www.bollettinoadapt.it, 2 maggio 2013

Note sulle deroghe al riposo settimanale

di Carmine Santoro

La derogabilità limitata del riposo settimanale

La pronuncia del tribunale di Como (in *Boll. ADAPT*, 2013, n. 17) si esprime su una delle materie più controverse dell'ordinamento lavoristico, quella dei riposi e delle relative deroghe di cui all'art. 9 d.lgs. 66/03.

Al fine di apprezzare la portata dell'intervento esegetico pretorio, appare utile rammentare il disposto del comma 1 dell'art. 9 cit.: "Il lavoratore ha diritto ogni sette giorni a un periodo di riposo di almeno ventiquattro ore consecutive, di regola in coincidenza con la domenica, da cumulare con le ore di riposo giornaliero di cui all'articolo 7; il suddetto periodo di riposo consecutivo è calcolato come media in un periodo non superiore a quattordici giorni". Se, dunque, tale capoverso può considerarsi norma di principio che attua un canone costituzionale (art. 36, comma 3 Cost.), nondimeno va osservato che in esso si rinvengono, in realtà, quattro distinti principi: un primo relativo alla periodicità del riposo - ogni sette giorni-, un secondo al diritto del prestatore alla pausa di ventiquattro ore ininterrotte– c.d. principio di consecutività del riposo settimanale -, un terzo al diritto a riposare di domenica, ed infine un quarto afferente al diritto di cumulare il riposo settimanale con quello giornaliero. Orbene, il dilemma ermeneutico che l'interprete si è trovato subito a dover fronteggiare è posto dal successivo comma 2, il quale, nello stabilire indistintamente una serie di eccezioni al comma 1, non si premura di specificare a quale dei principi ivi enunciati faccia riferimento. A tal proposito, se appare legittimo escludere dalla portata derogatoria il diritto al riposo dominicale – di cui si occupa espressamente il comma 3; cfr. da ultimo l'interpello 26/2011 –, rimane il dubbio afferente agli altri tre principi, e quindi se il regime derogatorio si riferisca alla periodicità dell'interruzione lavorativa ogni sette giorni, ovvero al diritto al riposo di ventiquattro ore continuative, ovvero ancora al cumulo tra riposo settimanale e giornaliero, od infine a tutti indistintamente come la generica dizione letterale del dato positivo lascerebbe supporre. Sul punto si registrano numerosi interventi interpretativi del Ministero del lavoro che si possono sintetizzare come segue.

Richiamando pregressa giurisprudenza (C. Cost. n. 146/1971 – Cass. n. 8820/2001), il Dicastero ha rammentato come la derogabilità del riposo settimanale, da parte della contrattazione collettiva, sia sottoposta a molteplici condizioni: evidente necessità a tutela di altri apprezzabili interessi, ragionevole contemperamento tra l'esigenza della salute dei lavoratori e quelle particolari di speciali attività produttive, mantenimento di una media di sei giorni di lavoro e di uno di riposo, protezione appropriata del lavoratore. In riferimento al potere derogatorio dell'accordo collettivo, dunque, non è escluso che esso possa disciplinare ipotesi eccezionali di superamento dei sei giorni lavorativi, senza tuttavia prevedere un regime ordinario di prolungamento delle giornate lavorative (interpelli 1/9/2005 e n. 29/2007). In relazione al principio del cumulo tra riposo giornaliero e settimanale, è stato chiarito che, nonostante la legge non lo disponga espressamente, esso implica necessariamente la consecutività dei due riposi, altrimenti ragionando la *ratio* di tutela della norma rimarrebbe confinata nelle pure enunciazioni di principio (interpello 30/2007).

Da parte sua, la giurisprudenza ha mostrato un atteggiamento sempre più orientato alla tutela della salute del lavoratore soprattutto nei *dicta* della Corte Costituzionale (sentenze nn. 150/67, 146/71,

101/75), ribadendo costantemente il principio dell'inderogabilità –relativa, alle condizioni esposte dal Ministero- del riposo settimanale, alla luce del disposto di cui all'art. 36 Cost. cit..
Pertanto, sia la giurisprudenza che il Ministero sostengono un regime che si potrebbe definire di derogabilità limitata, o condizionata, al complessivo diritto al riposo settimanale in tutte le sue articolazioni.

La pronuncia del Tribunale di Como
In siffatto contesto si inserisce la pronuncia del giudice lariano, che sembra fornire una risposta diversa dall'orientamento dominante.
Sostiene, dunque, il Tribunale che la disciplina derogatoria vada rapportata esclusivamente al principio del cumulo tra riposo settimanale e quello giornaliero, e più precisamente alla consecutività di detto cumulo, secondo l'interpretazione fornita dal Ministero del lavoro nel menzionato interpello 30/2007. Nella fattispecie, il giudicante ha escluso che, come sosteneva il datore di lavoro, la deroga si applichi alla periodicità settimanale cosicché, nei casi contemplati nel comma 2 dell'art. 9 cit., sia possibile procrastinare, anche *ad libitum*, la collocazione cronologica del giorno di riposo. Secondo il giudice, tale interpretazione si porrebbe in contrasto con l'art. 36, comma 3 Cost. e con l'orientamento della Corte delle leggi, che ha escluso in ogni caso uno slittamento incondizionato ed indefinito del riposo. Peraltro, il Tribunale considera anche che il riferimento normativo al giorno della domenica presupponga il principio della necessaria periodicità settimanale del riposo. Il giudice conclude che, per evitare un conflitto della norma di cui al comma 2 dell'art. 9 cit. con la disposizione costituzionale menzionata, sia necessario limitare la portata del relativo regime derogatorio al principio di cumulo dell'interruzione settimanale con quella giornaliera, essendo gli ulteriori principi di rilevanza costituzionale e dunque tendenzialmente esclusi da ipotesi di derogabilità. Il giudice precisa, altresì, che attualmente la periodicità del riposo vada rapportata alla nuova previsione, introdotta del d.l. 112/2008 ed ispirata agli orientamenti della Consulta e della giurisprudenza comunitaria, della media in un periodo non superiore a quattordici giorni.
Da segnalare ulteriori due aspetti, parimenti controversi, sui quali il giudice si è pronunciato, uno relativo all'applicabilità del cumulo giuridico (art. 8 della legge 689/81) alle sanzioni amministrative previste per la violazione della regole in materia di riposi, l'altro alla sussistenza del potere ispettivo di disposizione (art. 14 del d.lgs. 124/04) nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non adotti un sistema di rilevazione delle presenze dei dipendenti, ma si limiti a registrare le dette presenze sul Libro unico del lavoro, riportando il solo dato numerico delle ore lavorate senza la specificazione dell'orario di ingresso e di uscita.
Sul primo, il giudicante si è espresso in maniera negativa sostenendo che il beneficio del cumulo giuridico delle sanzioni non sia applicabile allorquando, come nella specie, il bene tutelato sia di rango elevato quale lo stato psico-fisico dei lavoratori (in senso analogo Trib. Milano 26 novembre 2009, n. 4958; *contra*, interpello 79/2009)
Sul secondo punto, invece, il giudice si è orientato in senso favorevole, ammettendo la sussistenza del potere dispositivo dell'ispettore del lavoro nella fattispecie descritta, dal momento che l'omessa adozione di un sistema di rilevazione delle presenze, sebbene formalmente legittima ai sensi della disciplina del Libro unico, non consente in pratica l'esercizio delle pubbliche potestà di controllo sul rispetto della normativa in materia di riposi. Ragion per cui, l'ispettore può legittimamente impartire una disposizione, ai sensi dell'art. 12 del d.lgs. 124 cit., che imponga al datore di lavoro un sistema di rilevazione delle presenze indicante nel dettaglio gli orari di lavoro osservati dal personale dipendente (in tal senso anche TAR Lombardia n. 830/2011)

Osservazioni
Verosimilmente, quella in commento è una pronuncia destinata a risvegliare il dibattito sulla derogabilità della disciplina dei riposi settimanali. Occorre, in proposito, una precisazione sulla portata del *dictum*: il contenuto della sentenza, calibrato sulle contrapposte posizioni delle parti

processuali, non pare avere la pretesa di stabilire un nuovo principio, anche perché esso è espressamente limitato alle lettere b) e d) del comma 2 dell'art. 9 più volte richiamato. Tuttavia, la *ratio* di tutela del prestatore invocata dal giudice possiede, per sua natura, un raggio di azione generale, e dunque potenzialmente estensibile alla totalità delle ipotesi derogatorie contemplate dal Legislatore. Resta, allora, da spiegare il motivo – al di là della prospettazione di una delle parti in causa- che ha determinato il giudice a stabilire che la disciplina delle eccezioni debba ritenersi limitata all'ipotesi del cumulo tra riposi. In merito, la spiegazione più convincente, che si coglie del resto tra le righe della sentenza, appare la non rilevanza costituzionale del cumulo ed in generale del riposo giornaliero, il cui diritto in capo al prestatore rappresenta una delle felici novità introdotte dal d.lgs. 66/03. Se così è, la soluzione ermeneutica adottata dal giudice di merito risulta dotata di un indubbio fondamento sistematico; è peraltro necessario coordinare ed integrare la decisione con le citate acquisizioni giurisprudenziali, accolte anche dalla prassi amministrativa.

Carmine Santoro
Scuola internazionale di dottorato in Formazione della persona e mercato del lavoro
ADAPT-CQIA, Università degli Studi di Bergamo