

Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012. Estensore Carla Romana Raineri.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE 1[^] CIVILE - RG 312/2012

composta dai Sigg. Magistrati:
Dott. ssa Maria Rosaria Sodano
Presidente
Dott.ssa Carla Romana Raineri
Consigliere rel.
Dott. Alberto Massimo Vigorelli
Consigliere

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile promossa in grado di appello
promossa da:

Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali-
Direzione Territoriale del Lavoro di Milano, in
persona del Ministro in carica, rappresentato e
difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato
di Milano ed elettivamente domiciliato presso
il suo studio in Milano, via Freguglia n. 1

Appellante

Contro

K. R. e Ld. Italia srl, rappresentati e difesi dagli
avv.ti Andrea Dell'Omarino ed Alberto Ferrarese
del Foro di Verona e dall'avv. omissis, giusta
delega a margine della comparsa di costituzione
e risposta in grado di appello

Appellati

FATTO E SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

In data 18.12.2008, il Direttore della Direzione
Provinciale del Lavoro di Milano emetteva l'ordinanza
ingiunzione numero 222/07/i, ai sensi
della legge 24.11.1981 n. 689, nei confronti del
sig. K. R., in qualità di Presidente del Consiglio
di Amministrazione della ditta Ld. Italia S.r.l.,
e nei confronti di Ld. Italia S.r.l., quale obbliga-
ta in solido.

L'ordinanza determinava in complessivi €
2.433,10, di cui € 12,00 per spese di notifica, la
somma pretesa per l'asserita violazione degli
artt. 20 e 25 del T.U. n. 1124/65, degli artt. 5, 7
e 9 del D. Lgs n. 66/2003, dell'art. 14 del D.
Lgs. 124/04.

Le asserite violazioni - e la conseguente pretesa
di pagamento di tale importo- traevano origine
dal verbale di accertamento n. 2 (908-912-
916), redatto dal Servizio Ispezione del Lavoro
di Milano in data 2.11.2006 (cfr. all. 2 fascicolo
primo grado), dalla contestuale "disposizione"
impartita ex art. 14 del D. Lgs. n. 124/2004
(cfr. all. 3 fascicolo primo grado) e dal successi-
vo e correlativo atto di notificazione di illecito
amministrativo (cfr. all. 4 fascicolo primo gra-
do).

Gli Ispettori del Lavoro contestavano agli
odierni appellati, relativamente al punto vendi-
ta ubicato in Omissis, la violazione degli "Artt.
20 e 25 del D.P.R. 30 giugno 1965 n. 11 24 con
i seguenti rilievi:

"non è stato aggiornato il registro presenze di
tutti i dipendenti e nello specifico non è stato
riportato il numero delle ore effettivamente
svolte dai lavoratori per i quali risultava omes-
sa l'indicazione delle ore effettivamente lavora-
te al posto delle quali è indicata la sola presen-
za tramite la lettera "P" [...]; Art. 5, 5° comma,
del D. Lgs. 66 del 08-04-2003 per non aver
computato a parte e remunerato, con le mag-
giorazioni previste dai Contratti Collettivi Na-
zionali, il lavoro straordinario fatto svolgere: -
al sig. T.B. che, nel periodo che va dal 21 agosto
2006 al 31 agosto 2006, ha svolto straordina-
rio, maturando un numero di ore di lavoro
straordinario pari a 38 e che, dalla sua assun-
zione presso la ditta in parola, ha svolto un
orario settimanale di 48 ore a fronte delle 38
previste dal contratto individuale, svolgendo
pertanto una media di 10 ore di lavoro straor-
dinario per ogni settimana lavorativa e matu-
rando, dall'apertura della filiale oggetto d'ispe-
zione, in totale un numero di ore di lavoro
straordinario pari a 363; - al sig. Ga. Marco,
nei giorni 29 e 30 agosto 2006, un orario di la-
voro straordinario maturando un numero di
ore di lavoro straordinario pari a 14 e che, dalla
sua assunzione presso la ditta in parola, ha
svolto un orario settimanale di 42 ore a fronte
delle 38 previste dal contratto individuale,
svolgendo pertanto una media di 4 ore di lavo-
ro straordinario per ogni settimana lavorativa
e maturando, dall'apertura della filiale oggetto
d'ispezione, in totale un numero di ore di lavo-
ro straordinario pari a 136 [...]; Art. 7, co. 1
D.Lgs. 8/4/2003 n. 66 poiché nel periodo 24
agosto 2006 - 31 agosto 2006 non ha consen-

tito al sig. T.B. la fruizione di numero 5 riposi giornalieri della durata di almeno 11 ore ricomprese in ogni periodo di 24 ore nei seguenti giorni [...]; al sig. Ga. Marco la fruizione di numero un riposo giornaliero della durata di almeno 11 ore ricomprese in ogni periodo di 24 ore nel seguente giorno: 30 agosto 2006 [...]; Art. 9 comma 1 del D.Lgs. n. 66 del 08-04-2003 per non avere concesso il riposo di 24 ore consecutive ogni sette giorni [...] al di fuori delle ipotesi stabilite dalla legge, in quanto nel giorno 27 agosto 2006 non ha consentito al sig. T.B. la fruizione di numero 1 riposo settimanale [...]; Art. 14 D. Lgs. 124/04 per non aver dato ottemperanza [...] alla disposizione impartita con atto del 2/11/2006, notificato in data 7/11/2006, legittimamente impartita in assenza di opposizioni e decorsi i termini di cui al secondo comma art. 14 Dlgs n. 124 del 13/04/2004 [...].”

Con scritti difensivi redatti, in data 25.1.2007, ai sensi dell'art. 18, 1° comma, della legge 24.11.1981 n. 689, la società ora appellata contestava le risultanze di detto atto di notificazione di illecito amministrativo (cfr. all. 5 fascicolo primo grado), allegando la documentazione a sostegno dei motivi dell'opposizione.

Il Direttore della D.P.L. di Milano confermava l'ordinanza ingiunzione.

Avverso tale provvedimento proponevano ricorso la Ld. Italia srl e K. R.

Decidendo sull'opposizione proposta, il Giudice di primo grado, all'esito della istruttoria nel corso della quale venivano escussi i testi indotti sulle circostanze di prova ammesse, così statuiva:

“P.Q.M. Il Tribunale di Lodi, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando fra le parti, ogni ulteriore domanda e(o istanza disattesa, così decide:1) accoglie l'opposizione proposta dai ricorrenti e, pertanto, revoca l'ordinanza di ingiunzione opposta, la disposizione impartita ed il verbale di accertamento posto alla base delle stesse. 2) compensa integralmente fra le parti le spese del giudizio”.

Avverso la predetta sentenza la D.P.L di Milano interponeva appello deducendo la erroneità della decisione di primo grado.

Si costituivano nel giudizio d'appello le parti appellate contestando il fondamento del gravame ed instando per la conferma della sentenza appellata.

La Corte, verificata la regolarità del contraddittorio, alla prima udienza di trattazione, autorizzava le parti a precisare le rispettive conclusioni e tratteneva la causa in decisione previa assegnazione dei termini per lo scambio delle memorie conclusive.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è infondato e pertanto insuscettibile di accoglimento.

L'appellante si duole, invero, del fatto che “Il giudice ha ritenuto che per i lavoratori indicati nell'ordinanza ingiunzione opererebbe l'esclusione del regime dell'orario di lavoro di cui all'art. 17 comma 5 del d.lgs.66/03”.

Laddove, al contrario, secondo l'appellante, [...] Dalle risultanze ispettive è emerso invece che i dipendenti interessati non possedevano nei fatti tale potere decisionale, dal momento che erano sottoposti ai controlli dei capi settore o dei capi filiale, gerarchicamente sovraordinati ad essi. [...].

Il primo giudice ha fondato il proprio convincimento sulla base dell'istruttoria condotta, osservando come “L'istruttoria svolta ha confermato, sostanzialmente, l'autonomia gestionale propria dei dipendenti inquadrati al 1° livello dei signori T. e Ga., e le deposizioni dei testi indicati dalla D.P.L. di Milano non paiono avere inciso significativamente a confutazione della tesi sostenuta e documentata dai ricorrenti” (cfr. pag. 4 della sentenza).

Ritiene la Corte che il Giudice di primo grado abbia fatto buon governo delle prove raccolte e correttamente applicato la normativa di riferimento.

Circa le asserite violazioni degli artt. 20 e 25 del T.U. 1124/65 e degli artt. 5, 7 e 9 del D.Lgs. 66/2003, contestate dagli ispettori in quanto Ld. Italia non avrebbe registrato, sul libro paga, le ore di lavoro straordinario effettuato da ogni singolo impiegato direttivo di 1° livello, non avrebbe retribuito le stesse e accordato il riposo giornaliero, deve osservarsi che lo stesso Ministero del Lavoro, nel Vademecum sul Libro Unico del Lavoro (sub all. A del fascicolo di primo grado), si era espresso nel senso che “La disciplina vigente riferisce al Libro Unico la identica previsione contenuta nell'abrogato art. 20, comma 2, del DPR n. 1124/1965, deve pertanto ritenersi che i soggetti per i quali non si devono registrare analiticamente le ore di lavoro sono i medesimi del previgente regime e, in

specie, quei lavoratori che non sono assoggettati ai limiti orari di cui al D. Lgs. 66/2003: personale con mansioni direttive, capi reparto, dirigenti, quadri, e simili. Per questi lavoratori, si potrà registrare dunque solo l'orario contrattuale più le eventuali assenze, ovvero indicare solo la "P" di presenza più le assenze" (pagina 15, questione 22).

Orbene, quanto all'autonomia gestionale complessiva del punto vendita presso il quale i soggetti inquadrati al primo livello prestavano la loro attività (punto essenziale e presupposto unico di tutte le pretese avanzate dalla D.P.L. di Milano), i testi escussi, sigg. M., S. e D. confermavano pienamente tutti i capitoli di prova di parte appellata e, in particolare, i capitoli 3 e 4, oltre al capitolo dedotto e verbalizzato all'udienza del 25.5.2010, risultando così provato che:

"I sigg. Ga. e T., nei ruoli assegnati, si occupavano principalmente (se assistente capo filiale in collaborazione con il capo filiale quando questi era presente, o da solo in assenza del primo, anche per turni di lavoro non coincidenti): della gestione del personale in forza nel negozio (per quanto concerne le richieste di ferie, dei permessi, l'organizzazione dei turni di lavoro, ecc.); della tenuta della contabilità generale e chiusura giornaliera dei conti; della redazione delle bolle e dei registri dei punti vendita e di tutte le conseguenti incombenze burocratiche ed amministrative; della gestione del magazzino e dei congelatori e frigoriferi delle filiali (nell'ambito della procedura HACCP); del controllo dei sistemi di sicurezza; dei rapporti con le banche; ecc.;

Con l'inquadramento al 1° livello, ai sigg. Garbarine e T. era riconosciuto un superminimo mensile (per 14 mensilità) espressamente erogato, come previsto nel loro contratto di assunzione e nelle comunicazioni di aggiornamento degli elementi contrattuali "a compenso di eventuali disagi causati da protrazioni d'orario che si rendessero necessarie per l'espletamento delle mansioni affidateLe".

Gli orari di lavoro ed i periodi di ferie del personale dipendente del punto vendita Ld. Italia di Paullo (MI), Via Salvo D'Acquisto n. 2, venivano decisi dal relativo capo filiale e/o assistente capo filiale, in particolare dai sig.ri T. e Ga., i quali si autodeterminavano anche i propri orari di lavoro e periodi di ferie.

I testi di parte appellante, su tali decisivi aspetti, non hanno offerto indicazioni contrarie rilevanti ai fini della decisione.

Provata, quindi, l'autonomia organizzativa e decisionale del personale di primo livello, è da ricordare nuovamente che, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 39 del C.c.n.l. 20.9.1999 e 129 del C.c.n.l. 2.7.2004 e di cui agli artt. 1 del r.d.l. 15.3.1923 n. 692 e 3 del r.d. n. 1955/1923, ed ora (dall'aprile 2003 in poi) dell'art. 17, 5° comma, lettera a) del D. Lgs. n. 66/2003, in relazione alle figure professionali dei soggetti in contestazione, Ld. Italia non ha violato gli artt. 5, 7 e 9 del medesimo D. Lgs. n. 66/2003 (e, conseguentemente, le altre disposizioni di legge sopra specificate) in quanto trattasi di dipendenti ai quali la norma non è applicabile.

Per il personale così inquadrato, l'azienda non aveva né il potere né l'obbligo di controllare le modalità ed i tempi della prestazione lavorativa resa.

Per queste ragioni, la sentenza appellata andrà integralmente confermata.

Né gli assunti di parte appellante possono trovare fondamento su altre basi.

Come risulta dai contratti di assunzione e/o dalle comunicazioni di aggiornamento degli elementi contrattuali (cfr. sub all. 6 fascicolo primo grado), i sigg. Ga. e T. percepivano un superminimo mensile (per 14 mensilità) - sul quale venivano regolarmente pagati i contributi dalla società appellata -, espressamente erogato "a compenso di eventuali disagi causati da protrazioni d'orario che si rendessero necessarie per l'espletamento delle mansioni affidateLe".

Ebbene, l'erogazione di tali superminimi doveva, e deve, ritenersi esaustiva di qualsiasi ulteriore compenso dei soggetti in questione per il lavoro straordinario eventualmente espletato, di talché, anche per questa ragione, non essendo dovuto alcun compenso per il lavoro straordinario dagli stessi eventualmente espletato, nessun imponibile contributivo può ritenersi evaso dalla Ld. Italia S.r.l. e, conseguentemente, nessun rilievo poteva essere fondatamente avanzato sulle (asseritamente mancanti) indicazioni delle ore di lavoro straordinario dei sigg. Ga. e T..

D'altro canto, tali dipendenti, quali impiegati di 1° livello, erano esclusi, come ha corretta-

mente chiarito il Giudice di prime cure, in forza delle disposizioni sopra richiamate, dal diritto al pagamento del lavoro straordinario eventualmente espletato e, quindi, l'accordo per la forfettizzazione raggiunto tra le parti non solo era pienamente legittimo e preclusivo di qualsiasi richiesta ulteriore per l'eventuale lavoro straordinario svolto, ma doveva anche considerarsi stipulato senza alcuna violazione dell'art. 2077 c.c., ma come condizione di miglior favore per i lavoratori rispetto alla previsione contrattuale collettiva ed a quella legale.

In questo senso si veda la giurisprudenza di merito citata dalla difesa appellata e, segnatamente: Trib. Torino n. 1875/03 del 1.4.2003; Trib. Torino n. 4584/03 del 30.7.2003; Trib. Ferrara n. 76/2004.

Va poi ricordato il principio espresso dalla Suprema Corte secondo cui:

“Ai fini dell'esclusione della limitazione dell'orario di lavoro, con conseguente negazione del diritto a compenso per lavoro straordinario, il concetto di <personale direttivo> di cui all'art. 1 r.d.l. n. 692 del 1923 è comprensivo – come chiarito dall'art. 3, n. 2, r.d. n. 1955 del 1923 (regolamento per l'applicazione del cit. r.d.l. n. 692 del 1923) – non soltanto di tutti i dirigenti ed institori che rivestono qualità rappresentative e vicarie, bensì anche, in difetto di una pattuizione contrattuale in deroga, del personale dirigente c.d. minore, ossia gli impiegati di prima categoria con funzioni direttive, i capi di singoli servizi o sezioni d'azienda e, in definitiva, i capi-ufficio e di capi-reparto” (cfr. Cass. 10.2.2000 n. 1491).

Né può sostenersi l'inapplicabilità, ai sigg. Ga. e T., delle disposizioni sopra richiamate (art. 1 del r.d.l. 15.3.1923 n. 692; art. 3 del r.d. n. 1955/1923 ed ora (dall'aprile 2003 in poi) art. 17, comma 5°, lettera a) del D. Lgs. n. 66/2003; art. 39 del c.c.n.l. 20.9.1999 e art. 129 del c.c.n.l. 2.7.2004), con conseguente diritto degli stessi al pagamento del lavoro straordinario asseritamente svolto e correlativa esistenza di un imponente contributivo evaso dalla Ld. Italia S.r.l. e di violazioni, da parte della stessa, della L. 4/53, per il fatto che gli stessi potessero anche aver svolto, all'interno del punto vendita, pure mansioni manuali.

Questa tesi, infatti, risulta smentita da una pluralità di decisioni rese in fattispecie del tutto identiche a quella di cui in questa sede si discu-

te, citate dalla difesa appellata, cui la Corte rinvia.

E basti qui osservare che è significativo che parte ricorrente non alleggi, a comprova del carattere fittizio dell'inquadramento, che ad altro soggetto, o ad altri livelli aziendali, competesse la responsabilità della gestione e direzione della filiale. Se così non è, risulta evidente come le attività manuali eventualmente svolte non avessero certo carattere prevalente, per cui, pur in presenza di una pluralità di mansioni, il trattamento retributivo deve essere determinato dalla mansione prevalente.

Da ultimo, rimane la questione dell'asserita violazione dell'art. 14 del D. Lgs. 124/04 relativa alla disposizione impartita dagli Ispettori verbalizzanti.

La disposizione impartita riguardava la pretesa l'istituzione, nelle sedi operative ispezionate e ad integrazione dei documenti obbligatori già in uso, di sistemi di rilevazione e registrazione giornaliera (cartacei e/o informatici) degli orari di inizio e termine dei turni di servizio di ciascun dipendente.

Una siffatta disposizione, impartita ex art. 14 D. Lgs. 124/04, non poteva essere validamente emessa dagli ispettori verbalizzanti.

Se, infatti, la legge attribuisce agli ispettori il potere di impartire disposizioni, ciò è comunque consentito unicamente nell'ambito dell'applicazione delle norme per cui sia attribuito, dalle singole disposizioni di legge, un apprezzamento discrezionale.

Il testo del d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124 risulta, a riguardo, ben chiaro nello stabilire, all'art. 25, che il libro paga deve essere tenuto al corrente e che sullo stesso, ogni giorno, devono effettuarsi le scritturazioni relative alle ore di lavoro eseguite da ciascun prestatore d'opera nel giorno precedente.

Il margine di discrezionalità stabilito dalla norma, quindi, è individuabile unicamente nella libertà di strumenti, atti ad addivenire alla corretta individuazione delle ore di lavoro eseguite, che il datore di lavoro può adottare, nonché sulla libertà del modello (sistema a libro, fogli mobili o supporti magnetici) sul quale indicare le ore di lavoro prestate.

Inoltre, nell'impartire tale disposizione, gli Ispettori si riportavano al combinato disposto degli artt. 20 e 25 del D.p.r. 1124/65 e degli artt. 7, 8, 11 – 15 del D. Lgs. 66/03.

Gli artt. 20 e 25 de. T.U. 1124/65 prevedono soltanto che il datore di lavoro debba indicare il numero delle ore in cui il dipendente ha prestato attività lavorativa in ciascun giorno, con indicazione distinta delle ore di lavoro straordinario.

Non risulta contestato che la società appellata abbia puntualmente ottemperato a tale obbligo presso i punti vendita oggetto dell'accertamento.

Come già sopra chiarito, gli unici dipendenti operanti presso i punti vendita oggetto di ispezione, in relazione ai quali l'odierna appellata non indicava sul libro paga, sezione presenze, il numero delle ore effettivamente prestate in ciascuna giornata, con indicazione distinta di quelle straordinarie, erano i responsabili dei punti vendita medesimi, tutti inquadrati, come documentalmente dimostrato, nel I livello di cui al C.c.n.l. dipendenti terziario, distribuzione e servizi, applicato da Ld. Italia S.r.l.

Pertanto, non sussistendo alcun obbligo di legge o di contratto circa la specifica indicazione delle ore di lavoro prestate per detti dipendenti, e non essendoci, correlativamente, alcun controllo sugli orari di lavoro dagli stessi effettuati, agli appellati non poteva in alcun modo esser contestata la violazione delle disposizioni di legge sopra specificate.

Correttamente, quindi, il Giudice di primo grado accoglieva l'opposizione proposta dagli odierni appellati anche su tale punto, così argomentando "Quanto all'asserita violazione dell'art. 14 D. Lgs. n. 124/04 poiché Ld. srl non avrebbe adempiuto alla disposizione impartita dagli organi di vigilanza, provvedendo ad istituire ad integrazione dei documenti obbligatori già in uso, sistemi di rilevazione e registrazione giornaliera degli orari di inizio e termine dei turni di servizio di ciascun dipendente, essa si pone in senso logico unicamente in rapporto ai lavoratori di 1° livello CCNL e quindi riposa su di un presupposto certamente non condivisibile. L'infrazione pertanto non ricorre."

L'appello va conclusivamente respinto.

In assenza di appello incidentale sulle spese del primo grado, la Corte limita il proprio provvedimento alle spese del presente grado che liquida, secondo soccombenza, come da dispositivo, in applicazione del DM 140/2012.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda ed eccezione assorbita e/o disattesa, così provvede:

respinge l'appello avverso la sentenza n.887/2011 resa dal tribunale di Lodi che integralmente conferma;

condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado che liquida in favore delle parti appellate in € 250,00 per spese ed in € 1.682,00 per compensi, oltre accessori di legge. Così deciso in Milano, in camera di consiglio, il 24.10.2012.

*

CASO.it