

Questioni operative

Prassi aziendali e conciliazione dei tempi di lavoro

Stefano Malandrini - Confindustria Bergamo

Gli istituti interessati

Nell'ambito degli interventi finalizzati alla gestione del c.d. welfare aziendale, inteso come complesso delle soluzioni adottabili per favorire il benessere dei dipendenti, in aggiunta alla mera compensazione economica correlata alla prestazione lavorativa, rilevano anche le formule organizzative atte a favorire maggiori dinamismi negli orari di lavoro. Si tratta di azioni orientate alla c.d. "conciliazione tra tempi di lavoro e tempi di vita familiare", ossia adeguamenti della collocazione e della durata dell'attività lavorativa, nonché all'occorrenza delle mansioni, idonei a soddisfare esigenze personali, individuali o collettive, del lavoratore, quali la cura dei figli minori, lo studio e la formazione extraprofessionale, lo svolgimento di attività ludico-rivcreative, ecc.

Peraltro le agevolazioni disposte in successione dalla legge n. 208 del 28 dicembre 2015 art. 1, commi 182-190, e dalla legge n. 232 del 11 dicembre 2016 art. 1, commi 160-162, che hanno favorito la fruizione degli sgravi contributivi e fiscali già introdotti dal D.Lgs. n. 314 del 2 settembre 1997, stimolando un approccio al welfare aziendale fortemente correlato all'implementazione di istituti di carattere compensativo ancorché non economico, non sembrano avere inciso sulla tematica della conciliazione. Questa ha infatti rilievo prettamente organizzativo, quindi non riconducibile né alla regolamentazione dei fringe benefit di cui all'art. 51, commi 2, lett. a/c e 3, Tuir/D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 né alle agevolazioni correlate agli oneri di utilità sociale di cui all'art. 100, richiamato dal comma 2, lettera f), macro-categorie entrambe oggetto del duplice intervento legislativo. Si tratta tuttavia ancora di soluzioni di welfare, in quanto certamente idonee ad incrementare il benessere personale del lavoratore migliorando altresì la produttività del lavoro, nella misura in cui risultati condi-

zionabile dalla propensione individuale al miglioramento della performance lavorativa. La disciplina di riferimento, per gli interventi di conciliazione dei tempi di lavoro, è rappresentata da regolamentazioni non fiscali o contributive ma giuslavoristiche, imputabili sostanzialmente al D.Lgs. n. 66 del 8 aprile 2003, alla regolamentazione del D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 artt. 4-12 sul lavoro a tempo parziale, alle formulazioni dei Ccnl e degli accordi aziendali concernenti i medesimi istituti.

Più specificamente la conciliazione risulta realizzabile tramite la strutturazione di interventi, individuali o collettivi, che considerano la gestione, ordinaria e straordinaria, dei tempi di lavoro modificando, in ambiti di maggiore o minore dimensione (reparti, uffici, aree aziendali o frazionamenti) la quantità delle prestazioni, la loro articolazione giornaliera o settimanale/plurisettimanale, l'integrazione delle stesse con le esigenze produttive dell'impresa e l'alternanza con periodi di non lavoro, retribuiti o non retribuiti. La ridefinizione legale di alcuni aspetti della regolamentazione di tali dinamiche, realizzata nell'ultimo biennio dalla decretazione attuativa della legge n. 183 del 10 dicembre 2014 (introduttiva del c.d. Jobs Act) e ripresa dai rinnovi dei Ccnl di categoria, ha inoltre prodotto un quadro normativo che per alcuni specifici aspetti risulta più adattabile, nonché inclusivo di soluzioni operative in precedenza non consentite o più difficilmente realizzabili, stante la vigenza di vincoli più rigidi. Si considerino a titolo esemplificativo:

- la semplificazione della disciplina delle clausole elastiche e flessibili inseribili nei contratti di lavoro a tempo parziale, attualmente ricondotte ad un'unica tipologia di clausola adottabile anche in difetto di disciplina collettiva e - come la prestazione supplementare - in riferimento a qualsiasi tipo di articolazione individuale (orizzontale,

verticale, mista) dell'orario di lavoro. L'art. 4, comma 3, D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 prevede infatti che "nel rispetto di quanto previsto dai contratti collettivi, le parti del contratto di lavoro a tempo parziale possono pattuire, per iscritto, clausole elastiche relative alla variazione della collocazione temporale della prestazione lavorativa ovvero relative alla variazione in aumento della durata", mentre il comma 6 precisa che "nel caso in cui il contratto collettivo applicato al rapporto non disciplini le clausole elastiche queste possono essere pattuite per iscritto dalle parti avanti alle commissioni di certificazione";

- la maggiore praticabilità delle proroghe dei contratti di lavoro a tempo determinato, attualmente a-causalì e connotati dalla possibilità di rinviarne consensualmente la scadenza anche reiteratamente. L'art. 21, D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015 prevede infatti che "il termine del contratto a tempo determinato può essere prorogato, con il consenso del lavoratore (...) per un massimo di 5 volte nell'arco di trentasei mesi a prescindere dal numero di contratti";
- la più agevole esecuzione di cambi di mansione ed inquadramento, correlati alla variazione dei regimi di orario, senza il rischio di realizzare una dequalificazione professionale contestabile. L'art. 2103 c.c., come riformato dall'art. 3, D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, prevede infatti al comma 6 che "nelle sedi di cui all'art. 2113 c.c., quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni (...) nell'interesse del lavoratore (...) al miglioramento delle condizioni di vita".

Inoltre i possibili adattamenti degli istituti legali che sovraintendono alla gestione dei tempi di lavoro, realizzabili attraverso la contrattazione collettiva, sono attualmente supportati da una regolamentazione particolarmente incisiva, in ragione: *a)* della definizione, operata dall'art. 51, D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, dei soggetti negoziali preposti alla regolamentazione contrattuale delle soluzioni adattative alle quali rinvia frequentemente l'intero decreto, sicché risultano precluse eventuali contestazioni per difetto di rappresentatività; *b)* della perdurante vigenza

dell'art. 8, D.L. n. 138 del 13 agosto 2011, di sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità, ai sensi del quale i contratti aziendali possono, per stimolare la "maggiore occupazione", disporre deroghe alla disciplina legale "dell'orario di lavoro" e dei "contratti a orario ridotto, modulato o flessibile".

Le incertezze operative

Tuttavia il quadro normativo succitato, ampio ed articolato, può non trovare un riscontro applicativo puntuale, in presenza di prassi operative, tipiche soprattutto delle gestioni informali delle Pmi, contraddistinte da rapporti diretti e non contrattualizzati tra datori e prestatori di lavoro. La necessità di adempimenti tempestivi, indotti dai continui riassetti organizzativi dei reparti/uffici aziendali, può infatti indurre a privilegiare una gestione dei rapporti di lavoro di carattere fiduciario, che prescinde dalla verifica di corrispondenza tra le formule adottate consensualmente e le procedure disciplinate dalle regolamentazioni legali e contrattuali nazionali dei tempi di lavoro. In tali circostanze, viene dato maggiore rilievo alla concomitanza di interessi tra le parti individuali del rapporto di lavoro, piuttosto che al rispetto formale delle disposizioni che sovrintendono alle pratiche conciliative. Può tuttavia riscontrarsi una discrasia tra i vincoli procedurali, le limitazioni legali o contrattuali, le disponibilità reciproche dei soggetti coinvolti. Si tratta di situazioni che devono essere valutate riconducendo i comportamenti agiti alle previsioni civilistiche concernenti le obbligazioni, nonché considerando la disciplina dei rapporti tra legge, contrattazione collettiva e pattizioni individuali. In particolare, sembrano rilevare principalmente quattro aspetti: **1) l'uso negoziale ex art. 1340 c.c.** Tale disposizione prevede l'inserimento automatico nel contratto, anche di lavoro subordinato, delle "clausole d'uso", che addizionano il contenuto contrattuale di integrazioni di carattere necessario, salvo differente determinazione delle parti interessate. La norma prevede infatti che "le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti". Secondo la ricostruzione giurisprudenziale più accreditata (1), riferita specificamente alla contrattazione

(1) Cfr. recentemente Cass. 30 gennaio 2012, n. 1273 e Cass. 8 aprile 2010, n. 8342.

afferente il rapporto di lavoro, la reiterazione nel tempo di comportamenti uniformi nei confronti di gruppi omogenei di lavoratori, conseguenti non ad errori reiterati ma ad una espressa volontà dispositiva datoriale, comporta l'insorgenza di una o più clausole d'uso che vincolano l'impresa nei confronti della generalità dei lavoratori coinvolti, alla stregua di una o più pattuizioni individuali integrative del contratto di lavoro subordinato, dismisibili solo per sopravvenuto mutuo consenso delle parti. L'estensione dell'applicazione delle clausole può essere prevenuta con atti formali, che rendano esplicita - ad esempio con un comunicato aziendale - la volontà datoriale di non eccedere il perimetro di diffusione soggettiva già realizzato, ma la revoca non può operare unilateralmente in riferimento ai lavoratori già coinvolti dall'uso negoziale. Ne consegue quindi, per quanto d'interesse, che eventuali pratiche conciliative introdotte attraverso semplici prassi aziendali, non contrattualizzate né regolamentate collettivamente ma costituite da una mera sommatoria di riconoscimenti individuali - quali la concessione reiterata del part-time al ricorrere di rilevanti esigenze personali dei lavoratori - possono determinare il rischio di insorgenza non controllata di usi negoziali qualora sia ricostruibile induttivamente, dalla pluralità delle situazioni individuali interessate dalla riduzione di orario, un comune denominatore che evidenzi la sussistenza di fatto di un'unitarietà d'azione. Analogi effetti potrebbe prodursi nell'ipotesi di riconoscimento diffuso, non contrattualizzato né regolamentato, di orari elastici, di esenzioni da turnazioni disagevoli o da mansioni gravose, di concessione di permessi ed aspettative, ecc.;

2) la nullità ex art. 1419 c.c. Per contrasto con norme imperative. Pattuizioni individuali finalizzate a incrementare la flessibilità del rapporto individuale di lavoro, al fine di soddisfare esigenze conciliative, potrebbero contrastare espressamente con limitazioni inderogabili poste dalla contrattazione collettiva o da norme legali, risultando nel primo caso invalide ai sensi dell'art. 2113 c.c. allorché ne derivi la rinuncia ad un diritto riconosciuto come cogente dalla regolamentazione collettiva, nel secondo caso nulle per espressa previsione codicistica. In particolare il secondo comma dell'art. 1419 c.c. prevede che "la nullità

di singole clausole non comporta la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative", mentre l'art. 1424 c.c. dispone che "il contratto nullo può produrre gli effetti di un contratto diverso, del quale contenga i requisiti di sostanza e di forma, qualora avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, debba ritenersi che esse lo avrebbero voluto se avessero conosciuto la nullità". Conseguentemente qualora la pattuizione individuale concernente una formula di conciliazione sia stata realizzata, ad integrazione della regolamentazione afferente un rapporto già instaurato, ricorrendo a formule in contrasto con una o più previsioni legislative inderogabili, ad esempio in quanto è stata esclusa illegittimamente una compensazione economica spettante *ex lege* al lavoratore o imponendo una articolazione che non trova riscontro nella gestione dei riposi giornalieri, settimanali od annui di cui agli artt. 4 e 7-10, D.Lgs. n. 66 del 8 aprile 2003, eventuali contestazioni potrebbero determinare non la caducazione dell'intesa ed il ripristino della modalità pregressa di gestione del rapporto di lavoro, ma una mera nullità parziale con sostituzione automatica di clausole od una conversione contrattuale. Ne deriverebbe l'alterazione del sinallagma condiviso all'atto della realizzazione dell'intesa e la possibile insorgenza di squilibri nel rapporto tra le parti contrattuali, in quanto la regolamentazione economica o normativa, fondata su contrapposte acquisizioni e cessioni di diritti, verrebbe sbilanciata e risulterebbe penalizzata o comunque meno agevolata la posizione di uno dei contraenti; **3) il diritto acquisito.** L'avvenuto riconoscimento al lavoratore di una formula agevolativa correlata ad uno scambio negoziale, individuale o collettivo, produce la maturazione di un diritto soggettivo, esercitabile unilateralmente dal titolare e revocabile solo con il suo consenso. Più specificamente, particolari prestazioni rese dal lavoratore con le modalità richiestegli, anche quando attuate di mere regolamentazioni aziendali non contrattualizzate ma riconducibili alla categoria dell'uso negoziale, sopra esaminata, determinano l'insorgenza della titolarità di una controprestazione che acquisisce la natura del c.d. "diritto acquisito". La giurisprudenza della Corte di cassazione ha da tempo precisato (2) che tale nozione

(2) Cfr. Cass. n. 16635 del 5 novembre 2003.

concerne i diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore a fronte di una attività lavorativa resa nei modi e nei tempi necessari e sufficienti per la relativa maturazione. Ne consegue la sottrazione della loro gestione dagli effetti di eventuali revisioni o caducazioni della fonte negoziale che li ha prodotti, derivante da denuncia o modifica del contratto collettivo, da recesso dalla pattuizione individuale, da interruzione dell'uso negoziale. In tali circostanze il diritto resta esercitabile anche in difetto della disponibilità della controparte a mantenere in essere lo scambio negoziale originario che ne aveva determinato l'insorgenza. Tale dinamica può interessare anche eventuali pratiche conciliative fondate sia sull'adesione individuale ad accordi collettivi, sia su pattuizioni realizzate con modalità informali e non dedotte in formulazioni scritte. I principi generali definiti dai pronunciamenti giudiziali riferiti a questa categoria di obblighi negoziali non ne subordinano infatti l'esigibilità alla sussistenza di particolari requisiti di forma dell'atto istitutivo. Si consideri a titolo esemplificativo l'avvenuta maturazione, di riposi compensativi a fronte di prestazioni aggiuntive all'orario normale di lavoro, finalizzati a favorire la gestione di periodi di non lavoro del dipendente per il soddisfacimento di esigenze personali, in applicazione di un accordo aziendale. La modifica dell'accordo, atta a consentire al datore di lavoro la monetizzazione del monte ore di riposi compensativi accantonato individualmente dai lavoratori coinvolti nel regime di orario contemplato dall'intesa, non sembra poter coinvolgere il quantitativo maturato prima della ratifica della clausola di variazione. Se si applicano infatti con rigore i principi giurisprudenziali richiamati, l'avvenuta acquisizione di tali diritti nel patrimonio individuale ne preclude la revisione, ancorché operata con un negoziato collettivo realizzato dai medesimi soggetti - datore di lavoro e rappresentanze sindacali dei lavoratori - che avevano proceduto all'accordo istitutivo. Analogi effetti si produrrebbe in caso di riconoscimento al lavoratore, con intesa verbale ma suffragata da prove testimoniali, del diritto alla fruizione di riposi compensativi a fronte di prestazioni aggiuntive e di successiva esecuzione di tali prestazioni;

4) gli accordi "di fatto". La normativa civilistica generale, che regolamenta anche i contratti di lavoro, non prevede - fatte salve alcune specifiche

eccezioni - la forma scritta quale requisito sostanziale per la validità di un'intesa tra datore e prestatore di lavoro. Anche un approccio informale dei rapporti contrattuali può quindi produrre il riconoscimento, contrattualmente vincolante, di flessibilità o tutele, individuali o collettive, afferenti la gestione dei tempi e dei contenuti delle prestazioni di lavoro, soddisfacenti per i lavoratori ed in circostanze nelle quali sussistono condizioni di contesto tali da renderle compatibili con le necessità produttive ed organizzative aziendali. La corrispettività di tali concessioni, rispetto ad eventuali disponibilità offerte dal prestatore di lavoro, comporta di fatto - ossia pur in assenza di documentazione asseverativa - l'insorgenza di clausole integrative del contratto di lavoro già in essere: la circostanza può verificarsi ad esempio in caso di esenzione dall'inserimento in turni di lavoro disagevoli, condivisa verbalmente a fronte dell'accettazione di una differente sede di lavoro non altrimenti assegnabile unilateralmente al dipendente. In tali casi l'interruzione dell'agevolazione concessa, per il venire meno delle condizioni aziendali che l'avevano consentita, non può essere unilateralmente disposta dal datore di lavoro preservando la controprestazione su cui si reggeva lo scambio negoziale. Inoltre l'atto interruttivo, in quanto comunque lesivo di un affidamento pattuito, potrebbe determinare l'insorgenza di un danno risarcibile - perché incide sugli effetti di scelte operate dal lavoratore, nella gestione del suo tempo di non lavoro, che presuppongono il rispetto dell'intesa individuale da parte del datore di lavoro - nonché, in alcune situazioni, essere potenzialmente ricondotta dal lavoratore all'esercizio di una sanzione disciplinare indiretta, in contrasto con l'art. 7, legge n. 300 del 20 maggio 1970 o ad azioni discriminatorie indirette, in contrasto con gli artt. 15 e 16, medesima norma, risultando pertanto comunque rischiosa.

Formule di "emersione" - Conclusione

Le problematiche operative sopra richiamate rendono pertanto opportuno, in linea generale, formalizzare con metodo e preferibilmente con accordo collettivo le prassi conciliative introdotte in azienda, al fine di prevenire possibili contestazioni concernenti la pretesa avvenuta insorgenza di usi negoziali o diritti acquisiti, il verificarsi di

conversioni contrattuali, la sopravvenuta definizione “di fatto” di pattuizioni individuali. Nell’ipotesi quindi di riscontro di una o più disponibilità datoriali, individuali o collettive, già espresse e declinate operativamente, ma non dedotte in regolamenti od accordi, è probabilmente utile procedere alla loro riformulazione, per inserirle in un preciso contesto normativo che permetta di contenere il rischio di dinamiche incontrollate. Sono a tal fine prospettabili varie soluzioni. In particolare può risultare utile un processo composto da tre fasi: *a)* l’interruzione formale delle prassi in atto; *b)* l’introduzione di una disciplina regolamentata o contrattata collettivamente; *c)* la precisazione degli elementi di fatto che determinano la titolarità delle agevolazioni riconosciute e la loro mutevolezza nel tempo.

La *prima fase* comporta la comunicazione, alla generalità dei lavoratori, della sopravvenuta impossibilità di riconoscere ulteriormente l’applicazione di una o più agevolazioni, in ragione della necessità di operare una revisione complessiva della gestione aziendale. La finalità precipua di tale provvedimento è il contingentamento dell’ambito soggettivo di applicazione di eventuali usi negoziali, al fine di limitarlo alle sole posizioni individuali già interessate. Qualora invece si volessero coinvolgere anche i lavoratori già titolari dei diritti da revisionare, occorrerebbe verificare ed esplicitare nella comunicazione anche un sopravvenuto mutamento delle condizioni che ne avevano originato la concessione, in modo che si configuri non una revoca unilaterale dell’agevolazione, che sarebbe illecita per le ragioni già evidenziate, ma il riscontro formale dell’avvenuta decaduta della stessa per perdita dei presupposti di spettanza. Si tratta evidentemente di una situazione riscontrabile solo in ipotesi particolari, non sempre accertabili agevolmente, se non quando basate su elementi oggettivi. È il caso ad esempio di una elasticità di orario giornaliero, consistente in una fascia oraria in ingresso/uscita gestibile individualmente dai dipendenti, introdotta in presenza di un regime orario “a giornata”, non più sostenibile a seguito dell’introduzione di un nuovo sistema di orario a turni. In questa circostanza la disponibilità concessa risulta evidentemente non più compatibile o comunque produttiva di gravi inefficienze. In assenza di circostanze similari, che consentano di ritenere, con sufficiente certezza probatoria, persi

gli elementi fondanti il diritto dismesso, la soluzione è tuttavia impraticabile, pertanto può rappresentare solo un approccio di carattere eccezionale. In ogni caso (revisione estesa o non estesa ai lavoratori già titolari del diritto derivato dall’uso negoziale), nella comunicazione aziendale interruttiva della prassi conviene che sia comunque indicata la prossima introduzione di una nuova disciplina collettiva, concernente la problematica conciliativa oggetto delle disponibilità non più riconosciute, al fine di prevenire l’immediata insorgenza di controversie.

Esempio di comunicazione

Si precisa che, a decorrere dal .../.../... non sarà più possibile riconoscere ... (ad es. il regime orario part time alle lavoratrici madri assegnate al reparto assemblaggio) ... in ragione della prossima adozione di una specifica policy aziendale concernente orari e mansioni, in corso di implementazione.

La *seconda fase* prevede la voltura - con eventuali adattamenti - della prassi conciliativa informale pregressa, interrotta dalla comunicazione aziendale, in una disciplina formale sostitutiva, regolamentata o concordata con le rappresentanze dei lavoratori. La scelta dell’approccio negoziale, quando non imposto da una norma di legge o di Ccnl come condizione tecnica per la procedibilità dell’intervento, è da intendersi rimessa a valutazioni afferenti molteplici aspetti, tra i quali rilevano il ruolo che si intende riservare alle relazioni sindacali in azienda, il rapporto diretto o mediato che si preferisce mantenere con i lavoratori, l’esito prospettabile di un eventuale confronto sindacale, ecc. Inoltre la contrattazione di prossimità, potendo talora operare in deroga ai disposti di legge, in applicazione del già citato art. 8, D.L. n. 138 del 13 agosto 2011, può all’occorrenza ridurre il rischio di contenziosi per violazione di limiti di legge. È comunque opportuno che la formula conciliativa, imposta unilateralmente o contrattata, sia introdotta con un vincolo temporale, per prevenire: *1)* in caso di regolamento aziendale, l’insorgenza di un nuovo uso negoziale; *2)* in caso di accordo aziendale, la necessità di sottoporre a negoziato ogni variazione che dovesse essere successivamente ritenuta necessaria, dovendosi altrimenti procedere a recesso unilaterale con rischio inevitabile di insorgenza di un periodo di conflittualità sindacale.

La *terza fase* prevede l’adozione di un elevato grado di dettaglio nella redazione del testo docu-

mentale asseverativo delle modalità di fruizione delle agevolazioni concesse, soprattutto per quanto attiene la specificazione delle condizioni di spettanza, al fine di controllarne l'ambito di applicazione prevenendo il rischio di contenziosi afferenti la titolarità dell'esercizio individuale dei diritti riconosciuti. In aggiunta, è probabilmente sempre opportuno precisare la riserva di interruzione o di modifica delle agevolazioni concesse, in caso di eventuale successiva variazione delle circostanze in relazione alle quali sono state condotte, all'atto della concessione, le valutazioni aziendali di compatibilità organizzativa dell'intervento. All'inverso rispetto a quanto suggerito in riferimento alle condizioni di spettanza, la riserva andrebbe opportunamente definita con un grado di dettaglio molto ridotto, per non comprimere eccessivamente le facoltà dispositivo datoriali, atteso che le nuove determinazioni, comportanti ad esempio la sospensione o la revoca dell'assegnazione di alcuni lavoratori a mansioni compatibili con esigenze personali di

frequenza a corsi di studio, non già direttamente tutelate dal Ccnl, potrebbero sopravvenire in conseguenza di una tale molteplicità di nuove esigenze datoriali, da risultare difficilmente prevedibili e/o schematizzabili.

Gli accorgimenti succitati possono essere praticati anche per operare la voltura delle prassi conciliative aziendali in accordi individuali ancorché plurimi, ma al fine di contenere il rischio di contestazione di possibili approcci discriminatori, dei quali si è detto in riferimento agli artt. 15 e 16, legge n. 300 del 20 maggio 1970, nonché per esigenze pratiche di omogeneità amministrativa, sembra comunque preferibile un approccio collettivo. Più in generale, è da intendersi sempre opportuno attivare processi "di emersione" delle disponibilità aziendali, deducendole in regolamenti o accordi, anche con modalità differenti da quelle suggerite, purché informate a principi di uniformità gestionale, di rispetto dei vincoli legali e contrattuali, di adattabilità al mutare delle esigenze e quindi delle disponibilità aziendali.