



Tribunale Ordinario di Bergamo
Sezione Lavoro

Udienza del 17/2/2020

R.G. N. 1044/2019

Repubblica Italiana
In nome del Popolo Italiano

Il Giudice di Bergamo

Giulia Bertolino quale giudice del lavoro ha pronunciato la seguente

Sentenza
nella causa promossa
da

con gli Avv.ti Andrea Sterli e Andrea Pesenti, elettivamente domiciliato
in Bergamo, via Cucchi n. 5;

RICORRENTE

contro

l'avv. Alessandro Bigoni ed elettivamente domiciliato in Milano, Via Gustavo Modena n. 3;

RESISTENTE

OGGETTO: incidenza superminimo e E.A.D.R. su tredicesima mensilità e TFR

All'udienza di discussione i procuratori delle parti concludevano come in atti.

FATTO E DIRITTO

Con ricorso al Tribunale di Bergamo, quale Giudice del Lavoro, il sig. _____, dipendente a tempo pieno della resistente con inquadramento al livello C del CCNL Dipendenti Non Medici delle Case di Cura Private e mansioni di "tecnico di radiologia", ha convenuto in giudizio





al fine di sentir accertare e dichiarare la nullità e/o annullabilità e/o illegittimità e/o inefficacia dell'art. 66 CCNL Dipendenti Non Medici delle Case di Cura Private nella parte in cui esclude dal calcolo della 13^a mensilità il superminimo individuale riconosciuto al ricorrente in sede di assunzione e costantemente erogato durante tutto il rapporto per cui è giudizio nonché l'E.A.D.R. previsto dall'art. 52 CCNL applicato e, per l'effetto, condannare l'

al pagamento della somma di € 3.727,50, oltre rivalutazione monetaria, calcolata ai sensi dell'art. 150 disp.att. c.p.c., e gli interessi legali sul totale rivalutato.

In ogni caso, con vittoria delle spese di lite da distrarre in favore dei procuratori antistatari.

Si costituiva ritualmente in giudizio l'

, eccependo l'infondatezza in fatto e in diritto delle domande di cui al ricorso e chiedendo il rigetto delle avversarie pretese, con vittoria delle spese di lite.

All'udienza del 6.11.2019, esperito inutilmente il tentativo di conciliazione e ritenuta la causa matura per la decisione senza necessità di istruzione probatoria, il Giudice rinviava per discussione. All'udienza del 17.2.2020, il Giudice invitava le parti alla discussione all'esito della quale decideva come da dispositivo pubblicamente letto, riservando il deposito della motivazione a 5 giorni, ai sensi dell'art. 429 c.p.c. così come modificato dalla legge 133/2008.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso deve essere accolto per le ragioni di seguito precisate.

È pacifico tra le parti che:

- il ricorrente per tutta la durata del rapporto di lavoro ha percepito sia un superminimo individuale che è rimasto fisso per tutto rapporto (€ 284,05) sia l'elemento aggiuntivo della retribuzione previsto ex art. 54 C.C.N.L. applicato (€ 12,91);
- il superminimo e l'E.A.D.R. non sono stati tenuti in considerazione ai fini del calcolo della 13^a mensilità, secondo quanto disposto dall'art. 66 del C.C.N.L. applicato: *"la 13^a mensilità [...] composta da tabellare annuo di cui all'articolo 50 come da posizione economica diviso 12 e retribuzione individuale di anzianità"*.

Il ricorrente afferma che l'art. 66 citato prevede un trattamento deteriore rispetto all'art. 17 dell'Accordo Interconfederale per l'industria del 27.10.1946, reso efficace *erga omnes* dal DPR n. 1070/1960, che prevedeva come base di calcolo della 13^a mensilità la *"retribuzione globale di fatto"*.





Ai fini della definizione della controversia, è necessario (i) accertare se la base di calcolo della tredicesima mensilità prevista dall'art. 66 CCNL applicato è meno favorevole al dipendente di quella prevista dall'art. 17 dell'Accordo Interconfederale, poi (ii) considerare gli istituti da confrontare per accertare se il trattamento riservato al ricorrente dal CCNL della convenuta è complessivamente peggiorativo rispetto a quello dell'accordo Interconfederale e, infine, (iii) valutare l'eccezione di prescrizione del diritto avanzata e (iv) le contestazioni sui conteggi.

Si tratta ora di valutare se nella nozione di "retribuzione globale di fatto" predetta rientrano, secondo la dominante giurisprudenza, il superminimo e l'E.A.D.R., per verificare se la disciplina prevista dall'art. 66 CCNL applicato risulta veramente peggiorativa rispetto a quella del citato art. 17.

Sul punto, la Suprema Corte ha ricondotto alla nozione di "retribuzione globale di fatto" ogni emolumento di natura continuativa. In particolare, *"Le maggiorazioni retributive e le indennità erogate in corrispettivo di prestazioni di lavoro notturno, non occasionali, ma continuative ed organizzate secondo regolari turni periodici, costituiscono parte integrante della ordinaria retribuzione globale di fatto giornaliera e, come tali, concorrono alla composizione della base di computo non solo dell'indennità di anzianità o del trattamento di fine rapporto - ai sensi [...] di quegli istituti retributivi per la cui liquidazione [...] la contrattazione collettiva (come, con riguardo alla gratifica natalizia, l'art. 17 dell'Accordo interconfederale 27 ottobre 1946, per i dipendenti da imprese industriali private, reso efficace "erga omnes" con d.P.R. n. 1070 del 1960 ed efficace anche oltre la sua scadenza, fino alla sostituzione, o alla deroga in melius, con altro contratto collettivo) facciano riferimento a siffatta nozione di retribuzione globale di fatto."* (Cass. 25.9.04, n. 19303).

Alla luce di quanto statuito dalla giurisprudenza dominante, le modalità di calcolo della tredicesima individuate dal CCNL dipendenti non medici delle case di cura private risulta di minor favore per il lavoratore di quanto era previsto dall'Accordo Interconfederale.

1. Le modalità di calcolo della tredicesima mensilità

Alla luce dei consolidati principi dettati dalla dominante giurisprudenza:

A) il principio di onnicomprensività della retribuzione non ha carattere generale.

Infatti, secondo la giurisprudenza dominante, *"nel nostro ordinamento non esiste un principio generale ed inderogabile di onnicomprensività della retribuzione dovuta ai fini dei cosiddetti istituti indiretti, sicchè, per il riconoscimento del diritto dei lavoratori subordinati al computo nella base di calcolo della retribuzione per il periodo feriale della maggiorazione per lavoro notturno, non è sufficiente la constatazione della normalità, e cioè della sistematicità e non occasionante di detta prestazione, svolta secondo turni periodici, e della erogazione della relativa indennità, occorrendo anche che la contrattazione collettiva faccia riferimento, al fine considerato, alla retribuzione*





normale, o, come altrimenti indicata, ordinaria o di fatto o globale di fatto (Cass. 4 settembre 2003, n. 12920; Cass. 4 settembre 2003, n. 12921; Cass. 24 febbraio 2003, n. 2791; (Cass. 7 aprile 2003, n. 5408; Cass. 19 agosto 2004, n. 16261; Cass. 16 dicembre 2004, n. 23422; Cass. 11 aprile 2001, n. 5441; Cass. 14 ottobre 2004, n. 20364; Cass. 6 ottobre 2005, n. 19422; Cass. 23 febbraio 2007, n. 4270)." (Cass. lav. 15.1.13, n. 813).

- B) il criterio di computo della tredicesima mensilità dettato dall'accordo interconfederale per l'industria 27.10.46, esteso *erga omnes* con D.P.R. 28.7.60, n. 1070 - e in particolare il riferimento alla "retribuzione globale di fatto" - è derogabile, ai sensi della L. 14.7.59, n. 741, art. 7, u.c., da successivi contratti collettivi di diritto comune che assicurino un trattamento di miglior favore relativamente allo specifico istituto.

La Suprema Corte ha statuito che *"il giudice non può limitarsi a considerare la previsione del citato accordo interconfederale, ma è tenuto a verificare se la successiva contrattazione collettiva di categoria applicabile preveda un trattamento dell'istituto che, considerato complessivamente, sia più vantaggioso, tenendo presente che il criterio della onnicomprensività della retribuzione, valido soltanto per determinati istituti di origine legale, non opera neppure come criterio sussidiario, sicché un particolare emolumento è computabile a detti fini solo in quanto ciò sia espressamente previsto dalla disciplina contrattuale (Cass. 7 novembre 2003, n. 16772)"* (Cass. lav. n. 813/2013).

Pertanto la comparazione tra la disciplina collettiva applicata al ricorrente in relazione alla tredicesima mensilità non può essere limitata al secco confronto tra le basi di calcolo, da una parte, paga base e aumento per anzianità e, dall'altra, la retribuzione globale di fatto.

- C) La comparazione deve essere compiuta istituto per istituto: bisogna valutare, nell'ambito complessivo delle mensilità aggiuntive, se la base di computo più sfavorevole del CCNL in parola è compensata da altri elementi relativi alle mensilità aggiuntive più favorevoli rispetto a quelli che erano previsti nell'Accordo Interconfederale

La convenuta asserisce che il confronto tra la disciplina del CCNL predetto e quella dell'Accordo Interconfederale debba essere effettuata non avendo riferimento esclusivo alla base di calcolo della tredicesima, ma complessivamente con il resto della disciplina collettiva e, in particolare, rileva che il CCNL applicato dalla convenuta riconosce ai dipendenti un trattamento migliore dell'Accordo Interconfederale sotto i seguenti profili: numero di giorni di malattia e infortunio retribuiti al 100% con integrazione del datore di lavoro, più giorni di ferie e più permessi, maggiorazione per lavoro straordinario e notturno, concessione di emolumenti ulteriori ("altre competenze" e "una tantum"). Queste previsioni di maggior favore giustificano,





secondo la convenuta, una disciplina del computo della tredicesima mensilità deteriore rispetto a quella onnicomprensiva dettata dall'accordo interconfederale.

In realtà, la comparazione dei trattamenti deve essere correttamente effettuata istituto per istituto, muovendo dalla premessa che la tredicesima e la quattordicesima mensilità devono essere considerate come appartenenti al medesimo istituto delle mensilità aggiuntive, in quanto emolumenti analoghi nella struttura e nella funzione, infatti sono mensilità attribuite in unica soluzione nel corso dell'anno di regola in corrispondenza di ricorrenze festive e che le stesse sono dirette ad incrementare la retribuzione complessiva annuale.

Infatti, secondo la giurisprudenza dominante (Cass. 18.8.04, n. 16191, Cass. lav. n. 813/2013), il confronto tra il CCNL e l'Accordo Interconfederale deve essere effettuato istituto per istituto: *"con riferimento alla disciplina della cosiddetta estensione erga omnes, in applicazione L.14 luglio 1959 n. 741, di trattamenti economici e normativi previsti dalla contrattazione collettiva di diritto comune, e alla precisazione dell'art. 7, terzo comma, della medesima legge, secondo cui alle norme che stabiliscono detti trattamenti minimi si può derogare, sia con accordi o contratti collettivi che con contratti individuali, soltanto a favore dei lavoratori, la comparazione dei trattamenti deve essere effettuata istituto per istituto"* (Cass. lav. n. 16191/2004).

La medesima giurisprudenza specifica che la tredicesima mensilità deve essere considerata appartenente al medesimo istituto delle *"mensilità aggiuntive"* e pertanto considerata unitariamente con la quattordicesima mensilità *"in quanti emolumenti analoghi nella struttura e nella funzione"* (Cass. n.16191/2004, conf. Cass. 1.9.2003, n.12760).

Sul punto la Suprema Corte chiarisce: *"In riferimento alla prevalente giurisprudenza, secondo cui, per verificare l'esistenza di un trattamento più favorevole, il confronto deve essere eseguito istituto per istituto, si ritiene condivisibile l'orientamento secondo cui, per le mensilità aggiuntive, tale confronto deve essere compiuto considerando le stesse unitariamente. Al riguardo è stato osservato che non può sostenersi che la 13^a e la 14^a mensilità siano istituti diversi e incomparabili tra loro, rappresentando esse voci retributive rientranti nell'ambito delle c.d. mensilità aggiuntive, e che quindi non è dubitabile che il riconoscimento successivo di una 14^a mensilità da parte del contratto collettivo debba considerarsi migliorativo rispetto alla previsione della sola 13^a mensilità (Cass. 2 novembre 2000 n. 14344). Si è rilevato anche, analogamente, che l'unitarietà dell'istituto mensilità aggiuntive è desumibile dal fatto che si tratta di mensilità attribuite ciascuna in un'unica soluzione nel corso dell'anno e di regola in corrispondenza di importanti ricorrenze festive, e che le stesse sono dirette ad incrementare la retribuzione complessiva annuale: esse si configurano quindi come emolumenti tra loro analoghi e similari nella causa e nelle finalità (Cass. 20 agosto 2003 n. 12263 e Cass. 8 luglio 2002 n. 9871; cfr. anche Cass. 3 novembre 2000 n. 14407 e 17 ottobre 2001 n. 12683, nonché Cass. 3 novembre 2000 n. 14392 e 13 giugno 2002 n. 8501). Poiché dalla stessa sentenza impugnata risulta confermato che nella specie era riconosciuta anche*





una quattordicesima mensilità, il giudice a quo ha violato il principio di diritto appena esposto, in quanto, in relazione ai criteri di calcolo della 13^a dettata dall'accordo interconfederale del 1946, non ha verificato se non costituisse trattamento di miglior favore il trattamento complessivo costituito dalla 13^a e dalla 14^a corrisposte al lavoratore." (Cass. n. 16191/2004).

Più recentemente, la Cassazione ha ribadito che "In tema di retribuzione dovuta al prestatore di lavoro ai fini dei cc.dd. istituti indiretti (mensilità aggiuntive, ferie, malattia e infortunio), non esiste un principio generale ed inderogabile di omnicomprensività e, pertanto, nella quantificazione degli istituti indiretti il compenso per lavoro notturno o straordinario di turno può essere computato esclusivamente qualora ciò sia previsto da specifiche norme di legge o di contratto collettivo; tale disciplina collettiva, stabilendo un trattamento di maggior favore, può derogare, ai sensi dell'art. 7, ultimo comma, l. 14 luglio 1959 n. 741, anche al criterio di computo della tredicesima mensilità dettato - richiamando la "retribuzione globale di fatto" - dall'accordo interconfederale per l'industria 27 ottobre 1946, esteso erga omnes con d.P.R. 28 luglio 1960 n. 1070, escludendo la computabilità dei compensi aggiuntivi nella tredicesima e prevedendo l'attribuzione di benefici diversi a favore del lavoratore. (In applicazione di tale principio la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva escluso il diritto del lavoratore al computo nella tredicesima mensilità del compenso per lavoro notturno prestato secondo turni ricorrenti e con cadenza programmata, in considerazione della idoneità derogatoria all'accordo confederale della previsione - contenuta nei contratti collettivi applicabili al rapporto - relativa alla corresponsione di una quattordicesima mensilità, essendo questa appartenente allo stesso istituto contrattuale delle mensilità aggiuntive)." (Cass. lav. n. 813/2013)

Il CCNL dipendenti non medici delle case di cura private non prevede il riconoscimento della quattordicesima mensilità. Le altre clausole del C.C.N.L. applicato dalla resistente che dettano una disciplina più favorevole al dipendente rispetto a quella prevista dal citato accordo sono da ricondursi ad istituti completamente diversi per struttura e funzione, pertanto non sono rilevanti ai fini della comparazione di disciplina richiesta a questo Tribunale.

In conclusione, il CCNL applicato dalla convenuta utilizza pacificamente una base di calcolo della tredicesima mensilità deteriore rispetto a quello previsto dall'Accordo Interconfederale, il confronto tra la disciplina dell'istituto delle mensilità aggiuntive prevista dal CCNL applicato al rapporto dedotto in giudizio e l'Accordo Interconfederale evidenzia che il CCNL dipendenti non medici delle case di cura private - a fronte del computo nella base di calcolo della tredicesima mensilità solo del minimo tabellare e della retribuzione annuale di anzianità - non compensa tale trattamento sfavorevole al dipendente con alcun altro riconoscimento all'interno dello specifico istituto delle mensilità aggiuntive, pertanto l'art. 66 del CCNL applicato prevede un'illegittima disciplina peggiorativa rispetto a quella prevista dall'Accordo Interconfederale.





Pertanto, in applicazione dell'art. 7 L. 14.7.1959, n. 741, la base di calcolo della tredicesima prevista dall'art. 17 dell'Accordo Interconfederale, si sostituisce di diritto a quella previsto dall'art. 66 CCNL applicato.

2. La prescrizione

Come noto, prima delle riforme della disciplina di tutela dei licenziamenti, la giurisprudenza distingueva il *dies a quo* di decorrenza della prescrizione a seconda del regime di tutela reale o obbligatoria applicabile alla datrice di lavoro.

In seguito all'entrata in vigore della riforma L. n. 92/2012, il regime di tutela reale contro il licenziamento illegittimo è diventato residuale.

La marginalizzazione della tutela reintegratoria e la possibilità che, comunque, da una tutela reintegratoria di tipo debole il lavoratore non venga ristorato del complesso dei pregiudizi economici conseguenti all'illegittimo provvedimento espulsivo, comporta l'interruzione della prescrizione dei crediti retributivi dall'entrata in vigore della legge Fornero (18.7.12) anche per i lavoratori che, considerate le dimensioni della datrice di lavoro, risultano tutelati dall'art. 18 St. Lav..

Sul punto Tribunale di Milano (sent. 3460/2015) ha statuito *"Si deve prendere atto dell'entrata in vigore dal 18/7/12 della L. n. 92 del 2012 che ha modificato la tutela reale di cui all'articolo 18 S.L., prescrivendo, al comma cinque di tale norma, delle ipotesi nelle quali, anche a fronte di un licenziamento illegittimo, la tutela resta solo di tipo indennitario, senza possibilità di reintegrazione, in modo analogo che nella tutela obbligatoria (seppur con importi risarcitori maggiori).*

Sicché, si deve ritenere che da tale data i lavoratori, pur dipendenti da azienda sottoposta all'articolo 18 S.L., potessero incorrere - per la durata della relazione lavorativa - nel timore del recesso nel far valere le proprie ragioni, a fronte della diminuita resistenza della la propria stabilità (cfr. C. cost. n. 63 del 1966 che ha dichiarato la illegittimità costituzionale, in tal modo, dell'articolo 2948. n. 3, c.c.). In tale ottica, del resto, costituisce già orientamento giurisprudenziale quello per cui "la decorrenza o meno della prescrizione in corso di rapporto va verificata con riguardo al concreto atteggiarsi del medesimo in relazione alla effettiva esistenza di una situazione psicologica di "metus" del lavoratore e non già alla stregua della diversa normativa garantistica che avrebbe dovuto astrattamente regolare il rapporto, ove questo fosse stato pacificamente riconosciuto dalle parti fin dall'inizio come avente le modalità che il giudice, con un giudizio necessariamente "ex post", riconosce, applicando, quindi, la relativa disciplina legale" (cfr., ad es., Cass. lav. 13.12.2004 n. 23227; Cass. lav. 29.10.2004 n. 20987; Cass. lav. 6.8.2002 n. 11793, conforme: Trib. Milano Sez. lav., sent. 26.10.2017). Sul punto anche, Corte d'Appello di Milano, 30 aprile 2019 condivide l'orientamento per il quale nel rapporto di lavoro soggetto all'applicazione dell'art. 18 Stat. Lav., come modificato dalla riforma Fornero, non decorre la prescrizione in costanza di





rapporto, in quanto l'attuale formulazione dell'art. 18 Stat. Lav. - che prevede la reintegrazione solo per alcune ipotesi di illegittimità del licenziamento mentre per altre fattispecie prevede unicamente una tutela indennitaria - determina quella la situazione di "metus" che esclude il decorso del termine di prescrizione in costanza di rapporto di lavoro. La Corte aderisce, dunque, a quell'orientamento che valorizza l'effettiva condizione di soggezione in cui si trova il prestatore di lavoro in costanza di rapporto. In via di principio, la prescrizione quinquennale non opera per i crediti maturati per i 5 anni a ritroso calcolati dal luglio 2012, quindi, come regola generale, non sono prescritti i crediti retributivi dal luglio 2007.

La convenuta afferma che l'effetto sospensivo della prescrizione almeno non può valere nel periodo successivo alla risoluzione del rapporto (31.12.17), pertanto il termine prescrizionale quinquennale deve ritenersi decorso per il periodo 1.1.18 a 4.7.19 (data di notifica del ricorso) e così per 18 mesi, quindi la data di entrata in vigore della L. 92/2012 costituisce dies a quo per il computo a ritroso della residua durata del periodo di prescrizione di 42 mesi, pertanto il diritto azionato è prescritto per il periodo antecedente al 18.1.2009.

Il ricorrente ha inviato una comunicazione (doc. 4 del ricorso) idonea a interrompere il decorso della prescrizione in data 15.4.19.

Come noto, al venir meno della causa di sospensione, il termine di prescrizione ricomincia a decorrere dal momento in cui si era fermato, pertanto dal momento della risoluzione del rapporto la prescrizione è riniziata a decorrere, fino a quando non è stata interrotta dalla comunicazione inviata alla convenuta il 15.4.19.

Tra la conclusione del rapporto di lavoro del ricorrente in data 31.12.17 e la missiva del 15.4.19 sono decorsi 18 mesi durante i quali si è maturata la prescrizione per i crediti maturati nei 15 mesi e mezzo decorrenti dal 18 luglio 2007, quindi fino al 23.11.08.

Essendo la tredicesima stata sempre corrisposta dal datore di lavoro nel mese di dicembre, risultano prescritte le differenze retributive relative alla tredicesima mensilità del dicembre 2007, pertanto il ricorrente risulta creditore della datrice di lavoro per la somma di € 2.969,61 (€ 296,96 x 10) a titolo di incidenza del superminimo e dell'E.A.D.R. sul computo della tredicesima mensilità.

3. I conteggi

L'incidenza sul TFR del corretto calcolo della tredicesima mensilità per gli anni dal 2008 alla conclusione del rapporto è pari a € 219,97 (€ 2.969,61/13,5)

Le spese seguono la soccombenza e, pertanto, la convenuta deve essere condannata al pagamento delle stesse liquidate come in dispositivo, con distrazione a favore del procuratore antistatario.



**P.Q.M.**

il Giudice del Lavoro, definitivamente pronunciando,

- accoglie parzialmente il ricorso e, per l'effetto, condanna di _____, a pagare al sig. _____ la somma di € 2.969,61 a titolo di incidenza del superminimo e dell'EADR sulla tredicesima mensilità, oltre interessi e rivalutazione dalla singola debenza al saldo, e la somma di € 219,97 a titolo di incidenza sul TFR del nuovo calcolo della tredicesima, con decorrenza dalla conclusione del rapporto.
- condanna alla rifusione delle spese liquidate in complessivi € 1.500,00 per compenso, oltre al rimborso forfetario delle spese generali nella misura del 15% e agli accessori fiscali e previdenziali dovuti per legge, da distrarsi in favore del procuratore antistatario.

Riserva a 5 giorni il deposito della motivazione.

Bergamo, 17 febbraio 2020

IL GIUDICE DEL LAVORO

Giulia Bertolino

