

Numero 4 / 2021

Valentina Anibaldi

**Nota a Corte di Cassazione – sentenza 01 settembre
2021, n. 23728**

**L'autonomia del “nuovo terzo elemento salariale”
rispetto all'anzianità di servizio: la posizione dei
lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro**

Nota a Corte di Cassazione – sentenza 01 settembre 2021, n. 23728

L'autonomia del “nuovo terzo elemento salariale” rispetto all'anzianità di servizio: la posizione dei lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro

Valentina Anibaldi

Ricercatrice dell'Università Mercatorum

Sommario: 1. Alcune premesse. - 2. Peculiarità del contratto di formazione e lavoro e computo dell'anzianità di servizio. - 3. (Dis)continuità della recente giurisprudenza rispetto all'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite. - 4. Esiti della riforma degli istituti contrattuali di natura retributiva: disparità di trattamento o incentivo alla stabilizzazione del rapporto?

1. Alcune premesse

La sentenza che si annota¹ torna sulla spinosa questione attinente al mancato riconoscimento della voce retributiva denominata “nuovo terzo elemento salariale” ai lavoratori in servizio con contratto di formazione e lavoro al 25 luglio 1997, data in cui veniva sottoscritto l'Accordo nazionale per gli Autoferrotranvieri². Per effetto dell'art. 4 dell'Accordo³, la citata voce retributiva viene soppressa e fatta confluire nei cosiddetti “trattamenti sostitutivi”. Su volontà delle parti firmatarie, essa è mantenuta solamente per i lavoratori in servizio a tempo indeterminato, con esclusione dei lavoratori in forza con contratto di formazione e lavoro alla data di sottoscrizione dell'Accordo. Questi ultimi si vedono negare gli importi relativi alla

¹ La pronuncia, insieme a Cass., 24 agosto 2021, n. 23331, è stata commentata anche da V. A. Poso, *Il c.d. terzo elemento salariale, tra vecchie e nuove previsioni contrattuali collettive, i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro e il principio di non discriminazione*, in *Labor*, 15 settembre 2021.

² Il cosiddetto “terzo elemento salariale” è stato istituito con l'accordo nazionale 29 giugno 1988, al fine di finanziare i passaggi di uno o due livelli nonché la nuova scala parametrica e costituito per aggregazione dell'indennità giornaliera prevista dall'accordo nazionale 21 maggio 1981, come riparametrata ad opera dell'accordo nazionale 17 giugno 1982 e di importi retributivi reperiti dalle competenze accessorie unificate (CAU) e da altre indennità e compensi (art. 2). Il terzo elemento è quindi divenuto “nuovo terzo elemento”, per effetto del CCNL 2 ottobre 1989, che, dopo averlo utilizzato per il conglobamento nelle nuove retribuzioni (art. 2), ha fatto affluire i valori residui in un nuovo elemento retributivo denominato “nuovo terzo elemento salariale”, parte integrante della retribuzione normale prevista dall'art. 1 (Struttura della retribuzione) del CCNL 12 marzo 1980 (art. 3), in corrispondenza dell'importo al livello e alla qualifica di ciascun lavoratore. Infine, con l'art. 4 del CCNL del 25 luglio 1997, il nuovo terzo elemento salariale è stato soppresso con decorrenza dalla sua data di stipulazione; dalla stessa data, i valori stabiliti dalla tabella retributiva allegati numeri da 2/A a 2/E e da 3/A a 3/E sono confluiti, ferma restando in via transitoria la disciplina di cui al punto 3 dell'accordo nazionale 2 ottobre 1989, nei trattamenti sostitutivi di cui all'art. 4 bis del CCNL 12 marzo 1980, così come integrato dal punto 4 dell'accordo nazionale 2 ottobre 1989, venendo mantenuti ai soli lavoratori già in forza a tempo indeterminato alla medesima data di stipulazione del contratto.

³ Precisamente, in tale articolo si prevede che “*A decorrere dalla data di stipula del presente contratto, il nuovo terzo elemento salariale è soppresso. Conseguentemente, a decorrere dalla stessa data, i valori stabiliti dalla tabella retributiva allegati numeri da 2/A a 2/E e da 3/A a 3/E confluiscono, ferma restando in via transitoria la disciplina di cui al punto 3 dell'accordo nazionale 2 ottobre 1989, nei trattamenti sostitutivi di cui all'art. 4 bis del C.C.N.L. 12 marzo 1980, così come integrato dal punto 4 dell'accordo nazionale 2 ottobre 1989, e vengono mantenuti ai soli lavoratori già in forza a tempo indeterminato alla medesima data di stipula del presente contratto*”.

rideterminazione del “nuovo terzo elemento salariale”, sia in costanza di contratto di formazione, sia successivamente alla trasformazione dello stesso a tempo indeterminato.

A supporto della legittimità della clausola contrattuale che non riconosce il trattamento retributivo integrativo a tali lavoratori, la Suprema Corte pone il fatto che, al momento dell'avvenuta trasformazione del rapporto, essi siano da considerare neo-assunti, con ciò escludendo una violazione del principio di non discriminazione. In altri termini, per effetto della trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, gli istituti legati all'anzianità retroagiscono alla stipula del contratto di formazione, ma “*per il resto, il lavoratore, deve considerarsi come neo-assunto*”⁴. Ne deriva che per quanto non sia legato all'anzianità di servizio, la trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato non sarebbe in grado di riportare il momento dell'effettiva assunzione alla data di stipulazione del contratto di formazione e lavoro.

Ebbene, la pronuncia oggetto di commento ha applicato tale lettura alla voce retributiva in questione, ritenendola svincolata dall'anzianità di servizio.

Si tratta, in verità, di un parziale cambio di rotta rispetto all'oramai consolidato orientamento che attribuiva rilevanza solo alla posizione contrattuale del lavoratore al momento della stipula dell'accordo, costringendo l'interprete ad interrogarsi sulla legittimità di una differenziazione, ai fini del riconoscimento del “nuovo terzo elemento salariale”, tra lavoratori assunti *ab origine* con contratto a tempo indeterminato e lavoratori assunti con contratto di formazione poi trasformato a tempo indeterminato.

A ben vedere, anche in questo caso la *res dubbia* ruota intorno al rapporto tra legge e contrattazione collettiva ai fini dell'accesso a determinati trattamenti retributivi, ma con espresso riferimento, nell'impostazione esegetica assunta dalla sentenza in commento, a voci che non avrebbero titolo nell'anzianità di servizio.

Il complesso e frastagliato scenario su cui si innesta la vicenda *de qua* richiede un richiamo all'evoluzione giurisprudenziale in materia, in considerazione della natura del contratto di formazione e lavoro⁵.

2. Peculiarità del contratto di formazione e lavoro e computo dell'anzianità di servizio

Come noto, al contratto di formazione e lavoro è stata riconosciuta un'intrinseca precarietà per essere un contratto a termine al quale nessuna previsione legislativa

⁴ Cass. 15 dicembre 2015, n. 25256 (ord.).

⁵ Senza pretesa di esaustività, F. Rotondi, *Lavoro subordinato. Contratto di formazione e lavoro ai fini dell'anzianità*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2021, 93-94; R. Diamanti, *Scatti di anzianità e contratto di formazione e lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2011, 301 – 310; D. Manna, *Contratto di formazione e lavoro e anzianità di servizio: inaspettato 'revirement' della Corte di Cassazione* (Nota a Cass., 14 maggio 2009, n. 11206), in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2010, 95 – 100; L. Viespoli, *Contratto di formazione e lavoro e retribuzione di anzianità nel rapporto di lavoro degli autoferrotrannvieri*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2009, 11, 1413 – 1419; G.G. Balandi, *Formazione e contratto di lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 135 – 185; G. Di Corrado, *Formazione e contratto di lavoro*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2006, 1/2, 189 – 214; V. Beghini, *Vecchi e nuovi problemi in materia di contratto di formazione e lavoro*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 3, 616 – 627.

assicura automaticamente la trasformazione del rapporto in difetto dei requisiti e degli elementi costitutivi per la sua novazione oggettiva⁶.

Il legislatore ha dunque inteso tutelare la formazione conseguita anche cercando di riequilibrare la mancanza di stabilità del rapporto di formazione e lavoro (in quanto a termine) con l'equiparazione della formazione e lavoro a lavoro *tout court* se e quando il rapporto di formazione e lavoro si trasforma in un ordinario rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. E questa equiparazione opera come una prescrizione di carattere generale, a tutto campo, senza limitazione alcuna.

Al riguardo, il chiarimento si deve alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁷ che, intervenute a comporre un contrasto di giurisprudenza, hanno precisato che il principio contenuto nell'art. 3 del d.l. n. 726 del 1984, convertito dall'art. 1 della legge n. 863 del 1984, secondo il quale il periodo di formazione e lavoro deve essere computato nell'anzianità di servizio in caso di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto a tempo indeterminato (art. 3, comma 5), ovvero nel caso di assunzione a tempo indeterminato, con chiamata nominativa, entro dodici mesi dalla cessazione del rapporto di formazione e lavoro (art. 3, comma 12), opera anche quando l'anzianità sia presa in considerazione da discipline contrattuali ai fini dell'attribuzione di emolumenti che hanno fondamento nella sola contrattazione collettiva.

Il corretto inquadramento della lettura offerta dalle Sezioni Unite presuppone un cenno ai due diversi orientamenti giurisprudenziali affermatasi sino a quel momento. Stando ad un primo orientamento, la disciplina contrattuale degli scatti di anzianità non può escludere che nell'anzianità di servizio sia computabile il pregresso periodo di formazione e lavoro nelle due fattispecie considerate (art. 3, comma 5 e comma 12, cit.). Infatti, per un verso la rilevanza del periodo di formazione in termini di anzianità di servizio riguarda anche gli istituti disciplinati dalla contrattazione collettiva e non solo quelli di origine legale; per altro verso, è ritenuta inderogabile, ad opera della contrattazione collettiva, la rilevanza del periodo di formazione e lavoro⁸.

La Corte, chiamata nuovamente a pronunciarsi sulla questione in esame, adotta tuttavia una diversa linea interpretativa, affermando che l'autonomia contrattuale collettiva può legittimamente escludere particolari elementi retributivi per i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro e il cui rapporto non sia stato ancora trasformato a tempo indeterminato alla data di sottoscrizione dell'Accordo del 1997. Inoltre, anche al fine di incentivare la stabilizzazione del rapporto, l'autonomia collettiva potrà prevedere che sia loro corrisposta una retribuzione

⁶ Cass., 22 giugno 2005, n. 13362.

⁷ Cass. civ., Sez. Un., 23 settembre 2010, n. 20074. La sentenza è stata commentata, tra gli altri, da G. Matarazzo, *Anzianità di servizio relativa al contratto di formazione e lavoro: ricostruzione del contrasto giurisprudenziale e risvolti applicativi della pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2011, n. 4, 496 – 512; M. Cerasi, *Contratto di formazione e lavoro e computo degli scatti di anzianità: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011, n. 2, 461 – 469; F. Siotto, *Contratto di formazione e lavoro e inderogabilità degli scatti di anzianità: la 'manomissione delle parole' secondo le Sezioni Unite*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2011, n. 2, 150 – 157.

⁸ Cass., 6 ottobre 2000, n. 13309; Cass., 18 agosto 2000, n. 10961.

inferiore a quella degli altri dipendenti per un certo periodo di tempo successivo alla trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato⁹.

Intervenute sulla questione, le Sezioni Unite hanno invece chiarito che quando l'equiparazione posta dalla legge (periodo di formazione e lavoro = periodo di lavoro ordinario) è formulata in termini generali, senza eccezioni, da essa può ricavarsi anche una prescrizione di inderogabilità. In particolare, l'equiparazione tra periodo di formazione ed anzianità di servizio *“esprime un generale canone che si sovrappone, per il suo carattere inderogabile, anche alla contrattazione collettiva, la quale può sì disciplinare nel modo più vario istituti contrattuali rimessi interamente alla sua regolamentazione, come gli scatti di anzianità, ma non potrebbe introdurre un trattamento in senso lato discriminatorio in danno dei lavoratori che abbiano avuto un pregresso periodo di formazione”*. In virtù di un principio di non discriminazione, una volta inglobato nell'anzianità di servizio il pregresso periodo di formazione e lavoro, il lavoratore non può più essere discriminato in ragione del fatto che una porzione della sua anzianità di servizio è tale solo in forza di un'equiparazione legale.

3. (Dis)continuità della recente giurisprudenza rispetto all'intervento della Corte di Cassazione a Sezioni Unite

A ben vedere, la sentenza in commento non contesta, bensì ribadisce, il principio per il quale, in caso di trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto a tempo indeterminato¹⁰, il periodo di formazione e lavoro debba essere computato nell'anzianità di servizio. Quest'ultima, *“in sé considerata costituisce la dimensione diacronica di un fatto”* consistente nell'espletamento del servizio da parte del lavoratore. Quel servizio, che comprende sia il periodo di formazione e lavoro, sia il successivo periodo di lavoro ordinario, è rilevante ai fini di vari istituti di fonte legale o contrattuale.

Facendo proprie le parole delle Sezioni Unite, la sentenza annotata ricorda che l'equiparazione tra periodo di formazione ed anzianità di servizio esprime un generale canone che *“si sovrappone, per il suo carattere inderogabile, anche alla contrattazione collettiva”*. Le parti sociali possono certamente disciplinare istituti contrattuali rimessi interamente alla regolamentazione collettiva, secondo valutazioni operate tempo per tempo (come avviene per gli scatti di anzianità), ma ad esse è preclusa l'introduzione di trattamenti in senso lato discriminatori, vale a dire trattamenti che neutralizzino il pregresso periodo di formazione e lavoro.

Su un diverso piano si colloca, tuttavia, la negazione del riconoscimento del “terzo elemento salariale” a chi, al momento della sua soppressione (per effetto dell'art. 4 dell'Accordo nazionale 25 luglio 1997), già non lo percepiva, come i lavoratori in formazione lavoro, il cui contratto è stato poi trasformato. Trattasi, secondo la Suprema Corte, di un istituto non collegato, al pari delle competenze accessorie

⁹ Cass., 14 maggio 2009, n. 11206; Cass., 21 maggio 2009, n. 11839; Cass., 19 maggio 2009, n. 11605; Cass., 22 maggio 2009, n. 11933, quest'ultima con nota di M. Persiani, *Il riconoscimento di anzianità per trasformazione del rapporto di formazione e lavoro in rapporto di lavoro a tempo indeterminato tra legge e contratto collettivo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2010, 1, 136 - 138.

¹⁰ Al pari dell'ipotesi di assunzione a tempo indeterminato con chiamata nominativa entro dodici mesi dalla cessazione del rapporto di formazione e lavoro.

unificate (CAU), alla maturazione dell'anzianità di servizio. Il “terzo elemento salariale”, mantenuto alla stregua di quota fissa della retribuzione concordata a livello di contrattazione collettiva è un elemento retributivo autonomo da ogni computo nell'anzianità di servizio¹¹.

Ma il profilo che maggiormente lascia perplessi consiste nel fatto che, sebbene una volta avvenuta la trasformazione in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, l'anzianità maturata nel periodo di formazione sia utile anche ai fini economici, consentendo l'acquisizione di scatti di anzianità o altri benefici connessi all'anzianità di servizio (siano essi di origine legale o contrattuale), “*per il resto*” la natura di contratto a tempo indeterminato non retroagisce alla data di stipulazione del contratto di formazione e lavoro.

4. Esiti della riforma degli istituti contrattuali di natura retributiva: disparità di trattamento o incentivo alla stabilizzazione del rapporto?

In continuità con quanto esposto nel paragrafo che precede, giova segnalare quella esegesi giurisprudenziale per cui non integrano una violazione dell'art. 3, quinto comma, del d.l. n. 726 del 1984, conv. in l. n. 863 del 1984, e non danno luogo ad un trattamento discriminatorio, le clausole della contrattazione collettiva nazionale che, nel contesto di una riforma degli istituti contrattuali in materia di retribuzione, distinguono i lavoratori con contratto di formazione e lavoro, poi trasformato in contratto a tempo indeterminato, dal personale già in servizio con rapporto a tempo indeterminato; l'equiparazione dei primi al personale di nuova assunzione, avverrebbe ai soli fini dell'esclusione di nuove voci salariali, senza incidere sulla conservazione dell'anzianità di servizio¹².

Orbene, nella vicenda oggetto di commento la contrattazione collettiva ha soppresso alcune voci retributive, in parte riducendone l'importo, preoccupandosi però di preservare il valore preesistente per i soli dipendenti che, al momento della soppressione, già ne beneficiavano e che sarebbero stati danneggiati da una improvvisa diminuzione del trattamento retributivo. La loro situazione è ritenuta non sovrapponibile a quella dei lavoratori in costanza di contratto di formazione e lavoro alla data di sottoscrizione dell'Accordo, per i quali non vi è alcuna necessità di preservare un trattamento retributivo di cui non hanno mai beneficiato.

Siffatta lettura potrebbe trovare supporto in quell'orientamento giurisprudenziale che esclude, nel rapporto di lavoro subordinato di diritto privato, l'operatività di un principio di parità di trattamento, come pure nella costante giurisprudenza secondo la quale la valutazione di adeguatezza della retribuzione, ai sensi dell'art. 36 Cost., non comporta il riferimento a tutte le voci che costituiscono il complessivo trattamento retributivo previsto dalla contrattazione collettiva, ma soltanto a quelle voci che concorrono alla formazione del minimo garantito¹³.

¹¹ A supporto della propria ricostruzione, la sentenza richiama quella giurisprudenza (Cass. 9 settembre 2014, n. 18947) dalla quale si ricaverebbe che la fattispecie in esame sia da mantenere distinta rispetto a quella riguardante una qualsiasi indennità che invece trova titolo nell'anzianità di servizio.

¹² Cass., 24 agosto 2021, n. 23330.

¹³ Cass., 22 maggio 2009, n. 11933, cit.

In verità, anche escludendo il legame di una specifica voce retributiva **con l'anzianità** di servizio, resta il fatto che un lavoratore assunto a tempo indeterminato e un lavoratore assunto, ipoteticamente in pari data, con contratto di formazione, si vedono attribuiti differenti trattamenti economici, anche dopo la conversione del contratto del secondo in un contratto a tempo indeterminato.

A ben vedere, in linea con altre precedenti pronunce¹⁴, la Suprema Corte ritiene che l'autonomia contrattuale collettiva possa escludere, per i lavoratori assunti con contratto di formazione e lavoro, specifici elementi retributivi (a meno che non vi sia l'espletamento, con pienezza di funzioni ed attribuzioni, delle mansioni proprie della qualifica di destinazione) e che, in ragione della specificità del rapporto e con l'obiettivo di incentivare la stabilizzazione dello stesso può prevedere, per un certo periodo di tempo successivo alla trasformazione del lavoro a tempo indeterminato, una retribuzione inferiore a quella percepita da altri dipendenti¹⁵.

Tuttavia, si può obiettare che, così facendo, alla contrattazione venga permesso di differenziare il trattamento retributivo del lavoratore coinvolto rispetto ai lavoratori di pari livello ed anzianità assunti a tempo indeterminato fin dal primo momento, non già per un limitato periodo di tempo, bensì senza limiti temporali.

Inoltre, essendo i lavoratori in formazione giovani al sotto di una predeterminata fascia di età, una differenza retributiva tra loro e chi, per ragioni anagrafiche, è stato assunto con contratto di lavoro ordinario risulterebbe difficilmente conciliabile con i principi affermatasi nel diritto europeo¹⁶. La stessa Corte di Giustizia è intervenuta¹⁷ rispetto alla discriminazione per età, nel senso di non ritenere compatibile con il principio di non discriminazione una differenza retributiva basata, anche indirettamente, sull'età del lavoratore.

Se poi alla logica dell'equiparazione tra periodo di formazione e lavoro e periodo di lavoro ordinario si attribuisce carattere generale, andando oltre il profilo

¹⁴ Cass., 15 maggio 2008, n. 12321 e Cass., 14 maggio 2009, n. 11206, cit.

¹⁵ Cass., 29 settembre 2015, n. 19028; Cass., 2 luglio 2020, n. 13617. Sul punto M. Persiani, *op. cit.*

¹⁶ Si riporta la clausola 4 (Principio di non discriminazione) della Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999:

“1. Per quanto riguarda le condizioni di impiego, i lavoratori a tempo determinato non possono essere trattati in modo meno favorevole dei lavoratori a tempo indeterminato comparabili per il solo fatto di avere un contratto o rapporto di lavoro a tempo determinato, a meno che non sussistano ragioni oggettive.

2. Se del caso, si applicherà il principio del pro rata temporis.

3. Le disposizioni per l'applicazione di questa clausola saranno definite dagli Stati membri, previa consultazione delle parti sociali e/o dalle parti sociali stesse, viste le norme comunitarie e nazionali, i contratti collettivi e la prassi nazionali.

4. I criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro dovranno essere gli stessi sia per i lavoratori a tempo determinato sia per quelli a tempo indeterminato, eccetto quando criteri diversi in materia di periodo di anzianità siano giustificati da motivazioni oggettive.”

¹⁷ Sul tema, CGCE, Sez. III, 18 giugno 2009, Sentenza C-88/08 (David Hütter c. Technische Universität Graz). La Corte afferma che gli artt. 1, 2 e 6 della direttiva del Consiglio 27 novembre 2000, 2000/78/CE, non consentono alla normativa nazionale di escludere che siano presi in considerazione i periodi di lavoro svolti precedentemente al compimento del diciottesimo anno di età (per la determinazione dello scatto nel quale vengono collocati i dipendenti a contratto del pubblico impiego di uno Stato membro), anche quando tale esclusione sia finalizzata a non sfavorire la formazione generale rispetto alla formazione professionale e a promuovere l'inserimento dei giovani apprendisti sul mercato del lavoro. Con riferimento al rapporto tra legge e contratto collettivo rispetto all'età a partire dalla quale i piloti sono considerati non più in possesso delle capacità fisiche per esercitare la loro attività lavorativa, l'art. 4, n. 1, della direttiva 2000/78 è stato interpretato nel senso che una clausola di un contratto collettivo non può prevedere un limite anagrafico inferiore a quanto stabilito dalla normativa nazionale e internazionale (CGCE, Grande Sezione, 13 settembre 2011, sentenza C-447/09, Reinhard Prigge e altri c. Deutsche Lufthansa AG).

dell'anzianità di servizio, diventa più complesso giustificare per i lavoratori che abbiano avuto un pregresso periodo di formazione un trattamento penalizzante, ancorché previsto dall'autonomia collettiva al fine di riformare gli istituti contrattuali in materia di retribuzione.