

Variazione in diminuzione dell'orario nel part-time e patto scritto

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1375 del 19 gennaio 2018, ha chiarito il principio secondo cui la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale non può avvenire a seguito di determinazione unilaterale del datore di lavoro, necessitando del consenso scritto del lavoratore. Inoltre, configurando la modalità oraria un elemento qualificante della prestazione oggetto del contratto part time, la variazione, in aumento o in diminuzione, del monte ore pattuito costituisce una novazione oggettiva dell'intesa nazionale inizialmente concordata e, anche in questo caso, si richiede, quindi, una rinnovata manifestazione di volontà, non desumibile per fatti concludenti dal comportamento delle parti.

.....

La Corte Suprema, con la sentenza in commento, ha stabilito che la riduzione di orario nel contratto di lavoro a part-time deve risultare da patto scritto, mentre in un rapporto di lavoro a tempo pieno la prova sul consenso del dipendente alla variazione in diminuzione dell'orario può essere raggiunta anche per fatti concludenti.

Il fatto

Il caso trae origine dalla sentenza con cui la corte d'appello, in riforma della sentenza del tribunale di primo grado rigettava la domanda di una lavoratrice nei confronti della società datrice di lavoro, al pagamento, in proprio favore, di differenze retributive riguardanti il pregresso rapporto di lavoro intrattenuto con l'azienda.

La dipendente, che lavorava presso la società alternando periodi a tempo pieno ad altri a tempo parziale, aveva sostenuto la violazione della disciplina sulla modifica non concordata dell'orario di lavoro, sul presupposto che il datore aveva modificato settimana per settimana, anche in diminuzione, i turni di lavoro sia nei periodi a part-time che in quelli a tempo pieno.

La società sosteneva, dal canto suo, che le variazioni dell'orario erano state frutto di un accordo fra le parti, che poteva essere facilmente desunto dal fatto che la lavoratrice aveva eseguito le lavorazioni richieste sulla base dell'orario comunicato volta per volta e non aveva mai opposto rifiuto.

La corte di secondo grado aveva accolto le opposizioni dell'azienda.

La dipendente proponeva quindi ricorso per la cassazione della sentenza, lamentando che erroneamente la corte del merito aveva assunto come vera una modifica consensuale tra le parti dell'orario contrattuale, in assenza di alcun patto derogatorio, ma soltanto di una prassi pluriennale unilateralmente imposta dal datore di lavoro ed accettata dalle

lavoratrici per timore di perdere il posto di lavoro e pertanto in assenza di una loro libera volontà per l'evidente squilibrio di forza contrattuale, nell'irrelevanza infine della verificata effettività dell'esigenza aziendale

La decisione

La Cassazione respingeva il ricorso.

Secondo i Giudici di legittimità, la variazione in aumento e in diminuzione del monte ore pattuito è una novazione oggettiva dell'accordo negoziale inizialmente concordato che necessita di una rinnovata manifestazione di volontà non desumibile per fatti concludenti dal comportamento successivo delle parti.

In sostanza, quindi, il datore di lavoro non può unilateralmente procedere con la trasformazione del rapporto di lavoro, senza prima aver ricevuto il consenso in forma scritta da parte del dipendente.

In particolare, anche facendo riferimento alla propria precedente giurisprudenza di legittimità, “si ritiene che la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, tanto ai sensi della disciplina dettata dall'art. 5 d.l. 726/1984 , tanto ai sensi del d.lg. 61/2000, non possa avvenire a seguito di determinazione unilaterale del datore di lavoro, necessitando invece del consenso scritto del lavoratore ; e che, configurando la modalità oraria un elemento qualificante della prestazione oggetto del contratto part-time, la variazione, in aumento o in diminuzione, del monte ore pattuito, costituisca una novazione oggettiva dell'intesa negoziale inizialmente concordata, che richiede una rinnovata manifestazione di volontà, pertanto non desumibile per facta concludentia dal comportamento successivo delle parti a norma dell'art. 1362 c.c.”

Appariva allora evidente , proseguivano gli Ermellini, come il ragionamento probatorio svolto dalla Corte territoriale, in assenza di alcuna pattuizione scritta della variazione in riduzione dell'orario di lavoro, ritenuta consensualmente concordata tra le parti proprio in base al comportamento concludente ravvisato in esito alla valutazione delle risultanze testimoniali , non fosse conforme ai principi di diritto suenunciati, condivisi dalla stessa Corte.

Proseguiva quindi la Cassazione, sostenendo che diverso è invece il discorso in relazione alle riduzioni di orario lavorato riguardanti i periodi di rapporto a tempo pieno, in quanto, per la costituzione di un rapporto di lavoro così modulato non è stabilito alcun vincolo di forma, essendo anzi questa libera.

In particolare, ricordavano i giudici, il rapporto di lavoro subordinato, in assenza della prova di un rapporto part - time, nascente da atto scritto, si presume a tempo pieno ed è onere del datore di lavoro, che alleghi invece la durata limitata dell'orario di lavoro ordinario, fornire la prova della consensuale riduzione della prestazione lavorativa.

Inoltre “in ordine poi alla variazione in diminuzione dell'orario lavorativo, si ritiene che il datore di lavoro non possa unilateralmente ridurre o sospendere l'attività lavorativa e specularmente rifiutare di corrispondere la retribuzione: diversamente incorrendo

nell'inadempimento contrattuale previsto in linea generale dalla disciplina delle obbligazioni corrispettive, secondo cui il rifiuto di eseguire la prestazione può essere opposto da un contraente (nella specie il datore di lavoro) soltanto se l'altra parte (il lavoratore) ometta di effettuare la prestazione da lui dovuta; ma non già quando questa sia impedita dalla volontà datoriale unilaterale, salva la prova a carico del medesimo di una impossibilità sopravvenuta, a norma degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c., fondata sull'inutilizzabilità della prestazione lavorativa per fatti non addebitabili al predetto, perché non prevedibili, ne' evitabili, ne' riferibili a carenze di programmazione o di organizzazione aziendale ovvero ad un calo di commesse o a crisi economiche o congiunturali o strutturali e 'salvo comunque un eventuale accordo tra le parti'."

In conclusione, in merito alla prova di un tale accordo, il differente regime formale del rapporto a tempo pieno rispetto a quello a tempo parziale comporta una diversa e coerente modulazione dell'onere della prova. Esso può, infatti essere assolto, quanto alla modifica delle originarie condizioni contrattuali per fatti concludenti e ciò anche se il contratto sia stato stipulato per iscritto.

Per tutto quanto descritto, il ricorso veniva respinto.

In definitiva

Con la sentenza qui in commento, la Corte di Cassazione, ha stabilito che nel caso in cui un lavoratore sia assunto con contratto part time, la variazione dei turni orari (rispetto a quelli concordati) deve risultare da patto scritto intervenuto tra le parti e non può desumersi da eventuali comportamenti concludenti (ad esempio per il fatto di aver osservato il nuovo orario modificato).

Con l'occasione, la Suprema Corte è tornata a ribadire alcuni importanti principi in materia di orario di lavoro.

In primo luogo viene sottolineato che la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale non può avvenire a seguito di determinazione unilaterale del datore di lavoro, necessitando invece del consenso scritto del lavoratore (nei fatti, la fattispecie esaminata dalla Corte risale al periodo in cui era in vigore il D.Lgs n. 61/2000, poi abrogato dal D. Lgs. n. 81/2015 che tuttavia, all'art. 8, prevede ancora che "Su accordo delle parti risultante da atto scritto è ammessa la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale").

In secondo luogo, configurando la modalità oraria un elemento qualificante della prestazione oggetto del contratto part-time, la variazione, in aumento o in diminuzione, del monte ore pattuito richiede una rinnovata manifestazione di volontà, pertanto non desumibile per fatti concludenti dal comportamento successivo delle parti. Il rapporto di lavoro subordinato poi, in assenza della prova di un rapporto part - time, nascente da atto scritto, si presume a tempo pieno ed è onere del datore di lavoro, che allegghi invece la durata limitata dell'orario di lavoro ordinario, fornire la prova della consensuale riduzione della prestazione lavorativa e, nell'ambito del rapporto di lavoro a tempo pieno il datore di

lavoro non può unilateralmente ridurre o sospendere l'attività lavorativa e specularmente rifiutare di corrispondere la retribuzione. E' però possibile una riduzione dell'orario su accordo tra le parti. Essendo pertanto differente il regime formale del rapporto a tempo pieno rispetto a quello a tempo parziale, fermo restando il divieto di unilaterale riduzione, la variazione dell'orario nel rapporto di lavoro a tempo pieno può essere consensualmente concordata tra le parti e non è pertanto necessario, in questo caso, che l'accordo risulti da atto scritto.

Con l'occasione, è utile qui di seguito ricordare il cosiddetto “**Codice dei contratti**” , attuativo del Jobs Act, che ha modificato per alcuni profili sostanziali la disciplina del lavoro a tempo parziale, unificando talune differenziazioni ed estendendo alcune tutele. Prevista, l'estensione della possibilità di utilizzo del lavoro supplementare e delle clausole elastiche in assenza di determinazioni proprie da parte della contrattazione collettiva e l'estensione del diritto soggettivo alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in regime a tempo parziale ovvero, sulla base di una eventuale successiva richiesta, di ritrasformazione a tempo pieno, anche per maternità e patologie cronicodegenerative.

In particolare, nella Sezione I del Capo II del d.lgs. n. 81/2015 (intitolato al «Lavoro ad orario ridotto e flessibile»), agli artt. 4-12, sono contenute le nuove norme in materia di rapporti di lavoro in regime di tempo parziale, che prevedono, fra l'altro, l'estensione delle possibilità di utilizzo del lavoro supplementare e delle clausole elastiche in assenza di determinazioni proprie da parte della contrattazione collettiva (con intervento obbligatorio degli organismi di certificazione per quanto attiene alle clausole e con maggiorazioni legali per la retribuzione del part-timer in entrambi gli istituti) e l'estensione del diritto soggettivo alla trasformazione (anche per maternità e per patologie cronicodegenerative), a fronte dell'abrogazione del d.lgs. n. 61/2000 che recava, fino al 24 giugno 2015, la disciplina del part-time.

L'art. 5 del d.lgs. n. 81/2015 conferma il lavoro subordinato in regime di part-time, anche a tempo determinato, ma, almeno nominalmente, mediante l'adozione di una nuova nozione unificata o meglio unitaria, in prospettiva di semplificazione, sono superate le classificazioni tipologiche (tipo orizzontale, verticale e misto), con la forma scritta ai fini della prova e con l'obbligo di inserire nel contratto la “puntuale indicazione della durata della prestazione lavorativa e della collocazione dell'orario di svolgimento della stessa con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno” (art. 5, commi 1 e 2), anche con rinvio a turni programmati se l'organizzazione del lavoro risulta articolata in turni (art. 5, comma 3).

Per quanto riguarda poi il lavoro supplementare, non spetta più ai contratti collettivi definire le causali che consentono al datore di lavoro di chiedere al lavoratore di svolgerlo, rimanendo riservata alla contrattazione collettiva comunque, pur senza espressa indicazione normativa, la possibilità di fissare il numero massimo delle ore di lavoro

supplementare che ciascun lavoratore può essere chiamato ad effettuare, unitamente alla eventuale disciplina delle conseguenze del superamento del limite contrattuale, sebbene l'articolo 6, comma 1, del d.lgs. n. 81/2015 stabilisca che nel rispetto delle previsioni dei contratti collettivi, il datore di lavoro può legittimamente richiedere, entro i limiti dell'orario normale di lavoro di cui all'articolo 3 del d.lgs. n. 66/2003, con riferimento implicito a qualsiasi singolo segmento orario effettivamente lavorato dal lavoratore in regime di tempo parziale, lo svolgimento di prestazioni supplementari, svolte cioè oltre l'orario concordato con il lavoratore *part-timer* ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 in rapporto alle giornate, alle settimane o ai mesi.

Quando il contratto collettivo applicato non presenta alcuna regolamentazione del lavoro supplementare, dunque, il datore di lavoro può richiedere lo svolgimento di prestazioni di lavoro supplementare, nel limite del 25% delle ore di lavoro settimanali aggiuntive rispetto a quelle concordate e stabilite nel contratto a tempo parziale, retribuendolo con una percentuale di maggiorazione rispetto all'importo della retribuzione oraria globale di fatto pari al 15%, compresa l'incidenza sugli istituti di retribuzione indiretta e differita (articolo 6, comma 2, primo e terzo periodo, d.lgs. n. 81/2015).

Sul *lavoro straordinario*, in conseguenza della nuova nozione unitaria di lavoro a tempo parziale si estende, senza limitazioni, a qualsiasi articolazione del *part-time* la possibilità di svolgere lavoro straordinario. L'articolo 6, comma 3, del d.lgs. n. 81/2015 stabilisce in proposito che *“nel rapporto di lavoro a tempo parziale è consentito lo svolgimento di prestazioni di lavoro straordinario”*, rimandando alla definizione contenuta nell'articolo 1, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 66/2003, in ragione del quale è “straordinario” il lavoro prestato oltre l'orario normale di lavoro di cui all'articolo 3 dello stesso d.lgs. n. 66/2003.

La disciplina delle *clausole elastiche*, che assorbono e inglobano anche le previgenti clausole flessibili, seguita a richiedere (art. 6, comma 4, del d.lgs. n. 81/2015) la forma scritta (“per iscritto”), ma esse non devono formare oggetto di uno specifico patto anche contestuale al contratto di lavoro. Anche la forma scritta delle clausole, dunque, come quella del contratto sembra essere dettata a soli fini di prova e non a pena di nullità. Il comma 6 dell'art. 6 del “codice dei contratti” rende ammissibili le clausole elastiche, anche quando il contratto collettivo applicato in azienda non disciplina l'istituto delle clausole. Sul punto, nel silenzio della norma, seppure l'art. 6 del d.lgs. n. 81/2015 introduca un istituto sostanzialmente nuovo, che unifica le “vecchie” clausole elastiche e flessibili, deve concordarsi con quanti ritengono applicabili, fino ai prossimi rinnovi, le disposizioni contrattuali collettive che disciplinavano nella vigenza del d.lgs. n. 61/2000 le clausole “elastiche” e “flessibili”.

Se, dunque, il contratto collettivo applicato non le regola, il datore di lavoro e il *part-timer* possono sottoscrivere clausole elastiche davanti ad una Commissione di certificazione dei contratti di lavoro (art. 76 D.Lgs. n. 276/2003, «con facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o

conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro»), nel limite massimo del 25% di aumento rispetto alla prestazione lavorativa annua a tempo parziale, a fronte di una maggiorazione della retribuzione oraria globale di fatto pari al 15%, compresa l'incidenza sugli istituti di retribuzione indiretta e differita.

Il diritto di "ripensamento" e di revoca del consenso alle clausole elastiche viene esteso agli affetti da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti e ai lavoratori il cui coniuge o un cui figlio o genitore sia affetto da tali patologie (art. 6, comma 7), che si aggiungono ai soggetti (lavoratori e familiari) in situazioni riconosciute ai sensi dell'art. 3 della legge n. 104/1992 e ai lavoratori studenti.

Con riguardo al trattamento normativo e al principio di non discriminazione del lavoratore in regime di lavoro a tempo parziale, l'art. 7, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015 consente ai contratti collettivi di rimodulare la durata del periodo di prova e del periodo di conservazione del posto di lavoro anche in caso di infortunio oltretutto nelle ipotesi di malattia in base all'articolazione dell'orario di lavoro.

Rispetto al trattamento economico e normativo è confermato il riproporzionamento alla effettiva prestazione lavorativa, la cui favorevolezza va raffrontata rispetto al lavoratore a tempo pieno «*di pari inquadramento*» (art. 7, comma 1).

La norma del "codice dei contratti" procede senza specificare cosa si intenda singolarmente per "trattamento" e, quindi, con una generalizzazione a tutti gli istituti normativi e retributivi in senso lato afferenti al trattamento giuridico ed economico del lavoratore comparabile di pari livello.

Viene esteso il diritto di ottenere la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in regime a tempo parziale ovvero, sulla base di una eventuale successiva richiesta, di trasformazione a tempo pieno, ai soggetti affetti da gravi patologie cronico-degenerative ingravescenti, e al lavoratore che ha il coniuge o un figlio od un genitore affetto dalle stesse patologie (art. 8, commi 3 e 4, d.lgs. n. 81/2015).

Inoltre viene previsto il diritto di richiedere, per una sola volta, in alternativa al congedo parentale, la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto di lavoro a tempo parziale per un periodo corrispondente, con riduzione d'orario non superiore al 50% e il datore di lavoro deve dare seguito alla trasformazione entro 15 giorni dalla richiesta (art. 8, comma 7).

Viene confermato il diritto di precedenza in caso di assunzioni a tempo pieno per le stesse mansioni o mansioni di pari livello e categoria legale, a favore del lavoratore che ha trasformato il rapporto di lavoro a tempo parziale (art. 8, comma 6, d.lgs. n. 81/2015), allo stesso modo viene confermata, ma solo in parte, la disposizione del D.Lgs. n. 61/2000, che prevedeva un diritto di precedenza, con riferimento alle attività presso unità produttive nello stesso Comune ed alle stesse mansioni od a mansioni equivalenti, stabilendo l'obbligo per il datore di lavoro di dare tempestiva informazione al personale già occupato

a tempo pieno che sia occupato in unità produttive collocate nello stesso ambito comunale in caso di assunzioni a tempo parziale e di prendere in considerazione le domande di trasformazione a tempo parziale del rapporto di lavoro dei lavoratori occupati *full time* (art. 8, comma 8).

Viene però eliminato il diritto al risarcimento per il lavoratore nei confronti del quale sia stato violato il diritto di precedenza fissato nel contratto individuale.

Con riferimento all'ipotesi in cui il giudice è chiamato a determinare le modalità temporali di svolgimento della prestazione lavorativa a tempo parziale, venendo eliminato il riferimento previgente ai criteri previsti dal contratto collettivo applicato, si prevede che il giudice debba tenere conto «*delle responsabilità familiari del lavoratore interessato, della sua necessità di integrazione del reddito mediante lo svolgimento di altra attività lavorativa, nonché delle esigenze del datore di lavoro*» (art. 10, comma 2, del d.lgs. n. 81/2015).

Il “codice dei contratti”, infine, elimina, in prospettiva di semplificazione gestionale, la previsione contenuta nell’art. 2, comma 1, secondo periodo, del D.Lgs. n. 61/2000, che obbligava (con scarsa effettività sul piano pratico) il datore di lavoro (fatte salve comunque le previsioni dei contratti collettivi) ad informare con cadenza annuale le rappresentanze sindacali aziendali, se esistenti, in merito alle assunzioni a tempo parziale, alla tipologia di *part-time* utilizzato e al ricorso al lavoro supplementare. In proposito va tuttavia segnalato che la clausola 5 dell'allegato della direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997, prevede che i datori di lavoro, “per quanto possibile (...) dovrebbero prendere in considerazione (...) la diffusione, agli organismi esistenti rappresentanti i lavoratori, di informazioni adeguate sul lavoro a tempo parziale nell'impresa”.