

TI_GERICHTE 12.2015.211 vom 20. Februar 2017

TI Tribunale d'appello, 2017-02-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ti_gerichte_12.2015.211

FR: TI_GERICHTE 12.2015.211 du 20 février 2017

IT: TI_GERICHTE 12.2015.211 del 20 febbraio 2017

Regeste

Contratto di lavoro - disdetta abusiva - lavoro straordinario e festivo

Erwägungen

E. 1

AO 1 è entrato alle dipendenze del Gruppo AP 1 nel giugno 1997 (cfr. doc. B1) ed in particolare dal 1° giugno 2003 è stato formalmente assunto da AP 1 in qualità di “corporate chef” nel reparto “cruise catering” in forza di un contratto di lavoro a tempo indeterminato con una retribuzione annuale lorda di fr. 115'000.-, aumentata nel 2007 a fr. 125'000.- (cfr. doc. C): il contratto sottoscritto dalle parti il 15 maggio 2003 (doc. B) prevedeva 20 giorni di vacanza all'anno, un orario di lavoro flessibile di 40 ore settimanali (dal lunedì al venerdì), il divieto di accumulare ore supplementari e la compensazione con tempo libero delle eventuali ore straordinarie prestate, mentre il contratto 14 luglio 2004 (doc. D), mai ritornato firmato dal lavoratore, prevedeva, oltre a 23 giorni di vacanza all'anno, che il 25% dell'importo salariale convenuto avrebbe coperto la retribuzione delle eventuali ore straordinarie e supplementari, sabati compresi.

E. 1.1

AP 1, ora AP 1, è condannata a pagare a AO 1 l'importo di fr. 69'823.20, di cui fr. 50'000.- non soggetti ai contributi paritetici. Sull'importo sono dovuti gli interessi del 5% dal 31 maggio 2011, tranne per fr. 50'000.-, i cui interessi decorrono dalla data di questa sentenza (N.d.R. ossia quella pretorile).

E. 1.2

A AP 1, ora AP 1, è fatto ordine di regolarizzare gli oneri sociali di pertinenza di AO 1 versando agli enti preposti i contributi sociali dovuti su fr. 19'823.20. 2. Le spese giudiziarie di fr. 6'300.- e le spese della conciliazione di fr. 1'500.- sono a carico dall'attore per 3/4 e per 1/4 sono a carico della convenuta, alla quale l'attore rifonderà fr. 10'000.- per parti di ripetibili. II. Le spese processuali di fr. 8'000.- sono a carico delle parti in ragione di ½ ciascuna, compensate le ripetibili. III. Notificazione: - - Comunicazione alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2 Per la seconda Camera civile del Tribunale d'appello Il presidente Il vicecancelliere Rimedi giuridici Nelle cause a carattere pecuniario in materia di contratto di 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. 74 cpv. 1 e 100 cpv. 1 LTF).

E. 2

Il 3 gennaio 2011 (doc. E) AP 1 ha invitato AO 1 a prendersi un periodo di vacanza dal 10 al 21 gennaio successivo al fine di ridurre il numero dei giorni di vacanza arretrati, a cui si sarebbero poi aggiunti quelli maturati nel 2011. Richiesta il 20 gennaio 2011 (doc. F) di comunicargli l'esatto numero dei giorni liberi arretrati previa regolarizzazione delle ore straordinarie e dei sabati non compensati, essa, con scritto 26 gennaio 2011 (doc. G), gli ha risposto che il saldo vacanze ammontava attualmente a 35 giorni, precisando che le ore straordinarie e i sabati non erano compensabili. L'indomani, il 27 gennaio 2011 (doc. H), AP 1 ha significato a AO 1 la disdetta del contratto con effetto al successivo 30 aprile, evidenziando che la stessa era dovuta ad una ristrutturazione in atto presso la società; nel contempo lo ha dispensato dall'obbligo di presenza sul luogo di lavoro, precisando che durante il termine di disdetta egli avrebbe pure usufruito delle vacanze arretrate.

E. 3

Ottenuta la necessaria autorizzazione ad agire (doc. A), AO 1, con petizione 16 febbraio 2012, ha convenuto in giudizio innanzi alla Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2, AP 1, alla quale nelle more della causa è subentrata AP 1 che ne aveva ripreso gli attivi e i passivi, per ottenerne la condanna al pagamento di fr. 296'032.80 oltre interessi. Egli, in estrema sintesi, ha preteso l'attribuzione di un'indennità per licenziamento abusivo pari a 6 mensilità (fr. 62'500.-) nonché la retribuzione dei 64 sabati (fr. 36'843.20), dei 98.5 giorni festivi e/o domeniche (fr. 68'071.80) e delle 1'790 ore straordinarie effettuate fuori ufficio (fr. 128'617.80) asseritamente non pagatigli dal giugno 2003. La convenuta si è integralmente opposta alla petizione.

E. 4

Esperita l'istruttoria di causa e raccolti gli allegati conclusivi delle parti, il Pretore aggiunto, con decisione 14 ottobre 2015, ha parzialmente accolto la petizione (dispositivo n. 1), condannando la convenuta al pagamento di fr. 150'151.55 oltre interessi (dispositivo n. 1.1) ed al pagamento agli organi preposti degli oneri sociali di pertinenza dell'attore dovuti su fr. 90'151.55 (dispositivo n. 1.2), ritenuto che le spese giudiziarie (recte : processuali) di fr. 6'300.- e le spese della conciliazione di fr. 1'500.- sono state da lui poste a carico delle parti in ragione di metà ciascuna, compensate le ripetibili (dispositivo n. 2). Il giudice di prime cure ha in sostanza concesso all'attore un'indennità per licenziamento abusivo pari a quasi 6 salari mensili (fr. 60'000.-) e gli ha riconosciuto il diritto al pagamento delle 593 ore supplementari (comprese quelle svolte di sabato) effettuate dal 18 aprile 2006 (fr. 44'160.50) e delle 637.5 ore straordinarie effettuate dal giugno 2003 (fr. 45'991.05).

E. 5

Con l'appello 16 novembre 2015 che qui ci occupa, avverso dall'attore con risposta 23 dicembre 2015, la convenuta ha chiesto di riformare il querelato giudizio nel senso di respingere la petizione, protestando spese e ripetibili di entrambe le sedi. Delle rispettive argomentazioni delle parti si dirà, se e per quanto necessario, nei prossimi considerandi.

E. 6

Nella prima parte della sua decisione il Pretore aggiunto ha concluso per l'abusività della disdetta significata all'attore. Egli ha ritenuto che a fronte di una più che sospetta coincidenza di date tra le rivendicazioni dell'attore (il 20 gennaio 2011, doc. F) e il suo licenziamento (il 27 gennaio 2011, doc. H), la convenuta non fosse riuscita a dimostrare che vi fossero delle precise circostanze legate ad una congiuntura aziendale che rendesse necessaria la rinuncia proprio allora alle sue prestazioni, l'istruttoria avendo piuttosto dato

risultati contraddittori: se da un lato il responsabile della divisione “crociere” aveva dichiarato che il licenziamento dell’attore, unitamente a quelli di altri collaboratori, sarebbe dipeso dalla riduzione delle navi in appalto, tendenza in atto da qualche anno (teste _____), dall’altro era però stato accertato che in quel periodo la convenuta aveva dato avvio ad una ricerca urgente di personale da collocare sostanzialmente proprio sulle navi; nonostante poi la decisione di licenziare l’attore fosse stata presa alla fine del dicembre 2010 (teste _____), non vi erano però elementi che indicassero una parallela contrazione della flotta giustificante il venir meno proprio in quel momento dell’utilità della posizione dell’attore; e nemmeno dallo scritto 3 gennaio 2011 (doc. E) si poteva poi intravedere un potenziale rischio di licenziamento dell’attore, tanto più che l’assunto del responsabile della divisione “crociere”, secondo cui a quel momento egli stava temporeggiando prima di determinarsi a rinunciare al collaboratore in attesa di vedere se si fosse concretato l’appalto di un’ulteriore nave (teste _____), non convinceva. Il giudice di prime cure ha quindi stabilito in fr. 60'000.-, pari a quasi 6 salari mensili, l’indennità per licenziamento abusivo che nelle particolari circostanze poteva essere riconosciuta all’attore: egli ha ritenuto che a quest’ultimo, lavoratore di oltre 50 anni con ben 14 anni di servizio irreprensibile, non potesse imputarsi alcuna colpa concorrente, mentre la colpa della convenuta appariva grave; ed ha aggiunto, in merito alla situazione economica di quest’ultima, che dal fatto che la stessa avesse un capitale azionario di fr. 500'000.- interamente liberato (doc. S) e facesse parte di un importante gruppo societario di rilevanza internazionale (doc. R) si poteva escludere che il versamento di una tale indennità potesse metterla in difficoltà.

E. 6.1

In questa sede la convenuta ha contestato sia il giudizio che aveva concluso per l’abusività della disdetta notificata alla controparte, sia il giudizio che aveva stabilito in fr. 60'000.- l’indennità dovuta nelle particolari circostanze all’attore. Sulla prima questione ha ribadito che, nonostante l’incontestabile coincidenza di date evocata dal primo giudice, la disdetta era in realtà dovuta alla ristrutturazione aziendale da lei evocata nella lettera di licenziamento (doc. H). L’istruttoria aveva in effetti dimostrato che nel corso dei due anni precedenti vi era stata una contrazione del business dovuta alla perdita di navi e dunque alla perdita di opportunità di lavoro (testi _____ e _____); che la contrazione del business aveva reso necessarie misure di ristrutturazione e di licenziamento, che avevano colpito non solo l’attore ma anche un altro dipendente nella sua stessa posizione nonché numerosi altri colleghi attivi nella gestione e amministrazione (doc. 14 e 15, testi _____ e _____); che il licenziamento di tutte queste persone era già stato deciso nel dicembre 2010 (doc. 24, teste _____); che a gennaio 2011 quei licenziamenti erano per altro “nell’aria”; che la vicinanza temporale tra le rivendicazioni dell’attore e il suo licenziamento era priva di rilevanza, non essendo pensabile, in un’azienda di 400 dipendenti come la sua, che il licenziamento di un “quadro” potesse essere presa in soli 7 giorni; che la ricerca di 7 nuovi collaboratori avvenuta in concomitanza con il licenziamento dell’attore era a sua volta irrilevante, essendo finalizzata all’assunzione di lavoratori con mansioni diverse dalle sue (doc. I e 14, testi E _____ e _____). Sul secondo aspetto è del parere che l’attribuzione di un’indennità pari a quasi 6 mensilità, prossima al massimo legale di 6 salari mensili, era palesemente eccessiva e che nelle particolari circostanze, segnatamente a fronte delle difficoltà finanziarie in cui essa versava a quel momento e della sostanziale infondatezza (almeno in ragione del 50%, come risultava dalla decisione impugnata) delle richieste

formulate dall'attore con lo scritto 20 gennaio 2011 (doc. F), sarebbe stato corretto concedere un'indennità non superiore a 2 mensilità.

E. 6.2

In linea di principio un contratto di lavoro a tempo indeterminato può essere disdetto dalle parti liberamente, per qualsiasi causa rispettivamente senza causa (Rehbinder/Stöckli, Berner Kommentar, n. 14 ad art. 335 CO; DTF 125 III 70 consid. 2a; II CCA 1° febbraio 2008 inc. n. 12.2007.87), ossequiando unicamente i termini di disdetta contrattuali o legali (art. 335 cpv. 1 CO). Nell'art. 336 CO vengono per contro elencati alcuni motivi che, se realizzati, non invalidano la disdetta ma la caratterizzano come abusiva, con possibile conseguenza risarcitoria a carico di chi la pronuncia. Per costanti dottrina e giurisprudenza, questa elencazione è esemplificativa e non esaustiva (Streiff/von Kaenel/Rudolph, Arbeitsvertrag, 7 a ed., n. 3 ad art. 336 CO; Rehbinder/Stöckli, op. cit., n. 56 ad art. 336 CO; Vischer, Der Arbeitsvertrag, 4 a ed., p. 320; DTF 136 III 513 consid. 2.3, 125 III 70 consid. 2a). L'onere della prova circa la natura abusiva della disdetta incombe al lavoratore licenziato (art. 8 CC; Brunner/Bühler/Waerber/Bruchez, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3 a ed., n. 2 ad art. 336; Vischer, op. cit., p. 330; DTF 130 III 699 consid. 4.1, 123 III 246 consid. 4b). Per decidere se sono dati i presupposti dell'art. 336 CO, il giudice deve individuare, secondo un ampio criterio di apprezzamento, il vero motivo che sta alla base della disdetta (II CCA 2 settembre 2004 inc. n. 12.2003.143) ed accertare se esso rientra nella fattispecie indicata dall'enumerazione contenuta nella norma (II CCA 2 maggio 2008 inc. n. 12.2007.166), ritenuto che in presenza di un licenziamento fondato su più ragioni occorre stabilire quale sia stato il motivo scatenante, ossia quello senza il quale il licenziamento non sarebbe stato pronunciato (Portmann/Rudolph, Basler Kommentar, 6^a ed., n. 34 ad art. 336 CO; Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., n. 20 ad art. 336 CO; DTF 125 III 277 consid. 3c). Viste le oggettive difficoltà nel portare tale prova, trattandosi di dimostrare la natura della motivazione interiore di chi pronuncia la disdetta, la dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel non esigere una prova assoluta, bastando al proposito l'esistenza di indizi convergenti tali da rendere l'abusività altamente verosimile (Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., n. 16 seg. ad art. 336 CO; Vischer, op. cit., p. 331; DTF 130 III 699 consid. 4.1). Questo significa che il giudice può esprimersi secondo un convincimento derivato da tutte le situazioni che appaiono dagli atti di causa (II CCA 1° febbraio 2008 inc. n. 12.2007.87, 28 luglio 2006 inc. n. 12.2005.164 pubbl. in: JAR 2007 481, JAR 2001 p. 168). La parte che disdice in maniera abusiva il rapporto di lavoro deve all'altra un'indennità il cui ammontare è stabilito dal giudice, tenuto conto di tutte le circostanze (art. 336a cpv. 1 CO), ma che non può superare l'equivalente di 6 mesi di salario del lavoratore (art. 336a cpv. 2 CO). L'indennità ha duplice natura, punitiva dell'autore e riparatrice del torto inflitto al dipendente (DTF 123 III 391; Staehelin, Zürcher Kommentar, n. 3 ad art. 336a CO; Aubert, Commentaire Romand, n. 2 ad art. 336a CO). Il giudice fissa l'indennità in base all'equità (art. 4 CC) e gode pertanto di un ampio margine di apprezzamento sulla sua determinazione. Per quantificare l'indennità da corrispondere al lavoratore, egli considera in particolare la gravità del pregiudizio alla personalità del lavoratore, le conseguenze per il dipendente, l'intensità e la durata delle relazioni contrattuali tra le parti, il modo in cui è avvenuta la disdetta del rapporto di lavoro, la solvibilità e la posizione sociale del datore di lavoro e un'eventuale concolpa della parte licenziata (D TF 123 III 391).

E. 6.3

Nel caso di specie il giudizio con cui il Pretore aggiunto ha concluso per l'abusività del licenziamento significato all'attore il 27 gennaio 2011 può essere confermato. In effetti, il giudice di prime cure ha giustamente rilevato che la coincidenza di date tra le rivendicazioni dell'attore (il 20 gennaio 2011, doc. F), formulate in buona fede e per altro in parte fondate (cfr. infra consid. 7.4), e il suo licenziamento (il 27 gennaio 2011, doc. H), costituiva un serio indizio a favore della natura ritorsiva della disdetta (Rep. 1994 p. 349; II CCA 24 maggio 2000 inc. n. 12.2000.79, 30 maggio 2000 inc. n. 12.2000.84 pubbl. in: JAR 2001 p. 84, 1° febbraio 2008 inc. n. 12.2007.87) e che in tali circostanze spettava alla convenuta dimostrare che alla base dello stesso vi fosse invece la necessità di effettuare una ristrutturazione. Ed è pure ha ragione che egli ha rilevato che la convenuta non aveva provato che il motivo scatenante, ossia quello senza il quale il licenziamento non sarebbe stato pronunciato, fosse quello da lei invocato. Se infatti si può anche ammettere che la convenuta si trovasse, da un paio d'anni, in una fase di difficoltà economica dovuta alla diminuzione del business per la perdita di navi o per la mancata acquisizione di nuove navi (così i testi _____ p. 2 seg. e _____ p. 4, i quali si sono invero espressi sul tema in modo generico) e che la contrazione del business aveva imposto delle misure di ristrutturazione, tra le quali il licenziamento, nel corso del 2009, di un altro "corporate chef" (testi _____ p. 2 e _____ p. 4), è però altrettanto vero che non è stato provato che fossero stati adottati provvedimenti altrettanto gravosi dopo il 2009 (teste _____ p. 4) segnatamente dopo il novembre 2010, ritenuto che allora risulta essere stato posto in atto unicamente, dal 1° gennaio 2011, il trasferimento di vario personale alla società sorella _____ (cfr. doc. 24), senza nessun licenziamento (cfr. doc. 24). La convenuta, ciononostante, non ha dimostrato, non essendo a tale scopo sufficienti le predette testimonianze che al più attestavano genericamente la persistenza di difficoltà economiche della società, perché proprio il 27 gennaio 2011 (non prima e non dopo), perché proprio nei confronti dell'attore (quando per altro, per ammissione della stessa convenuta, presso di lei vi era un'altra persona che svolgeva le sue medesime mansioni) e perché solo nei suoi confronti (e non anche nei confronti di altri dipendenti, ritenuto che i motivi addotti su questo tema nell'appello sono nuovi e con ciò irricevibili, cfr. art. 317 cpv. 1 CPC) fosse stato significato un tale licenziamento. Oltretutto, con riferimento alla motivazione da lei addotta per giustificare la disdetta dell'attore a quel momento, si osserva che proprio il fatto che gli ulteriori licenziamenti siano avvenuti solo successivamente e meglio il 24 febbraio 2011 (G_____ ; cfr. doc. 15 p. 2 che sconfessa quanto indicato dalla convenuta nel doc. 24), il 25 febbraio 2011 (_____ ; cfr. doc. 15 p. 1 che smentisce quanto indicato dalla convenuta nel doc. 24), nel maggio 2011 (_____ ; cfr. doc. 24) rispettivamente il 17 luglio 2011 (_____ ; cfr. doc. 24), dimostra inequivocabilmente che nel gennaio 2011 la situazione era ancora tollerabile e con ciò sarebbe stato possibile aspettare prima di adottare il provvedimento nei confronti dell'attore, di modo che l'assunto del responsabile della divisione "crociere", secondo cui egli stava allora temporeggiando prima di determinarsi a rinunciare al collaboratore in attesa di vedere se si fosse concretato l'appalto di un'ulteriore nave (teste _____ p. 3), costituiva a ben vedere un pretesto. La convenuta ha invece ragione laddove ha rilevato che le assunzioni avvenute in seguito erano irrilevanti per la particolare tematica, essendo riferite a del personale, specialmente alla figura del "travelling chef", con altre mansioni rispetto all'attore (doc. I, testi E_____ ad domanda 22 e ad controdomanda 10 seg. _____ p. 4 e _____ p. 3). L'esigenza di ristrutturazione non risulta dunque essere stata il motivo scatenante per il licenziamento dell'attore. L'attore non può, invece, essere seguito laddove

ha pure preteso che il carattere abusivo della disdetta risulterebbe dal fatto che nello scritto 3 gennaio 2011 (doc. E) la convenuta gli aveva comunicato che ai giorni di vacanza arretrati si sarebbero aggiunti quelli maturati nel 2011 salvo poi aver disdetto il contratto già 24 giorni dopo, come pure dalle particolari modalità in cui il licenziamento gli era stato significato, ossia nel corso di un meeting con il capo servizio, l'amministratrice e la direttrice delle risorse umane con contestuale ritiro immediato del materiale di lavoro e delle chiavi dell'ufficio.

E. 6.4

Alla luce di quanto precede, ossia del fatto che a quel momento la convenuta, per altro confrontata con difficoltà dovute alla contrazione del business, disponeva di un motivo per disdire il contratto dell'attore anche se lo stesso non era quello scatenante, il giudizio con cui il Pretore aggiunto ha stabilito in fr. 60'000.-, pari a quasi 6 mensilità, ossia ad un importo prossimo al massimo legale, l'indennità per licenziamento abusivo dovuta alla controparte, non può essere condiviso. Tutto ben ponderato, tenuto in particolare conto che all'attore, lavoratore di oltre 50 anni con ben 14 anni di servizio irreprensibile, non può essere imputata alcuna colpa concorrente, mentre che la colpa della convenuta, oltretutto in una situazione economica tutt'altro che tranquilla, può così essere parzialmente relativizzata, la scrivente Camera ritiene giustificata l'attribuzione di un'indennità di fr. 50'000.-, pari a quasi 5 salari mensili.

E. 7

Nella seconda ed ultima parte del suo giudizio il Pretore aggiunto, dopo una lunga e complessa disquisizione, ha riconosciuto all'attore il diritto al pagamento delle 593 ore supplementari (comprese quelle svolte di sabato) effettuate dal 18 aprile 2006 (fr. 44'160.50) e delle 637.5 ore straordinarie effettuate dal giugno 2003 (fr. 45'991.05). In breve, il giudice di prime cure ha accertato, fondandosi sulla deposizione del teste G _____ e rilevando che l'indicazione proposta dall'attore nemmeno era stata contestata in causa dalla convenuta, che l'attore, quando era fuori ufficio, ossia sulle navi, lavorava 12 ore al giorno anziché 8 ore. Ciò posto, e sulla base delle schede allestite mensilmente dall'attore (doc. M), ne ha dedotto che dal giugno 2003 costui avesse svolto, senza essere stato retribuito, 1'228.5 ore supplementari ex art. 13 LL (comprese quelle svolte di sabato, mentre quelle svolte di domenica erano già state compensate) e 805.5 ore straordinarie ex art. 321c CO, queste ultime poi ridotte a 637.5 per la loro parziale compensazione dovuta al fatto che l'attore dal luglio 2004 aveva potuto usufruire di 3 giorni di vacanza in più all'anno. Ha quindi appurato che le ore supplementari dovevano imperativamente essere retribuite in ragione del 125%, mentre che per le ore straordinarie quel medesimo regime valeva solo se le parti non avessero disposto altrimenti, ciò che nella fattispecie non era a suo giudizio avvenuto (stante che l'attore non aveva mai sottoscritto la modifica contrattuale del 14 luglio 2004 di cui al doc. D). Ed ha per finire ritenuto che le 635.5 ore supplementari svolte prima del 18 aprile 2006, non così quelle straordinarie, erano prescritte.

E. 7.1

In questa sede la convenuta ha contestato in più punti le considerazioni in fatto e in diritto rese dal Pretore aggiunto. Con riferimento alle pretese per ore supplementari e straordinarie, ha innanzitutto evidenziato che l'attore non le aveva mai notificato, nemmeno nelle schede da lui allestite mensilmente (doc. M), la loro effettuazione, di cui essa non era a conoscenza.

Ha in seguito negato di non aver contestato in causa che l'attore, quando era fuori ufficio, ossia sulle navi, lavorasse 12 ore al giorno, ed ha aggiunto che un accertamento in tal senso non poteva essere dedotto nemmeno dalla deposizione del teste G _____, la cui fedefacenza era dubbia già per il solo fatto di essere stato da lei licenziato nel febbraio 2011. Ha quindi evidenziato che, senza disporre delle tabelle del Pretore aggiunto, non era oggettivamente possibile verificare la correttezza dei calcoli effettuati nella sua decisione (ivi compresi quelli sul tema della prescrizione) ed ha così auspicato l'annullamento del querelato giudizio con rinvio dell'incanto al primo giudice per i necessari chiarimenti o comunque una verifica dei calcoli da parte della scrivente Camera. Ed ha contestato che le prime 60 ore straordinarie annuali potessero essere retribuite in ragione del 125%. Con riferimento ai 32 sabati lavorati dall'attore dopo il 26 luglio 2006, essa ha invece ribadito che gli stessi non potevano essere retribuiti in quanto la controparte, pur non avendo sottoscritto il contratto 14 luglio 2004 (doc. D), ne aveva di fatto ammesso il carattere vincolante, facendo propri i 23 giorni di vacanza annui ivi previsti e non reclamando mai un solo sabato di recupero, ed era dunque malvenuta a pretenderne ora il pagamento. Ed ha in ogni caso rilevato che le ore eventualmente da retribuire per ogni sabato lavorato erano 8 e non 12, come invece ritenuto dal primo giudice; che dalle 256 ore così risultanti dovevano essere dedotti i giorni di vacanza goduti in eccesso (3 giorni all'anno dal 2007, ossia 96 ore); e che le rimanenti 160 ore dovevano essere retribuite in ragione del 100% e non del 125%, cosicché all'attore sarebbero tutt'al più spettati fr. 9'430.-.

E. 7.2

A questo stadio della lite è pacifico che l'attore, diversamente dalla convenuta, non ha mai provveduto a controfirmare il contratto 14 luglio 2004 (doc. D), che, in modifica del contratto 15 maggio 2003 (doc. B), prevedeva l'aumento da 20 a 23 dei giorni di vacanza all'anno e soprattutto, invece di un orario di lavoro flessibile di 40 ore settimanali (dal lunedì al venerdì) con divieto di accumulare ore supplementari e con la compensazione con tempo libero delle eventuali ore straordinarie prestate, una remunerazione comprensiva delle eventuali ore straordinarie e supplementari, sabati compresi. In questa sede la convenuta ha tuttavia ribadito che l'attore ne aveva di fatto ammesso il carattere vincolante, avendo fatto propri i 23 giorni di vacanza annui ivi previsti e non avendo mai reclamato ore straordinarie o sabati di recupero, e dunque era malvenuto a pretenderne il pagamento. Il rilievo è infondato. La giurisprudenza, fondandosi per altro sul chiaro testo di legge (art. 321c cpv. 3 CO), ha in effetti già avuto modo di stabilire che la pattuizione, com'è senz'altro quella proposta con il contratto di cui al doc. D (sulla validità di un accordo con cui le ore straordinarie vengono dichiarate comprese nella retribuzione, cfr. DTF 124 III 369 consid. 3a; TF 22 agosto 2012 4A_172/2012 consid. 6.1), mediante la quale le parti intendono derogare alla disciplina legale secondo cui il lavoro straordinario non compensato mediante congedo deve essere retribuito almeno in ragione del 125%, deve essere conclusa nella forma scritta (TF 25 ottobre 2004 4C.219/2004 consid. 3.3.2), che però nel caso concreto, in assenza della firma del contratto di cui al doc. D da parte dell'attore, non è stata salvaguardata (art. 13 CO). Trattandosi di una forma prescritta dalla legge, la convenuta non può migliorare la sua posizione adducendo che l'attore aveva comunque fatto propri i 23 giorni di vacanza annui ivi previsti (che per altro venivano registrati automaticamente dal sistema [cfr. teste E _____ ad domanda 10], senza un intervento attivo dell'attore) e non aveva mai reclamato fino a gennaio 2011 la compensazione o il pagamento delle ore straordinarie e dei sabati, le parti potendosi prevalere di un'eventuale rinuncia alla forma per atti concludenti solo in presenza di un

contratto non vincolato per legge a una forma di cui esse avevano convenuto una tale forma (art. 16 CO; DTF 105 II 75 consid. 1, 125 III 263 consid. 4c; TF 4A_223/2010 consid. 2.1). Alla convenuta resterebbe invero, almeno teoricamente, la possibilità di rimproverare all'attore un eventuale abuso di diritto (art. 2 cpv. 2 CC), sennonché le circostanze da lei addotte e di cui si è appena detto sono ben lungi dal concretizzare un comportamento abusivo, che per altro va ammesso solo con estremo riserbo (cfr. TF 22 agosto 2012 4A_172/2012 consid. 6.1). Dovendosi con ciò escludere che le parti abbiano validamente escluso o limitato la retribuzione delle ore supplementari e straordinarie (e dei sabati), la tematica relativa a queste ore deve essere trattata solo sulla base dell'art. 321c CO, la normativa dell'art. 13 LL applicata dal Pretore aggiunto non entrando invece in considerazione (TF 31 ottobre 2002 4C.177/2002 consid. 2.4, 8 maggio 2007 4C.47/2007 consid. 3.1).

E. 7.3

Passando ad esaminare le pretese per ore straordinarie fatte valere dall'attore, è senz'altro a ragione che la convenuta ha innanzitutto evidenziato di aver già addotto negli allegati preliminari che l'attore non le avesse mai notificato, nemmeno nelle schede da lui allestite mensilmente (doc. M), la loro effettuazione, di cui essa non era al corrente, tali allegazioni essendo state chiaramente formulate a p. 12 e 16 della risposta. Ed è altrettanto a ragione che essa ha rilevato che quelle sue allegazioni avevano trovato conferma nell'istruttoria, ciò che comportava la reiezione della pretesa dell'attore. Non è in effetti stato provato che l'effettuazione delle ore straordinarie fuori ufficio, e meglio sulle navi, fosse stata da lei ordinata oppure che la stessa fosse o dovesse altrimenti essere a conoscenza della loro esecuzione (cfr. TF 19 agosto 2008 4A_40/2008 consid. 3.3.1, 23 settembre 2008 4A_86/2008 consid. 4.1, 2 settembre 2010 4A_259/2010 consid. 2.7, 15 luglio 2011 4A_42/2011 consid. 5.2): la convenuta non aveva mai dato ordini per l'esecuzione di ore straordinarie (teste E_____ ad domanda 18) ed anzi, nell'ambito delle direttive aziendali, aveva raccomandato di attenersi all'orario di 8 ore lavorative giornaliere (teste E_____ ad domanda 14); l'attore, a sua volta, almeno fino al 20 gennaio 2011 (doc. F), non si era mai lamentato sulla questione delle eventuali ore straordinarie (testi E_____ ad controdomanda 8 e _____ p. 2), che per altro nemmeno erano state evidenziate nelle schede da lui allestite mensilmente (doc. M), regolarmente trasmesse alla convenuta (cfr. doc. 9); quest'ultima, pur avendo ammesso, sia pure in termini generali e con riferimento alla durata del lavoro settimanale, che l'esecuzione di qualche ora in più oltre le 40 settimanali potesse essere necessaria (teste E_____ ad domanda 17), aveva tuttavia precisato che il lavoro sulle navi, che è poi quello che qui interessa, era costantemente sulle 8 ore giornaliere (teste E_____ ad controdomanda 5) e poteva subire eventuali oscillazioni straordinarie solo in caso di eventi assai particolari, ad esempio all'inizio delle operazioni di una nave ossia nel caso di un'inaugurazione (teste E_____ ad controdomanda 5), che però non erano stati evocati e provati. Ma, ad ogni buon conto, l'esito non sarebbe stato diverso nemmeno se, per ipotesi, si potesse anche ammettere il diritto dell'attore alla retribuzione delle ore straordinarie. L'attore aveva in effetti preteso in causa di aver svolto sulle navi circa 12 ore di lavoro al giorno invece delle 8 previste dal contratto, ciò che era stato contestato dalla convenuta. Sennonché le uniche risultanze istruttorie sul tema sono state le testimonianze di G_____, il quale ha evidenziato come l'attore, con cui gli capitava di trovarsi sulle navi, svolgesse 14/16 ore di lavoro al giorno (p. 1), e quella di E_____ (ad controdomanda 5), il

quale aveva di fatto escluso che l'attore avesse svolto sulle navi più di 8 ore lavorative al giorno. Ritenuto che il primo teste, indicando un'attività lavorativa straordinaria dell'attore di ben 2/4 ore giornaliere in più di quanto ritenuto corretto da quest'ultimo, ha chiaramente esagerato, esponendo un dato finanche irrealistico; che, già sulla base di questa considerazione, non si può neppure escludere che egli, licenziato nel febbraio 2011 (doc. 15 p. 2) dopo essere stato trasferito da poco alla società sorella _____ (cfr. doc. 24), potesse effettivamente essere risentito nei confronti della convenuta; e che in ogni caso egli ha riferito solo in merito ai non meglio precisati periodi in cui gli era capitato di trovarsi sulle navi insieme all'attore, è assai arduo ritenere che da quella sola testimonianza, oltretutto diversa da quella dell'altro testimone, si possa concludere che l'attore avesse allora effettivamente svolto, oltretutto per tutto il periodo di tempo da lui rivendicato, un determinato numero di ore straordinarie, tanto più che l'istruttoria ha provato che il lavoro straordinario svolto veniva di fatto "recuperato" in altre giornate lavorative (cfr., sul tema, testi _____ p. 1 seg. e G _____ p. 2; del resto il contratto di cui al doc. B prevedeva un orario flessibile). In tali circostanze, nonostante la giurisprudenza conceda al lavoratore che abbia dimostrato di aver svolto delle ore straordinarie, il cui numero non può più essere stabilito in modo esatto, una facilitazione della prova nel senso che quel numero potrà essere stimato dal giudice in applicazione dell'art. 42 cpv. 2 CO (DTF 128 III 271 consid. 2b/aa; TF 23 settembre 2008 4A_86/2008 consid. 4.1), un giudizio equitativo non appare qui ragionevolmente possibile: ciò presupponeva in effetti che l'attore avesse allegato e provato, il che non è però avvenuto (egli, tra l'altro, avendo pure rinunciato a far assumere o comunque non essendo stato in grado di far assumere, per motivi procedurali poi non censurati, le altre prove da lui offerte sul tema in occasione dell'udienza istruttoria 3 ottobre 2012, segnatamente i testi _____, _____, _____ e _____), tutte le circostanze che permettevano di valutare il numero delle ore straordinarie eseguite, poiché la conclusione per cui le ore straordinarie sono eseguite nella misura asserita deve imporsi al giudice con una certa forza (TF 24 agosto 2006 4C.141/2006 consid. 4.2.2, 23 settembre 2008 4A_86/2008 consid. 4.2, 3 gennaio 2012 4A_467/2011 consid. 5).

E. 7.4

La situazione è invece diversa per quanto riguarda i 64 sabati che l'attore pretende di aver lavorato dal giugno 2003, tutti debitamente registrati nelle schede mensili da lui allestite (doc. M), regolarmente trasmesse alla convenuta (cfr. doc. 9). In questo caso è in effetti incontestabile che la convenuta fosse consapevole che gli stessi venivano lavorati e, essendo già stata appurata la non validità dell'accordo con cui essa nel luglio 2004 aveva cercato di escluderne la retribuzione (cfr. supra consid. 7.2), dovevano così essere retribuiti alla stregua di ore straordinarie. Ciononostante, come si vedrà qui di seguito, il parziale accoglimento delle obiezioni sollevate dalla convenuta impone una riduzione della retribuzione pretesa dall'attore. La convenuta ha innanzitutto ragione a chiedere che, in accoglimento dell'eccezione di prescrizione da lei sollevata in prima sede, il suo obbligo di pagamento sia limitato ai soli 32 sabati lavorati dall'attore dopo il 26 luglio 2006 (5 nel 2006 e 27 poi), ossia quelli lavorati 5 anni (art. 128 n. 3 CO) prima dell'inoltro dall'istanza di conciliazione (art. 135 n. 2 CO), avvenuto il 26 luglio 2011. Pur avendo preannunciato l'inoltro di un appello "adesivo" sul tema della prescrizione (risposta p. 7, che invero non conteneva alcuna motivazione), l'attore non lo ha in seguito presentato: lo stesso sarebbe stato comunque destinato all'insuccesso (cfr. Streiff/von Kaenel/Rudolph, op. cit., n. 8 ad art. 341 CO in relazione con n. 12 ad art. 321c CO). Corretta, alla luce di quanto si è detto

(cfr. supra consid. 7.3), e per altro conforme a quanto postulato a suo tempo dall'attore stesso (petizione p. 5, conclusioni p. 11), è pure la richiesta della convenuta di computare, per ogni sabato lavorato, unicamente 8 ore di lavoro, per un totale di 256 ore (40 nel 2006 e 216 poi). Infondata è invece l'altra richiesta volta a dedurre, a far tempo dal 2007, i 3 giorni di vacanza in più all'anno di cui l'attore aveva di fatto potuto usufruire dal luglio 2004: in effetti, come risulta inequivocabilmente dalla lettura del doc. M, quelle maggiori vacanze erano già state computate negli anni per compensare le domeniche lavorate e le vacanze maturate, rispettivamente erano state usufruite durante il termine di disdetta (cfr. doc. H). Parimenti infondata, giusta l'art. 321c cpv. 3 CO, è infine l'ultima sua richiesta volta a far sì che le ore effettuate di sabato venissero retribuite solo in ragione del 100%, anziché del 125%. In definitiva, all'attore, per i sabati lavorati e non retribuiti, possono pertanto essere riconosciuti fr. 19'823.20 (40 ore x fr. 69.10 x 125% + 216 ore x fr. 75.20 x 125%).

E. 8

Ne discende, in parziale accoglimento dell'appello della convenuta, che la petizione può essere accolta limitatamente alla somma di fr. 69'823.20 oltre interessi ed accessori. Le spese processuali e le ripetibili di entrambe le sedi seguono la rispettiva soccombenza delle parti (art. 106 CPC), ritenuto che per il giudizio di secondo grado le stesse sono state calcolate tenendo conto di un valore litigioso di fr. 150'151.55 (e non da ultimo del fatto che la convenuta è risultata soccombente sul tema dell'abusività della disdetta). Per questi motivi, decide: I. L'appello 16 novembre 2015 di AP 1, ora AP 1, è parzialmente accolto. Di conseguenza la decisione 14 ottobre 2015 della Pretura del Distretto di Lugano, sezione 2, è così riformata: 1. La petizione è parzialmente accolta.

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