

## **TI\_GERICHTE 12.2007.4 vom 14. Januar 2008**

TI Tribunale d'appello, 2008-01-14, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2007.4](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2007.4)

FR: TI\_GERICHTE 12.2007.4 du 14 janvier 2008

IT: TI\_GERICHTE 12.2007.4 del 14 gennaio 2008

### **Regeste**

Contratto di lavoro, remunerazione delle ore straordinarie, onere della prova nel CCNL 98 in caso di assenza di registrazione da parte del datore di lavoro

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Nella fattispecie il Pretore ha parzialmente accolto l'istanza. Ha dapprima ricordato che il CCNL 98 vincola tutti i datori di lavoro che svolgono un'attività in un'azienda del settore alberghiero e della ristorazione in Svizzera, le cui prestazioni sono aperte al pubblico e fornite dietro pagamento, essendogli stata conferita obbligatorietà generale con Decreto del Consiglio federale. Riguardo alla retribuzione per ore straordinarie, il Pretore ha evidenziato che secondo l'art. 21 cfr. 3 CCNL 98 in caso di controversia spetta al datore di lavoro provare il mancato compimento delle ore straordinarie nel caso in cui egli, come in concreto, non abbia adempiuto l'obbligo, previsto dall'art. 15 cfr. 7 CCNL 98, di registrare le ore di lavoro straordinario effettuate dal dipendente. Basandosi sui dati riportati nei calendari dell'istante e raffrontando quest'ultimi con le affermazioni dei testi e con le agende del convenuto in cui erano segnalati i giorni di chiusura del ristorante, il Pretore ha calcolato un saldo di 166 ore straordinarie svolte dall'istante. Dall'analisi delle agende del ristorante e dei calendari personali dell'istante il primo giudice ha accertato 49 ore di libero concesse dal convenuto per compensare gli straordinari e ha quindi riconosciuto in favore dell'istante fr. 2'375.10 lordi per un totale di 117 ore di lavoro straordinario, non compensate da giorni di libero. Per quel che concerne la retribuzione relativa al mancato riposo settimanale, il Pretore ha ritenuto che, come per le ore straordinarie, nel caso in cui il datore di lavoro abbia ommesso di allestire un piano di lavoro, spetta a lui provare il godimento effettivo dei giorni di riposo rivendicati (art. 21 n. 1 e

#### **E. 2**

L'appellante dissente dalla sentenza pretorile, e sostiene per quel che concerne le ore straordinarie che il conteggio da lui allestito in sede di causa (doc. 10) sulla base delle risultanze delle agende del ristorante (doc. 5/6) sarebbe una ricostruzione del tutto attendibile in funzione degli impegni di lavoro effettivi. Inoltre tali agende sarebbero sempre state a disposizione del personale e costituirebbero riferimenti precisi per l'organizzazione del lavoro e per gli orari. Siccome il convenuto durante il rapporto di lavoro non ebbe mai a chiedere informazioni riguardo ad un conteggio, l'appellante avrebbe allestito tale conteggio solo in sede di causa. Egli avrebbe pertanto ottemperato all'obbligo del datore di lavoro di registrare l'orario di lavoro ai sensi dell'art. 21 CCNL 98. D'altra parte il conteggio allestito dall'istante non costituirebbe un valido elemento probatorio a sostegno delle ore straordinarie prestate, essendo stato allestito circa tre anni dopo lo scioglimento del contratto lavorativo e solo ai fini dell'inoltro della causa

giudiziaria, basandosi su un'agenda e un taccuino poco attendibili in quanto contenenti dati confusi e a tratti indecifrabili e incongruenze ammesse dall'istante ("Magari ho sbagliato ad invertire il giorno...", ecc., cfr. int. formale ad 11). In via subordinata, l'appellante osserva come il convenuto nella sua prima rivendicazione scritta (doc. C) avrebbe inequivocabilmente indicato "che dal 1° gennaio 2002 come da cnl le ore straordinarie devono essere pagate in quanto non hanno potuto essere compensate", ammettendo così che le ore di straordinario del 2001 sarebbero già state compensate. La pretesa di pagamento di straordinari non compensati relativi al 2001 violerebbe inoltre il principio della buona fede e di conseguenza il conteggio allestito dal Pretore dovrebbe essere rettificato limitandolo alle ore prestate nel 2002, con un massimo di 33 ore di lavoro straordinario se ci si basasse sul conteggio del datore di lavoro o con un massimo di 79 ore di lavoro straordinario se ci si basasse sul calendario e sull'agenda del lavoratore.

### **E. 3**

L'onere della prova relativo alle ore supplementari prestate è a carico del lavoratore ( Staehelin/Schönenberger , Zürcher Kommentar, n. 16 ad art. 321c CO). Se non è più possibile provare il numero esatto delle ore effettuate dal lavoratore, il giudice potrà stimarlo in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO (DTF 128 III 271 consid. 2b/aa). Il dipendente dovrà nondimeno allegare e provare, nella misura del possibile, tutte le circostanze che permettono di apprezzare il numero di ore supplementari eseguite, poiché la conclusione per cui le ore supplementari sono state effettivamente svolte deve imporsi al giudice con una certa forza. L'art. 21 n. 2 CCNL 98 – come in precedenza l'art. 82 n. 2 CCNL 92 – obbliga tuttavia il datore di lavoro a registrare l'orario di lavoro effettivo. In assenza di tale registrazione – mentre l'art. 82 n. 5 CCNL 92 obbligava il datore di lavoro a provare che le ore supplementari reclamate dal lavoratore non erano dovute, con vera e propria inversione dell'onere della prova ( Tobler, Favre, Munoz, Gulló Ehm , Arbeitsrecht, Kommentierte Gesetzesausgabe, Losanna 2006, n. 1.21 ad art. 321c CO, con riferimenti giurisprudenziali) – l'art. 21 n. 3 CCNL 98 conferisce comunque valore probatorio al controllo ("diario") della durata del tempo di lavoro tenuto dal lavoratore (ICCTF 8 marzo 2004, 4C.7/2004 consid. 2.2.3; 20 maggio 2005, 4P.80/2005 consid. 3; 28 agosto 2006, 4C.141/2006, in SZZP 2007 pag. 165). La giurisprudenza non ha riconosciuto essere un "controllo" ai sensi del predetto art. 21 n. 3 CCNL 98 la semplice allegazione di causa nella quale il lavoratore si è limitato a sostenere di aver eseguito un numero complessivo di ore straordinarie, senza offrire alcun elemento atto a rendere verosimile la sua tesi (CCC 9 aprile 2003, inc. n. 16.2002.89 consid. 5).

### **E. 4**

Nella fattispecie l'appellante ha ammesso di non aver mai tenuto un conteggio delle ore di lavoro straordinario prestate dai suoi dipendenti, vista soprattutto l'organizzazione del ristorante e la gestione dell'attività, rimaste a livello familiare (cfr. doc. F, deposizione del teste S\_\_\_\_\_). Egli afferma di aver tuttavia prodotto una "ricostruzione del tutto attendibile degli impegni di lavoro effettivi" (doc. 10), sulla base delle risultanze delle agende del ristorante (doc. 5/6), dalle quali era possibile risalire al numero di coperti per ogni serata e ad eventuali banchetti. È però evidente che egli non ha adempiuto al suo obbligo contrattuale di tenere un conteggio nel quale fossero registrate le ore di lavoro straordinario effettuate dal dipendente, come sancito dall'art. 21 CCNL 98. Ed è altrettanto chiaro che se il datore di lavoro non osserva le disposizioni sul controllo e il lavoratore ha tenuto un suo controllo, scatta un'inversione dell'onere della prova; in tal caso sarà lui a

dover provare la mancata esecuzione delle ore di lavoro straordinario indicate dal dipendente. Ora, le agende del ristorante sulle quali viene annotato il numero dei coperti per ogni giornata lavorativa non rappresentano un conteggio ai sensi dell'art. 21 CCNL 98. Tali agende riguardavano il numero di clienti previsti per una serata o eventuali banchetti e non possono essere considerate alla stregua di registrazioni delle ore di lavoro effettuate dai dipendenti conformi al CCNL 98. Nemmeno una ricostruzione come il doc. 10 assume tale connotazione, poiché il conteggio previsto dal CCNL deve essere attuale e deve essere stato firmato dal dipendente alla fine di ogni mese. La negligenza del datore di lavoro nella tenuta delle registrazioni di controllo previste dall'art. 21 CCNL 98 è di conseguenza evidente. Anche il fatto messo in risalto dall'appellante, secondo cui il conteggio predisposto ad arte dall'istante non sarebbe attendibile e sarebbe da ritenersi privo di ogni valenza probatoria non è per nulla pertinente. È a causa della negligenza del datore di lavoro, che mai ha tenuto un conteggio delle ore prestate dai dipendenti, che ora ci si deve rifare all'agenda e al taccuino personali dell'istante per poter risalire al numero di ore straordinarie prestate. L'art. 21 CCNL 98 è chiaro e prevede che se il datore di lavoro non adempie al suo obbligo di registrare l'orario di lavoro effettivo e i riposi, in caso di controversie verrà ammesso come prova il controllo effettuato dal dipendente. A ragione quindi il Pretore, accertata l'assenza di un controllo da parte del datore di lavoro, si è basato sul controllo del lavoratore e sugli altri elementi risultanti dall'istruttoria. L'appellante sostiene, in via subordinata, che l'istante nella sua prima rivendicazione scritta (doc. C) avrebbe ammesso l'avvenuta compensazione delle ore di straordinario del 2001. A torto. In tale scritto l'istante fa riferimento alle sole pretese del 2002, senza per questo rinunciare, nemmeno in modo implicito, a eventuali pretese per prestazioni del 2001. La pretesa di pagamento di straordinari non compensati relativi al 2001 non viola quindi il principio della buona fede, a maggior ragione se si considera che il doc. C risale alla fase precedente all'introduzione della causa, quando ancora l'ex dipendente cercava di comporre la vertenza in via extragiudiziaria .

#### **E. 5**

In merito alla retribuzione per il mancato riposo settimanale, l'appellante adduce dapprima che anche in questo ambito l'istante avrebbe disatteso l'onere della prova che gli incombeva. Dall'istruttoria risulterebbe che l'eventuale superamento domenicale delle ore lavorative consentite nelle mezze giornate di lavoro era dell'ordine di una mezz'ora al massimo e che quindi l'applicazione letterale dell'art. 16 cifre 3/5 CCNL 98 porterebbe a risultanti scioccanti; questo comporterebbe infatti che anche un superamento minimo dell'orario di lavoro, nell'ordine di pochi secondi o minuti, obbligherebbe il datore di lavoro a concedere mezza giornata di libero in più al lavoratore. Ciò sarebbe del tutto fuori luogo in un settore, quello della ristorazione, in cui non è possibile interrompere l'attività mentre i clienti stanno ancora consumando il pasto o sono ancora seduti ai tavoli. Nell'ipotesi in cui questo meccanismo dello scatto automatico del diritto alla mezza giornata fosse riconosciuto, l'appellante sottolinea come l'azione giudiziaria promossa dall'istante per la prima volta due anni e mezzo dopo la fine del rapporto di lavoro rappresenterebbe un chiaro abuso di diritto ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 CC. Da ultimo, qualora anche la tesi dell'abuso di diritto venisse respinta, l'appellante non ritiene corretto il calcolo della retribuzione per mancato riposo, non considerando quest'ultimo che a causa delle assenze, rilevabili anche dalle agende personali del lavoratore, per malattia ed info rtunio e per ferie, le domeniche di lavoro sarebbero state 53 e non 58. Il Pretore si è fondato, oltre che sui dati forniti dall'istante e dal convenuto, anche sulle risultanze testimoniali. Sul

riposo settimanale il teste S\_\_\_\_\_ ha affermato che “la domenica riprendevo alle ore 9.00, terminando alle ore 15.00, compresa la pausa pranzo [...]. Mi è capitato di domenica di vedere AO 1 rimanere al ristorante più di noi”. Il teste N\_\_\_\_\_, la cui deposizione è altrettanto attendibile, ha dichiarato “che il sabato iniziamo però sempre alle ore 17.00 fino alle ore 24.00 e la domenica dalle ore 9.00 alle ore 17-17.30...[...] chiaramente i cuochi e l’ulteriore personale di cucina termina un’ora, un’ora e mezza prima”. Alla luce di quanto sopra, la conclusione del Pretore secondo cui l’orario lavorativo medio domenicale ammontava a 6 ore regge alla critica. Tenendo conto di una mezz’ora di pausa pranzo, dalla deposizione del teste S\_\_\_\_\_ l’orario lavorativo medio ammonterebbe infatti a 5 ore e mezza, mentre dalla deposizione del teste N\_\_\_\_\_ lo stesso oscillerebbe dalle 6 alle 7 ore. L’affermazione secondo la quale la domenica non poteva essere considerata quale mezza giornata di riposo regge dunque alla critica, visto che il superamento delle 5 ore non era dell’ordine di secondi o minuti, come addotto dal convenuto, ma variava dalla mezz’ora alle 2 ore.

#### **E. 6**

Secondo l’appellante le pretese dell’istante sarebbero contrarie al principio della buona fede, poiché presentate dopo oltre due anni e mezzo dal termine del rapporto di lavoro. L’argomentazione non regge, già per il fatto che secondo costante giurisprudenza del Tribunale federale l’abuso di diritto del lavoratore in materia di pretese salariali può essere ammesso solo in circostanze eccezionali (DTF 129 III 618 consid. 5.2 pag. 622), che qui pacificamente non ricorrono. Giurisprudenza e dottrina sono unanimi nel ritenere che, in genere, dal semplice decorso del tempo non può risultare né una rinuncia a far valere le proprie pretese né un abuso di diritto (DTF 126 III 337; Streiff/Von Kaenel, op. cit., pag. 882, n. 4 ad art. 341 CO; Vischer, Der Arbeitsvertrag, Basilea 2005, 3<sup>a</sup> edizione, pag. 289). Del resto risulta dagli atti che già nel 2003 l’ex dipendente ha tentato – invano - di far valere in via extragiudiziaria le proprie rivendicazioni (cfr. doc. D- G).

#### **E. 7**

Infine, la richiesta dell’appellante di ridurre il totale delle domeniche lavorate da 58 a 53 si avvera irricevibile, siccome contraria al divieto di proporre nuove circostanze in appello (art. 321 lett. CPC) poiché in prima istanza egli non ha mai addotto l’esistenza dei periodi di malattia e di infortunio sui quali fonda tale domanda.

#### **E. 8**

Ne deriva che l’appello, infondato in ogni suo punto, deve essere respinto. Non si prelevano tasse né spese, trattandosi di una causa fondata sul diritto del lavoro di valore non superiore a fr. 30'000.- (valore di causa determinante in questa sede fr. 7'102,40.-). Il convenuto verserà all’appellato un’equa indennità per ripetibili. Per questi motivi, richiamati per le spese gli art. 148 CPC e la TG pronuncia: 1. L’ appello 2 gennaio 2007 di AP 1 è respinto . 2. Non si prelevano né spese, né tasse di giustizia. L’appellante rifonderà alla controparte fr. 600.- a titolo di ripetibili di appello. 3. Intimazione: - - Comunicazione alla Pretura della giurisdizione di Mendrisio nord terzi implicati Per la seconda Camera civile del Tribunale d’appello La presidente  
Il segretario Rimedi giuridici

Contro la presente sentenza è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 LTF). Nelle cause a carattere pecuniario il ricorso è ammissibile se il valore litigioso ammonta a fr. 15'000.- nelle vertenze in materia di diritto del lavoro e di locazione e a fr. 30'000.- negli

altri casi. Per valori inferiori il ricorso è ammissibile se la controversia concerne una questione di diritto di importanza fondamentale o se una legge federale prescrive un'istanza cantonale unica (art. 74 cpv. 2 LTF). Qualora non sia dato il ricorso in materia civile è possibile proporre negli stessi termini ricorso sussidiario in materia costituzionale (art. 113, 117 LTF).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.