

Giurisprudenza

Contratto di lavoro e riconoscimento del debito

Sentenza del Tribunale federale del 19 ottobre 2010 (5A.513/2010)

Nell'ambito di un contenzioso sorto tra un dipendente e il suo precedente datore di lavoro, il primo ha fatto spiccare un precepto esecutivo verso l'azienda per ottenere in via esecutiva il pagamento dei crediti salariali a suo dire ancora non soluti. L'ex-dipendente ha chiesto il pagamento dell'importo salariale lordo, senza specificare le deduzioni sociali cui è soggetto il salario. Il datore di lavoro ha fatto opposizione al precepto esecutivo. I giudici cantonali hanno inizialmente respinto la domanda rigetto dell'opposizione presentata dal dipendente, in quanto non era possibile stabilire quali fossero le deduzioni sociali che dovevano essere operate sui crediti salariali rivendicati. Il Tribunale federale ha annullato il giudizio cantonale (sentenza TF del 7 dicembre 2009, 5A.441/2009), rilevando che i tassi di deduzione sono contenuti nella legislazione pertinente in materia e si devono quindi considerare una questione di diritto che il giudice applica d'ufficio.

Contro la successiva decisione con la quale è stato concesso il rigetto dell'opposizione si è invece aggravato il datore di lavoro, giungendo sino al Tribunale federale. I giudici dell'Alta Corte federale hanno confermato che il contratto di lavoro, se redatto in forma scritta e con le firme delle parti (o quantomeno della parte debitrice), assume la valenza del riconoscimento di debito (cfr. art. 82 LEF) per le somme che esso riporta (salari, bonus, indennità spese,...) se viene dimostrato che il lavoro è stato effettivamente svolto dal dipendente.

Nell'ambito di un'esecuzione forzata per l'incasso di somme di denaro, è possibile per il dipendente procedere contro il datore di lavoro senza avviare una causa ordinaria, ma semplicemente presentando al giudice (dell'esecuzione) il documento che attesta tutti i crediti salariali convenuti tra le parti. Le somme riportate, qualora pattuite al lordo, andranno decurtate d'ufficio dal giudice in applicazione delle relative leggi in materia di assicurazioni sociali e semmai altre deduzioni ivi previste.

Tale beneficio del titolo esecutivo, ovvero del riconoscimento di debito attraverso il contratto di lavoro, non è invece ammissibile per altre prestazio-

A gentile richiesta Malattia del figlio e diritto al salario



«In riferimento all'art. 35a LL e all'art. 324a CO come ci si deve comportare se un dipendente si deve assentare per accudire il figlio disabile che regolarmente ha delle crisi che ne richiedono l'ospedalizzazione o la visita al pronto soccorso. E' da ritenere ogni crisi un caso eccezionale o visto che accade regolarmente, un fatto usuale e quindi il dipendente ha sì diritto all'assenza ma non al salario?»

Le problematiche legate al diritto all'assenza del dipendente che ha delle responsabilità familiari e l'eventuale diritto al salario durante tali assenze sono da trattare e risolvere in modo indipendente l'una dall'altra. Infatti la Legge federale sul lavoro permette al genitore con responsabilità familiari di ottenere sino a tre giorni di congedo su presentazione del certificato medico. Le responsabilità familiari impongono degli obblighi di cura e assistenza che sono ancorati alla legge, cui il dipendente genitore neppure può sottrarsi. D'altro canto anche il datore di lavoro ha diritto di avere sul posto di lavoro il dipendente a lui legato da un contratto di lavoro. Una puntuale e specifica regolamentazione non è invece presente nel Codice delle obbligazioni, ma la dottrina ritiene che il diritto ad un massimo di tre giorni di assenza per la cura del figlio malato (o d'altri parenti stretti) sgorga dal fondamentale obbligo del datore di lavoro di rispettare la personalità del lavoratore, previsto dall'art. 328 CO. Il diritto al congedo pone quindi il lavoratore in condizioni di avere il diritto al congedo ogni volta che l'obbligo

ni del datore di lavoro fornite in natura (vitto, alloggio, vettura, parcheggio, ...) le quali non possono evidentemente essere oggetto di una procedura direttamente tesa all'incasso di somme di denaro. In tal caso, come anche nell'eventualità in cui il dipendente non dispone di un contratto di lavoro scritto e firmato dal datore di lavoro, egli dovrà procedere con una procedura ordinaria di condanna e solo successivamente all'eventuale esecuzione per le somme riconosciutegli dal giudice.

Sul contenzioso fra dipendente e datore di lavoro: manuale 5.1

familiare di cura del figlio lo esige. Il diritto al salario deve invece essere valutato dal punto di vista dell'art. 324a CO, considerando ovvero se le condizioni per il pagamento del salario sono date, in particolare per quanto riguarda l'esistenza dell'impedimento al lavoro, i motivi personali e l'assenza di colpa. Tale esame deve essere fatto in concreto per ogni singola situazione.

L'art. 324a CO non tutela pertanto il diritto al salario del lavoratore assente a causa della malattia di un terzo, salvo il caso in cui la sua assenza sia imposta dall'adempimento di un obbligo legale, come l'accudire il figlio malato, ma solo all'ulteriore condizione di cercare in questo tempo una soluzione di ripiego, sia per la malattia in corso, sia nel caso in cui la problematica dovesse riproporsi in modo simile.

Ne deriva la necessità di una valutazione anche delle condizioni personali e concrete del dipendente, il quale potrebbe avere colpa di non aver trovato alternative per il futuro qualora possibili. In tal caso egli non avrebbe diritto al pagamento del salario.

Se invece, viste le condizioni personali e familiari del dipendente, non vi sono altre alternative se non la sua assenza dal lavoro per tutti i casi in cui dovesse manifestarsi una crisi del figlio, non gli si potrebbe imputare una colpa e il diritto al salario dovrebbe essergli riconosciuto. Il limite di tempo (cumulato) per il pagamento del salario è anche in questo caso stabilito dall'art. 324a CO e, qualora applicabile, anche dalla scala bernese.

Costantino Delogu, avvocato

Sul congedo per malattia del figlio: 3.2.4.4

Sul pagamento del salario: manuale 3.2.1.2

Impressum

Newsletter lavoro è la pubblicazione mensile del sistema d'informazione Il diritto del lavoro applicato.

Direttore editoriale: Robert Boss
Redattore capo: Lorenza Hofmann
Hanno collaborato: Dario Caramanica e Costantino Delogu

Boss Editore SA - CH 6997 Sessa
tel. +41(0)91 600 93 03
fax +41(0)91 600 93 04
Redazione:lorenza.hofmann@boss-editore.ch
Amministrazione: info@boss-editore.ch
© www.boss-lavoro.ch

BOSS NEWSLETTER LAVORO

Editoriale

Per questa ultima edizione dell'anno 2010 Newsletter Lavoro propone due temi principali: l'influsso della giurisprudenza sull'applicazione del diritto del lavoro (tema pure di Congresso Lavoro) e la revisione salariale.

Nell'articolo a lato si illustra il ruolo dei tribunali nella risoluzione di casi concreti e quindi della giurisprudenza nell'evoluzione del rapporto di lavoro, in particolare in merito alla libertà di licenziamento e alla protezione del lavoratore vigenti nel diritto del lavoro svizzero.

Ricordiamo che un'ampia casistica relativa alla fine del rapporto di lavoro e alla più recente giurisprudenza è stata introdotta nel capitolo 4 del manuale Il diritto del lavoro applicato con l'aggiornamento distribuito in settembre e preannunciamo che nel prossimo (01/2011) vi saranno ulteriori informazioni sulle più recenti sentenze di tribunali di vario grado relative alla disdetta del rapporto di lavoro.

In queste settimane, gli amministratori del personale sono impegnati nei conteggi salariali di fine anno e nella definizione degli stipendi 2011. È tempo ed occasione per le aziende, per i loro dirigenti, di chinarsi sulla revisione salariale e non solo sugli aggiustamenti di routine. Nell'articolo a pagina 3, si propongono cinque equità che possono guidare nella revisione salariale affinché sia il più possibile equilibrata e foriera di motivazione individuale e di aggregazione in seno al team.

La prossima edizione di Newsletter Lavoro sarà distribuita agli abbonati a metà gennaio, unitamente al primo Aggiornamento Lavoro dell'anno 2011.

Lorenza Hofmann

All'interno:

- **Revisione salariale/Cinque equità**
- **Riconoscimento del debito/Giurisprudenza**
- **Malattia del figlio e diritto al salario/A gentile richiesta**

Novembre - Dicembre 2010

L'influsso della giurisprudenza

di Costantino Delogu*

Nell'applicazione pratica delle leggi non di rado ci si accorge d'acchito di come una norma non possa essere presa e utilizzata per risolvere in modo chiaro e univoco una ben determinata e concreta situazione. Appaiono in questi casi manifeste le qualità della norma, che non è stata di per se creata per un singolo evento, bensì è connotata dal fatto di essere stata elaborata in modo generale e astratto affinché possa essere utilizzata per un numero indeterminato di fattispecie e di persone che si trovano in condizioni simili.

Infatti per definizione la norma è generale e astratta. Generale poiché non è stata concepita per una singola e determinata persona ma si rivolge invece ad un numero indeterminato di persone. Astratta in quanto non concepita per il singolo caso concreto, bensì per risolvere o regolamentare delle situazioni, non necessariamente identiche tra loro, che hanno delle caratteristiche simili.

La norma, generale e astratta, nel momento in cui viene applicata ad una situazione concreta che coinvolge persone determinate può risultare come una coperta troppo piccola per coprire un letto e che viene di conseguenza tirata un po' qua ed un po' là a dipendenza della situazione, purtroppo non sempre con risultati soddisfacenti.

Quando una norma può essere applicata in più modi, tutti apparentemente ammissibili o quantomeno non contrastanti con il testo letterale della legge, rispettivamente quando essa contiene delle nozioni giuridiche indeterminate (ad esempio i classici motivi gravi nell'ambito di una disdetta con effetto immediato, i motivi giustificati, il fatto di tenere conto adeguatamente dei bisogni e delle esigenze aziendali oppure dei desideri del dipendente, ...) è la prassi che determina qual è la migliore applicazione concreta della norma, in che modo essa deve essere interpretata nel suo testo per ottenere il migliore

risultato o talvolta perseguire almeno la soluzione meno imperfetta.

È quindi l'applicazione pratica a casi singoli e determinati della norma generale e astratta che stabilisce in che modo essa deve essere intesa e applicata: la prassi si manifesta attraverso le decisioni dei tribunali che si chinano sui casi concreti e applicano la norma per risolverli, creando la giurisprudenza, ossia un fascio di decisioni che acquisiscono autorità nell'ambito dell'applicazione della legge, determinando le modalità e le condizioni concrete nelle quali la legge deve essere presa e traslata sul singolo caso concreto.

Il vantaggio della giurisprudenza è d'essere estremamente libera da vincoli formali, nel senso che per mutare ha bisogno unicamente di una motivazione convincente che spieghi per quale motivo un caso che veniva trattato in un certo modo, viene poi risolto in un modo diverso. In particolare la giurisprudenza non è legata alle forme rigide, macchinose e di lungo periodo che caratterizzano invece l'elaborazione e l'adozione di un testo di legge.

Anche nel diritto del lavoro la giurisprudenza ha assunto un'importanza notevole per la risoluzione dei casi concreti che man mano si presentano nel mondo del lavoro e, più in dettaglio, nel trattamento di singole questioni che sempre più spesso sono all'origine dei conflitti. Per citarne solo alcune si può fare riferimento alle disdette, alle vacanze, al pagamento del salario, al lavoro supplementare.

La giurisprudenza influenza il rapporto di lavoro, poiché gli permette di evolvere secondo i progressi del tempo e dello spazio laddove la norma di legge avrebbe un iter eccessivamente lungo e complesso per poter essere sempre al passo con i tempi e con il vertiginoso evolvere delle necessità del moderno mondo del lavoro.

Dei principi che sono (o forse oggi po-

Cresce la multiattività: come gestirla?

Nel 2009, in Svizzera, il 7,4% degli attivi, ossia un lavoratore su 13, esercitava più di un'attività professionale. L'ultima inchiesta sulla popolazione attiva, effettuata dall'Ufficio federale di statistica, ha permesso di rilevare ed analizzare la multiattività. Questo fenomeno, in aumento negli ultimi vent'anni (4% nel 1991), è più accentuato in Svizzera rispetto all'UE, mentre in Ticino è più contenuto (4.8% della popolazione attiva complessiva).

La lettura dei dati statistici rivela una realtà molto eterogenea: lavoratori che sommano occupazioni a tempo parziale presso datori di lavoro diversi, impiegati a tempo pieno con attività accessorie, indipendenti con attività dipendente e viceversa. La multiattività riguarda più gli Svizzeri e meno gli stranieri, le donne più degli uomini, gli attivi della fascia d'età fra i 40 e i 54 anni, i lavoratori con un livello di formazione elevato e gli indipendenti. Sull'insieme, predominano le attività secondarie di natura dipendente; solo una su cinque ha carattere indipendente; l'86.4% si svolge nel settore terziario, l'8% nel secondario e il 4.5% nel primario. In termini assoluti 315 mila occupati svolgono più di un'attività professionale: 271'000 (86%) hanno due attività; 36'000 (11.4%) hanno 3 impieghi; 8'000 (3%)

quattro o più. In tre casi su quattro, l'attività secondaria è effettuata in un ramo economico diverso dall'attività principale.

La durata media dell'attività secondaria è di 8,9 ore settimanali, un tempo di lavoro equivalente a un impiego al 20-25%. Se mediamente la multiattività raggiunge un impegno di circa 36 ore settimanali, fra gli uomini la durata del lavoro settimanale può superare le 46 ore, quindi più delle 40,9 ore medie di un'occupazione a tempo pieno. Un multiattivo su tre esercita già una professione a tempo pieno ciò che fa sì che questa persona avrà un grado di occupazione superiore al 100%, lavorerà probabilmente di sera, o di notte o nei giorni festivi.

L'eterogeneità della multiattività è correlata con il mercato del lavoro atipico e precario: nel 20% dei casi l'attività secondaria si svolge su chiamata; uno su dieci dichiara di non aver trovato un'occupazione a tempo pieno; un attivo a tempo parziale su cinque vorrebbe lavorare di più.

Attenzione a...

Nella gestione del rapporto di lavoro, la multiattività del dipendente può dare filo da torcere, in particolare nei casi di cumulo di attività a tempo parziale. La Seco raccomanda di prestare atten-

zione al rispetto della Legge sul lavoro, in particolare alla durata massima della giornata lavorativa e della settimana lavorativa, al riposo giornaliero e settimanale, al lavoro domenicale. Consigliamo ai datori di lavoro che assumono lavoratori a tempo parziale di chiarire, al momento dell'assunzione, la situazione del lavoratore rispetto ad altre sue occupazioni. Attribuisce ai datori di lavoro la responsabilità del rispetto delle prescrizioni della Legge sul lavoro relative ai tempi di lavoro e di riposo. Si possono inoltre porre dei problemi anche per quanto riguarda l'applicabilità del dovere di diligenza e fedeltà che, nel caso di contratti a tempo parziale, è limitata, nel senso che di principio al lavoratore è permesso di lavorare per altre aziende o per conto proprio a condizione che l'attività non sia concorrenziale.

Su occupazioni presso più datori di lavoro: Vademecum Lavoro flessibile, p. 124

Sulle attività accessorie: manuale 1FLE.3.4, 8.A lett

Sul dovere di diligenza e fedeltà: manuale 1FLE.3.4, 2.5.4, 4.4.6, 8.C lett; Vademecum Lavoro flessibile, p. 69

Sugli aspetti assicurativi: manuale 1FLE.4; Vademecum Lavoro flessibile, pp. 93 e ss.

salario per tali ore gli poteva essere riconosciuto poiché non aveva dimostrato quale porzione di queste ore doveva essergli pagata e quale parte invece era stata effettuata in un periodo in cui i suoi diritti erano già prescritti. Nell'impossibilità di stabilire quali ore erano ancora da pagare, i giudici hanno ritenuto che non era possibile obbligare il datore di lavoro a corrispondere il relativo salario.

L'influsso della giurisprudenza è quindi immediatamente visibile in tutta la sua importanza poiché condiziona l'applicazione del diritto facendola evolvere e adattandola in modo pressoché immediato (anche se non sempre i tempi sono i medesimi e rapidi) alle mutevoli condizioni della società, delle persone, delle mentalità e finalmente al concetto di giusto ed equo.

* Avvocato

Casistica: manuale 4.1.3; 4.2.3; 4.3.3; 4.4.6; 4.5.4

segue da pag. 1 →

tremmo dire erano, grazie appunto alla giurisprudenza) ancorati nel testo della legge e che hanno condotto per molto tempo le decisioni dei tribunali, sono stati ripresi e adattati alle nuove peculiarità di oggi, alle nuove necessità e all'esigenza di avere un'applicazione del diritto, e quindi anche del diritto del lavoro, che sia per quanto possibile anche equa.

Uno dei maggiori esempi dei cambiamenti imposti dalla giurisprudenza nella gestione dei contratti di lavoro e dei rapporti tra datore di lavoro e lavoratore è senz'altro la modulazione del principio fondamentale della libertà di licenziamento che vige nel diritto svizzero del lavoro.

Le ultime sentenze che hanno trattato casi di licenziamenti ordinari hanno preso la via della necessità di un'accresciuta ponderazione degli interessi in gioco, della situazione personale del lavoratore (età, famiglia, ...) e della possibilità del datore di lavoro di evitare anche dal punto di vista economico di procedere

alla disdetta del contratto. Si tratta in sostanza di una mitigazione dell'assoluta libertà di licenziamento che traspare dal testo astratto della legge (che peraltro nemmeno richiede una motivazione per la disdetta a meno che non venga chiesta successivamente dalla parte che la riceve), attraverso l'uso del licenziamento abusivo: la soluzione attuale, che deriva dalla giurisprudenza dell'ultimo decennio, sembra andare nella direzione di continuare ad ammettere il principio che ogni parte può disdire il contratto quando vuole, ma il datore di lavoro deve ponderare bene tutte le circostanze del caso per non rischiare di vedere qualificata d'abusiva la sua disdetta, data quindi in violazione del principio della buona fede.

Anche la protezione accresciuta del lavoratore ha subito qualche flessione in determinate sentenze recenti: ad esempio è stato ritenuto che sebbene un dipendente avesse stabilito che aveva effettuato moltissime ore di lavoro straordinario, nessun pagamento del

Revisione salariale: cinque equità

di Dario Caramanica*



In questo periodo, nelle aziende è tempo di dare avvio alla revisione salariale. Si tratta di un'attività delicata che attira le attenzioni e genera attese in ogni collaboratore. L'esperienza

insegna come qualsiasi soluzione si decida di adottare generi insoddisfazioni o delusioni in una parte della forza lavoro. Tale stato emotivo ha influsso, per un periodo più o meno lungo, sulla motivazione e di conseguenza sul rendimento della risorsa più importante dell'organizzazione, la persona. È dunque utile, prima di cimentarsi, disporre di uno strumento in grado di farci osservare la problematica dal punto di vista di chi ne è oggetto con lo scopo di minimizzarne le ricadute negative.

Le osservazioni fatte in occasione di numerosi colloqui, volti a raccogliere i motivi delle richieste di modifica dei salari, hanno permesso, indipendentemente dalle argomentazioni addotte dai singoli, di riunirle per categorie: le cinque equità.

Proponiamo di seguito alcuni spunti di riflessione che permettono di diminuire gli impatti negativi sulla motivazione e dunque sul rendimento dei collaboratori.

1. Equità interna o equità delle richieste

Con particolare riferimento ai giovani

collaboratori, gli stipendi tengono conto del diverso grado di formazione?

Le diversità di esperienza sono considerate?

Le conoscenze linguistiche, informatiche e tecniche sono prese in considerazione? La remunerazione tiene conto del grado di autonomia e di indipendenza della persona? Della capacità di gestire gli imprevisti?

2. Equità esterna o equità di mercato

Abbiamo informazioni su come viene remunerata la stessa funzione presso le altre aziende?

Se sì, i nostri stipendi sono concorrenziali?

Se i nostri salari sono inferiori, su quali ulteriori vantaggi possono contare i nostri collaboratori? Sono conosciuti?

3. Equità delle prestazioni

La remunerazione globale considera il contributo del dipendente al risultato del team?

I differenti livelli di prestazione forniti dai collaboratori trovano riscontro nella remunerazione?

I comportamenti conformi ai desideri aziendali vengono ricompensati?

La disponibilità alle necessità del datore di lavoro è presa in considerazione?

4. Equità di risultato

La remunerazione complessiva considera il risultato dell'azienda?

Lo sforzo supplementare per raggiungere risultati particolarmente positivi viene riconosciuto in modo tangibile?

PRATICAMENTE

Parità salariale online

Su www.equality-salario.ch è visibile un documentario sulla parità salariale fra donne e uomini, ideato per le aziende. L'iniziativa è della Conferenza svizzera delle delegati alla parità, sostenuta dalla Confederazione e dai partner sociali. La piattaforma offre strumenti di lavoro, documentazione ed esempi di buone prassi, all'insegna del «capire, scoprire, applicare e promuovere» la parità salariale.

Modifiche CNL

L'ufficio cantonale di conciliazione ha proceduto alle modifiche dei contratti normali di lavoro per il personale di vendita al dettaglio, per le giovani alla pari, per il personale domestico e per

gli addetti al settore agricolo. Ha inserito il principio secondo il quale il datore di lavoro non può ridurre le vacanze di una lavoratrice che, causa gravidanza o puerperio, è impedita di lavorare per due mesi al massimo o ha fruito del congedo di maternità ai sensi della LIPG. Nel settore della vendita al dettaglio, il CNL adeguerà, con effetto 1° gennaio 2011, i salari lordi all'indice nazionale dei prezzi al consumo.

Aliquota invariata

Per decisione della Commissione tripartita del Fondo cantonale per la formazione professionale l'aliquota 2011 del contributo dei datori di lavoro resta invariata allo 0,9 per mille della massa salariale soggetta all'AVS.

5. Equità sociale

Il sistema retributivo considera i vincoli che l'attività lavorativa impone al collaboratore? (lavoro notturno, disponibilità fuori dall'orario di lavoro, ...)

I condizionamenti della vita sociale e familiare sono considerati nella retribuzione?

L'evoluzione dei salari tiene conto dell'indice dei beni al consumo?

La lista precedente di domande che chi è incaricato della revisione salariale dovrebbe porsi non ha certo la presunzione di essere esaustiva. A dipendenza dei differenti settori di attività in cui l'azienda opera, si possono aggiungere spunti di riflessione. In ogni caso, le cinque equità presentate stanno alla base dei paragoni e delle considerazioni che i dipendenti fanno nelle occasioni in cui rivendicano un trattamento salariale differente. Detto in altri termini, la sensazione di non essere sufficientemente retribuito trae origine dal disequilibrio, reale o percepito, di una delle cinque equità.

* Capo del personale con Master in Direzione del personale; autore del team Boss Editore

Sulla retribuzione: manuale 1.3.2; 1.10

Philipp Mülhauser

DAS LOHNBUCH 2010

Mindestlöhne sowie orts- und berufsbliche Löhne in der Schweiz
Orell Füssli Verlag, Zürich 2010.

Più di 7'000 salari repertoriati, dai salari minimi alle scale salariali applicate nelle diverse regioni, nei vari rami professionali e secondo gli anni di esperienza. Anche informazioni comparative fra Svizzera e Ticino. Un'opera di consultazione, quasi 600 pagine, tabelle di immediata lettura, dati rigorosamente rilevati dall'Ufficio per l'economia e il lavoro del canton Zurigo, con la collaborazione delle organizzazioni del mondo del lavoro.

Questo utile volume **può essere acquistato presso Boss Editore SA** tramite la cartolina allegata.

L'opera è in tedesco, ma la sua struttura schematica consente la consultazione anche con una conoscenza minima della lingua.