

## ORARIO DI LAVORO, IL RIPOSO COMPENSATIVO E' UN DIRITTO

**Quello che dice la legge, tra competenze e spettanze**



Napoli, 26/09/2007

Il Giudice del Lavoro di Santa Maria Capua Vetere ha condannato l'ASL Caserta 2 a risarcire un'infermiera per ogni turno di reperibilità svolto in giornata festiva, pari al 30% della paga prevista per il lavoro prestato in un giorno festivo, perchè l'ASL non aveva concesso il riposo compensativo alla lavoratrice.

Segue il testo della sentenza n° 2384 /2007

Con ricorso depositato in data 20/01/2005 e ritualmente notificato a controparte, l'istante in epigrafe, premesso di essere dipendente dell'ASL CE /2 di Aversa , presso il P.O. di Sessa Aurunca in qualità di infermiere professionale , esponeva

- che, nel periodo indicato in ricorso , aveva regolarmente effettuato n. 27 turni di reperibilità o pronta disponibilità nei giorni festivi;
- che l'art. 7 , comma 6, del CCNL integrativo del Comparto Sanità del 20/9/2001 in linea di continuità con la precedente normativa dell'art. 18 comma 5 del DPR 270/87 , prevedeva che al dipendente impegnato in turno di reperibilità in un giorno festivo spettava un giorno di riposo compensativo senza riduzione del debito orario settimanale;
- che l'Azienda convenuta non aveva mai di fatto concesso detti riposi compensativi negando anche la possibilità di una compensazione monetaria per la mancata fruizione dei riposi medesimi;
- che aveva esperito , con esito negativo, il prescritto tentativo obbligatorio di conciliazione .

Tanto esposto intendendo conseguire l'accertamento del proprio diritto a godere del riposo compensativo come contrattualmente previsto e, comunque, una retribuzione adeguata alla qualità e quantità del lavoro svolto ai sensi dell'art. 36 Cost. , chiedeva all'adito Giudice del Lavoro , condannarsi dell'Azienda convenuta al pagamento di una indennità pari all'ammontare di una giornata lavorativa per ogni riposo non goduto o alla somma maggiore o minore ritenuta di giustizia per ogni giorno di servizio di pronta disponibilità prestatato nei giorni festivi indicati in ricorso oltre interessi e rivalutazione monetaria ; vinte le spese di giudizio con attribuzione ; instauratosi il contraddittorio costituiva l'ASL/CE 2 contestando l'avversa domanda siccome inammissibile e infondata in fatto e diritto ; instava , pertanto , per il rigetto della stessa con vittoria di spese e competenze di lite.

Istruiva la causa di natura esclusivamente documentale alle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe e sulle note illustrative depositate dalla sola difesa di parte ricorrente ; all'udienza del 29/3/2007 , il Giudice decideva come sa separato dispositivo letto in udienza .

## MOTIVI DELLA DECISIONE

La domanda attorea va accolta nei termini segnati dalla presente motivazione.

Il punctum dolens della dedotta vicenda ,che questo giudicante è chiamato a dirimere, è di accertare se il dipendente a cui sia stato ordinato di essere reperibile in un giorno festivo spetti , anche nell'ipotesi in cui non sia stato chiamato ad intervenire ( c.d. reperibilità passiva ) , un giorno di riposo compensativo nella settimana successiva ed , in caso positivo , se la mancata sua concessione dia diritto ad un risarcimento del danno subito per non aver usufruito appunto del giorno di riposo compensativo con conseguente lesione della sua integrità psico-fisica .

Appare opportuno delineare brevemente il quadro normativo che disciplina la materia dei riposi settimanali.

L'art. 1 della legge 22/02/1934 n. 370 prevede, al comma 1 , che “ al personale che presta la sua opera alle dipendenze altrui è dovuto ogni settimana un riposo di 24 ore consecutive” salve le ipotesi elencate nel comma 2 nelle quali le disposizioni della legge non si applicano; l'art. 3 precisa che detto riposo deve essere dato di domenica , salvo le eccezioni degli articoli seguenti ; l'art. 5 consente che il riposo stesso cada in un giorno diverso dalla domenica , attuato mediante turni del personale addetto alle attività ivi elencate.

A sua volta l' art. 2109 c.c., comma 1 , prevede il diritto del prestatore ad un giorno di riposo ogni settimana , mentre l'art. 36 comma 3 (della Cost. ) riconosce il riposo settimanale come diritto irrinunciabile.

Alla luce dell'interpretazione data alla normativa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 146 del 1971 la giurisprudenza più recente ha affermato che la regola secondo la quale tale riposo deve essere goduto dopo sei giorni di espletamento dell'attività lavorativa non assume valore assoluto sicché non solo la legge ma anche i contratti collettivi o individuali possono prevedere una disciplina difforme a condizione che sussistano situazioni che la

rendano necessaria a tutela di interessi apprezzabili e che , inoltre non venga snaturato o eluso il rapporto – nel complesso – di un giorno di riposo e sei di lavoro e non vengono superati i limiti di ragionevolezza soprattutto riguardo alla tutela della salute dei lavoratori (vedi Cass. 1474/2001 n.5592). In mancanza di dette condizioni permane l'obbligo di rispettare la sequenza 6-1 nel senso che a sei giorni consecutivi di lavoro deve immediatamente seguire un giorno di riposo la cui funzione è dunque la ratio della norma che lo impone come regola è quella di consentire al lavoratore un puntuale ed efficace ripristino delle proprie energie psico-fisiche secondo il ritmo o ciclo al quale l'organismo umano si è assuefatto (v. Cass. 11419 /00 e Cass. n 623/93).

Dal riposo settimanale – il cui scopo, come si è visto, è quello di garantire l'alternanza tra giornata lavorativa e pausa prestazione – va distinto il riposo compensativo sia esso conseguente alla settimana corta ovvero alla riduzione dell'orario settimanale normale poiché questi costituisce lo strumento per articolare su un minore numero di giorni l'orario di lavoro settimanale o per bilanciare il superamento del limite di durata della prestazione giornaliera a causa dell'organizzazione del servizio in turni di 8 ore ( per un totale di quaranta settimanali nonostante la riduzione suddetta) ; le pause non fruitive giornalmente si trasferiscono e si concentrano per sommatoria in un altro giorno che , in tal guisa, partecipa pienamente della funzione dei giorni precedenti , nel corso dei quali vi è stata effettiva prestazione dell'attività lavorativa.

Non si tratta , dunque, di un tempo di riposo assimilabile alla giornata periodica di carenza della prestazione lavorativa ma di periodi che , sebbene sottratti al lavoro, sono tuttavia ricompresi nella durata complessiva della prestazione lavorativa ordinaria compensata dalla retribuzione contrattuale atteso che le ore in esso cadenti sarebbero di lavoro ( ordinario ) ma diventano di riposo perché già lavorate nei giorni precedenti : di qui la qualificazione di “ giornate lavorative a zero ore” per le quali il dipendente è esonerato dall'effettuazione del servizio , a meno ovviamente di una diversa previsione legale o contrattuale (v. Cass. 1132/90 ; Cass. 12234/1998 ;Cass. 18/11/2002 n. 16234) in particolare in tale ultima pronuncia la S.C. ha affermato che nel caso in cui il riposo compensativo venga a coincidere con una festività infrasettimanale , salvo diverse previsioni, non dà diritto ad alcuna erogazione retributiva aggiuntiva ferma restando la possibilità di un risarcimento nel caso in cui il suddetto riposo compensativo coincidente con le festività non sia stato trasferito ad altra data .

In ordine , poi, alle conseguenze relative alla mancata fruizione , da parte del lavoratore, del riposo settimanale l'orientamento più recente della S.C. distingue nettamente il c.d. danno da usura psico-fisica conseguente alla mancata fruizione del riposo dopo sei giorni di lavoro , dal c.d. danno biologico che si sostanzia in una indennità del lavoratore determinata dalla continua e sistematica violazione del diritto dello stesso al riposo settimanale.

La prima ipotesi di danno è correlata ad una inadempienza del datore di lavoro e come tale essendo oggetto (quanto all'an) di una presunzione assoluta può anche essere spontaneamente determinato dalle parti , anche in via transattiva. Esso in particolare ha osservato la S.C. (v. Cass. 11/6/96 n. 6327 ; Cass. 13/3/97 n. 2231 ; Cass. 6/7/2001 n. 9146 ; Cass. 6/4/2003 n. 5207 ; Cass. 19/11/97 n. 11524) non corrisponde necessariamente

all'importo di una retribuzione giornaliera , ma deve essere determinato in concreto , eventualmente anche in via equitativa , dal giudice del merito secondo una motivata valutazione che tenga conto della gravosità delle varie prestazioni lavorative e di eventuali strumenti ed istituti affini della disciplina collettiva ( v. Cass. 19/3/99 n. 316 ; Cass. 26/1/99 n. 704 ; Cass. 4/3/2000 n. 24551 ).

Diverso è il principio espresso con riferimento al c.d. "danno biologico" rispetto al quale non opera alcuna presunzione trovando invece applicazione le regole in tema di onere della prova a carico del soggetto che fa valere il proprio diritto.

Nella fattispecie che ci occupa, l'istante ha effettuato i turni di reperibilità indicati in ricorso in giorni festivi ( per un totale di n. 27 ) anche se, comunque , tale turno non si è concretizzato in servizio effettivamente prestato (c.d. reperibilità passiva) e non ha goduto nella settimana successiva al predetto turno del riposo compensativo che l'azienda avrebbe dovuto permettergli attraverso una diversa organizzazione della settimana lavorativa . Il diritto dell'istante trova il proprio fondamento nella disposizione di cui all'art. 18 D.P.R. 270/87 , che risulta trasfusa , in forma pressoché identica , nella contrattazione collettiva vigente e , precisamente, nell'art. 7 del CCNL integrativo del CCNL del personale del comparto del 20/9/2001 che , nel disciplinare il servizio di pronta disponibilità , al comma 6, riproponendo letteralmente la stessa disciplina di cui al citato art. 18 D.P.R. 270/87 , così recita "Il servizio di pronta disponibilità va limitato ai turni notturni ed ai giorni festivi . Nel caso in cui esso cada in giorno festivo spetta un riposo compensativo senza riduzione del debito orario settimanale."

La reperibilità va, dunque, definita come una prestazione strumentale ed accessoria qualitativamente diversa dalla prestazione di lavoro , consistendo nell'obbligo del lavoratore di porsi in condizione di essere prontamente rintracciato , fuori dal proprio orario di lavoro , in vista di una eventuale prestazione lavorativa e di raggiungere in breve lasso di tempo il luogo di lavoro per eseguirvi la prestazione richiesta.

Nel caso di specie, l'istante ha dato piena prova dei turni di reperibilità effettuati nei giorni festivi come analiticamente indicati in ricorso producendo copia dei turni medesimi rilasciati dal P.O. di Sessa Aurunca presso il quale presta la propria attività lavorativa ; in tal modo ha adempiuto all'onere probatorio di cui all'art. 2697 c.c. in ordine ai fatti costitutivi della domanda .

All'opposto era onere dell'azienda convenuta dimostrare che l'istante aveva usufruito dei riposi compensativi , ma a tanto la stessa non ha adempiuto . Nella sua comparsa di costituzione , l'Asl resistente ha sostenuto di essersi attenuta alle disposizioni del CCNL 2001 pagando la relativa indennità e predisponendo i turni anche con la previsione di eventuali riposi compensativi; si tratta di rilievi inconferenti e indimostrati ; riguardo , infatti, il pagamento dell'indennità evidentemente l'Asl confonde l'oggetto del giudizio che non è il pagamento dei turni di pronta reperibilità festiva ma la richiesta del pagamento di una indennità per ogni giorno di riposo compensativo non goduto a seguito dei giorni di

reperibilità festiva prestati e precisati in ricorso; con riguardo invece alla dedotta previsione di eventuali riposi compensativi trattasi di affermazione del tutto apodittica che non è rimasta suffragata da un benché minimo riscontro documentale (alcunché risulta allegato nella produzione di parte convenuta).

Alla stregua di quanto espresso, in mancanza di elementi probatori offerti dalla convenuta, deve ritenersi che l'ASL, non ha mai concesso all'istante i riposi compensativi per i turni di reperibilità festiva prestati né ha mai disposto una compensazione monetaria per la mancata fruizione dei riposi compensativi spettanti allo stesso ed infatti non ha mai provveduto ad attuare alcuna diversa organizzazione della settimana lavorativa successiva, a parità di orario; la diversa e nuova organizzazione della settimana avrebbe significato un aumento delle ore giornaliere lavorate durante la settimana, compensate però da un giorno interamente libero per l'istante da utilizzare per reintegrare in modo pieno le proprie energie lavorative. Le predette conclusioni vengono, poi, ulteriormente avvalorate dal comportamento processuale della convenuta che si è completamente disinteressata delle sorti del giudizio.

In definitiva, deve ritenersi che quando l'istante era impegnato in un turno di reperibilità, ancorché non chiamato in servizio, trovandosi comunque limitato nell'esplicazione della propria personalità non essendo libero di organizzare la giornata non lavorativa a suo gradimento; ed infatti, egli non godeva certamente di una condizione di libertà psico-fisica propria di una giornata festiva nella quale non lavorava avendo pur l'obbligo di tenersi a disposizione del datore di lavoro con la conseguenza di non assentarsi da casa ovvero di non allontanarsi troppo in modo da poter essere prontamente rintracciato e recarsi immediatamente subito dopo la chiamata presso il presidio nel più breve tempo possibile.

Ed allora deve concludersi che in tutti i casi in cui il dipendente è chiamato a svolgere il servizio di reperibilità in un giorno festivo o di domenica gli spetta un giorno di riposo compensativo.

L'espressione "senza riduzione del debito orario settimanale" che si legge nell'articolo 18 DPR 270/87 e nella normativa contrattuale deve essere intesa nel senso che, anche nella settimana in cui il dipendente andrà a godere del riposo compensativo, dovrà comunque lavorare per l'intero ammontare del suo debito orario con la conseguenza che in questa ipotesi le 36 ore settimanali andranno distribuite nei 5 giorni disponibili con esclusione cioè del giorno di riposo ordinario e del giorno di riposo compensativo.

Alla stregua delle considerazioni che precedono si deve affermare il diritto dell'istante a fruire del riposo compensativo in tutte le occasioni in cui è stato assegnato al servizio di pronta disponibilità (c.d. reperibilità) nel giorno festivo anche se non chiamato in concreto ad intervenire.

Riguardo alle conseguenze della mancata fruizione del riposo compensativo va riconosciuto all'istante una tutela di carattere risarcitorio come affermato dalla S.C. nelle pronunce innanzi richiamate che pur riferendosi principalmente all'ipotesi in cui v'è stata una prestazione lavorativa superiore, traevano comunque piena applicazione nel caso di specie ove pure non v'è stata la concessione di un riposo compensativo e quindi il ristoro in modo

pieno delle energie psico-fisiche del lavoratore.

La misura di detto risarcimento non può che essere valutata equitativamente per la mancanza di altri e più precisi e puntuali criteri di liquidazione, pertanto stimasi equo condannare l'Azienda convenuta al pagamento, a titolo risarcitorio, per ogni giornata di reperibilità non compensata con il riposo di una somma pari al 30% della paga base prevista per il lavoro prestato in giorno festivo (ciò in aggiunta alle indennità contrattualmente previste per il servizio di pronta disponibilità).

Tanto in considerazione del fatto che, comunque, la messa a disposizione delle energie lavorative da parte del ricorrente quando presta il servizio di pronta disponibilità ed in concreto non viene chiamato ad operare non ha la medesima penosità del lavoro effettivo trattandosi di prestazione qualitativamente diversa rispetto a quella ordinaria ed incidente sul godimento del riposo senza peraltro escluderlo del tutto .

Atteso l'esito del giudizio e considerato il contenuto seriale del relativo ricorso stimasi equo compensare tra le parti le spese di lite per la metà : la restante parte segue la soccombenza a carico della convenuta e si liquida come da successivo dispositivo.

P.Q.M.

Il Giudice di S Maria CV definitivamente pronunciando nella causa promossa da C. P. con ricorso del 20/01/2005 contro ASL/CE2 in persona del legale rapp.te p.t. ogni contraria istanza difesa od eccezione disattesa , così provvede :

- condanna l'Azienda convenuta per ogni turno di reperibilità svolto dall'istante nei giorni festivi indicati in ricorso, al pagamento di una somma a titolo di risarcimento danni pari al 30% della paga prevista per il lavoro prestato in un giorno festivo;