

I superminimi e la loro dinamica anche
alla luce del nuovo art. 2103 c.c.

Caratteristiche

Il superminimo è costituito da quella parte ovvero quota di retribuzione che viene pattuita individualmente tra datore di lavoro e lavoratore in aggiunta a quella prevista dalla contrattazione collettiva, di qualsiasi livello quest'ultima sia (nazionale, territoriale o aziendale).

Trovando la sua fonte in una pattuizione individuale, il suo ammontare e le condizioni della sua erogazione possono essere liberamente pattuite tra azienda e lavoratore e l'accordo raggiunto, in forza di quanto previsto dall'art. 1372 c.c., vincolerà entrambe le parti, senza che sia consentito al datore di lavoro revocare unilateralmente l'importo concesso.

Per contro, sempre in forza di quanto previsto dall'art. 1372 c.c., ove il lavoratore acconsenta alla sua riduzione o eliminazione, tale pattuizione sarà tendenzialmente valida, non contrastando con minimi di trattamento prescritti dalla legge o dalla contrattazione collettiva (Cass. 18.11.1985 n. 5655).

La questione dell'assorbimento

Una delle principali questioni che generano contenzioso in materia è **l'assorbibilità o meno del superminimo** da parte degli aumenti di retribuzione periodicamente previsti dalla contrattazione collettiva, ovvero in occasione della progressione di carriera.

L'interrogativo in altre parole è: nel caso in cui il datore di lavoro e il lavoratore convengono un certo importo aggiuntivo rispetto ai minimi previsti dai contratti collettivi, questo importo dovrà essere sempre corrisposto nella medesima misura al lavoratore quale che sia l'ammontare nel tempo della retribuzione base prevista dalla fonte collettiva o dal nuovo livello attribuito, o la pattuizione determinerà un importo complessivo della retribuzione destinato a rimanere invariato (con conseguente diminuzione della quota da imputarsi alla pattuizione individuale) fino al momento in cui esso sarà raggiunto e superato dagli importi previsti dai contratti collettivi?

Assorbimento: i principi giurisprudenziali

Principio consolidato in giurisprudenza: **in assenza di una pattuizione esplicita** in merito all'assorbibilità o alla non assorbibilità, **come regola il superminimo si considera assorbibile** dai futuri aumenti della retribuzione previsti dalla contrattazione collettiva, in base al principio per cui la pattuizione della retribuzione si intende in linea di principio effettuata per il suo importo complessivo (cfr. Cass. 26.5.2016 n. 10945; Cass. 17.7.2008 n. 19750).

La medesima regola si applica in caso di aumento della retribuzione base derivante dal riconoscimento di un livello superiore di inquadramento (cfr. sul punto, Cass. n. 8498/99, Cass. n. 2984/98, Cass. n. 2058/96)

La prova contraria circa l'esistenza di una pattuizione di non assorbibilità spetta al lavoratore, che deve al riguardo formulare specifiche allegazioni e dedurre idonei mezzi di prova; in caso contrario l'assorbibilità, inerendo ad una corretta ricostruzione contabile del credito dell'attore, deve essere rilevata dal Giudice anche a prescindere da una allegazione difensiva della parte convenuta (Cass. 26.5.2016 n. 10945, cit.).

Assorbimento: i principi giurisprudenziali (segue)

- Peraltro, la prova di una pattuizione in ordine alla non assorbibilità del superminimo può anche desumersi dal comportamento tenuto dalle parti nell'esecuzione del contratto:
- Cass. 29.8.2012 n. 14689 ha riconosciuto che il comportamento tenuto da un'azienda che per anni non aveva assorbito il superminimo concesso al lavoratore in occasione degli aumenti della retribuzione base previsti dalla contrattazione collettiva, era significativo ai sensi dell'art. 1362 comma 2 c.c. della volontà delle parti contrattuali di considerare il superminimo in questione non assorbibile.
- Cass. 12.1.2011 n. 542 ha riconosciuto la natura di superminimo, e la sua conseguente irriducibilità, ad un emolumento denominato "straordinario forfettizzato" ma in realtà sganciato sia per l'ammontare che per la sistematicità con cui veniva corrisposto dalle prestazioni di lavoro straordinario in realtà solo saltuarie.

Sulla rilevanza del comportamento successivo alla conclusione del contratto, vedi anche Cass. n. 1899/94

Assorbimento: i principi giurisprudenziali (segue)

La regola generale dell'assorbibilità in caso di mancata pattuizione delle parti soffre secondo la giurisprudenza tre eccezioni:

1) il superminimo si presume non assorbibile **allorché sia stato concesso “per merito”**, ossia quale premio per specifiche capacità, risultati ovvero impegno del lavoratore. In taluni casi, tale definizione viene trasposta nei contratti collettivi (cfr. art. 203 secondo comma CCNL 30.3.2015: “per aumenti di merito devono intendersi gli assegni corrisposti con riferimento alle attitudini e al rendimento del lavoratore”);

Stante tale definizione, si ritiene che il superminimo concesso al momento dell'assunzione non rientri in questa categoria (Cass. 11139/91 ritiene che il fatto che esso sia stato attribuito al momento in cui il rapporto è nato è significativo del fatto che esso non è collegabile al merito, che non può essere valutato in tale momento)

2) allorché la voce di retribuzione aggiuntiva sia collegata **a specifiche caratteristiche o disagi connessi alla prestazione lavorativa** (casistica ampia: indennità di rischio, indennità di cassa, indennità di turno, indennità di trasferta etc);

3) Allorché sia **il contra3o colle=vo** a stabilire la non assorbibilità dell'emolumento.

Assorbimento: i principi giurisprudenziali (segue)

Alcuni CCNL che prevedono la non assorbibilità dei superminimi individuali:

- CCNL Commercio Terziario 30.3.2015 (cfr. art. 203 quarto comma: “gli aumenti che non siano di merito e non derivino da scatti di anzianità, erogati dalle aziende indipendentemente dai contratti collettivi stipulati in sede sindacale, possono essere assorbiti in tutto o in parte, in caso di aumento di tabella, solo se l’assorbimento sia stato previsto da eventuali accordi sindacali oppure espressamente stabilito all’atto della concessione”);
- Sez. IV CCNL 5.12.2012 Metalmeccanici Federmeccanica FIM – UILM: “gli aumenti dei minimi tabellari non potranno assorbire aumenti individuali o collettivi salvo che: - siano stati concessi con una clausola espressa di assorbibilità; - siano stati riconosciuti a titolo di anticipo sui futuri aumenti contrattuali”;
- art. 53 CCNL 5.2.2016 Industria Alimentare sulla non assorbibilità degli scatti di anzianità;
- CCNL Gomma Plastica 10.12.2015

L'interazione con l'art. 2103 c.c. prima del Jobs Act

Il problema dell'assorbimento e della eventuale riduzione o eliminazione del superminimo si è posto e si pone anche nel caso della variazione di mansioni.

L'art. 3 D. Lgs. 81/2015 ha fortemente ampliato lo ius variandi del datore di lavoro, che fino al 25.6.2015 era fortemente limitato:

- dalla necessità di rispettare il principio di equivalenza delle mansioni, il quale comportava che in caso di assegnazione a nuovi incarichi il lavoratore dovesse essere messo in grado di utilizzare ed accrescere il concreto patrimonio di conoscenze, autonomia e visibilità fino a quel momento maturato;
- Dal tendenziale divieto di adibire il lavoratore a mansioni di livello contrattuale inferiore a quello di appartenenza, divieto peraltro col tempo temperato da una serie di eccezioni (**cf. art. 4 comma 1 l. 223/91; art. 4 comma 4 l. 68/99; art. 42 D. Lgs. 81/2008; art. 8 commi 1 e 2 l. 3. b) D.L. 138/2011 (convertito in L. 148/2011);** ulteriori deroghe introdotte dalla **giurisprudenza** fin dagli anni '80 in caso di **sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni** ovvero al fine di **salvaguardare l'occupazione**, previo accordo col dipendente)

In ogni caso, era fermo il principio dell'irriducibilità della retribuzione stabilito dai commi 1 e 2 dell'art. 2103 c.c., il quale prevedeva che comunque le variazioni di mansione, anche legittime, non dovevano comportare "alcuna diminuzione della retribuzione", e che "ogni patto contrario è nullo".

La giurisprudenza sulla irriducibilità della retribuzione

Per la Cassazione il principio di irriducibilità della retribuzione si applica a tutte le voci dello stipendio che siano **collegate al contenuto delle mansioni svolte ed alla professionalità del dipendente.**

Possono viceversa essere ridotte quelle erogazioni retributive che trovano la loro causa non nel contenuto della mansione richiesta al lavoratore ma in **modalità estrinseche** di svolgimento delle stesse, che vengano meno con l'assegnazione al nuovo incarico.

La giurisprudenza sulla irriducibilità della retribuzione (segue)

- Cass. 26.1.1989 n. 475: L'indennità estero, in quanto legata non al contenuto delle mansioni ma a compensare modalità estrinseche di svolgimento delle stesse (quanto a modalità, tempo e luogo) non rientra nel concetto di retribuzione irriducibile in caso di variazione delle mansioni a parità di inquadramento ex art. 2103 c.c.;
- Cass. 10.5.2002 n. 6763: l'indennità di reperibilità, di pronto soccorso e di straordinario sono volte a compensare modalità estrinseche di svolgimento della prestazione e pertanto non sono coperte dalla garanzia di irriducibilità della prestazione ex art. 2103 c.c.;
- Cass. 8.6.1999 n. 5659: ove all' "indennità di incentivazione e funzionalità" attribuita a personale medico sia attribuita la natura di corrispettivo del particolare valore professionale della prestazione, esso non può essere revocata unilateralmente dal datore di lavoro, ostandovi il principio di irriducibilità della retribuzione ex art. 2103 c.c.;
- Cass. 14.1.1992 n. 390: l'indennità di reperibilità, essendo collegata non al contenuto della mansione in sé, ma alle modalità estrinseche, inerenti l'orario di lavoro, con cui la mansione dedotta in contratto veniva svolta, può essere revocata in caso di eliminazione dell'obbligo di reperibilità, senza contravvenire al divieto di deroga in peggio della retribuzione in caso di assegnazione a mansioni diverse ma equivalenti;
- Cass. 4055 del 2008: è legittima la revoca della indennità di trasferta in caso di trasferimento a nuove mansioni che non prevedevano tale prestazione, evidenziando che essa non ineriva alle qualità essenziali delle mansioni del lavoratore, ma a modalità particolari della sua esecuzione;
- Cass. 12.1.2011 n. 542, cit., ha sancito l'irriducibilità, di un emolumento denominato "straordinario forfettizzato" ma in realtà sganciato sia per l'ammontare che per la sistematicità con cui veniva corrisposto, dalle prestazioni di lavoro straordinario in realtà solo saltuarie.

La giurisprudenza sulla irriducibilità della retribuzione (segue)

Il principio di irriducibilità della retribuzione in caso di cambio di mansioni si applica anche ai superminimi:

- Cass. 22.7.2016 n. 15217: è illegittima la revoca unilaterale da parte del datore di lavoro delle voci retributive individuali "costo della vita" (percentuale di differenziale tra il costo della vita tra i due paesi) e "indennità per servizio all'estero" (correlata al disagio della piazza di destinazione), qualificati come superminimi dal Giudice del merito
- Cass. 27.10.2003 n. 16106: è illegittima per contrasto con l'art. 2103 c.c. la diminuzione di retribuzione, anche relativamente al superminimo e indipendentemente che essa sia stata attuata unilateralmente dal datore di lavoro o concordata col dipendente, a meno che essa non riguardi circostanze e modalità di svolgimento della prestazione ad esse estrinseche, che vengono meno con l'assegnazione ai nuovi incarichi (in termini conformi, come enunciazione generale, Cass. 19.2.2008 n. 4055 e Cass. 8.5.2008 n. 11362)

Da alcune di queste sentenze sembra quindi emergere, in caso di variazione delle mansioni, una deroga – posta a tutela del lavoratore – al principio generale desumibile dall'art. 1372 c.c., dall'art. 2077 c.c. e dall'art. 2113 c.c. per cui il superminimo individuale può essere liberamente pattuito tra le parti del rapporto di lavoro e dalle stesse eliminato.

Il nuovo art. 2103 c.c.

Il primo comma del nuovo art. 2103 c.c. così come modificato dall'art. 3 D. Lgs. 24.6.2015 n. 81 recita:

“Prestazione del lavoro. - Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali e' stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito **ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte**”.

La nuova norma **amplia notevolmente lo ius variandi** del datore di lavoro, stabilendo che il suo limite non è più la conservazione del bagaglio di conoscenze, esperienza ed autonomia maturato dal lavoratore in base alle mansioni svolte, ma la riferibilità delle nuove mansioni alla medesima categoria e livello di inquadramento, anche se di fatto esse **non sono omogenee professionalmente** a quelle svolte precedentemente, e non consentono lo sviluppo della professionalità pregressa.

Il nuovo art. 2103 c.c. (segue)

Il successivo comma 2 prevede un vero e proprio potere di reformatio in peius delle mansioni, unilateralmente esercitabile dal datore di lavoro: è infatti previsto che “In caso di **modifica degli asse8 organizzativi aziendali** che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso puo' essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale”.

Ed ancora, il quarto comma prevede che “**Ulteriori ipotesi** di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi”.

Il quinto comma prevede che in entrambi i casi di assegnazione a mansioni inferiori “il mutamento di mansioni e' comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, **fa= a eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa**”.

Il nuovo art. 2103 c.c. (segue)

Accordi individuali di modifica delle mansioni di cui al sesto comma:

possono comportare il mutamento in peius della posizione del lavoratore anche oltre il livello di inquadramento immediatamente inferiore ed anche in una diversa categoria legale, **con modifica della relativa retribuzione.**

Tali accordi devono essere stipulati nell'interesse del lavoratore:

- alla conservazione dell'occupazione
- all'acquisizione di una diversa professionalità
- al miglioramento delle condizioni di vita

L'accordo deve essere stipulato nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma (ossia davanti alle Commissioni di Conciliazione presso le Direzioni Territoriali del Lavoro ex art. 410 c.p.c., ovvero presso le sedi conciliative previste dalla contrattazione collettiva ex art. 412 ter, ovvero ancora presso collegi di conciliazione ed arbitrato irrituali ex 412 quater c.p.c., ovvero , ovvero davanti agli organi di certificazione ex art. 76 D. Lgs. 276/2003), ed il lavoratore puo' (ma non necessariamente deve, secondo quanto previsto dalla norma) farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

I dubbi di incostituzionalità del nuovo art. 2103 c.c.

L'art. 1 comma 7 lett. e), della legge delega 10.12.2014 n. 183 aveva delegato il Governo ad effettuare una "revisione della disciplina delle mansioni" limitatamente al "caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento" ed a prevedere che "la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente legge".

I dubbi di incostituzionalità del nuovo art. 2103 c.c. (segue)

Il Governo avrebbe legiferato in violazione della delega e dunque dell'art. 76 Cost.:

- nella parte in cui ha modificato il comma 1 dell'art. 2103 c.c. nella sua disciplina generale, eliminando il concetto di equivalenza delle mansioni;
- laddove ha previsto la possibilità di mutare in peius le mansioni, unilateralmente o previo accordo col lavoratore, anche in relazione a fattispecie giustificatrici ulteriori e diverse dai "processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi";
- laddove nel quarto comma del nuovo art. 2103 c.c. non ha specificato come viceversa prescritto dalla legge delega che la facoltà di individuare ulteriori ipotesi di legittima dequalificazione è riservata alla contrattazione collettiva confederale o di categoria; sul punto, infatti, il combinato disposto dell'art. 3 quarto comma e dell'art. 51 D. Lgs. 81/2015 comporta che tali accordi possono essere stipulati da qualsiasi articolazione dei sindacati comparativamente più rappresentativi, anche a livello di RSA ovvero anche dalla RSU.
- Dubbio di costituzionalità della stessa legge delega n. 183/2014 per contrasto con l'art. 76 Cost. nella parte in cui ha permesso al governo di prevedere, senza indicare ulteriori principi e criteri direttivi, una delega in bianco alla contrattazione collettiva nell'individuare ulteriori ipotesi di mutamento della disciplina delle mansioni.

Nuovo art. 2103 c.c. e superminimi

Con l'attuale comma 1 art. 2103 c.c. può verificarsi più facilmente l'ipotesi in cui, spostando un lavoratore da una mansione ad un'altra eterogenea come professionalità ma rientrante nel medesimo livello di inquadramento, si ponga il problema di distinguere le voci della retribuzione collegate alla professionalità da quelle dipendenti da modalità accidentali della prestazione.

Nuovo art. 2103 c.c. e superminimi (segue)

Sembra debba farsi riferimento al principio giurisprudenziale per cui potranno essere eliminate (unilateralmente o con apposita pattuizione individuale) le voci di retribuzione collegate a modalità accidentali di svolgimento delle precedenti mansioni, mentre non potranno essere tolte quelle voci volte a compensare il contenuto professionale delle mansioni stesse.

Il principio è anche esplicitato dal nuovo art. 2103 c.c. al quinto comma, seppure solo con riferimento al caso di spostamento a mansioni corrispondenti al livello inferiore, ma deve evidentemente valere anche per il caso previsto dal primo comma di spostamento a mansioni equivalenti, pena il paradossale risultato per cui sarebbe maggiormente tutelato un passaggio a mansioni inferiori rispetto ad uno spostamento nell'ambito dello stesso livello di inquadramento.

Lo stesso principio varrà in caso di spostamento a mansioni corrispondenti al livello di inquadramento inferiore ai sensi del secondo o quarto comma della norma, e può fungere da presidio contro tentativi opportunistici di artificiosa ridenominazione dei superminimi concessi al lavoratore.

Nuovo art. 2103 c.c. e superminimi (segue)

Sempre in caso di spostamento a mansioni corrispondenti al livello di inquadramento inferiore ai sensi dei commi 2 e 4, la prevista “conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento”, con la sola eccezione delle voci retributive collegate a particolari modalità di svolgimento della prestazione, comporta evidentemente che il lavoratore dovrà mantenere la medesima dinamica retributiva dei minimi contrattuali collegata al livello di provenienza.

Nuovo art. 2103 c.c. e superminimi (conclusione)

Sesto comma (accordo individuale di cambio mansioni):

La norma consente una modifica della retribuzione nelle sedi “protette” solo qualora essa sia collegata al cambio di livello e di categoria (cfr. la collocazione della previsione nell’articolo che si occupa della disciplina delle mansioni, le causali che giustificano le pattuizioni, l’aggettivo “relativa” che pone un evidente collegamento concettuale tra il mutamento delle mansioni e l’adeguamento della retribuzione).

Va quindi escluso che il nuovo art. 2103 c.c. consenta accordi finalizzati alla sola riduzione della retribuzioni, ed in ogni caso con l’accordo di modifica delle mansioni non si potrà pattuire una retribuzione inferiore a quella prevista dal livello e dalla categoria di destinazione.

**Il D. Lgs. 24.6.2015 n. 23 e le tutele
convenzionali in materia di
licenziamento.**

I campi di applicazione del D. Lgs. 23/2015 e dell'art. 18 Stat. Lav.

Come noto, l'art. 18 Stat. Lav. non è stato abrogato, e continua ad applicarsi, ricorrendone i presupposti dimensionali, a tutti i rapporti di lavoro in corso al momento dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo.

La disciplina del "contratto a tutele crescenti" si applica, ex art. 1 D. Lgs. 23/15:

- Ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo (ossia il 7.3.2015);
- Ai lavoratori già assunti con contratto a tempo determinato o di apprendistato il cui rapporto venga convertito in contratto a tempo indeterminato successivamente all'entrata in vigore del decreto;
- Ai lavoratori, anche assunti prima dell'entrata in vigore del decreto, che siano però dipendenti di aziende che in forza di assunzioni avvenute successivamente al decreto raggiungano il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, ottavo e nono comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni.

D. Lgs. 23/2015: le ipotesi residuali di tutela reintegratoria forte

L'art. 2 D. Lgs. 23/15 prevede la reintegrazione in servizio nelle seguenti ipotesi:

- licenziamento nullo perché discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, ovvero perché riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge;
- licenziamento orale;
- licenziamento privo di giustificazione giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68.

In questi casi, il giudice condanna altresì il datore di lavoro a risarcire il danno derivante dal licenziamento, in misura pari ad un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

La misura del risarcimento non può in ogni caso essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

(segue) La tutela reintegratoria “debole”

Art. 3 comma 2 D. Lgs: “esclusivamente nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni.

In questo caso, peraltro, vi è **un tetto massimo di 12 mensilità** per la misura dell'indennità risarcitoria.

In questo caso è altresì prevista la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, senza però applicazione di sanzioni per omissione contributiva.

Segue: La tutela indennitaria (“forte” e “debole”)

Art. 3 comma 1 D. Lgs.: in tutti i residui casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa ed in qualsiasi caso in cui risulti ingiustificato il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennita' non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo **pari a due mensilita' dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilita'.**

Art. 4 D. Lgs.: Qualora il licenziamento sia intimato con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennita' non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo **pari a una mensilita' dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilita',** a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle tutele di cui agli articoli 2 e 3 del presente decreto.

L'esigenza di una tutela convenzionale migliorativa

La disciplina del licenziamento contenuta nel D.Lgs. 23/2015 è dunque decisamente di minor favore per il lavoratore, considerata da un lato la **drastica riduzione dei casi in cui è possibile ottenere la reintegrazione** nel posto di lavoro, sia la **limitata entità degli indennizzi**, particolarmente per i lavoratori con ridotta anzianità di servizio.

Non è dunque raro che i lavoratori provvisti di maggior potere negoziale pongano quale condizione per accettare una offerta di assunzione la predisposizione di un **sistema convenzionale di tutele contro il recesso ingiustificato** dell'azienda che ricalchi quello previsto dall'art. 18 Stat. Lav. a loro precedentemente applicabile, ovvero comunque un regime migliorativo rispetto a quello previsto dal Jobs Act.

Gli strumenti a disposizione

Accordo Novartis 20.3.2015: garanzia ai dipendenti appartenenti alla struttura di una società terza che avessero accettato la cessione del loro rapporto di lavoro a Novartis, la conservazione dell'anzianità di servizio maturata presso la società di provenienza tramite l'istituto della "anzianità convenzionale", e conseguentemente la non applicazione della disciplina del contratto a tutele crescenti per quanto attiene il regime giuridico applicabile in caso di recesso datoriale.

(In realtà in caso di cessione del contratto ai sensi dell'art. 1406 c.c., così come nel caso in cui il rapporto di lavoro transiti da un datore di lavoro all'altro in forza di trasferimento d'azienda ex art. 2112 c.c., il rapporto di lavoro prosegue per definizione senza soluzione di continuità dall'una all'altra azienda)

L'attribuzione di una **anzianità convenzionale** da data anteriore al 7.3.2015 costituisce una soluzione tecnicamente affidabile?

Non è certo, posto che una anzianità convenzionale è comunque cosa diversa dalla data di assunzione effettiva, a cui l'art. 1 D. Lgs. 23/2015 ricollega l'applicabilità della disciplina sulle tutele crescenti.

Segue: gli strumenti a disposizione

Accordo Trelleborg 18.5.2015

Punto D) dell'Accordo: la società si impegna ad effettuare 69 assunzioni a tempo indeterminato entro il 31.12.2015 e – in via eccezionale - ad applicare a tali nuovi assunti “le tutele previste dall'art. 18 Stat. Lav. così come modificato dalla L. 28.6.2012 n. 92 nel testo in vigore al momento della sottoscrizione dell'accordo”.

Applicazione convenzionale dell'art. 18 Stat. Lav.?

La **giurisprudenza** ha già avuto modo in passato di pronunciarsi sulla legittimità di accordi che prevedevano l'applicazione in via convenzionale della disciplina di cui all'art. 18 S.L.:

- Cass. 19.1.1990 n. 298: è legittimo l'art. 6 del Contratto Collettivo della Formazione Professionale il quale stabilisce che a tutti i lavoratori dipendenti degli Enti convenzionati anche operanti in strutture con meno di 16 dipendenti si applicano le norme della legge 300/70.
- Cass. 26.3.1990 n. 2413: è legittima la disposizione del contratto collettivo che estenda pattiziamente ai dipendenti di datori di lavoro non imprenditori l'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav.

Segue: disciplina pattizia che ricomprende nei contenuti quella dell'art. 18 S.L.

- Cass. 21.4.1988 n. 3116: E' legittimo l'art. 55 del CCNL il quale prevede con una **disciplina convenzionale** la reintegrazione di un dipendente ingiustamente licenziato, anche se non dipendente da una impresa o da una sua articolazione produttiva che ha meno di 16 dipendenti.
- Cass. 4.6.1988 n. 3791: è legittima ed applicabile una disciplina contrattuale che - **sul piano sostanziale** - subordina l'efficacia e la legittimità della risoluzione alla sussistenza di circostanze oggettive e predeterminate e - sul piano processuale - affida al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo.
- Cass. 26.5.2000 n. 6901: ammette in astratto l'applicabilità convenzionale dell'art. 18 S.L., ma esclude nel caso di specie che la disciplina pattizia avesse questo significato

Applicazione convenzionale dell'art. 18 S.L.: profili problematici

M. Tiraboschi “L'articolo 18 come benefit?”
bollettino ADAPT, 31.3.2015): Il rinvio (materiale o formale) all'art. 18 Stat. Lav. è possibile in quanto la norma non è stata abrogata, e l'accordo comporterebbe semplicemente l'applicazione di una disciplina di maggior favore per il lavoratore, perseguendo quindi una finalità consentita dalla legge, nel rispetto dell'art. 1322 c.c.

Segue: profili problematici

Contra Tursi “Jobs Act: l'altra faccia delle tutele crescenti”, <http://www.ipsoa.it/documents/lavoro-e-previdenza/rapporto-di-lavoro/quotidiano/2015/03/21/jobs-act-l-altra-faccia-delle-tutele-crescenti>; L. Di Paola “le varie forme di tutela avverso il licenziamento individuale illegittimo”, in “Il licenziamento dalla Legge Forneo al Jobs Act”, AA.VV., Giuffrè Ed. 2016):

L'autonomia privata non ha il potere di rendere applicabile una norma di legge inapplicabile, dunque l'art. 18 Stat. Lav. potrebbe solo fungere da **modello di riferimento esterno** per una disciplina pattizia che di fatto ne ricalchi i contenuti, stabilendo espressamente quali situazioni priverebbero di efficacia e di validità il licenziamento o porterebbero ad una tutela solo risarcitoria.

In alternativa, l'adeguata specificazione del contenuto del rapporto di lavoro da ricostituire in caso di invalidità del licenziamento consentirebbe di invocare **l'applicazione dell'art. 2932 c.c.** (giusto il quale “Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso”), con una **sentenza costitutiva del rapporto di lavoro.**

Segue: ulteriori profili problematici

Un rinvio “secco” all’art. 18 Stat. Lav. comporterebbe volere scegliere pattiziamente anche **il rito applicabile per l’impugnazione del licenziamento**, stante la perdurante vigenza ad oggi del rito speciale c.d. “Fornero” previsto dall’art. 1 comma 47 L. 28.6.2012 n. 92 – opzione di dubbia praticabilità.

Segue: ulteriori profili problematici

L'applicabilità di un regime di stabilità convenzionale fondato su accordi privati che ricalchino in via di fatto i contenuti dell'art. 18 Stat. Lav. senza presupporre la diretta applicazione, può a sua volta porre problemi sotto il profilo del versamento dei contributi previdenziali dovuti sulle retribuzioni dovute a titolo di risarcimento, in quanto:

- la giurisprudenza consolidata riguardante l'obbligo contributivo ex art. 12 L. 153/1969 conseguente alla reintegrazione ex art. 18 Stat. Lav. afferma che esso trova giustificazione nella continuità giuridica del rapporto di lavoro derivante dalla nullità, inefficacia o annullabilità del licenziamento che la norma stabilisce (cfr. Cass. 5.7.2007 n. 15143; Cass. 18.9.2014) o comunque dalla nullità dell'atto risolutivo del rapporto (Cass. 25.9.2006 n. 20808, in fattispecie riguardante l'illegittimità di una clausola di risoluzione automatica del rapporto al raggiungimento dell'età pensionabile)
- I contratti non possono introdurre ipotesi di nullità o annullabilità, la cui previsione è riservata alla legge.

Segue: profili problematici

Ipotesi: le parti potrebbero convenire l'obbligo di riassumere il lavoratore con effetto dalla data del licenziamento in caso di accertata illegittimità dello stesso, specificando adeguatamente il contenuto del rapporto da ricostituire e rendendo così possibile una **pronuncia costitutiva del Giudice ex art. 2932 c.c., anche con efficacia ex tunc** (cfr. Cass. 6.2.1986 n. 751 "In ipotesi di concorso bandito da un ente pubblico economico, quest'ultimo è obbligato a espletare le prove inde7e secondo le norme stabilite dal bando stesso e qualora risultino determinati ed accertati, eventualmente anche in sede giudiziaria, tutti gli elementi ed i presupposti del contra7o di lavoro - non esclusa l'idoneità fisica del candidato, che costituisce elemento essenziale per il superamento della selezione - il giudice può pronunciare sentenza costitutiva del rapporto con effi cacia ex tunc")

Ulteriore ipotesi di tutela convenzionale

Sicuramente praticabile un miglioramento per via pattizia delle tutele economiche previste dal D. Lgs. 23/2015, sotto il profilo dell'entità degli importi o della dinamica ascendente dell'indennizzo

IN ATTESA DELLA LEGGE: LA
CONTRATTAZIONE COLLETTIVA
SULLO SMARTWORKING

I CCNL

- Previsioni di carattere generale sul lavoro agile sono contenute nel rinnovo CCNL Industria Alimentare del 5.2.2016 e nel CCNL Federculture maggio2016

Gli accordi esistenti a livello aziendale

Ad oggi stipulati 20 accordi a livello aziendale, tra cui:

- Accordo Nestlé, 12.10.2012
- Accordo Intesa San Paolo S.p.A., 10.12.2014
- Accordo BNL S.p.A., 15.7.2015
- Accordo Randstad Group Italia S.p.A., 2.2.2016
- Accordo Gruppo AXA Italia, 12.4.2016
- Accordo Gruppo Zurich Italia, 1.6.2016
- Accordo Wind Telecomunicazioni S.p.A., 27.6.2016 Smart working introdotto anche in molte altre aziende, tra cui:
Unicredit, Cariparma, Vodafone, Siemens, Microso[, Cisco, Barilla, Unilever, Heineken

Il contenuto degli accordi:

- Riportano nelle premesse la finalità di giungere ad una migliore work – life balance e ad una maggiore produttività
- In taluni casi prevedono che il ricorso allo smart working sia di carattere sperimentale (es. Intesa, AXA, BNL, WIND, Randstad)
- Definiscono lo Smart Working come modalità di svolgimento della prestazione lavorativa in luogo diverso dalla sede di assegnazione, sia essa presso altra sede aziendale, sia presso la residenza/domicilio del lavoratore, sia presso cliente o in altri luoghi

Il contenuto degli accordi (segue):

L'accordo Randstad esclude in ogni caso (art. 8) i luoghi pubblici o aperti al pubblico come luogo di svolgimento dello SW, l'accordo Wind prevede solo che il lavoratore individui "luoghi idonei per lo svolgimento dell'attività lavorativa"

. Il presupposto del ricorso allo smart working, o lavoro agile, è sempre l'adesione volontaria da parte del lavoratore, espressa tramite una richiesta alle strutture di HR che devono autorizzare la richiesta

Il contenuto degli accordi (segue):

- In alcuni casi la possibilità di ricorrere allo SW è riservata solo ai lavoratori di determinate sedi o strutture, e negli accordi AXA (Policy Smart Working, allegato A) all'accordo) e Intesa (art. 3) ai soli lavoratori a tempo indeterminato, il che comporta una probabile violazione del principio di non discriminazione dei lavoratori a tempo determinato ex art. 25 D. Lgs. 81/15

Il contenuto degli accordi (segue):

- Gli strumenti di lavoro sono forniti dall'azienda (l'accordo Randstad prevede però che il lavoratore si munisca di una connessione Internet veloce personale con costi a proprio carico)
- . Il lavoratore ha l'obbligo di custodire con cura gli strumenti di lavoro messi a disposizione e di utilizzarli secondo le istruzioni e la formazione ricevute

Il contenuto degli accordi (segue):

- E' specificato che le prestazioni si svolgeranno in regime di SW per un numero limitato di giornate lavorative al mese e/o alla settimana, osservando il criterio generale della non prevalenza dello SW; l'accordo Nestlé prevede le modalità di Lavoro Agile Occasionale (attività non prevalente e sporadica, ovvero prevalente per un periodo limitato) e Lavoro Agile Sistemático (attività non prevalente per periodo lungo)
- E' prevista la facoltà di entrambe le parti di recedere dalla pattuizione sulla modalità di svolgimento della prestazione in SW con un preavviso (variabile da qualche giorno a due settimane a seconda degli accordi)

Il contenuto degli accordi (segue):

- E' specificato che la modalità di lavoro in SW non comporta alcun mutamento nel trattamento economico e normativo, non implica cambiamento della **sede di lavoro** e non muta la durata complessiva dell'**orario di lavoro**. E' invece in genere più flessibile la sua collocazione:
 - nell'accordo Wind vi è la possibilità per il lavoratore di chiedere una diversa articolazione dello stesso quanto alla collocazione, con esclusione dellavoro notturno;
 - In BNL la prestazione in SW si svolge di massima in correlazione con l'orario normale con la struttura di appartenenza, con le caratteristiche di flessibilità temporale proprie di tale forma di lavoro.
 - In Nestlé la prestazione potrà avvenire in orari diversamente distribuiti rispetto al normale orario di lavoro, fermi i limiti complessivi stabiliti da legge e CCNL

Il contenuto degli accordi (segue):

Lavoro straordinario:

L'accordo Intesa prevede che in caso di esigenza di svolgere prestazioni aggiuntive da altra sede aziendale o da un cliente, debba esservi la preventiva autorizzazione del Responsabile

L'accordo BNL autorizza prestazioni aggiuntive e/ o di straordinario solo se svolte presso altre sedi aziendali, e previa autorizzazione

Il contenuto degli accordi (segue):

Gli accordi Wind e Nestlé specificano che il lavoratore SW dia conto dell'orario svolto segnalandolo su appositi sistemi di rilevazione presenze operanti in rete (Time Management per Nestlé, Clockin per Wind)

E' generalmente specificato che il **potere direttivo e disciplinare** rimane invariato, e che il dipendente deve rendersi reperibile (tendenzialmente tramite gli strumenti di lavoro forniti dall'azienda) durante l'orario di lavoro.

.

Il contenuto degli accordi: il controllo sulla prestazione

- Sulla questione del **controllo**:
 - L'art. 26 dell'accordo Axa specifica che "l'azienda dichiara di non avere mai installato e di non volere installare, nemmeno in futuro, sistemi, impianti o programmi finalizzati al controllo a distanza dell'attività svolta dai singoli lavoratori, compresi quelli che svolgono la loro prestazione in modalità SW"
 - L'art. 13 dell'accordo Zurich, analogamente, prevede che "nessuno strumento di controllo a distanza dei lavoratori che svolgono la prestazione lavorativa, sia nei locali aziendali sia in SW, verrà installato e/o utilizzato"
 - Viceversa l'art. 7 dell'accordo Nestlé recita: "Le Parti convengono esplicitamente che i dati relativi alla quantità e alla qualità delle prestazioni, raccolti dall'azienda per mezzo dei sistemi informatici e/o telematici di cui si avvale il lavoratore che fruisce del Lavoro Agile, non costituiscono violazione dell'art. 4 della L. n. 300/70 in quanto funzionali allo svolgimento del rapporto di lavoro"

Il contenuto degli accordi: il controllo sulla prestazione

- L'art. 7 dell'Accordo Nestlé pare in evidente contrasto con l'art. 4 Stat. Lav., sia nella versione antecedente sia nella versione successiva alla riforma introdotta dall'art. 23 D. Lgs. 14.9.2015 n. 151.

Anche l'attuale art. 4 Stat. Lav. infatti non liberalizza i controlli e in ogni caso il datore di lavoro deve attenersi ai limiti imposti dal D. Lgs. 196/03 sulla Privacy, cui la norma statutaria espressamente rimanda.

Art. 4 (Impianti audiovisivi e altri strumenti di controllo)

- 1. Gli impianti audiovisivi e gli altri strumenti dai quali derivi anche la possibilità di controllo a distanza dell'attività dei lavoratori possono essere impiegati esclusivamente per esigenze organizzative e produttive, per la sicurezza del lavoro e per la tutela del patrimonio aziendale e possono essere installati previo accordo collettivo stipulato dalla rappresentanza sindacale unitaria o dalle rappresentanze sindacali aziendali. In alternativa, nel caso di imprese con unità produttive ubicate in diverse province della stessa regione ovvero in più regioni, tale accordo può essere stipulato dalle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. In mancanza di accordo gli impianti e gli strumenti di cui al periodo precedente possono essere installati previa autorizzazione della Direzione territoriale del lavoro o, in alternativa, nel caso di imprese con unità produttive dislocate negli ambiti di competenza di più Direzioni territoriali del lavoro, del Ministero del lavoro e delle politiche sociali.
- 2. La disposizione di cui al comma 1 non si applica agli strumenti utilizzati dal lavoratore per rendere la prestazione lavorativa e agli strumenti di registrazione degli accessi e delle presenze.
- 3. Le informazioni raccolte ai sensi dei commi 1 e 2 sono utilizzabili a tutti i fini connessi al rapporto di lavoro a condizione che sia data al lavoratore adeguata informazione delle modalità d'uso degli strumenti e di effettuazione dei controlli e nel rispetto di quanto disposto dal decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196.».
-(omissis).....

IL D.Lgs. 196/03

- **Art. 3 (principio di necessità):** I sistemi informativi e i programmi informatici sono configurati riducendo al minimo l'utilizzazione di dati personali e di dati identificativi, in modo da escluderne il trattamento quando le finalità perseguite nei singoli casi possono essere realizzate mediante, rispettivamente, dati anonimi od opportune modalità che permettano di identificare l'interessato solo in caso di necessità
- **Art. 11:** I dati personali oggetto di trattamento sono:
 - a) trattati in modo lecito e secondo correttezza;
 - b) raccolti e registrati per scopi determinati, espliciti e legittimi, ed utilizzati in altre operazioni del trattamento in termini compatibili con tali scopi;
 - c) esatti e, se necessario, aggiornati;
 - d) pertinenti, completi e non eccedenti rispetto alle finalità per le quali sono raccolti o successivamente trattati;
 - e) conservati in una forma che consenta l'identificazione dell'interessato per un periodo di tempo non superiore a quello necessario agli scopi per i quali essi sono stati raccolti o successivamente trattati.

Le Linee Guida del Garante della Privacy

- A conclusione delle Linee Guida su utilizzo poste elettronica e rete Internet nel rapporto di lavoro (1 marzo 2007), con provvedimento ex art. 154 comma 1 lett. c) il Garante:
- vieta ai datori di lavoro privati e pubblici, ai sensi dell'art. 154, comma 1, lett. d), del Codice, di effettuare trattamenti di dati personali mediante sistemi hardware e software che mirano al controllo a distanza di lavoratori (punto 4), svolti in particolare mediante:
 - a) la lettura e la registrazione sistematica dei messaggi di posta elettronica ovvero dei relativi dati esteriori, al di là di quanto tecnicamente necessario per svolgere il servizio e-mail;
 - b) la riproduzione e l'eventuale memorizzazione sistematica delle pagine web visualizzate dal lavoratore;
 - c) la lettura e la registrazione dei caratteri inseriti tramite la tastiera o analogo dispositivo;
 - d) l'analisi occulta di computer portatili e altri dati in uso;
- 4) individua, ai sensi dell'art. 24, comma 1, lett. g), del Codice, nei termini di cui in motivazione (punto 7), i casi nei quali il trattamento dei dati personali di natura non sensibile possono essere effettuati per perseguire un legittimo interesse del datore di lavoro anche senza il consenso degli interessati;

Altri contenuti degli accordi

Degna di nota è la previsione dell'accordo Zurich (art. 10) il quale prevede che "in assenza (ed in aNesa) di una disciplina normativa legata al caso di infortunio in una giornata di SW, il dipendente debba darne tempestiva comunicazione a HR, fornendo la descrizione dell'evento e la documentazione richiesta. Qualora INAIL contesti l'evento e non lo riconosca quale infortunio sul lavoro, l'Azienda, previa verifica delle circostanze e delle conseguenze derivanti dall'evento denunciato, applicherà i parametri utilizzati dall'INAIL per la liquidazione del danno al dipendente o agli aventi diritto, sotto forma di capitale o rendita. Le parti stabiliscono fin d'ora che all'entrata in vigore della normativa in materia di coperture assicurative connesse a tale modalità e forma di lavoro si applicherà automaticamente la disciplina legislativa nazionale sul tema"

Altri contenuti degli accordi

- Anche l'accordo AXA (art. 25) prevede che “qualora un dipendente in Smart Working subisca un infortunio di qualsiasi genere al di fuori dei locali aziendali, dovrà informare tempestivamente la Direzione HR, fornendo tutti i deNagli dell'evento. In caso di contestazione da parte dell'INAIL dell'evento accaduto motivata dall'assenza di riferimenti normativi specifici sullo svolgimento della prestazione di lavoro in modalità SW, l'azienda si impegna tramite specifica copertura assicurativa a garantire le eventuali erogazioni non riconosciute al dipendente o agli aventi diriNo”