

## **TI\_GERICHTE 12.2002.166 vom 14. Mai 2003**

TI Tribunale d'appello, 2003-05-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2002.166](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2002.166)

FR: TI\_GERICHTE 12.2002.166 du 14 mai 2003

IT: TI\_GERICHTE 12.2002.166 del 14 maggio 2003

### **Regeste**

Sentenza o decisione senza scheda

### **Volltext**

Ticino Tribunale di appello diritto civile La seconda Camera civile 14.05.2003 12.2002.166

Sentenza o decisione senza scheda

Incarto n. 12.2002.166 Lugano 14 maggio 2003 /fb In nome della Repubblica e Cantone del Ticino La seconda Camera civile del Tribunale d'appello composta dei giudici: Cocchi, presidente Chiesa e Epiney-Colombo segretario: Bettelini, vicecancelliere sedente per statuire nella causa inc. n. DI.2002.77 della Pretura del Distretto di Bellinzona promossa con istanza 23 aprile 2002 da \_\_\_\_\_ rappr. dall'\_\_\_\_\_ contro \_\_\_\_\_ rappr. dall'avv. \_\_\_\_\_ in materia di contratto di lavoro (indennità per giorni di riposo e vacanze) con la quale l'istante ha chiesto la condanna del convenuto al pagamento dell'importo di Fr. 13'646.10 oltre interessi al 5% dal 1° giugno 2001 che il Pretore, con sentenza 30 agosto 2002, ha parzialmente accolto per Fr. 4'521.80 oltre interessi. Appellanti entrambe le parti: il convenuto, con appello 13 settembre 2002, chiede la reiezione di ogni pretesa di controparte, mentre l'istante, con appello 10 settembre 2002, postula la riforma del primo giudizio nel senso di condannare il convenuto al pagamento dell'importo di Fr. 8'252.50 oltre interessi. Letti ed esaminati gli atti ed i documenti di causa Considerato in fatto ed in diritto 1. \_\_\_\_\_ ha lavorato quale cuoco, alle dipendenze di \_\_\_\_\_ presso il \_\_\_\_\_ di \_\_\_\_\_, dal 20 giugno 1991 al 31 maggio 2001. I rapporti contrattuali tra le parti erano regolati, all'inizio, da un primo contratto di lavoro, sottoposto alla normativa del contratto collettivo nazionale di lavoro dell'industria alberghiera e della ristorazione allora in vigore (CCNL 92) ed in seguito, dal 1° gennaio 1999, da un secondo contratto, assoggettato al nuovo contratto collettivo (CCNL 98). Il rapporto di lavoro è stato disdetto dal lavoratore per la fine di maggio 2001 ed il datore di lavoro gli ha versato lo stipendio sino a tale data pur avendolo esonerato dal prestare la sua attività durante tutto il mese di maggio. 2. Con l'istanza che ci occupa, l'istante ha chiesto il pagamento dei giorni di vacanza, di festa e di riposo che non ha goduto nel periodo di lavoro dal maggio 1997 al maggio 2001. La pretesa è contestata dal convenuto perché prescritta ed inoltre infondata ed abusiva avendo il lavoratore effettuato integralmente tutti i giorni di vacanza e di riposo dovutigli, non potendo valere quale prova a suffragio del diritto a dover usufruire ancora a giorni di libero un conteggio allestito su indicazioni dello stesso istante. 3. Il Pretore, con la sentenza impugnata, disattendendo le argomentazioni del convenuto, ha riconosciuto all'istante l'importo di Fr. 4'521.80, oltre interessi al 5% dal 1° giugno 2001, pari a 24.61 giorni a Fr. 187.16 di retribuzione giornaliera. In particolare ha stabilito che, durante il periodo di lavoro per il quale erano rivendicati giorni di libero non goduti, l'istante avrebbe avuto diritto a 126 giorni di vacanza, a 24 giorni di libero per festività e a 388.66 giorni di

riposo e che ne erano stati goduti 99 di vacanza e 376.5 di riposo per un saldo, a favore del lavoratore, tenuto conto anche dei 31 giorni di maggio 2001 durante i quali non ha lavorato, di appunto 24.16 giorni. 4. Il convenuto, con il proprio appello, ritiene che il Pretore abbia valutato arbitrariamente le prove, eccedendo nel suo potere di apprezzamento, in particolare poiché il conteggio dei giorni di libero su cui si è fondato, non firmato dal datore di lavoro, è stato allestito dal capocuoco del ristorante su indicazioni dello stesso istante con conseguente inefficace forza probatoria ed inoltre conferma che tutti i giorni di libero sono stato goduti dal dipendente e che la sua pretesa è abusiva perché fatta valere solo dopo anni dalla nascita del diritto a quei giorni di libero. 4.1. L'appellante contesta l'attendibilità dei conteggi allestiti dall'istante o su sua indicazione affermando che, in ogni caso, avrebbe goduto di tutti i giorni liberi per i quali aveva diritto. Ora, se l'onere della prova per il diritto a giorni di vacanza e di riposo in funzione della durata del rapporto di lavoro incombe al lavoratore, quello circa l'effettuazione o meno di questi giorni di libero da parte del lavoratore incombe effettivamente al datore di lavoro che meglio di ogni altro può esserne al corrente, disponendo - o almeno dovendo disporre - di tutta una serie di mezzi di controllo ( Streiff/von Känel , Arbeitsvertrag, Zurigo 1992, N. 4 ad art. 329 CO; JAR 1990, pag. 443; BIZR 1983 N. 107; II CCA 9 novembre 1995 inc. no. 12.95.242), con puntuale conferma di questa ripartizione dell'onere della prova in una recente sentenza del Tribunale federale ( DTF 128 III 271). Il principio è del resto ripreso all'art. 21 cpv. 3 CCNL 98 che prevede che se il datore di lavoro non adempie all'obbligo di registrare l'orario di lavoro effettivo ed i riposi verrà ammesso come prova, in caso di controversia, il controllo effettuato dal lavoratore. Ne discende che, non avendo assolutamente provato il datore di lavoro quanti giorni di libero il dipendente ha effettivamente effettuato, ci si deve attenere a quanto ammesso dal lavoratore. 4.2. Anche la critica di atteggiamento contraddittorio dell'istante perché fa valere giorni di libero non usufruiti che risalgono al periodo contrattuale precedente a quello nuovamente pattuito a seguito dell'entrata in vigore del CCNL 98 non può essere condivisa. Il rapporto contrattuale tra le parti va, infatti, inteso come un unico e continuo periodo di collaborazione, mai interrotta e il cui frazionamento formale in due periodi è dovuto solo all'entrata in vigore del nuovo contratto collettivo di categoria. Non si può quindi pretendere che il lavoratore avesse a reclamare i giorni di libero non usufruiti alla fine del 1998. 4.3. Nemmeno può essere addebitato al lavoratore un abuso di diritto per aver atteso sino alla fine del rapporto di lavoro e oltre per reclamare l'indennizzo dei giorni liberi non goduti. Il semplice trascorrere del tempo, nei limiti del periodo di prescrizione, non può, infatti, essere interpretato come rinuncia alle pretese del lavoratore né rendere l'esercizio delle stesse abusivo ( DTF 110 II 273). Inconferente e deviante l'accento alla sentenza in DTF 105 II 280 poiché, in quel caso, la pretesa (indennità di partenza) del lavoratore gli era stata versata, anticipatamente alla fine del rapporto di lavoro, con il salario ricorrente mensile mentre nel nostro caso l'indennità per i giorni di libero non goduti non è mai stata versata prima, rispettivamente non è provato dal datore di lavoro che quei giorni sono stati usufruiti. 5. Il numero di giorni di libero non goduti va quindi calcolato detraendo quelli usufruiti - così come indicato dal lavoratore nei conteggi da lui presentati (cfr. consid. 4.1.) rispettivamente dalle ammissioni al proposito fatte in causa con gli allegati scritti - dai giorni di diritto, per vacanze, festività e riposo, così come ai CCNL in vigore nel periodo dal 1 maggio 1997 al 31 maggio 2001 (49 mesi, ossia 1492 giorni effettivi). Nell'allestimento di questo calcolo si inseriscono le critiche dell'appello dell'istante che ritiene di dover essere indennizzato per 40.7 giorni, e non solo per 24.16 come giudicato dal primo giudice, il quale avrebbe anche omesso di aggiungere

all'indennità compensativa la percentuale di tredicesima mensilità. 5.1. Vacanze Nel periodo in questione l'istante ha avuto diritto a 126 giorni di vacanza come correttamente calcolato dall'istante (cfr. istanza, pag. 2) e dal Pretore, in considerazione anche del fatto che sino a fine 1998 le vacanze erano di cinque settimane all'anno (CCNL 92) e successivamente di quattro per accordo tra le parti (contratto di lavoro doc. C, art. 17 cpv. 1 seconda frase CCNL 98) . Il Pretore, sulla base del conteggio doc. H, ne riconosce usufruiti 99 senza che le parti abbiano da ridire al proposito. Ne risulta un saldo a favore dell'istante di 27 giorni . 5.2. Festività Sempre nel periodo in questione il lavoratore ha maturato 24.5 giorni di libero per festività (0.5 giorni al mese, art. 18 CCNL 98). 5.3. Giorni di riposo Il Pretore e l'istante considerano i giorni di riposo solo sino a fine aprile 2001 mentre, per correttezza e comodità di calcolo, vanno compresi anche quelli di maggio 2001. Il calcolo preciso (seguendo le indicazioni del Commentario CCNL 98 all'art. 16) è il seguente: 1492 giorni effettivi /. 99 giorni di vacanza =  $1393 : 7 \times 2 = 398$  di riposo settimanale. I giorni di riposo effettuati sono: -70 (e non 61) nel 1997 come si desume dai conteggi doc. I per quel periodo (maggio/dicembre) -92.5 nel 1998 -94.5 nel 1999 -99.5 nel 2000 -35 nel 2001, tenuto conto per questi 4 anni delle cifre più sfavorevoli all'istante tra quelle risultanti dal doc. H e dalle sue contrarie ammissioni in appello (cfr. pag. 3 dell'appello 10 settembre 2002), per un totale di 391.5 giorni. Il saldo, a suo favore, per giorni di riposo, è così di 6.5 giorni . 5.4. Saldo finale L'istante ha quindi diritto a vedersi riconoscere 58 giorni (27 + 24.5 + 6.5) di libero dai quali, però, vanno evidentemente dedotti i 31 giorni di maggio durante i quali, pur avendo ricevuto lo stipendio, non ha lavorato con un diritto, quindi, all'indennità per rimanenti non usufruiti 27 giorni . 6. L'istante pretende, per questi giorni, un'indennità pari a 1/30 del salario lordo mensile (art. 17 cpv. 5 CCNL 98 che concerne le vacanze) senza distinguere i giorni di vacanza da quelli di riposo (remunerati per 1/22 come all'art. 16 cpv. 5 \* CCNL 98), con il che le sue spettanze, al lordo, ammontano a Fr. 5'615.- :  $30 \times 27 = \text{Fr. } 5'053.50$  . A questo importo va aggiunta la tredicesima mensilità (cfr. Commento CCNL 98 ad art. 12, pag. 26) di Fr. 421.15 per un totale, a parziale accoglimento dell'appello, di Fr. 5'474.65 lordi oltre interessi al 5% dal 1 giugno 2001. 7. Non si prelevano tasse e spese di giudizio trattandosi di controversia in materia di contratto di lavoro mentre le ripetibili, sia in prima sia in seconda sede, seguono le reciproche soccombenze delle parti, ritenuto che nella procedura riguardante l'appello di \_\_\_\_\_ le osservazioni della controparte di semplice contestazione e rinvio al suo allegato di appello non giustificano un'indennità ripetibile. Per i quali motivi dichiara e pronuncia I. L'appello 10 settembre 2002 di \_\_\_\_\_ è parzialmente accolto e di conseguenza la sentenza 30 agosto 2002 del Pretore di Bellinzona è così riformata: 1. In parziale accoglimento dell'istanza \_\_\_\_\_ è condannato a pagare a \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ o la somma di Fr. 5'474.65 di salario lordo oltre interessi al 5% dal 1° giugno 2001. 2. Tasse e spese a carico dello Stato 3. L'istante rifonderà al convenuto la somma di Fr. 400.- per ripetibili ridotte. II. L'appellante \_\_\_\_\_ verserà alla controparte Fr. 200.- per parte di ripetibili d'appello. III. L'appello 13 settembre 2002 di \_\_\_\_\_ è respinto. IV. Non si assegnano ripetibili. V. Intimazione: - \_\_\_\_\_ Comunicazione alla Pretura del Distretto di Bellinzona Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il segretario