



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

sezione controversie di lavoro e di previdenza ed assistenza composta dai magistrati:

- | | |
|---------------------------|------------------|
| 1. dr. Valeria Migliucci | Presidente |
| 2. dr. Rossana Brancaccio | Consigliere |
| 3. dr. Chiara De Franco | Consigliere rel. |

riunita in camera di consiglio ha pronunciato in grado di appello all'udienza del 2 maggio 2017 la seguente

S E N T E N Z A

nella causa civile iscritta al n. 490/2012 r. g. sezione lavoro, vertente

TRA

F. L., rappresentato e difeso dagli avv. Domenico De Liguori e dall'avv. Maria Battipaglia con i quali è elett.te domiciliato in Napoli alla Via Schipa n.68 presso lo studio dell'Avv. Mauro Dello Iacono,

APPELLANTE

E

I. IN LIQUIDAZIONE s.r.l., in persona del legale rapp.te p.t., rapp.ta e difesa dall'avv. Maria Cristina Bruni, dall'avv. Sivio Renato e dall'avv. Cristiana Duccillo con studio in Napoli alla Via Generale Orsini n.40,

APPELLATA

SVOLGIMENTO DEL GIUDIZIO

Con ricorso ex art. 414 c.p.c. depositato il 12.11.2008 e pedissequo decreto di fissazione dell'udienza di prima comparizione per l'udienza del 4\6\09 ritualmente notificato, F. L. conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Napoli, giudice unico del lavoro, la I. s.r.l. in liquidazione, in persona del legale rapp.te p.t., per sentir accogliere le



conclusioni ivi formulate, da intendersi in questa sede per ripetute e trascritte integralmente.

In particolare l'odierno appellante, premesso di avere lavorato alle dipendenze della I. s.r.l. dal febbraio 2001 al luglio 2006 con mansioni di autista di autoarticolato, chiedeva condannarsi la convenuta al pagamento di spettanze retributive per la complessiva somma di € 135.210,22, secondo quanto dettagliato negli allegati conteggi, previo accertamento dello svolgimento di lavoro straordinario in misura molto consistente non retribuito e del mancato pagamento dell'indennità di trasferta, dell'indennità di mensa e di quella sostitutiva delle ferie.

Si costituiva la I. s.r.l. in liquidazione, in persona del legale rapp.te p.t., la quale contestava specificamente ciascuno dei titoli di credito dedotti dal ricorrente, deducendo l'esistenza di un accordo tra le parti in base al quale il lavoro straordinario veniva retribuito con la voce indennità di trasferta erogata nella misura massima anche se non dovuto; che in ogni caso le prestazioni orarie rese dal lavoratore erano precisamente documentate dalle risultanze dei dischetti cronotachigrafi versati in atti.

Ammessi ed espletati i mezzi istruttori la causa veniva rinviata per la discussione e con sentenza n. 15612/11 pronunciata alla pubblica udienza di discussione del 25\5\2011, depositata in pari data, il tribunale rigettava la domanda.

Proposto appello con atto del 23.1.2012, ricostituito il contraddittorio, si è costituita la parte appellata con memoria del 3.2.2016 resistendo al gravame e formulando appello incidentale subordinato.

All'udienza odierna la Corte, dopo un rinvio concesso per l'acquisizione dei verbali di causa di prime cure, ha deciso la causa come da dispositivo.

MOTIVI DELLA DECISIONE

L'appello è infondato.

Il gravame riguarda esplicitamente la parte motiva della sentenza di primo grado in cui il Tribunale ha respinto l'istanza di accertamento di maggiori compensi per lavoro straordinario sull'assunto che le allegazioni di cui al ricorso introduttivo, volte a prospettare un orario di lavoro giornaliero *“dalle ore 00.03 alle 24.00 circa tutti i giorni”* seguendo turni di lavoro che *“avevano la durata anche di 25 giorni consecutivi, nei quali non gli veniva concesso nessun riposo tra un turno e l'altro”* non hanno trovato in sede probatoria adeguati riscontri, ragion per cui l'orario di lavoro del ricorrente è risultato ordinariamente contenuto nei limiti giornalieri e settimanali



fissati dalla contrattazione collettiva per la tipologia di prestazione in oggetto.

Per il Tribunale, il rigetto in parte qua della domanda (sempre con particolare riferimento all'orario di lavoro prospettato) è fondato sulla parziale prescrizione dei crediti attivati con la domanda, in quanto -essendo il rapporto assistito da stabilità reale ed identificandosi il primo atto interruttivo con la lettera di TOC inoltrata all'azienda in data 11.2.2008-dovevano considerarsi prescritti tutti gli eventuali crediti per differenze retributive maturati fino all'11.2.2003.

In relazione al periodo successivo a tale data, il primo giudice ha ritenuto insufficiente e non organica la prova introdotta con l'escussione dei testi di parte ricorrente, ritenuti peraltro non particolarmente attendibili in ragione del rapporto di parentela con il ricorrente e dell'indiretto interesse di uno dei due che aveva proposto giudizio analogo contro la stessa società, nonché in quanto relativa a circostanze conosciute solo *de relato actoris*, ed in parte comunque generica in relazione alle destinazioni dei viaggi ed alla durata degli stessi.

Sul punto il Collegio ritiene di non poter aderire ai motivi di doglianza espressi con l'atto di impugnazione.

In prospettiva generale, in relazione alla domanda relativa alla prestazione di lavoro straordinario, è appena il caso di rammentare che il diritto al compenso per lavoro straordinario è configurabile quando ne siano provati l'effettivo svolgimento e la relativa consistenza, essendo ammissibile il ricorso alla valutazione equitativa solo per determinare la somma spettante per prestazioni lavorative straordinarie di cui sia stata accertata l'esecuzione e non anche per colmare le deficienze della prova concernente l'esecuzione di tali prestazioni (Cass., sez. lav., 14.08.98, n. 8006; Cass., sez. lav., 01.09.95, n. 9231; Cass. lav. 21.4.93, n. 4668; Cass. lav. 13.2.92, n. 1801; Cass. lav. 28.988, n. 5269; Cass. lav. 29.1.88, n. 776; Cass. lav. 3.3.87, n. 2241; Cass. lav. 24.5.84, n. 3208; Cass. lav. 19.4.83, n. 2694).

Detta prova deve essere tanto più specifica e rigorosa allorquando si deduce un numero di ore di straordinario di così rilevante consistenza, con l'ulteriore precisazione che il dipendente deve anche provare di avere espletato l'orario normale di lavoro oltre che di avere proseguito l'attività lavorativa oltre il suddetto orario (Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza del 17 ottobre 2001 n. 12695).

Ebbene, la prova testimoniale raccolta in primo grado non può ritenersi sufficiente a fondare il corrispondente accertamento.



Sono stati indicati ed escussi infatti per parte ricorrente solo due testi le cui dichiarazioni tuttavia non introducono elementi fattuali acquisiti ed apprezzati dall'osservazione diretta dei testi medesimi ma solo dedotti attraverso elementi valutativi esterni oppure conosciuti *de relato actoris* (si consideri ad esempio la deposizione di F. M. che descrive in sostanza le proprie modalità di lavoro, sovrapponendo per analogia quelle che sarebbero state seguite dal figlio).

Deve poi preliminarmente sottolinearsi che nel caso di specie il ricorrente, in sede di atto introduttivo, aveva dedotto lo svolgimento di una quota parte rilevante di lavoro straordinario, senza quantificarlo specificamente (limitandosi, nelle richieste istruttorie, ad allegare lo svolgimento di “un orario di lavoro dalle 00.03 alle 24.00 circa, tutti i giorni, spesso senza nemmeno rientrare in sede e/o a casa”, come esposto al capo 3 pag.2 del ricorso introduttivo di primo grado e ribadito nell’atto di appello).

Oltre a tale indicazione cumulativa degli orari di lavoro prestati, il ricorrente allegava di aver seguito turni di lavoro “anche di 25 giorni” (cap.4 del ricorso di primo grado), fornendo tuttavia un’indicazione solo generica ed esemplificativa dei percorsi seguiti, indicando con un’elencazione priva di riferimenti temporali specifici le destinazioni di volta in volta raggiunte.

Si consideri poi che le tratte svolte sono state descritte senza alcuna precisazione dell’entità quantitativa delle percorrenze, cioè senza precisare quando e comunque quante volte nel corso del periodo di lavoro ciascuna tratta sarebbe stata coperta dal lavoratore. L’estrema variabilità della lunghezza delle tratte rendeva dunque quasi impossibile raggiungere l’asseverazione con prova orale dell’entità del lavoro straordinario asseritamente svolto. Sarebbe stata infatti necessaria una descrizione puntuale ed analitica delle tratte percorse nelle singole giornate di lavoro attivo e dei corrispondenti orari di lavoro; solo ad una tale specifica allegazione poteva corrispondere una consistenza asseverativa piena ed adeguata.

Di contro, la genericità delle allegazioni in ordine ai viaggi effettuati rende sostanzialmente impossibile la verifica degli stessi ed il computo esatto degli orari di lavoro prestati.

Per altro verso, deve condividersi il ragionamento formulato dal primo giudice che ha sottolineato (non l’incapacità a testimoniare ma) un latente basso grado di attendibilità delle dichiarazioni rese dai testi F. M. (padre dell’appellante) e F. N. (fratello dell’appellante), soprattutto se comparate con le dichiarazioni dei tre testi introdotti dalla società resistente che hanno descritto modalità esecutive della prestazione del



ricorrente ma in generale di tutti gli autisti completamente incompatibili e non coordinabili con le allegazioni di cui al ricorso.

Nell'insanabile contrasto tra le dichiarazioni totalmente divergenti dei due gruppi di testimoni, non emergendo elementi di chiara inattendibilità intrinseca alle dichiarazioni, deve ritenersi non assolto dal ricorrente il corrispondente carico probatorio. Al giudice del merito spetta peraltro in via esclusiva il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di assumere e valutare le prove, di controllarne l'attendibilità e la concludenza, e di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando, così prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova acquisiti.

Dal quadro istruttorio quindi, conformemente a quanto statuito nella sentenza impugnata, non è stato adeguatamente asseverato se e quanto lavoro straordinario sia stato prestato in ciascuno dei giorni e dei mesi di lavoro per cui può dirsi sia emerso che l'orario di lavoro osservato dal ricorrente, nei periodi dedotti in ricorso, è stato in realtà ordinario, di talché ne consegue il rigetto della domanda di differenze retributive a titolo di compenso per il lavoro straordinario svolto.

Assolutamente sovrapponibile il discorso relativamente al lavoro di sabato e domenica sul quale sono state riferite dai testi circostanze solo indirettamente conosciute.

Dunque, la piattaforma probatoria offerta da chi era gravato del relativo onere è assolutamente insufficiente per fondare un giudizio di accertamento dell'esistenza e della quantità del lavoro straordinario prestato e tale capo della domanda doveva essere rigettato.

Deve peraltro considerarsi che i testi introdotti dalla appellata hanno confermato l'esistenza di accordi tra i lavoratori e la società relativi ad una forfettizzazione degli straordinari retribuiti all'interno della voce indennità di trasferta con il riconoscimento della corrispondente voce nella misura massima. Deve darsi atto che la voce compare effettivamente nella misura indicata dalla datrice di lavoro in una parte rilevante delle buste paga versate in atti e non disconosciute specificamente.

Dai testi di parte resistente (ma invero anche dagli stessi testi di parte ricorrente) è poi emersa la natura discontinua della prestazione che prevedeva con una sostanziale regolarità anche tempi di attesa piuttosto significativi nell'ambito della giornata lavorativa.



Ebbene, convince il richiamo, effettuato da parte appellata, alla disciplina delle mansioni "discontinue" regolata dalle previsioni di cui al R.D.L. n. 692 del 1923, artt. 1 e 3, anche in relazione all'art. 2697 c.c., laddove si sostiene che i caratteri del lavoro "effettivo" consistono nell'applicazione assidua e continuativa, con esclusione cioè di quelle occupazioni che richiedono, per la loro natura o nella specialità del caso, un lavoro discontinuo o di semplice attesa o custodia. In altri termini si sostiene che la Corte d'appello non dovrebbe omettere di considerare che la prestazione di un autista di autoarticolati che attente durante tutte le operazioni di carico e scarico presso i porti, quale quella svolta dal F., rientra tra le attività che implicano naturalmente un lavoro discontinuo, se non addirittura di semplice attesa o custodia.

Ritiene peraltro questa Corte territoriale che il lavoratore non abbia dato prova della continuità della prestazione, dimostrando le modalità ed i tempi del servizio prestato nell'arco di tempo compreso fra l'orario iniziale e quello finale dell'attività lavorativa.

Gli elementi di fatto accertati in istruttoria hanno invero sufficientemente condotto a ricostruire la reale portata dell'attività prestata dal ricorrente giacché è risultato provata l'esistenza di consistenti tempi di attesa inoperosa nel periodo intermedio tra l'inizio e la fine del turno notturno.

Occorre, infatti, partire dalla considerazione che il lavoro discontinuo, di cui al R.D.L. n. 692 del 1923, art. 3, è caratterizzato da attese non lavorate, durante le quali il dipendente può reintegrare con pause di riposo le energie psicofisiche consumate, e che l'espletamento di lavoro straordinario è configurabile non solo ove sia convenzionalmente fissato un orario di lavoro e siano provate, anche in via presuntiva ed indiziaria, le modalità ed i tempi del servizio prestato nell'arco di tempo compreso tra l'orario iniziale e quello finale dell'attività lavorativa, così da tenere conto delle pause di inattività, ma anche allorquando l'attività lavorativa prestata dal dipendente oltre il limite dell'orario massimo legale, non operante nei suoi confronti, sia, alla stregua del concreto svolgimento del rapporto di lavoro, irrazionale e pregiudizievole del bene dell'integrità fisica del lavoratore stesso (v. in tal senso Cass. n. 18211 del 2012, Cass. sez. lav. n. 5049 del 26/02/2008 e Cass. sez. lav. n. 1173 del 19/01/2009).

Si è, infatti, affermato (Cass. Sez. Lav. n. 21695 del 14/08/2008) che "il principio di ragionevolezza, in base al quale l'orario di lavoro deve comunque rispettare i limiti imposti dalla tutela del diritto alla salute, si applica anche alle mansioni discontinue o di semplice attesa per le quali la variabilità, caso per caso, della loro onerosità - che dipende dalla intensità e dalla natura della prestazione ed è diversa a seconda che questa sia



continuativa, anche se di semplice attesa, o discontinua - impedisce una limitazione dell'orario in via generale da parte del legislatore.

Quanto all'incidenza della temporanea inattività nella determinazione della durata dell'orario di lavoro nelle ipotesi di lavoro discontinuo si è avuto modo di statuire (Cass. Sez. Lav. n. 5023 del 2/3/2009) che "il criterio distintivo tra riposo intermedio, non computabile ai fini della determinazione della durata del lavoro, e semplice temporanea inattività, computabile, invece, a tali fini, e che trova applicazione anche nel lavoro discontinuo, consiste nella diversa condizione in cui si trova il lavoratore, il quale, nel primo caso, può disporre liberamente di se stesso per un certo periodo di tempo anche se è costretto a rimanere nella sede del lavoro o a subire una qualche limitazione, mentre, nel secondo, pur restando inoperoso, è obbligato a tenere costantemente disponibile la propria forza di lavoro per ogni richiesta o necessità.

Alla luce di tutte le considerazioni formulate nella sentenza, come integrate dalle considerazioni qui formulate, le domande avanzate dal F. in primo grado erano da considerarsi infondate e l'appello deve dunque essere rigettato.

Il rigetto dell'appello principale rende assorbito l'appello incidentale, formulato solo in via subordinata rispetto all'eventuale accoglimento delle domande di riforma avanzate dall'appellante. Nel caso di specie, dunque, l'appello incidentale subordinato non deve essere esaminato per difetto del presupposto stesso di attivazione della domanda di riforma.

La complessità della ricostruzione fattuale e giuridica della vicenda induce, come già ritenuto dal primo giudice, a compensare integralmente tra le parti le spese di giudizio.

PQM

La Corte, definitivamente pronunciando, così provvede:

- a) rigetta l'appello;
- b) dichiara compensate tra le parti le spese del grado.

Così deciso in Napoli in data 2.5.2017

Il Consigliere estensore

Il Presidente

