata con il rigetto della domanda di [REDACTED] concernente l'indennità *ex art. 83 CCNL*”.

Con riferimento alle altre censure, il Collegio ritiene infondato l'appello, ritenendo di confermare l'orientamento già espresso da questa Corte territoriale in precedenti sentenze fra cui le nn. 32/2020, 36/2020, 596/2021, 719/2021, 1066/2021, oltre a numerose altre, che si sono pronunciate sulle medesime questioni oggi in esame, anche per quanto riguarda le prospettazioni difensive corrispondenti ai motivi di appello sopra esaminati, ed alla specifica figura professionale del capotreno.

Si condividono, in particolare, le motivazioni qui di seguito richiamate *ex art. 118 Disp. Att. c.p.c.* della sentenza di questa Corte di Appello n. 1066/2021 (Pres. Est. Dott.ssa Ravazzoni).

“Circa il primo motivo di appello, la censura di nullità della sentenza per carenza di motivazione è infondata. La sentenza appellata, diversamente da quanto sostenuto da [REDACTED] srl, non si limita a richiamare precedenti giurisprudenziali di legittimità conformi resi dalla Corte di Cassazione (sent. 13425/2019) e di merito, resi dal Tribunale di Milano in casi identici, in applicazione dell'art.118, comma 1°, disp. att., c.p.c., ma fornisce una esauriente motivazione su tutte le questioni controverse.

Va ricordato, in ogni caso, che “la sentenza di merito può essere motivata mediante rinvio ad altro precedente dello stesso ufficio, in quanto il riferimento ai precedenti conformi contenuto nell'art. 118 disp. att. cpc non deve intendersi



limitato ai precedenti di legittimità, ma si estende anche a quelli di merito, ricercandosi per tale via il beneficio di schemi decisionali già compiuti per casi identici o per la risoluzione di identiche questioni, nell'ambito di un più ampio disegno di riduzione dei tempi del processo civile” (Cass. n. 17640/2016).

Con il secondo motivo (B) di gravame, l'appellante deduce l'illegittimità della sentenza di primo grado per violazione dell'art. 2697 cc, non avendo i ricorrenti in primo grado dato prova dei fatti costitutivi della domanda azionata. Con il quinto motivo (E) [REDACTED] lamenta la mancata ammissione delle prove testimoniali dedotte in primo grado.

I motivi, che stante l'intima connessione delle censure svolte possono essere trattati congiuntamente, sono infondati.

Non è contestato che i ricorrenti svolgessero mansioni di Capotreno. La società appellante nella memoria di costituzione in primo grado ha riportato la normativa contrattuale relativa a dette mansioni. In particolare:

-l'art. 27 del CCNL AF, che, al riguardo, ricomprende in tale figura quei lavoratori che:

“Svolgono attività relative alla dirigenza, sorveglianza e responsabilità del convoglio relativamente alla circolazione, anche con interventi sul materiale, ivi compresa l'effettuazione della prova freno nei casi previsti sulla base dei regolamenti e della normativa vigenti; alla compilazione e conservazione dei documenti di viaggio, al coordinamento del personale di scorta, alla sorveglianza e controllo sulla regolarità del servizio viaggiatori e sui servizi svolti da terzi a bordo treno nell'ambito delle rispettive responsabilità, alla emissione e controllo di biglietti di viaggio, alla assistenza e informazione della clientela, anche dialogando in lingua straniera, al controllo ed intervento nelle attività di manovra e scambi in particolari situazioni, di coadiutore del macchinista nei casi previsti e in eventuali altri casi con il possesso di specifiche abilitazioni” (v. doc. 3, cfr. art. 27 CCNL AF);

-l'art. 13.2.1 del CCA [REDACTED] con riguardo alla classificazione professionale della figura del Capotreno, ricomprende quei lavoratori che:

in possesso delle prescritte abilitazioni, oltre ad essere tenuti alla dirigenza, sorveglianza e responsabilità del convoglio applicando norme, regolamenti e procedure prestabilite, svolgono mansioni di: - accoglienza e assistenza alla clientela garantendo la corretta e costante informazione nelle vetture adibite al servizio viaggiatori e a terra;

- controlleria e emissione di titoli di viaggio nelle vetture adibite al servizio viaggiatori, a terra;

- sorveglianza e controllo sulla regolarità del servizio viaggiatori e sui servizi svolti da terzi nelle vetture adibite al servizio viaggiatori;

- compilazione e conservazione dei documenti di viaggio;

- coordinamento, laddove necessario.

I lavoratori sono responsabili di contribuire alla sicurezza del convoglio e alla qualità del servizio offerto alimentando, attraverso gli strumenti tecnologici messi



a disposizione dell'azienda, tutti i dati e le informazioni in merito a sicurezza, qualità e confort del viaggio (frequentazioni, segnalazioni di guasto, funzionalità toilette, atti vandalici, ecc.).

I lavoratori con "Modulo D – Accompagnamento treni" completo su rete RFI (così come definito dalla disposizione R.F.I. n°25/2007 e 17/2006) o, su altre reti, in possesso di abilitazione secondo percorsi formativi definiti da [REDACTED] sono tenuti inoltre a svolgere le seguenti attività:

- interventi sul materiale, ivi compresa l'effettuazione della prova freno nei casi previsti, sulla base dei regolamenti e della normativa emanati dal Gestore dell'Infrastruttura;
- controllo ed intervento nelle attività di manovra e scambi in particolari situazioni, di coadiutore del macchinista nei casi previsti" (v. doc. 4, cfr. art. 13.2.1 CCA [REDACTED])

[REDACTED] ha poi precisato con riferimento alla retribuzione dei ricorrenti:

Gli elementi costitutivi della retribuzione mensile di tutto il personale dipendente di [REDACTED] inclusi i ricorrenti, sono indicati all'Art. 48 del CCA [REDACTED] che così dispone:

art. 48.1.1 Sono elementi fissi della retribuzione:

- a) retribuzione tabellare;
- b) aumenti periodici di anzianità;
- c) assegni ad personam pensionabili;
- d) indennità di funzione;
- e) salario professionale;
- f) tredicesima mensilità;
- g) quattordicesima mensilità

art. 48.1.2 Sono elementi variabili della retribuzione:

- a) incentivi per attività specifiche;
- b) trasferta e altri trattamenti per attività fuori sede;
- c) lavoro notturno;
- d) indennità di turno;
- e) lavoro domenicale e festivo;
- f) indennità di trasferimento;
- g) indennità di mobilità;
- h) reperibilità;
- i) indennità di maneggio denaro;
- j) premio di produttività,
- k) premio di risultato;
- l) premio aziendale;
- m) indennità per lavorazioni in condizioni disagiate;
- n) indennità diverse;
- o) lavoro straordinario" (v. doc. 4).

Il CCNL di settore prevede per i capi treno le seguenti indennità che compongono la parte variabile della retribuzione:



Art. 75: Indennità oraria per lavoro notturno di euro 2,40 e Indennità di pernottamento di euro 2,80; b- Art. 76: Indennità per lavoro domenicale o festivo di euro 20,00 per la giornata di Domenica; euro 65 per la Pasqua; maggiorazione del 35% delle principali voci retributive per il lavoro festivo;

Art. 77: Indennità di Trasferta e altri trattamenti per attività fuori sede (da euro 1,30 a euro 2,20 a seconda del servizio svolto).

L'art. 54.2 del CCA prevede per i Capi Treno le seguenti indennità variabili:

a- incentivo per attività di scorta treno di € 4,00 per ciascuna ora di scorta sino a 3 ore; oltre il 181° minuto € 4,50 all'ora;

b- incentivo per giornate di riserva (cioè a disposizione senza servizi assegnati), manovra, traghettamento e formazione treni: € 8,00 giornalieri;

c- incentivo di contolleria: per ogni regolarizzazione di titoli di viaggio, che preveda l'applicazione del diritto suppletivo, un'indennità di € 2,00, più il 25% dell'importo riscosso a titolo di sovrattassa (in caso di vendita del titolo di viaggio senza esazione suppletiva, il solo 25% dell'importo riscosso).

Osserva il Collegio che avendo i lavoratori odierni appellati allegato in primo grado le buste paga, i contratti collettivi e i conteggi dei crediti, correttamente il Tribunale non ha ammesso le prove testimoniali dedotte da [REDACTED] posto che la causa in esame ha natura meramente documentale.

Con il terzo motivo di gravame (C), sostiene l'appellante che il Tribunale avrebbe errato nel ritenere che la retribuzione delle ferie debba coincidere con quella dei giorni di lavoro, mentre la giurisprudenza comunitaria si limiterebbe a una più limitata nozione di "paragonabilità". Deduce inoltre [REDACTED] che il Giudice di prime cure non avrebbe dato rilievo al requisito della sussistenza o meno di un concreto effetto dissuasivo, tale da determinare il rischio della mancata fruizione delle ferie e di non aver ritenuto di scarsa rilevanza la perdita in concreto subita dai lavoratori odierni appellati.

Anche il motivo in esame è infondato.

Ai sensi dell'art. 31.6 del CCNL, durante le ferie, ai dipendenti compete la retribuzione di cui al punto 1.1. e alle lettere c), d) n) del punto 1.2 dell'art. 68 del CCNL medesimo, ossia il minimo contrattuale, gli aumenti periodici di anzianità, gli assegni ad personam pensionabili, l'indennità di funzione quadri, il salario professionale e l'indennità di turno.

L'art. 20 del CCA, nel dettare la disciplina integrativa delle ferie, prevede al punto 3 che la retribuzione da corrisondersi durante le ferie "è data dalle voci di cui alle lettere a), b), c), d) al punto 48.1.1. e alla lettera d) al punto 48.1.2. dell'art. 48 (retribuzione) del presente contratto".

In particolare, ai sensi dell'art. 20.3 del CCA, la retribuzione da corrisondersi nel periodo di ferie include le seguenti voci: retribuzione tabellare, aumenti periodici di anzianità, assegni ad personam pensionabili, indennità di funzione, indennità di turno.

Dalla citata disciplina risulta che le indennità per lavoro notturno, per lavoro domenicale o festivo, per trasferta (previste dal CCNL), nonché l'incentivo per



attività di scorta, l'incentivo per attività di riserva e l'incentivo di contolleria (previsti dal CCA) non concorrono a comporre la retribuzione spettante durante i giorni di ferie.

Ritiene il Collegio che correttamente il primo giudice abbia ritenuto la nullità dell'art. 20.3 del Contratto Aziendale [REDACTED] nella parte in cui non prevede l'inclusione, nella retribuzione da corrispondere ai ricorrenti durante le ferie, delle voci "incentivo per attività di scorta" e "incentivo per attività di riserva", di cui all'art. 54.2 del Contratto aziendale [REDACTED] per contrarietà a norme imperative dell'ordinamento nazionale ed europeo, come interpretate dalla Corte di Giustizia. Contrariamente a quanto lamentato dall'appellante il primo giudice ha correttamente inteso il ragionamento della Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa dell'appellante, esclude espressamente che la retribuzione feriale sia inferiore a quella ordinaria.

Ed infatti, con la sentenza *Williams* e altri, relativa a piloti di linea, nell'interpretare l'art. 7 della direttiva 2003/88/CE, ha proprio affermato che la retribuzione delle ferie annuali deve essere calcolata, in linea di principio, in modo tale da coincidere con la retribuzione ordinaria del lavoratore e che un'indennità determinata ad un livello appena sufficiente ad evitare un serio rischio che il lavoratore non usufruisca delle ferie, non soddisfa le prescrizioni del diritto dell'Unione.

Benché, infatti, la struttura della retribuzione ordinaria del lavoratore ricada nelle disposizioni e prassi disciplinate dal diritto degli Stati membri, essa non può incidere sul diritto dell'interessato di godere, nel corso del periodo di riposo, di condizioni economiche paragonabili a quelle relative all'esercizio del suo lavoro.

Ne deriva che, in presenza di una retribuzione composta da parte fissa e parte variabile, anche le voci variabili debbono essere incluse nella base di calcolo della retribuzione spettante durante le ferie, ove si tratti di indennità che compensino "qualsiasi incomodo intrinsecamente collegato all'esecuzione delle mansioni che il lavoratore è tenuto ad espletare in forza del suo contratto di lavoro", oppure di indennità correlate "allo status personale o professionale" del lavoratore (ad esempio, le integrazioni collegate alla qualità di superiore gerarchico, all'anzianità e alle qualifiche professionali).

Diversamente, gli elementi della retribuzione diretti esclusivamente a coprire spese occasionali o accessorie che sopravvengano in occasione dell'espletamento delle mansioni, non devono essere presi in considerazione nel calcolo dell'importo da versare durante le ferie annuali.

L'inciso "in linea di principio" non può essere inteso nel senso voluto dalla difesa della società ovvero che solo una retribuzione "irrisoria" possa ledere il diritto irrinunciabile alle ferie, perché, come precisato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Williams*, "malgrado la retribuzione di cui il lavoratore dispone nel corso del periodo in cui effettivamente fruisce delle ferie annuali, tale lavoratore può essere dissuaso dall'esercitare il proprio diritto alle ferie annuali tenuto conto



dello svantaggio finanziario differito, ma subito in modo assolutamente concreto, nel corso del periodo successivo a quello delle ferie annuali”.

Infatti, se le voci variabili sono legate allo svolgimento della mansione è evidente che non svolgendo nel periodo feriale la mansione non matureranno i relativi incentivi/indennità, con conseguenze negative sulla retribuzione di base successiva al periodo di ferie. È proprio questa “ripercussione finanziaria negativa” che, come evidenziato dalla Corte di Giustizia, può produrre un effetto dissuasivo sull’effettiva capacità di fruire delle ferie.

In tale ottica corretto è stato l’uso da parte del primo giudice del dato di incidenza mensile per valutare la significatività della riduzione della retribuzione rispetto alla decisione di fruire o meno delle ferie.

Né rileva che la retribuzione complessiva prevista su base annua per i capi treno discenda dall’accordo aziendale ██████ secondo cui sono state computate tutte le indennità, comprese quelle di scorta e condotta, sulla base di 220 giornate lavorative, non includendo le giornate di ferie dal computo, ma prevedendo valori economici sensibilmente superiori, perché, com’è noto, le sentenze della Corte di Giustizia hanno efficacia erga omnes e comportano la necessità di interpretare il diritto interno in senso conforme alle stesse.

Nell’applicare il diritto interno, in particolare le disposizioni di una normativa appositamente adottata al fine di attuare quanto prescritto da una direttiva, il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato perseguito da quest’ultima e conformarsi pertanto all’art. 249, comma 3, Trattato CE (cfr. CGUE, 5 ottobre 2004, Pfeiffer e altri, cause riunite da C-397/01 a 403/01).

Quanto nello specifico alle voci retributive “incentivo per attività di scorta” e “incentivo per attività di riserva”, di cui all’art. 54.2 del CCA, la Corte osserva che il primo giudice abbia correttamente ritenuto ricorrenti i criteri individuati dalla Corte di Giustizia per l’inclusione nella base di calcolo della retribuzione da corrispondersi nel periodo di godimento delle ferie annuali. Il primo giudice ha evidenziato che trattasi di indennità che “risultano, anzitutto, intrinsecamente connesse alle mansioni di capotreno, poiché le stesse sono corrisposte in ragione delle peculiari caratteristiche dell’attività di capotreno, che comporta l’alternanza tra periodi di servizio a bordo treno e periodi di messa a disposizione presso l’impianto ferroviario (cfr. la definizione di attività di scorta e di condotta contenuta nell’art. 28.2 lett. C) del CCNL di settore). Ciò trova riscontro nella circostanza che le indennità in questione figurino nella maggioranza delle buste paga dei ricorrenti. Dette indennità, inoltre, dipendono dallo specifico status professionale del capotreno, essendo previste dall’art. 54.2 del CCA (e dall’accordo modificativo dell’11/3/2015 sub doc. 2 fasc. ric.) appositamente per il personale dotato della qualifica di capotreno. Esse sono, pertanto assimilabili a quelle “integrazioni collegate [...] alle qualifiche professionali” che la giurisprudenza europea impone di computare nella base di calcolo per la retribuzione del periodo di ferie”.



Ebbene, l'appellante non ha proceduto ad una critica specifica della motivazione ma si è limitato a sostenere che le indennità/incentivo in esame non compensano alcun disagio intrinsecamente connesso alla prestazione lavorativa assegnata. (Corte d'Appello di Milano sent n 36/2020).

Con il quarto motivo (D) l'appellante critica la decisione impugnata per avere la sentenza omesso l'esame circa il contesto contrattuale e retributivo di riferimento nel caso di specie, determinando irragionevoli effetti. Il motivo è infondato, non risultando dall'esame degli accordi collettivi nazionali ed aziendali elementi che possano condurre l'interprete ad asserire che le parti sociali, nel quantificare la retribuzione per le indennità in questione, abbiano considerato anche l'incidenza di esse sulla retribuzione per ferie. Ma anche in tal caso, l'effetto disincentivante dalla fruizione delle ferie non sarebbe comunque escluso, posto che il fine della normativa in oggetto (e qui in particolare il principio costituzionale dell'irrinunciabilità alle ferie) è il godimento effettivo del riposo annuale garantito, che quindi non è sacrificabile neppure a fronte di un corrispettivo economico, che in questo caso sarebbe corrisposto indirettamente tramite un aumento della retribuzione.

Con il sesto motivo (F, erroneamente riportato come E), l'appellante censura la sentenza appellata per non aver accolto l'eccezione di assorbimento delle somme corrisposte a titolo di "Patto di competitività".

Ritiene il Collegio di non poter condividere l'assunto per cui le parti sociali abbiano inteso sostituire o assorbire, in tutto o in parte, l'incidenza nella retribuzione dovuta durante le ferie dell'incentivo per attività di condotta o dell'indennità di riserva con l'erogazione in misura fissa e mensile per tutto l'anno lavorativo (comprese le ferie) del patto di non competitività, calcolata con riferimento a voci della retribuzione che, secondo la ricostruzione offerta da [REDACTED] comprendevano sia l'attività di condotta sia l'attività di riserva.

Le indennità rivendicate in primo grado dagli odierni appellati, pertanto, sono state semplicemente utilizzate nella base di calcolo del patto di non competitività, ma la loro erogazione è stata mantenuta in aggiunta allo stesso.

Nelle buste paga degli appellati sono presenti entrambe le voci (patto di competitività, da un lato, e indennità di condotta e di riserva, dall'altro): tale circostanza esclude che la voce premiale abbia incorporato le ulteriori indennità oggetto di causa.>>

Rimane da esaminare il punto dell'appello relativo all'indennità di assenza dalla residenza. Questa è definita dall'art. 28 punto 2 lett. d) del CCNL, secondo cui assenza dalla residenza, è il periodo intercorrente tra l'ora di partenza effettiva del treno da uno degli impianti ferroviari della base operativa di appartenenza e l'ora reale di arrivo del treno, nello stesso impianto ferroviario in cui ha avuto inizio il periodo di lavoro giornaliero o in altro impianto ferroviario della stessa base operativa, e comprende anche l'eventuale riposo fuori residenza.

L'art. 77 punto 2 del CCNL prevede :<<2. Assenza dalla residenza.



2.1 *Per il personale mobile, le aziende corrisponderanno un compenso per assenza dalla residenza di lavoro, nelle misure orarie di seguito indicate, per ogni ora di assenza dalla residenza calcolata dall'ora di partenza del treno, secondo l'orario stabilito, all'ora reale di arrivo nella residenza di lavoro, quando effettua per conto dell'unità produttiva presso cui è in forza servizi che comportano complessivamente, per ciascuna giornata di turno, un'assenza di durata non inferiore a 3 ore>>*

I successivi punti 2.3 e 2.4. dell'art. 77 stabiliscono che l'indennità di assenza dalla residenza sia parificata all'indennità di trasferta e sia esclusa dal computo della retribuzione di ogni istituto di legge e di contratto.

Occorre osservare che – come dedotto in primo grado dai ricorrenti e non contestato – il capotreno dipendente da [REDACTED] deve, in certe occasioni, fruire del riposo notturno fuori dalla propria residenza in hotel convenzionati; non affronta spese di vitto e alloggio per la permanenza fuori dalla propria residenza, per cui la voce in esame non ha, neppure parzialmente, la funzione di rimborso spese. Il fatto che il CCNL parifichi l'indennità in esame a quella di trasferta nulla toglie alla sostanza dell'emolumento, che è chiaramente destinato a compensare il disagio connesso alla natura delle mansioni del capotreno il quale, non avendo un luogo fisso di lavoro, può dover riposare fuori dalla propria residenza. Si veda il punto 23 della già citata sentenza Williams, secondo cui sebbene la struttura della retribuzione ordinaria di un lavoratore di per sé ricada nelle disposizioni e prassi disciplinate dal diritto degli Stati membri, essa non può incidere sul diritto del lavoratore, ricordato al punto 19 di questa sentenza, di godere, nel corso del suo periodo di riposo e di distensione, di condizioni economiche paragonabili a quelle relative all'esercizio del suo lavoro.

Anche su questo punto, quindi, la sentenza impugnata merita conferma.

Anche il settimo motivo di gravame, sull'eccezione di prescrizione parziale dei crediti degli odierni appellati, è infondata. Il Collegio, sulla nota questione, condivide l'orientamento espresso nella pronuncia di questa Corte di Appello n. 376/2019 (Pres. Dott. Picciau - Est. Dott.ssa Bove):

<<Si osserva in diritto che, ai fini della decorrenza della prescrizione in materia di crediti da lavoro subordinato, la distinzione tra rapporti soggetti a tutela reale e rapporti non soggetti a tutela reale, riveste, anche nelle più recenti pronunce della Cassazione (cfr. Sez. L - Ordinanza n. 22172 del 22/09/2017; Sez. L, Sentenza n. 4351 del 22/02/2018; Sez. L Sentenza n. 19729 del 25/07/2018) un'importanza centrale. Infatti la decorrenza della prescrizione dal momento dell'insorgenza del diritto del lavoratore viene affermata dal Supremo Collegio con esclusivo riferimento ai rapporti assistiti dal diritto alla reintegrazione in caso di licenziamento illegittimo. La ragione è nota. Si ritiene che in tali rapporti non vi sia una condizione c.d. di *metus* del lavoratore nei confronti del datore di lavoro che lo induca, per timore di essere licenziato (senza possibilità di recuperare il posto di lavoro perduto), a non esercitare il proprio diritto. Non appare superfluo, sul punto, ricordare l'assetto normativo, determinato dalle pronunce della Corte



Costituzionale n. 63/1966 e n. 174/1972, in forza del quale la prescrizione dei crediti retributivi non decorre durante il rapporto di lavoro, salvo che per i rapporti caratterizzati da c.d. "stabilità reale", ossia ai quali, in considerazione del requisito dimensionale, è applicabile l'art. 18 legge 300/1970.

Con la prima delle citate pronunce, la Corte ha ritenuto che, in un rapporto non dotato della resistenza che caratterizzava invece il rapporto di pubblico impiego, il timore del recesso (cioè del licenziamento), spinge o può spingere il lavoratore a rinunciare ad una parte dei diritti. Secondo la Corte "In un rapporto non dotato di quella resistenza, che caratterizza invece il rapporto d'impiego pubblico, il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti; dimodoché la rinuncia, quando è fatta durante quel rapporto, non può essere considerata una libera espressione di volontà negoziale e la sua invalidità è sancita dall'art. 36 della Costituzione".

E' stata quindi considerata determinante la situazione psicologica del lavoratore, che può essere indotto a non esercitare il proprio diritto per lo stesso motivo per cui molte volte è portato a rinunciarvi, cioè per timore del licenziamento; cosicché la prescrizione, decorrendo durante il rapporto di lavoro, produce proprio quell'effetto che l'art. 36 ha inteso precludere vietando qualunque tipo di rinuncia: anche quella che, in particolari situazioni, può essere implicita nel mancato esercizio del proprio diritto e pertanto nel fatto che si lasci decorrere la prescrizione.

Con la sentenza n. 174/1972 la Corte Cost. ha poi ritenuto che, in caso di applicabilità dell'art. 18 St. Lav. si ha, come nel pubblico impiego, una vera stabilità; ha infatti al riguardo precisato che "una vera stabilità non si assicura se all'annullamento dell'avvenuto licenziamento non si faccia seguire la completa reintegrazione nella posizione giuridica preesistente fatta illegittimamente cessare", situazione di completa reintegrazione che non può essere ravvisata in tutti i casi (come quelli di applicazione della legge 604/1966) "per i quali le disposizioni sulla giusta causa non trovano applicazione; sicché per essi deve rimanere fermo il principio che vieta di far decorrere il termine di decadenza per le impugnative in materia di crediti da lavoro dipendente nel periodo di durata del rapporto, dovendosi il medesimo spostare alla fine di questo".

La successiva giurisprudenza di legittimità si è adeguata, riscontrando il requisito della stabilità del posto di lavoro tutte le volte in cui, sul piano sostanziale, la disciplina del rapporto subordina il licenziamento a circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano della tutela dei diritti, affida al giudice il sindacato su tali circostanze con la facoltà di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo (Cass., S.U., 12.4.1976, n. 1268; Cass., 19.8.2011, n. 17399). Rimozione che, secondo la Cassazione, non può esaurirsi nella previsione di un risarcimento del danno ma deve concretizzarsi nell'ordine di reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro (Cass., 23.6.2003, n. 9968; Cass., 20.6.1997, n. 5494; Cass., 13.9.1997, n. 9137).



Il quadro normativo, rispetto alle citate pronunce della Consulta, è radicalmente mutato a seguito dell'entrata in vigore della legge 92/2012, che ha riformato l'art. 18 L. 300/70, approntando un articolato sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è stata fortemente ridimensionata, riservata ad ipotesi residuali, che fungono da eccezione rispetto alla tutela indennitaria.

Il testo attualmente vigente dell'art. 18 L. n. 300 del 1970, a differenza di quello originario, prevede infatti la tutela reintegratoria solo per talune ipotesi di illegittimità del licenziamento (commi 1, 4, 7), mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria (commi 5 e 6); ne consegue che, nel corso del rapporto, il prestatore di lavoro si trova in una condizione soggettiva di incertezza circa la tutela (reintegratoria o indennitaria) applicabile nell'ipotesi di licenziamento illegittimo, accertabile solo *ex post* nell'ipotesi di contestazione giudiziale del recesso datoriale.

È pertanto ravvisabile la sussistenza di quella condizione di *metus* che, in base ai consolidati principi dettati dalla richiamata giurisprudenza costituzionale e di legittimità, esclude il decorso del termine prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. A supporto di questa soluzione va richiamato, altresì, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza l'effettiva condizione del prestatore di lavoro subordinato, precisando che la decorrenza o meno della prescrizione nel corso del rapporto di lavoro va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione all'effettiva esistenza di una situazione psicologica di "*metus*" del lavoratore, e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse sorto fin dall'inizio con le modalità e la disciplina che il giudice, con un giudizio necessariamente "*ex post*", riconosce applicabili (Cass. sez. un. 4942/12; Cass. 10.4.2000 n. 4520; nello stesso senso, *ex plurimis*, Cass. 23.1.2009 n. 1717; Cass. 4.6.2014 n. 12553).

Il Collegio, alla stregua di tali consolidati e condivisibili principi, ritiene che, a seguito delle modifiche apportate dalla L. n. 92 del 2012 all'art. 18 L. n. 300 del 1970, la prescrizione dei crediti retributivi non decorra in costanza di rapporto di lavoro, anche ove a questo sia applicabile l'art. 18 novellato, come nella presente fattispecie.>>

Tale orientamento ha trovato recentemente l'avallo della Suprema Corte, la quale, con la sentenza n. 26246 del 6 settembre 2022, ha rilevato come le novità introdotte dalla L. n. 92/2012 e dal D.Lgs. n. 23/2015 abbiano comportato, nel caso di licenziamento illegittimo, il passaggio da un'automatica applicazione della tutela reintegratoria e risarcitoria, ad un'applicazione selettiva delle tutele e delle sanzioni applicabili. In particolare, la tutela reintegratoria, ai sensi degli artt. 3 e 4 del D.Lgs. n. 23/2015, ha assunto un carattere residuale tale da far insorgere nel lavoratore, un timore nei confronti del datore di lavoro per la sorte del rapporto qualora volesse far valere un proprio credito in costanza dello stesso.

La Cassazione ha allora stabilito che "il rapporto di lavoro a tempo indeterminato, così come modulato per effetto della L. n. 92/2012 e del D.Lgs. n. 23/2015,



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 L. n. 92/2012, 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 motivo di appello deve quindi essere respinto poiché è pacifico che la maturazione dei crediti degli appellati rientri integralmente nella vigenza della L. n. 92/2012.

In conclusione, alla luce delle argomentazioni esposte, dirimenti e assorbenti di ogni altra questione, il gravame deve essere respinto, con parziale conferma della sentenza impugnata in relazione alle predette indennità.

Le spese del doppio grado sono poste a carico di [REDACTED] nella misura di $\frac{3}{4}$ e liquidate come da dispositivo, in ragione della controversia e delle tabelle dei compensi professionali di cui al DM n. 55 del 10 marzo 2014, come modificato dal decreto 13-8-2022, n. 147.

P.Q.M.

In parziale riforma della sentenza n. 1558/22 del Tribunale di Milano, rigetta la domanda di [REDACTED] [REDACTED] relativa alla corresponsione della indennità di “sesto giorno lavorato” ex art. 83 co. 2 CCNL;

conferma le restanti statuizioni di merito;

condanna l'appellante al pagamento delle spese del doppio grado nella misura di $\frac{3}{4}$, liquidate in tale quota in euro 3.200,00 oltre spese generali ed accessori di legge, da distrarre a favore dell'avvocato antistatario, compensando tra le parti la residua quota;

dichiara la sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte dell'appellante, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato di cui all'art. 13 comma 1-quater del DPR n. 115/2002 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della L. 24.12.2012 n. 228.

Milano, 27 febbraio 2023

IL PRESIDENTE

(dott. Giovanni Picciau)

IL RELATORE

(dott. Giovanni Casella)

