

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al Bollettino ADAPT [clicca qui](#)
Per entrare nella Scuola di ADAPT e nel progetto [Fabbrica dei talenti](#)
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino speciale ADAPT 21 settembre 2020, n. 34

Questione a volte sottovalutata, ma che può essere foriera di notevoli problemi, è quella relativa all'assorbibilità del superminimo nei successivi incrementi della retribuzione. In linea generale, **la giurisprudenza è unanime nel predicare l'assorbimento**, salvo due ipotesi. La prima è la **pattuizione del superminimo in relazione a particolari meriti** o alla speciale qualità o maggiore onerosità delle mansioni svolte dal dipendente. La seconda è la **presenza nel contratto collettivo di un'espressa previsione di cumulabilità** tra il superminimo e l'aumento retributivo (*ex multis*, Cass. 26 maggio 2016, n. 10945; in tal senso, un esempio è costituito dal C.c.n.l. Metalmeccanica industria del 26 novembre 2016, per cui *"gli aumenti dei minimi tabellari assorbono gli aumenti individuali riconosciuti successivamente a tale data, salvo che siano stati concessi con una clausola espressa di non assorbibilità, nonché gli incrementi fissi collettivi della retribuzione eventualmente concordati in sede aziendale successivamente alla medesima data ad esclusione degli importi retributivi connessi alle modalità di effettuazione della prestazione lavorativa (ad esempio: indennità/maggiorazioni per straordinario, turni, notturno, festivo)"*).

Può accadere però che il datore di lavoro, pur in presenza dei presupposti legittimanti, si dimentichi di assorbire il superminimo nel successivo incremento del minimo tabellare. *Quid iuris* ove l'imprenditore voglia poi sottrarsi alla corresponsione di tale emolumento? Al riguardo, posso aprirsi **due possibili scenari**.

In primo luogo, **se il mancato assorbimento è stato attuato con apprezzabile continuità nei confronti di tutti i dipendenti**, o comunque di categorie omogenee all'interno dell'impresa, tale prassi potrebbe essere riguardata come un **uso aziendale**. Per la configurazione dell'uso, infatti, non rileva l'intento soggettivo del datore di lavoro, ma unicamente la reiterazione generalizzata di un determinato comportamento nel corso del tempo (v. Cass. 17 febbraio 2000, n. 1773,

orientamento poi costante nelle pronunce successive).

Oramai da tempo la giurisprudenza – secondo una costruzione stratificata nel tempo e non esente da perplessità (si veda sul punto C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in www.aidlass.it) – ritiene che **gli usi siano una fonte-fatto dalla quale discende un vincolo obbligatorio** ulteriore rispetto al contratto individuale, a prescindere dalla volontà di colui che venga a trovarsi obbligato, ex artt. 1374 e 1173 c.c. Si tratta, nello specifico, di una “fonte sociale”, di pari rango ma con natura ontologicamente diversa rispetto ai contratti collettivi e ai regolamenti aziendali.

Tanto detto, ove venga acclarata la sussistenza di un uso occorre chiedersi se e come sia possibile per il datore di lavoro procedere all’assorbimento del superminimo corrisposto nonostante l’intervenuto incremento retributivo. Innanzitutto, data la natura di fonte-fatto dell’uso aziendale, **deve escludersi la possibilità di superarlo con un comportamento di segno opposto**. Ciò perché, secondo l’orientamento citato, ci si troverebbe di fronte all’inadempimento dell’obbligazione sorta proprio in virtù dell’uso precedente.

D’altro canto appare impraticabile anche la possibilità di procedere ad un recesso unilaterale, magari notificato alle parti sindacali: il recesso presuppone la sussistenza di un accordo, mentre in questo caso l’obbligazione sorge direttamente dalla prassi generalizzata, non rilevando la consapevolezza degli effetti dell’atto in capo agli attori in gioco. Viene tuttavia da chiedersi se l’orientamento consolidato tenga nel momento in cui si dimostri che quell’**uso integra invece un reciproco comportamento concludente delle parti, sorretto da intento negoziale**. In questo caso, infatti, sorgerebbe un accordo tacito di fronte al quale sono possibili, in presenza delle condizioni stabilite dalla legge, il recesso (art. 1373 c.c.) o i rimedi previsti per l’eccessiva onerosità sopravvenuta ex art. 1467 c.c. .

Nonostante i limiti evidenziati, è possibile però percorrere altre vie. La prima via è la rinuncia da parte del lavoratore al superminimo già maturato in virtù dell’uso aziendale e non corrisposto. Secondo la giurisprudenza citata, infatti, la regola creata dall’uso non è assistita da inderogabilità, per cui non trovano applicazione i vincoli ex artt. 2077 e 2113, comma 1, c.c., che riguardano solo i

contratti collettivi e la legge. In aggiunta, proprio perché non rileva un diritto inderogabile, sembrerebbe possibile anche un atto dismissivo inerente al superminimo maturando, pienamente valido se l'oggetto della rinuncia è determinato o determinabile (art. 1346 c.c.; v. anche se con riferimento ad altro settore, Cass. Civ., Sez. I, 17 luglio 2014, n. 16365).

Altra possibilità è l'eventuale conclusione di un contratto collettivo ablativo, anche se in questo caso sorgono i connessi problemi relativi all'efficacia dello stesso nei confronti del lavoratore non iscritto al sindacato stipulante. In particolare, se la contrattazione collettiva viene richiamata nel contratto individuale o comunque applicata al rapporto, è necessario svolgere un delicato accertamento per capire se il consenso manifestato dal lavoratore "non sindacalizzato" sia o meno riferito all'intera linea contrattuale.

Infine, ove ricorrano i presupposti di legge (cioè le specifiche finalità previste dal comma 1 e le materie indicate al comma 2 dell'art. 8 del d.l. n. 138 del 201), **potrebbe essere concluso un contratto di prossimità il quale rilevarebbe** non per l'efficacia derogatoria ma **per la sua efficacia erga omnes**, se sottoscritto dalle rappresentanze sindacali aziendali e secondo un criterio maggioritario (cfr. M. TREMOLADA, *Contrattazione di prossimità: gli organismi legittimati a concludere le specifiche intese*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2012, n. 1).

Diverso è il discorso qualora il mancato assorbimento del superminimo venga attuato solo per alcuni lavoratori, non raggruppabili in categorie omogenee. Qui si apre un "secondo scenario": mancando infatti un comportamento generalizzato viene meno la configurabilità di un uso aziendale. Ove sorgano contestazioni sulla debenza o meno del superminimo, esclusa la natura *intuitu personae* dell'emolumento sarà necessario indagare la causa dell'attribuzione patrimoniale, per capire se la stessa sia stata determinata da un accordo tacito tra le parti oppure sia frutto di un errore del *solvens*.

Al riguardo, **l'indebito retributivo viene ricondotto dalla giurisprudenza a due fattispecie**: l'errore vizio di cui all'art. 1429 c.c. e l'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c. Nella prima ipotesi, la causa del pagamento viene ravvisata nella volontà del debitore di conferire un trattamento migliorativo rispetto a quello previsto dal contratto collettivo, volontà però viziata da

errore. In capo al debitore, quindi, è posto un onere della prova aggravato, poiché dovrà dimostrare l'essenzialità dell'errore e la sua riconoscibilità da parte dell'*accipiens*.

Nella seconda ipotesi invece **l'errore è irrilevante e basterà provare la mancanza di una causa legittima del pagamento** (si veda P. GALLO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Dig. Civ.*, 2012, agg. 2019). Quindi, nel distinguere le due fattispecie sarà dirimente la delicata indagine sul caso concreto, valutando se il "*comportamento complessivo*" delle parti, ai sensi dell'art. 1362, c. 2, c.c., sia tale da integrare un accordo tacito fonte di obbligazione.

Giovanna Pistore

Dottore di ricerca, Università di Padova