

Interpretazione

Riflessioni sul recente accordo di rinnovo del contratto collettivo del settore terziario

di **Michele Squeglia** - Professore a contratto di Diritto del lavoro e di Diritto della previdenza complementare nell'Università degli Studi di Milano

Il contributo propone alcune riflessioni sul recente accordo di rinnovo del collettivo nazionale del settore terziario che presentano risvolti di particolare interesse tra gli studiosi e gli operatori del diritto. In particolare, vengono esaminate le previsioni contrattuali sugli aumenti contrattuali "non riassorbibili", sull'elemento economico di garanzia, sulla copertura economica della malattia nei giorni c.d. di carenza, sulla confluenza delle casse previdenziali nel fondo di previdenza complementare di categoria, sull'inquadramento dei lavoratori che prestano attività nell'*Information and Communication Technology* ed, infine, sul recepimento delle norme della l. n. 183/2010 in materia di composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro.

Premessa

La recente sottoscrizione dell'accordo di rinnovo del contratto collettivo nazionale del settore terziario (1) - che si presenta "largamente innovativo su numerosi temi" (2) - suggerisce qualche riflessione su talune questioni - fra le tante poste (3) - che presentano risvolti di particolare interesse tra gli studiosi e gli operatori del diritto.

Ci si riferisce, in particolare, alla previsione degli aumenti contrattuali "non riassorbibili", all'introduzione dell'elemento economico di garanzia, all'esclusione della copertura economica della malattia nei giorni c.d. di carenza, alla confluenza delle casse previdenziali nel fondo di previdenza complementare di categoria, all'inquadramento dei lavoratori che prestano attività nell'*Information and Communication Technology*, al recepimento delle norme di cui alla l. 4 novembre 2010, n. 183 in materia di composizione stragiudiziale delle controversie di lavoro.

Gli aumenti contrattuali "non riassorbibili": una soluzione interpretativa

Nell'accordo di rinnovo del 26 febbraio 2011 le parti sociali hanno concordato aumenti contrattuali "non riassorbibili" mensili (art. 200); aumenti contrattuali "non riassorbibili" dell'elemento distinto della retribuzione nei casi in cui il datore di lavoro non versi la contribuzione agli enti bilaterali (art.

21); aumenti contrattuali "non riassorbibili" nei casi di mancato versamento della contribuzione per l'assistenza sanitaria integrativa al Fondo Est (capo II, ex art. 95); ed, infine, aumenti contrattuali "non riassorbibili" allorché il datore non versi la contribuzione, a favore del lavoratore con qualifica di quadro, alla Cassa di assistenza sanitaria integrativa QUAS (ex art. 115).

La non riassorbibilità dei miglioramenti retributivi rappresenta uno di quei temi su cui le posizioni della dottrina e della giurisprudenza non sempre sono risultate convergenti; e ciò a causa delle implicazioni che essa comporta sul rapporto tra contratto collettivo e contratto individuale e, più in generale, sull'efficacia degli usi aziendali e sul principio di non discriminazione.

Note:

(1) L'accordo decorre dal 1° gennaio 2011, con validità triennale fino al 31 dicembre 2013 (art. 236).

(2) Tiraboschi, *Intervento sul seminario "Rinnovo contratto nazionale commercio e servizi"*, organizzato da Ascom - Confcommercio, Bergamo, 8 aprile 2011.

(3) Si considerino le norme sull'apprendistato (art. 52 e ss.), sul rapporto di lavoro a tempo parziale (art. 72), sul periodo di prova (art. 106), sul lavoro dominicale (art. 141), sui permessi retribuiti (art. 146), sulle dimissioni (art. 241), sugli accordi contrattuali con effetti derogatori o sospensivi, previsti ai fini del superamento di situazioni di crisi, dello sviluppo economico e occupazionale, dell'avvio di nuove attività (ampliamento, ristrutturazione e rilancio dell'attività), dell'emersione dal lavoro sommerso in presenza di idonei provvedimenti legislativi.

Ad esempio, i giudici di legittimità (4) hanno sostenuto che «l'eccedenza della retribuzione (o superminimo (5)) rispetto ai minimi tabellari, che sia stata (anche individualmente) pattuita fra datore di lavoro e lavoratore, è di norma soggetta al principio generale dell'assorbimento nei miglioramenti retributivi previsti e contemplati dall'applicabile disciplina contrattuale collettiva, salvo che sia stato da questa diversamente disposto»; nella medesima sentenza si legge però che ai fini della ricostruzione della volontà negoziale «deve essere valutato il comportamento delle parti anche successivo alla conclusione del patto relativo, come, ad esempio, la continuata erogazione del superminimo, senza assorbimento, nei miglioramenti retributivi succedutisi nel corso del rapporto di lavoro».

Dunque, l'assorbibilità dei superminimi è uno di quegli argomenti che si contorna di profili di criticità che vanno ben oltre il dato meramente letterale (6). Ebbene, ritornando all'accordo di rinnovo nel settore terziario del 2011, da subito conviene rammentare che la previsione dell'assorbibilità non è espressione di *ius novum*: già l'accordo del 2 luglio 2001, per il rinnovo del contratto collettivo nazionale del 20 settembre 1999, contemplava la non assorbibilità degli aumenti contrattuali.

Ciò nonostante, non pare che la questione abbia ricevuto nel corso degli anni una soluzione in giurisprudenza; e ciò ha finito per alimentare numerose perplessità e diverse teorie interpretative.

La questione, di cui si proverà a dare una risposta, riguarda quei datori di lavoro che hanno concesso ai propri dipendenti nelle more del rinnovo contrattuale - in considerazione del clima che il protrarsi delle trattative crea all'interno dell'azienda - aumenti retributivi assorbibili, confrontandosi, una volta sottoscritto l'accordo di rinnovo, con la clausola di non assorbibilità degli aumenti contrattuali.

Al datore di lavoro si prospetta il seguente quesito: assorbire o conservare le anticipazioni eventualmente corrisposte nel nuovo trattamento collettivo? Come si può comprendere, le eventuali implicazioni di una diversa interpretazione comporterebbero l'obbligo di corrispondere le differenze retributive, l'incidenza sugli istituti indiretti, gli interessi e la rivalutazione monetaria, il versamento dei contributi previdenziali.

Tuttavia, il superamento del dato letterale permette di sviluppare alcune riflessioni e giungere ad una conclusione interpretativa coerente.

La prima questione è attinente al comportamento del datore di lavoro che presentando le caratteristi-

che della generalità, della durata e della costanza concede ai propri dipendenti, non necessariamente attraverso un'esplicita dichiarazione di volontà, trattamenti che derogano *in melius* a quelli minimi del contratto collettivo nazionale. Si tratta di un comportamento che assurge al rango di clausola integrativa del contratto di lavoro, rientrando segnatamente negli usi aziendali di cui all'art. 1340 c.c. (7).

La giurisprudenza, in diverse circostanze, ha ritenuto che - una volta inserite nel contratto individuale - le clausole d'uso resistono a modificazioni peggiorative contenute nei successivi accordi collettivi, anche aziendali (8); al più idonei ad escludere l'inserzione dell'uso aziendale nei contratti individuali di nuova stipulazione (9). In dottrina si è costantemente sostenuto che esse integrano il contenuto del contratto a prescindere dalla volontà e dalla conoscenza delle parti, cosicché esse valgono al di fuori di ogni richiamo della legge ed altresì contro le sue disposizioni derogabili (10).

Note:

(4) Cass. 25 febbraio 1994, n. 1899, in *Mass. giur. it.*, 1994.

(5) Sulla funzione di indicatore (della coerenza) della struttura retributiva, v. Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Il diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1992, 302.

(6) In dottrina, senza pretesa di completezza, v. Angiello, *La retribuzione*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 1989, 64 e ss.; Castelvetri, *Una nuova prospettiva teorica per gli usi aziendali*, in *ADL*, 1997, 161 e ss.; Galantino, *Sui trattamenti retributivi individuali più favorevoli*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1980, 170; Lambertucci, *Usi aziendali e rapporto di lavoro: brevi note*, in *Diritto del mercato del lavoro*, Napoli, 3, 2009, 425 e ss.; Miscione, *Usi aziendali e diritti individuali*, in questa *Rivista*, 2008, 445 e ss.; Occhino, *Usi aziendali e gratuità delle attribuzioni patrimoniali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, 692 e ss.; Quadri, *Usi aziendali e autonomia negoziale*, Napoli, 2008; Scognamiglio, *Diritto del lavoro*, Napoli, 2005, 25.

(7) Biagi e Tiraboschi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2004, 58; Tursi e Varesi, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Padova, 2010, 489. Tuttavia, l'obbligazione del datore di lavoro nei confronti non solo dei beneficiari del trattamento ma anche degli altri dipendenti - che in tempi diversi e successivi si troveranno nella stessa situazione dei primi - ha portato la giurisprudenza (Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773, in *CED* 533968), ai fini della configurazione giuridica dell'uso aziendale, a ripudiarne la dimensione individuale per abbracciarne una collettiva che indurrebbe ad accostarli agli altri atti di autonomia collettiva. Sulla ricostruzione della collocazione sistematica dell'uso aziendale come «elemento di integrazione della stessa disciplina collettiva esistente nell'impresa», v. Lambertucci, *Usi aziendali e rapporto di lavoro: brevi note*, cit., 425 e ss.

(8) V., ad esempio, con riferimento agli aumenti di contingenza, Cass. 28 gennaio 1978, n. 429, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 24.

(9) *Amplius* Cass. 19 aprile 1980, n. 2583, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, 119.

(10) Alleva, *Automatismi e riassorbimenti salariali*, in *Riv. giur. lav.*, 1979, I, 82 e ss.; Scognamiglio, *Il lavoro nella costituzione italiana*, in AA.VV. (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978.

Orbene, una volta giunti alla conclusione di uso negoziale (ovverosia "clausola generata dall'uso" (11)), c'è da soffermarsi sulla seconda questione, vale a dire sul suo rapporto con il contratto collettivo nazionale. Non sembra possa dubitarsi dell'operatività in tali circostanze del criterio definito di conglobamento (12) secondo cui «in caso di divergenza tra la trattazione collettiva e i patti individuali, la retribuzione spettante al lavoratore deve essere stabilita sulla base del criterio dell'assorbimento, è cioè dell'individuazione globale del trattamento più favorevole e non già sui compensi pattuiti e dei minimi contrattuali» (13). Un criterio che consente di considerare più favorevole «la regolamentazione che è tale nel suo complesso» (14), evitando la disarticolazione dei contratti collettivi che conseguirebbe dall'applicazione di un criterio diverso (15). Seguendo tale ragionamento, si giunge a sostenere l'assorbimento degli aumenti contrattuali dal momento che il superminimo concesso (l'eccedenza della retribuzione) si presenta inferiore all'aumento del minimo tabellare. Ancora in giurisprudenza (16) si aggiunge che «gli aumenti avrebbero la stessa funzione dell'indennità di vacanza contrattuale, vale a dire quella di anticipare l'adeguamento delle retribuzioni ai minimi tabellari che saranno stabiliti dal rinnovando contratto collettivo». Senza contare poi che «il mancato assorbimento determinerebbe la violazione del principio di parità di trattamento nei confronti dei nuovi assunti» (17). A ben vedere poi l'accordo di rinnovo respinge implicitamente anche questo possibile effetto, atteso che nelle premesse si legge che «*le parti stipulanti perseguono anche il fine di garantire omogenee condizioni di concorrenza per tutte le imprese del settore*».

Nondimeno è da escludere che il datore di lavoro, anziché procedere alla corresponsione dell'integrale aumento della paga base, potrebbe «limitarsi a pagare al lavoratore, in aggiunta alla somma complessivamente già goduta da costui a titolo di paga base e di superminimo, quanto necessario per raggiungere il maggiore importo della medesima paga base successivamente dovuta» (18).

Unico limite che incontra tale soluzione interpretativa è quando l'assorbibilità sia espressamente esclusa dagli accordi individuali ovvero dalla disciplina collettiva (19).

Infine, mette conto rilevare che c'è un'altra questione che, a nostro avviso, merita un approfondimento. Si tratta di quei casi nei quali l'interessato possa dimostrare che la concessione del superminimo è la conseguenza di una professionalità superiore rispetto

a quella normale dei lavoratori inquadrati allo stesso livello o che risulta conseguenza di una particolare gravosità della mansione o che è legata a particolari meriti o alle particolari qualità (o anche alla maggiore onerosità) delle mansioni (20). In sostanza, un elemento retributivo sostanziale che è correlato a un particolare apprezzamento del lavoro svolto (21). Casi nei quali pare non è scevra d'opinabilità l'operatività della clausola di non assorbibilità. D'altronde, sulla legittima diversificazione dei livelli retributivi di singoli lavoratori si sostiene (22) che essa può razionalmente giustificarsi «dalla diversità di situazioni aziendali o, tale comunque, da risultare ragionevole».

L'esclusione della copertura economica della malattia nei "giorni di carenza" dopo il quinto evento morboso

Particolarmente significativa si presenta la disposizione che stabilisce, con decorrenza dal 26 febbraio 2011 e nel corso di ciascun anno solare (1° gennaio - 31 dicembre), che la quota a carico dell'azienda per i primi tre giorni di malattia (denominati "periodo di carenza"), viene corrisposta nella misura del cento per cento per i primi due eventi morbosi, del cinquanta per cento per il terzo e il quarto evento, e

Note:

(11) Messineo, *Contratto*, Milano, 1961, 158.

(12) In questo senso Cass. 13 marzo 1996, n. 2058, in *Giust. civ.*, 1996, I; Cass. 17 maggio 1980, n. 3253.

(13) V. anche Cass. 28 luglio 1984, n. 4505, in *Mass. giur. it.*, 1984.

(14) Pera, *Lezioni di diritto del lavoro*, Padova, 2006, 141 e ss.; cfr. anche Tursi e Varesi, *Lineamenti di diritto del lavoro*, cit., 489.

(15) Tursi e Varesi, *Lineamenti di diritto del lavoro*, cit., 489.

(16) Cfr. Trib. Firenze, 19 febbraio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.* 1998, 120, con nota di Fiorai.

(17) Ghezzi e Romagnoli, *Il diritto sindacale*, Bologna, 1992, 170 e ss.

(18) Cass. 7 agosto 1999, n. 8498, in *Dir. e prat. lav.*, 2000, 165. Sulla questione, cfr. Zilio Grandi, *Le fonti della retribuzione: spunti da una ricerca*, in *Riv. dir. rel. ind.*, 1996, 97 e ss.

(19) Cass. 6 novembre 1990, n. 10661, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 11.

(20) Cass. 13 marzo 1996, n. 2058, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1943; Cass. 6 novembre 1990, n. 10661, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 11. Sull'onere della prova, a carico del lavoratore, della non assorbibilità del superminimo, v. Cass. 23 dicembre 1986, n. 7864, in *Giur. it.*, 1987, I, 1368.

(21) Carinci, De Luca Tamajo, Tosi, Treu, *Il diritto del lavoro*, cit., 300 e ss.

(22) Biagi e Tiraboschi, *Istituzioni di diritto del lavoro*, cit., 444 e ss.; Foglia, *La retribuzione*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2000, 396 e ss.

cessa di essere erogata a partire dal quinto evento intervenuto durante l'anno (art. 176) (23).

La disposizione è tanto più significativa se confrontata con quelle contenute nei contratti collettivi aziendali, sottoscritti di recente (24), nei quali si stabilisce un premio di partecipazione che tiene conto del numero totale dei giorni di malattia fruiti dal lavoratore e dal numero di eventi.

Tuttavia, la finalità degli incentivi di produttività, oltre a migliorare i risultati complessivi dell'impresa e a ottimizzare il servizio agli utenti, dovrebbe comprendere anche la necessità di controllare la variabilità dei comportamenti lavorativi individuali e/o di gruppo nonché di assolvere il compito di ottenere un'identificazione del lavoratore negli obiettivi aziendali. Nelle previsioni contrattuali di secondo livello si premia invece un incentivo basato su un automatismo (*rectius*, la partecipazione in azienda) che andrebbe perseguito con tecniche retributive (e non) diverse. D'altronde, dopo il Protocollo del luglio del 23 luglio 1993, l'accordo separato del 22 gennaio 2009 e del recente accordo interconfederale del 28 giugno 2011, sono superati i tempi nei quali, da una parte, il direttore del personale si faceva incaricare dal capo dell'azienda su "quanto spendere per la vertenza" e, dall'altra, il sindacalista era obbligato a "portare a casa" l'aumento della retribuzione, perché erano questi gli argomenti che i lavoratori avrebbero atteso in assemblea per la ratifica dell'accordo (25). Al contrario, la presenza in azienda potrebbe essere assicurata mobilitando tutto il sistema premiante, ricomprendendo anche le ricompense organizzative e quelle sociali (26). Altrimenti perché non premiare anche coloro che hanno effettuato più lavoro straordinario o coloro che possiedono, rispetto ad altri, una *funzionale* categoria di inquadramento?

La previsione contrattuale del settore terziario si allontana da questa logica per abbracciarne una che tende a prevenire gli abusi da microassenteismo, salvaguardando la presenza del lavoratore in azienda. In questo caso, lungi dall'assegnare alla contrattazione di secondo livello alcuna funzione dispositiva, il dato contrattuale sembra enfatizzare, almeno nelle finalità, quanto il legislatore ha realizzato nel settore pubblico (cfr. l'art. 71, comma 1, d.l. n. 112/2008, conv., con modificazioni, nella l. n. 133/2008 (27)). Al tempo stesso, l'accordo di rinnovo rinvigorisce le tutele a favore dei lavoratori colpiti da gravi patologie, giacché sono esclusi dal computo degli eventi, ai fini della predetta riduzione, quelli connessi al ricovero ospedaliero, al *day hospital*, all'emodialisi, all'evento di malattia con prognosi iniziale non infe-

riore a dodici giorni, alla sclerosi multipla (o progressiva), alle patologie gravi e continuative che comportino terapie salvavita documentate da specialisti del Servizio Sanitario Nazionale.

L'elemento economico di garanzia in assenza della contrattazione di secondo livello

Si tratta di un emolumento corrisposto "in via sperimentale" ai lavoratori a tempo indeterminato, agli apprendisti, ai lavoratori *part time* e ai contratti di inserimento in forza al 31 dicembre 2013 che risul-

Note:

(23) Come è noto, i primi tre giorni di malattia (compreso il giorno di inizio, ancorché parzialmente o totalmente lavorato) sono posti dalla contrattazione collettiva a carico del datore di lavoro. Dal quarto giorno di malattia, computato dalla data di inizio dell'evento morboso dichiarato dal lavoratore e riportato nella relativa certificazione medica, fino al centottantesimo giorno la corresponsione dell'indennità è a carico dell'Istituto previdenziale competente, sia pure in misura non integrale rispetto alla retribuzione *ab origine* percepita (v. Squeglia, *Sospensione della prestazione lavorativa e diritti del lavoratore*, Torino, 2006, 77 e ss.). Peraltro, in questa sede, occorre rammentare che in base a quanto stabilito dall'art. 6 della l. 11 gennaio 1943, n. 138, nell'interpretazione fornita dall'art. 20, comma 1, d.l. n. 112/2008, i datori di lavoro che hanno corrisposto per legge o per contratto collettivo, anche di diritto comune, il trattamento economico di malattia, con conseguente esonero dell'Istituto nazionale della previdenza sociale dall'erogazione della predetta indennità, non sono tenuti al versamento della relativa contribuzione all'Istituto medesimo.

(24) Cfr. il punto 6 del contratto aziendale dell'Ideal Standard, stipulato il 10 febbraio 2011, secondo cui «Il pagamento del premio a consuntivo avrà cadenza annuale (...) e sarà determinato in base al numero totale delle giornate di malattia e al numero di eventi di malattia secondo la Tabella B allegata (...). Il suddetto calcolo non verrà applicato ai lavoratori affetti da malattie croniche invalidanti certificate e depurate dalle assenze per ricovero ospedaliero (...). Le somme non erogate saranno redistribuite tra i lavoratori che nell'anno non hanno manifestato alcun evento per malattia (...)». Per l'analisi del testo contrattuale consulta www.adapt.it.

(25) Cugini, *La retribuzione di risultato*, Napoli, 2000.

(26) Cfr. Costa, *Economia e direzione delle risorse umane*, Torino, 2001.

(27) L'art. 71, comma 1, d.l. n. 118/2008 prevede che «nei primi dieci giorni di assenza è corrisposto il trattamento economico fondamentale con esclusione di ogni indennità o emolumento, comunque denominati, aventi carattere fisso e continuativo, nonché di ogni altro trattamento accessorio. Resta fermo il trattamento più favorevole eventualmente previsto dai contratti collettivi o dalle specifiche normative di settore per le assenze per malattia dovute ad infortunio sul lavoro o a causa di servizio, oppure a ricovero ospedaliero o a *day hospital*, nonché per le assenze relative a patologie gravi che richiedano terapie salvavita». Sulla disciplina delle assenze per malattia dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, v. le circ. Dipartimento Funzione Pubblica n. 7 del 17 luglio 2008 e n. 8 del 5 settembre 2008. Tuttavia, con tale soluzione si colpiscono «in modo sommario i casi più frequenti d'assenteismo, ma a danno anche di chi malato lo è davvero» (Miscione, *Il diritto del lavoro dopo il d.l. n. 112 del 2008 su sviluppo economico e semplificazione*, in questa *Rivista*, 2008, 975).

tano iscritti da almeno sei mesi nel libro unico del lavoro di cui all'art. 39, l. n. 133/2008 (28). Si presenta omnicomprensivo, non utile ai fini del calcolo di nessun istituto di legge o contrattuale e di importo differenziato a seconda dei diversi profili di inquadramento e della consistenza occupazionale dell'azienda (29). È stato sostenuto che esso non rappresenta "una tassa aggiuntiva" bensì «un'alternativa per quelle aziende che non abbiano contratti di secondo livello» (30) ovvero «un incentivo a negoziare il premio, dal momento che in assenza di questo le imprese restano obbligate ad erogare la voce retributiva aggiuntiva (...) e, per di più, slegata da qualunque parametro collegato al proprio andamento economico-produttivo» (31).

La corresponsione dell'emolumento è legato alle diverse dimensioni dell'organizzazione del datore di lavoro (32). Così le aziende, che occupano più di trenta dipendenti, anche in più unità decentrate nell'ambito della stessa Provincia, una volta verificata l'impossibilità di ricorrere alla contrattazione territoriale, in assenza di quella aziendale, potranno, in alternativa, procedere alla corresponsione del predetto elemento economico di garanzia. Per contro, le aziende che abbiano fino a trenta dipendenti, applicheranno le previsioni in materia di contrattazione territoriale - come disciplinata dal contratto collettivo nazionale del lavoro - ovvero, in alternativa, l'elemento economico di garanzia. L'esclusione della contrattazione aziendale nelle piccole unità produttive pare possa motivarsi, a nostro avviso, non solo per il particolare assetto dei rapporti di lavoro che scoraggia la competizione pluralistica ma anche per l'assenza di strutture effettive di rappresentanza sindacali (33). Infine, le aziende che abbiano unità produttive distribuite nell'ambito di più Province e che, in assenza di contrattazione aziendale, intendano avvalersi della contrattazione territoriale, applicheranno o i singoli contratti territoriali stipulati nelle diverse Province oppure, in tutte le unità produttive, l'accordo territoriale sottoscritto nel luogo in cui l'azienda ha la propria sede legale. In alternativa, il datore di lavoro potrà ricorrere alla corresponsione del citato elemento economico.

A ben vedere, la sperimentazione di tale elemento economico (che può estendersi anche ad altre misure dell'accordo di rinnovo) denota come la contrattazione collettiva si faccia carico di realizzare un "riformismo per esperimenti", mostrandosi disponibile a cambiamenti di metodo e di sistema, assecondando quanto alcuni commentatori (34) hanno di recente auspicato quale criterio che permetterebbe al legislatore nazionale - "con spirito pragmatico senza

drammatizzare il nuovo" - di mettere alla prova la funzionalità di nuove riforme da introdurre «a causa delle condizioni di grave arretratezza, per le enormi distorsioni esistenti a sfavore di giovani e donne, per i divari territoriali e per la crescente perdita di competitività delle imprese».

Tuttavia, la previsione dell'elemento contrattuale di garanzia rappresenta un approdo che, a nostro avviso, richiederebbe opportuni contrappesi nella disciplina dell'assetto complessivo dell'accordo di rinnovo che, se pure ispirato a logiche di partecipazione degli assetti contrattuali, trascura l'eventualità di destinare tale emolumento, ad esempio, per fini di protezione sociale. Così una volta verificata la funzionalità della misura, a regime una possibile evoluzione potrebbe vedere tale emolumento destinato a finanziare la previdenza complementare o l'assistenza sanitaria integrativa, quale contribuzione ulteriore e aggiuntiva e, più in generale, la previdenza contrattuale. E ciò in quanto, in assenza di incisive riforme del quadro legislativo che regola l'accesso alle prestazioni del *welfare*, l'impatto sul bilancio pubblico si presenterà decisamente consistente e tale da pregiudicare, stante le previsioni economiche più recenti (35), il mantenimento di politiche fiscali rigorose e orientate allo sviluppo.

Previdenza complementare e *welfare* contrattuale

L'art. 96 stabilisce che, attraverso specifico accordo aziendale, i fondi pensione e le casse di previdenza

Note:

(28) La previsione trascina l'indicazione dell'accordo quadro del 22 gennaio 2009, quindicesimo capoverso, «di individuare - ai fini della effettività della contrattazione di secondo livello - le soluzioni più idonee non esclusa l'adozione di elementi economici di garanzia o forme analoghe (...)».

(29) Esso non sarà dovuto per i lavoratori inquadrati al VII livello o che rivestano la qualifica di operatori di vendita.

(30) Lazzarelli, Intervento sul seminario "Rinnovo contratto nazionale commercio e servizi", organizzato da Ascom - Confcommercio, Bergamo, 8 aprile 2011.

(31) Giugni, *Diritto sindacale*, aggiornato da Bellardi, Curzio e Garofalo, Bari, 2009, 170.

(32) L'assetto contrattuale, contemplato dall'accordo di rinnovo, prevede che la contrattazione di secondo livello si esercita sulle materie delegate dal contratto collettivo nazionale di lavoro ovvero dalla legge, su quelle non disciplinate a livello nazionale. Ad ogni modo, la contrattazione aziendale e quella territoriale sono alternative e non sovrapponibili fra loro.

(33) Cfr. Bellardi, *Dal protocollo del 1993 al libro bianco: nodi critici e ipotesi di riforme della struttura contrattuale*, in *Economia e Lavoro*, 2003, 36, 385 e ss.

(34) Ferrera, *Serve un riformismo sperimentale*, in *Corriere della Sera*, 25 marzo 2011.

(35) V. Quirino, *Europa equa e solidale*, Roma, 2009, 17 e ss.

complementare costituite anteriormente al 29 novembre 1996 possono deliberare la confluenza nel Fondo di previdenza complementare di categoria (Fonte).

La presenza di strumenti previdenziali, strutturati secondo modalità e forme eterogenee, ha indotto le parti sociali ad assegnare al Fondo di categoria la finalità di proseguire i trattamenti pensionistici complementari che attualmente fanno capo ai fondi pensione e alle casse pensionistiche esistenti presso le diverse aziende, assegnando alla contrattazione di secondo livello il compito di assicurare per tutti i lavoratori del settore terziario, senza soluzione di continuità, le garanzie in precedenza maturate e acquisite, ivi comprese quelle attinenti alle prestazioni accessorie.

La disposizione conferma la *ratio* dell'accordo di rinnovo e, alla radice, quella dell'accordo quadro del 22 gennaio 2009 (36): la previdenza complementare e il *welfare* contrattuale (dal finanziamento degli enti bilaterali, all'istituzione del Fondo di assistenza sanitaria integrativa, al mantenimento della cassa di assistenza sanitaria per i quadri direttivi e ai Fondi interprofessionali) non si presenta solo come sistema di assicurazione e protezione dei rischi, ma anche come strumento per governare fenomeni complessi, anticipando i cambiamenti nel campo del mercato del lavoro, della previdenza o nel campo delle politiche familiari e sanitarie. Lo sforzo è, dunque, quello di scommettere sulla *previdenza contrattuale* e sulla conseguente adozione di strumenti negoziali e contrattuali, anziché pubblicistici e normativi, accreditando un contesto normativo più idoneo a favorire la convergenza delle attività private con quelle pubbliche.

L'inquadramento professionale nel settore *Information and Communication Technology*

Altra questione da considerare attiene la posizione assunta dalla contrattazione collettiva nazionale di categoria del settore terziario e, in particolare di quella dei servizi, che non appare quiescente rispetto ad una puntuale focalizzazione e regolamentazione dell'inquadramento professionale dei lavoratori impiegati nel settore dell'*Information and Communication Technology* (d'ora in avanti ITC) (37). Sebbene l'individuazione delle nuove mansioni appaia un'esigenza imprescindibile, considerato l'area tecnologica di competenza, non mancano clausole di salvaguardia intese al compimento di preventive iniziative di monitoraggio e di verifica. Non sorprende, dunque che l'accordo di rinnovo del contratto collettivo nazionale del settore terziario pre-

veda l'introduzione di una parte speciale relativa alle aziende operanti nel settore dell'ITC, demandando ad un'apposita commissione tecnica l'individuazione dei profili professionali dei lavoratori ai fini del loro inquadramento contrattuale. Peraltro, viene inoltre prevista la reperibilità per gli operatori del settore ICT, i cui elementi saranno oggetto di approfondimento da parte della medesima commissione. Ciò a conferma che la contrattazione non è prigioniera del ruolo affidatole ma si evolve e si migliora, coerentemente con la sua storia che l'ha vista inizialmente destinata agli operai dell'industria, delle miniere e delle campagne, per poi estendersi agli impiegati e, successivamente, ai dirigenti.

Il tema, a ben vedere, si presenta proprio del settore in argomento perché concerne più specificatamente la dinamicità del mercato di riferimento comportante continui e affannosi interventi formativi e di aggiornamento professionale, dacché, giova ricordarlo, le applicazioni informatiche risultano di appendice all'operatività aziendale, atteso che esse costituiscono strumento dal quale far discendere l'intero *business aziendale*. In sostanza, le mansioni si evolveranno di pari passo con i processi tecnologici per cui l'addetto dovrà essere in possesso di competenze poliedriche e multiformi, essendo tenuto a conoscere, ai fini della sua attività primaria, anche i processi interni all'azienda (38). Proprio a tale scopo la disciplina collettiva individua le principali aree di attività delle aziende ITC quali l'*auditing/test*, le telecomunicazioni/reti, il *web* e l'informatica.

La delicatezza della questione può essere spiegata raffrontando semplicemente i compiti di un gerente di un negozio alimentare tradizionale (con non meno di 51 dipendenti o soci) con quelli di un gerente di negozio c.d. virtuale (39) presente nel *World Wide Web*.

L'art. 97 del contratto collettivo del settore del com-

Note:

(36) Il quarto capoverso dell'accordo quadro stabilisce che «la contrattazione collettiva nazionale o confederale può definire ulteriori forme di bilateralità per il funzionamento di servizi integrativi di *welfare*».

(37) V. il nostro tentativo ricostruttivo, in Squeglia, *Mansioni e new economy*, in *Dir. e prat. lav.*, Inserto, 2003, 29.

(38) Nel Rapporto "*Occupazione e Formazione nell'Ict - Rapporto 2002*", di Federcomin, Anasin e Assinform si tratteggia una figura di addetto che deve possedere anche «(...) competenze di tipo *business*, atteso che la figura ITC deve interfacciare con gli utenti appartenenti ad aree professionali diverse (...)», in modo «(...) da comprendere le esigenze reali che sottendono alla realizzazione del progetto (...)».

(39) Si tratta di quelle aziende che effettuano, esclusivamente o prevalentemente, la vendita, il noleggio, l'affitto di beni e servizi attraverso *network* generati dalla tecnologia dell'informazione.

mercio precisa che l'impiegato (di 1° livello) con «funzioni di gestore o gerente di negozi, di filiale, di supermercato alimentare anche se integrato in un grande magazzino o magazzino a prezzo unico», viene dotato delle seguenti mansioni: «funzioni ad alto contenuto professionale aventi responsabilità di direzione esecutiva, che sovrintendano alle unità produttive o ad una funzione organizzativa con caratteri di iniziativa e di autonomia operativa nell'ambito delle responsabilità ad essi delegate».

Per converso, il collega (40) del negozio virtuale, in assenza di disciplina contrattuale regolatrice, svolgerà i compiti di *web account manager* le cui mansioni andranno individuate nell'assunzione di responsabilità nei confronti del *team* di lavoro, nel coordinamento del progetto *web*, nell'analisi e nello sviluppo dei requisiti del sito, nella gestione delle relazioni con i clienti *online*, nello studio dettagliato dei costi/benefici offerti dai *service provider*, nel coordinamento dello sviluppo della rete di vendita indiretta affidata a *channel manager*, nell'attribuzione di responsabilità e, in assenza del *proposal manager*, nella redazione di offerte in merito alla vendita di prodotti e servizi.

In sintesi, un ventaglio di attività che determinano un cumulo di compiti, che non trovano disciplina collettiva giacché è sconosciuta al nostro ordinamento una siffatta nozione, senza che sia ammissibile qualsivoglia rivendicazione, anche sulla base di noti principi costituzionali, in merito ad un presunto diritto ad una qualifica superiore o ad una retribuzione maggiore rispetto a quella di un lavoratore la cui attività sia concentrata unicamente nell'espletamento di una sola mansione compresa nel livello di inquadramento (41).

Peraltro, si noti una variante al concetto di mansione onde si tratterebbe di compiti da aggiungere ad altri e che andrebbero ricondotti alla stessa categoria e qualifica assegnata (42). Per contro, essi sarebbero da ricondurre nell'ambito di quelle che si sogliono definire promiscue e nelle quali assume rilevanza, ai fini dell'assegnazione di una diversa qualifica, la mansione esercitata come primaria e caratterizzante, prevalente sulle altre, sempreché sia svolta con frequenza e ripetitività. In questo caso, l'indagine del giudice di merito si concentrerebbe sulle mansioni diverse che prevalgono sulle altre sotto il profilo quantitativo (ovvero qualitativo laddove si tratti di mansione maggiormente significativa sul piano professionale, sempreché non espletata in via sporadica od occasionale) (43), salvo diversa previsione della contrattazione collettiva (44).

Senza contare che l'aspetto critico attiene l'identifi-

cazione di parametri con i quali rendere possibile una suddivisione delle diverse attività, trattandosi di materia *non sunt numeranda sed ponderando*. In assenza, si ricorrerà all'insegnamento giurisprudenziale secondo cui per determinare la posizione di lavoro, spettante ad un prestatore di lavoro subordinato, l'indagine andrà effettuata «non già sulla base di una comparazione con le mansioni svolte da altri lavoratori e con l'inquadramento a costoro attribuito, ma sulla base delle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore (...)» (45).

Si può comprendere allora come il compito devoluto alla commissione tecnica incaricata dalla contrattazione collettiva del settore terziario appare da subito ponderoso, ponendosi innanzi tutto il problema di stabilire se giungere ad una declaratoria in maniera prospettica delle nuove mansioni oppure se ritualizzare, a livello convenzionale, il patrimonio professionale che verrà acquisito dal lavoratore.

Le indicazioni contrattuali paiono suggerire una soluzione aperta (46) nella quale i «ruoli, le competenze e la loro combinazione dovranno presentare un livello di dettaglio tale da renderli condizionabili dall'evoluzione tecnologica garantendone validità nel tempo». Una formulazione che richiama il ricorso alla tecnica delle «clausole generali» che in quanto tali «aprono intenzionalmente il discorso giuridico a valutazioni socialmente diffuse tale da cioè da cogliere e interpretare, caso per caso, lo spirito dei tempi» (47).

Note:

(40) L'esempio si riferisce ovviamente ad un lavoratore subordinato e non ad un *free agent*, ovvero ad un lavoratore telematico autonomo definito nella prassi *free-lance*.

(41) Cfr. Cass. 15 giugno 1991, n. 6780, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, fasc. 6.

(42) Sui sistemi di inquadramento e la loro evoluzione nella giurisprudenza, v. Maresca, Ciucciavino, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Milano, 2000, 308 e ss.

(43) Sul punto, Cass. 23 giugno 1998, n. 6230, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, 1379.

(44) Cfr. Cass. 22 aprile 1995, n. 4561, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, 898.

(45) Cass. 6 aprile 1992, n. 4200, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, fasc. 4. In sostanza, occorrerebbe dapprima accertare di fatto le mansioni svolte, per poi determinare le qualifiche e i livelli previsti dalla contrattazione collettiva ed, infine, raffrontare le mansioni accertate e quelle della qualifica che si intende rivendicare (cfr. Cass. 4 dicembre 1999, n. 13601, in *Riv. dir. prat. lav.*, 1998, 791; Cass. 28 gennaio 1992, in *Not. giur. lav.*, 1992, 352).

(46) Condivide tale soluzione contrattuale, Tiraboschi, Intervento sul seminario "Rinnovo contratto nazionale commercio e servizi", cit.

(47) Tiraboschi, *Clausole generali, onere della prova, ruolo del giudice*, in Proia e Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Milano, 2010, 28 e ss.

E chi meglio, ad esempio, della contrattazione *collettiva territoriale o aziendale* può definire o ridefinire i profili che più rappresentano l'effettivo contenuto delle singole professionalità emergenti ed il loro inquadramento in relazione alle oggettive specificità e caratteristiche delle imprese e delle unità produttive? (48).

Senza trascurare che tanto più risulterà convincente la costruzione di modelli e strumenti di flessibilità adeguati alle esigenze presenti e future del settore, tanto più l'accertamento successivo integrerà un giudizio incensurabile in sede di legittimità, se opportunamente motivato.

Il recepimento delle norme del Collegato lavoro sulla riforma della conciliazione e dell'arbitrato

L'accordo di rinnovo del settore terziario si presenta quale primo testo contrattuale qualificato che recepisce gli strumenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro, da ultimo introdotte dalla l. 4 novembre 2010, n. 183 (il c.d. Collegato lavoro) (49), e attinenti alla commissione paritetica territoriale di conciliazione costituita presso l'ente bilaterale (art. 37 *bis*), alle commissioni di certificazione (art. 37 *ter*), al collegio arbitrale (art. 38), ed infine, alla clausola compromissoria (art. 38 *bis*).

Prestando attenzione alla clausola compromissoria - il patto con cui si stabilisce che le controversie eventualmente insorte saranno decise da arbitri ai sensi dell'art. 808 c.p.c. - la novella del 2010 richiede, a pena di nullità, che sia certificata dagli organi di cui all'art. 76, d.lgs. n. 276/2003; che sia sottoscritta soltanto ove concluso il patto di prova, ovvero trascorsi trenta giorni dalla stipulazione del contratto di lavoro, negli altri casi; che non possa riguardare controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro (art. 31, comma 10) (50).

In questa sede è opportuno rilevare una più ampia esclusione dell'ambito di operatività della clausola compromissoria. Difatti, dalla lettura del dato contrattuale affiora che essa non potrà avere ad oggetto le controversie attinenti al *mobbing* - che pare motivarsi con l'assenza di una definizione giuridica della fattispecie - alle molestie sessuali, agli infortuni sul lavoro e alle malattie professionali e agli istituti di cui alla sezione IV, titolo V, capo IX (*rectius*, maternità e paternità) del contratto collettivo nazionale. Sul versante soggettivo, la clausola compromissoria è altresì esclusa per le lavoratrici in maternità dall'inizio del periodo di gravidanza e fino al compimento di un anno di età del bambino.

Dunque, se da un lato vengono meno le perplessità,

sorte alla vigilia dell'emanazione della l. n. 183/2010, di una "funzione autorizzatoria" (51) assegnata *ad libitum* alla contrattazione collettiva, dal momento che in presenza di liti compromettibili che presentano peculiari profili di complessività e di delicatezza, sono le medesime parti sociali a chiudere i margini di ricorso all'arbitrato; dall'altro lato, l'accordo di rinnovo prova, come di recente palesato in dottrina (52), che è l'autorevolezza, la competenza e l'imparzialità delle sedi arbitrali a costituire la reale ed effettiva preoccupazione delle parti sociali.

Note:

(48) Ciò contribuirebbe alla definizione di un sistema nazionale di standard professionali nonché alla predisposizione, sulla base dei sistemi di classificazione del personale previsti nei contratti collettivi di lavoro, del repertorio delle professioni, in coerenza con quanto stabilito dall'intesa tra Governo, Regioni e parti sociali del 17 febbraio 2010, recante le "Linee guida per la formazione nel 2010".

(49) Per un commento alle norme sulla riforma della giustizia del lavoro e, in particolare, sulla risoluzione stragiudiziale delle controversie di lavoro, Proia e Tiraboschi, *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Milano, 2010, 91 e ss.; Miscione, *Il collegato lavoro 2010 proiettato al futuro*, in questa *Rivista*, 2011, 5.

(50) Occorre segnalare che antecedentemente all'emanazione della l. n. 183/2010, le parti sociali con una dichiarazione comune dell'11 marzo 2010 presso il Ministero del lavoro e delle politiche sociali si erano impegnate a definire con un accordo interconfederale che il ricorso alle clausole compromissorie non poteva riguardare le controversie relative alla risoluzione del rapporto di lavoro.

(51) Proia, *Le clausole compromissorie*, in Proia e Tiraboschi (a cura di), *La riforma dei rapporti e delle controversie di lavoro*, Milano, 2010, 142.

(52) Cfr. Pasquini e Tiraboschi, *La certificazione dopo il collegato lavoro (L. n. 183/2010)*, Milano, 2011, 37 e ss. secondo cui «il successo dell'arbitrato - e dell'arbitrato di equità in particolare - dipenderà più dall'autorevolezza e affidabilità delle sedi arbitrali e dalla fiducia che esse riscuoteranno in lavoratori e imprese che da sottili disquisizioni giuridiche sulla costituzionalità delle clausole compromissorie (...)».