

## **TI\_GERICHTE 12.2011.77 vom 20. Februar 2012**

TI Tribunale d'appello, 2012-02-20, IT

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti\\_gerichte\\_12.2011.77](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2011.77)

FR: TI\_GERICHTE 12.2011.77 du 20 février 2012

IT: TI\_GERICHTE 12.2011.77 del 20 febbraio 2012

### **Regeste**

Contratto di lavoro. Contratto normale di lavoro per il personale di vendita (CNLV). Validità di una deroga orale al contenuto del contratto normale, in casu negata

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Il 1° gennaio 2011 è entrato in vigore il Codice di diritto processuale civile svizzero del 19 dicembre 2008 (CPC: RS 272; RU 2010 1739, 1834). Giusta l'art. 405 cpv. 1 CPC alle impugnazioni si applica il diritto in vigore al momento della comunicazione della decisione. In concreto, il giudizio pretorile del 15 marzo 2011 è stato senz'altro comunicato alle parti dopo il 1° gennaio 2011. La procedura ricorsuale è così retta dal CPC.

#### **E. 2**

Per quanto ancora dibattuto in appello, il Pretore ha stabilito, relativamente alle pretese per la tredicesima mensilità e per i giorni festivi non goduti dal 2005 al 2009, l'applicabilità al caso di specie degli art. 8.3, 6.4 e 7.1 CNLV, che riconoscono questi diritti salariali, non essendo stata prevista tra le parti alcuna deroga in forma scritta, come invece richiesto dall'art. 1.7 CNLV. Il Pretore ha infatti accertato che il contratto di lavoro dell'attrice non prevede alcuna deroga al regime previsto dal CNLV. L'asserita deroga orale invocata dalla datrice di lavoro non è stata ritenuta valida in quanto lesiva del presupposto della forma scritta. Il Pretore ha quindi ammesso il buon fondamento delle richieste avanzate dall'istante, assommanti a fr. 21'437.25 netti, importo a cui ha dedotto fr. 567.- corrispondente alla quota parte di tredicesima per i mesi ottobre e novembre 2009 non riconosciuti alla medesima in quanto non supportati da certificati medici aventi il necessario valore probatorio. A predetto ammontare il Pretore ha inoltre dedotto l'importo di fr. 812.50 quale indennità forfettaria ai sensi dell'art. 337 CO per mancata dimostrazione dell'asserita inabilità lavorativa della dipendente al momento del licenziamento. Ulteriori pretese avanzate dalla convenuta non sono invece state ammesse in quanto giudicate prive di fondamento. Il Pretore non ha ravvisato abuso di diritto nell'agire processuale dell'istante che ha scelto di scorporre in una prima istanza la sua pretesa salariale per il mese di settembre 2009 e in un secondo procedimento le ulteriori pretese oggetto della presente vertenza.

#### **E. 3**

Con appello del 18 aprile 2011, l'appellante contesta l'applicabilità al caso concreto degli art. 8.3, 6.4 e 7.1 CNLV disciplinanti le pretese salariali e ribadisce la validità della deroga orale concordata tra le parti al momento dell'assunzione. L'art. 1.7 CNLV non sarebbe valido in quanto in contrasto con l'art. 360 cpv. 2 CO il quale prevede che "il contratto normale di lavoro può stabilire che clausole deroganti a singole sue disposizioni sono valide

soltanto nella forma scritta”. A detta dell’appellante questa disposizione va interpretata nel senso che eventuali clausole contenute in un contratto normale di lavoro che dovessero condizionare ogni e qualsiasi deroga alle sue disposizioni alla forma scritta sono inammissibili.

### **E. 3.1**

È incontestato, come per altro appurato dal Pretore, che la lettera di assunzione dell’istante si limita ad indicare il salario mensile a cui essa ha diritto senza nulla aggiungere in merito ad eventuali pretese per tredicesima mensilità e per giorni festivi infrasettimanali non goduti. Neppure si accenna ad eventuali deroghe al CNLV a cui questo tipo di rapporto di lavoro soggiace (doc. B dell’inc. rich. DI.2009.1676).

### **E. 3.2**

Per quanto attiene l’oggetto dell’appello che qui ci occupa, l’art. 8 CNLV, che disciplina la questione salariale e stabilisce il salario minimo mensile/orario, sancisce espressamente al punto 8.3 il diritto del lavoratore al versamento della tredicesima mensilità. In merito ai giorni festivi non goduti, l’art. 6.4 CNLV prevede che i giorni festivi infrasettimanali parificati alle domeniche che cadono durante le vacanze danno diritto ad un equivalente congedo supplementare mentre l’art. 7.1 CNLV sancisce che questi giorni vanno pagati e non sono recuperabili. Il legislatore ha stabilito che, salvo diverso accordo, le disposizioni del contratto normale si applicano direttamente ai rapporti di lavoro che gli sottostanno, quale quello qui in esame. Di regola, clausole deroganti ai suoi disposti non necessitano per la loro validità di alcuna forma particolare e possono essere concordate anche oralmente. Il contratto di lavoro può però introdurre condizioni più restrittive e prevedere che deroghe al regime ordinario siano valide solo nella forma scritta. Nel caso che qui ci interessa, l’art. 1.7 CNLV prevede la possibilità per le parti di derogare al CNLV unicamente in forma scritta. La dottrina è unanime nel sostenere che, riservate le precisazioni che si faranno qui di seguito (consid. 3.4), se un contratto normale prevede la deroga in forma scritta questa esigenza di forma assume carattere imperativo e costituisce una premessa di validità (Aubert in Commentaire romand, Code des Obligations I, Basilea, 2003, nota 2 ad art. 360 CO; St ö ckli, Berner Kommentar, Band VI, 2. Ab., 2 Tb., 3. Abs., Berna, 1999, nota 5 ad art. 360 CO).

### **E. 3.3**

L’appellante sostiene che una clausola come quella prevista dal CNLV, che subordina qualsiasi deroga al regime ordinario all’esigenza della forma scritta, viola l’art. 360 cpv. 2 CO ed è pertanto non valida. L’esigenza della forma scritta potrebbe essere imposta unicamente per deroghe ad un numero limitato di norme e non in maniera generale per tutte le disposizioni del contratto normale o per buona parte di esse. A sostegno delle proprie argomentazioni l’appellante cita il Messaggio del 1967 relativo alla revisione del CO del 1971 (in FF 1968 II 177, in seguito Messaggio 1967) e vari contributi dottrinali (per i dettagli confr. doc. IV pagg. 7 e 8).

### **E. 3.4**

Il Messaggio 1967, su cui l’appellante fonda le proprie argomentazioni, risale alla fine degli anni 60. Se pur è vero che esso sembra escludere la possibilità di prevedere un obbligo generalizzato della forma scritta per ogni deroga al regime ordinario previsto dal contratto normale di lavoro (in seguito CNL) a vantaggio delle deroghe orali e limitando la forma scritta per deroghe puntuali, questo Messaggio deve essere valutato tenendo conto della

particolare situazione economica-politica dell'epoca, caratterizzata da un'economia in crescita e in cui regnava un sostanziale equilibrio tra le parti contraenti. Non vi è dubbio che nel corso degli anni, in particolare negli ultimi due decenni, questa situazione è notevolmente mutata, a chiaro svantaggio dei lavoratori i quali, a causa di una diminuzione della domanda di mano d'opera e ad un aumento dell'offerta dovuto all'apertura del mercato nazionale, si sono trovati in una posizione di debolezza nei confronti dei datori di lavoro; da qui la necessità di accrescere la protezione della parte più debole per garantire un (quantomeno parziale) riequilibrio tra gli attori del mercato del lavoro. Di questo è ben consapevole il legislatore che, in tempi più recenti, ha adottato delle misure volte proprio ad accrescere la protezione dei lavoratori e questo anche a discapito dell'autonomia contrattuale. Ne sono esempio la regolamentazione prevista agli art. 360a e segg. CO avente per fine la fissazione di salari minimi obbligatori nei CNL (Messaggio concernente l'approvazione degli accordi settoriali tra la Svizzera e la CE del 23 giugno 1999 in FF 1999 5092; in seguito Messaggio 1999) e le nuove disposizioni tendenti a contrastare il lavoro nero che impongono al datore di lavoro di informare per iscritto il dipendente su alcuni punti essenziali del contratto (vedi art. 330b CO; Messaggio concernente l'approvazione del Protocollo all'Accordo di libera circolazione delle persone tra la Svizzera e la Comunità europea del 1° ottobre 2004 in FF 2004 5203). È innegabile che nel corso degli anni si è sviluppata una nuova sensibilità in ambito di protezione dei lavoratori dalla quale non si può fare astrazione al momento di interpretare ed applicare le norme legali in ambito di contratto di lavoro. Quale ulteriore esempio di questa volontà di proteggere la parte contrattualmente più debole si può citare la regolamentazione prevista nel contratto normale di lavoro per i giardinieri privati promulgato dalla Confederazione (RS 221.215.329.3). È utile ricordare che, di regola, i CNL emanati dalla Confederazione non prevedono la forma scritta per le deroghe, e fa eccezione proprio il precitato contratto per i giardinieri privati il quale all'art. 2 stabilisce che "l e deroghe a svantaggio del lavoratore sono valide soltanto se sono stipulate per iscritto". Non vi è dubbio che in questo caso si è confrontati con una clausola che prevede un obbligo generalizzato della forma scritta in quanto interessa un numero importante di norme del CNL in parola; volendosi attenere in maniera stretta a quanto indicato nel Messaggio 1967 ciò non sarebbe ammissibile (cfr. FF 1968 II 371). Si impone ancora un esame approfondito del cpv. 2 dell'art. 360 CO. Secondo Stöckli (Stöckli, op cit., nota 5 in fine ad art. 360 CO e riferimenti ivi citati), deroghe a svantaggio del lavoratore dovrebbero essere ammesse solo nel rispetto della forma scritta, questo a tutela della parte (che si presume) più debole contrattualmente. Ciò a maggior ragione se si considera che in linea di principio non vi è la possibilità di prevedere disposizioni del CNL a carattere relativamente imperativo, eccezion fatta per le disposizioni di cui si è detto sul minimo salariale previste agli art. 360a e segg. CO (Messaggio 1999 cit.). Tale opinione può essere condivisa. La complessità della questione si desume anche dalla giurisprudenza - per altro assai limitata - del Tribunale federale in materia. L'Alta Corte, chiamata a pronunciarsi in una causa che vedeva opposti un diplomatico e il suo autista privato di origini filippine assunto in nero, ha giudicato il contratto normale di lavoro per l'economia domestica del Canton Ginevra (CTT-EDom J 1 50.03), che prevedeva all'art. 5 la forma scritta per ogni deroga, contrario al diritto federale. Nondimeno il Tribunale federale ha ritenuto di applicare l'articolo in questione ed ha stabilito in concreto quali norme erano tali da necessitare per la loro deroga la forma scritta e quali no (cfr. Streiff/Von Kaenel, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar, Zurigo, 2006, nota 6 ad art. 360)

### **E. 3.5**

Alla luce delle considerazioni espresse poc' anzi ed in analogia con quanto deciso dal Tribunale federale nella sentenza qui sopra citata, l'art. 1.7 CNLV va applicato, anche se con una portata ridimensionata, nel senso che devono essere valutate in concreto quali norme del CNLV siano di importanza tale da meritare per la loro deroga il rispetto della forma scritta. Questo a tutela della parte contrattualmente più debole. Ora, gli art. 8.3, 6.4 e 7.1 CNLV, di cui l'appellante contesta l'applicabilità, disciplinano, come visto sopra, aspetti essenziali del contratto di lavoro quali la tredicesima, che costituisce una componente importante del salario, e il regime per i giorni festivi infrasettimanali. Non vi è dubbio che questi sono punti primari per la conclusione del contratto di lavoro. La deroga a queste disposizioni a svantaggio del lavoratore, richiede pertanto, per essere valida, la forma scritta. Nel caso concreto una deroga orale, come quella a cui si richiama l'appellante, non è di conseguenza ammissibile.

#### **E. 4**

A titolo abbondanziale, con riferimento alle argomentazioni dell'appello, è utile ricordare che l'onere di provare l'eventuale deroga orale incombe alla parte che se ne prevale e pertanto nel caso concreto ricade sull'appellante. La dottrina precisa che a questa prova vanno poste condizioni restrittive ( Stöckli , op. cit. nota 6 ad art. 360 CO; Vischer/Albrecht , Zurcher Kommentar, Obligationenrecht, Tb V2c, Zurigo, 2006, nota 10 ad art 360 CO). Quanto addotto dall'appellante a riprova dell'avvenuta deroga orale non soddisfa queste esigenze. Non è, infatti, sufficiente sostenere che le pretese salariali qui in parola non sono mai state pagate in passato alla convenuta e che la stessa non ha esplicitamente contestato dinanzi al Pretore l'esistenza di una simile deroga per ritenere provata la stessa. Anzi, la circostanza che il contratto di assunzione dell'istante nulla dice in merito ad eventuali deroghe al regime applicabile alle feste infrasettimanali ( doc. B dell'inc. rich. DI.2009.1676) , diversamente da quelli delle sue ex colleghe (doc.17 dell'inc. rich. DI.2009.1726 e doc. 16 dell'inc. rich. DI.2009.1727), fa propendere per l'assenza di un simile accordo. Ad ogni buon conto, nel caso concreto, la questione può essere lasciata aperta essendo, come visto, un'eventuale deroga in forma orale non valida.

#### **E. 5**

L'appellante invoca inoltre, a titolo abbondanziale, l'abuso di diritto della dipendente per aver sollevato il vizio di forma unicamente alla fine del contratto di lavoro e dopo aver omesso per tutta la durata del rapporto contrattuale di far valere ulteriori pretese salariali oltre alle 12 mensilità a lei versate. Così facendo essa avrebbe assunto un atteggiamento contraddittorio lesivo dell'art. 2 CC.

#### **E. 5.1**

Ai sensi dell'art. 2 cpv. 2 CC il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge. L'esistenza di un eventuale abuso di diritto va valutato in concreto. Come si desume dal testo legale che riporta espressamente il termine "manifesto", l'abuso di diritto va ammesso in maniera restrittiva. Il Tribunale federale ha avuto più volte modo di spiegare che l'esercizio di un diritto può risultare abusivo se l'attitudine della parte che agisce contraddice il suo comportamento anteriore e se le legittime aspettative della controparte rimangono deluse. L'Alta Corte ha però chiarito che il comportamento di colui che in un primo tempo accetta di concludere una convenzione e che, in seguito, in virtù di regole imperative, ne eccepisce la validità, costituisce abuso di diritto solo se sono realizzate delle circostanze particolari (DFT 135 III 162 consid. 3.3; DTF 133 III 61 consid. 4.1). Un simile

limite si impone soprattutto in ambito di contratto di lavoro dove, in caso contrario, la protezione garantita al lavoratore da disposizioni imperative si rivelerebbe illusoria (DTF 129 III 493 consid. 5.1; DTF 129 III 618 consid. 5.2). Spetta alla parte che si prevale dell'abuso provare la realizzazione di queste circostanze particolari. Secondo la giurisprudenza, esse sono date se la parte che si appella ora alle norme imperative ha lei stessa proposto la conclusione della convenzione contraria al diritto, nel proprio interesse e sapendo della sua inammissibilità; in questo modo al momento dell'acquisizione del diritto essa ha agito in maniera disonesta. Sussistono circostanze particolari che fanno apparire abusivo l'appellarsi a norme imperative anche nel caso in cui l'interesse protetto dalle norme è venuto meno o quando la parte che invoca la nullità ha agito così tardivamente da rendere impossibile alla controparte di salvaguardare i propri interessi (DFT 129 III 494 consid. 5.1 in fine e riferimenti ivi citati).

### **E. 5.2**

Nel caso concreto, pur lasciando aperta la questione a sapere se le parti abbiano effettivamente concordato una deroga orale alle disposizioni prevista dal CNVL, così come asserito dall'appellante, non si ravvisano circostanze particolari ai sensi della citata giurisprudenza federale che rendono le pretese salariali avanzate dell'istante abusive. Nulla permette di affermare che l'eventuale accordo derogante sia stato voluto dall'istante e che questa fosse consapevole dell'irregolarità dello stesso, ciò che peraltro neppure l'appellante sostiene. Inoltre, la richiesta di pagare la tredicesima e i giorni festivi infrasettimanali non goduti malgrado sia passato del tempo non può essere ritenuta abusiva (cfr. per analogia DTF 126 III 333 consid. 7b; sentenza del 25 giugno 2009, inc 12.2008.208. Per tutte queste ragioni, la censura non può quindi essere condivisa.

### **E. 6**

Ne discende che l'appello deve essere respinto e la sentenza impugnata confermata. Non si prelevano né tasse né spese, trattandosi di una causa fondata sul diritto del lavoro di valore inferiore a fr. 30'000.-. L'appellante verserà all'istante un'equa indennità per ripetibili. Nella commisurazione delle stesse si tiene conto che nelle proprie brevi osservazioni del 26 aprile 2011 la parte istante si è limitata a chiedere la conferma della sentenza impugnata e la reiezione dell'appello senza approfondire nessuna delle censure sollevate. Il valore litigioso ai fini di un eventuale ricorso in materia civile al Tribunale federale è di fr. 20'058.-. Per questi motivi, richiamati gli art. 96 e 106 CPC decide: 1. L' appello 18 aprile 2011 di AP 1 è respinto. 2. Non si prelevano tasse né spese. L' appellante rifonderà alla parte appellata fr. 1 00.- per ripetibili di appello. 3. Notificazione: - ; - . Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 1. Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello La presidente La vicecancelliera Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario in materia di diritto del lavoro con un valore litigioso superiore a fr. 15'000.- è dato ricorso in materia civile al Tribunale federale, 1000 Losanna 14, entro 30 giorni dalla notificazione del testo integrale della decisione (art. 100 cpv. 1 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). La parte che intende impugnare una decisione sia con un ricorso ordinario sia con un ricorso in materia costituzionale deve presentare entrambi i ricorsi con una sola e medesima istanza (art. 119 LTF).

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