

## Capitolo X

### LA RETRIBUZIONE

#### Sezione I

#### La giusta retribuzione

Sommario: 231. Ragion d'essere, o di non essere, dell'intervento dell'ordinamento statale o del sindacato a sostegno dei livelli retributivi. La retribuzione come «variabile indipendente» del sistema. — 232. *Segue*. Dal problema del sotto-salario a quello dell'anelasticità dei livelli retributivi verso il basso. — 233. La nozione di «saggio minimo di salario» nella Convenzione O.I.L. n. 26/1928 e la regola dell'inderogabilità *in pejus*. Le convenzioni successive. — 234. Radici ideologiche del concetto di «giusta retribuzione» a cui fa riferimento l'art. 36 della Costituzione: l'incontro fra dottrina sociale cattolica e idee socialiste. — 235. Il carattere facoltativo dell'intervento diretto dei pubblici poteri in materia di livelli retributivi e la scelta astensionista del nostro legislatore nel corso dell'ultimo mezzo secolo. — 236. L'imperfetta estensione di fatto *erga omnes* delle tariffe collettive. La questione della possibile differenziazione regionale degli standard retributivi minimi. Il problema costituzionale dell'equilibrio fra tutela degli interessi degli *insiders* e degli *outsiders*. — 237. Orientamento giurisprudenziale dominante e orientamenti dottrinali tendenti a sovraccaricare di contenuti precettivi l'art. 36. — 238. Il contenuto assicurativo del rapporto. Sua rilevanza in sede di verifica dell'adeguatezza della retribuzione e di applicazione della regola dell'inderogabilità *in pejus*. — 239. Contenuto assicurativo del rapporto e correttezza del trattamento economico riservato al lavoratore. — 240. Il principio di proporzionalità della retribuzione. — 241. La differenziazione delle retribuzioni come strumento di organizzazione e incentivazione del lavoro nell'azienda e nel mercato. Il proporzionamento *ex post* ai risultati del lavoro e la ragion d'essere economica della sua limitazione. — 242. I «salari di efficienza»: differenziazioni non determinate dal criterio di proporzionalità.

**231.** *Ragion d'essere, o di non essere, dell'intervento dell'ordinamento statale o del sindacato a sostegno dei livelli retributivi. La retribuzione come «variabile indipendente» del sistema.* — Il precetto della «giusta mercede all'operaio» e del suo pagamento puntuale ha radici antichissime nella nostra cultura: esso compare già nell'Antico Testamento (1), poi nella scolastica medioevale (2); ma la questione se e come l'ordinamento giuridico possa e debba intervenire a determinare la misura della mercede dovuta all'operaio, ovvero a correggere gli effetti del libero mercato, ha incominciato a porsi soltanto dopo la rivoluzione industriale, col nascere delle prime organizzazioni operaie. All'inizio del secolo XX potevano schematicamente distinguersi, a questo proposito, due teorie contrapposte. La prima teoria, riconducibile alla linea di pensiero che andava da A. Smith (3) a J.S. Mill (4) e ad A. Marshall (5), era quella che attribuiva al mercato la capacità di determinare spontaneamente il livello delle retribuzioni in corrispondenza con la produttività marginale del lavoro, in modo da consentire il massimo sviluppo della produzione di ricchezza: qualsiasi intervento autoritativo che avesse imposto un livello retributivo diverso avrebbe perturbato quell'equilibrio recando danno a tutti, imprenditori e lavoratori, producendo disoccupazione e perdita di ricchezza. Per chi aderisca a questa teoria, la nozione di «giusta retribuzione» non può che coincidere con quella di livello retributivo spontaneamente determinatosi nel mercato; onde nessuno spazio deve essere lasciato a interventi correttivi, siano essi operati dalla contrattazione collettiva o da una autorità pubblica. La posizione contrapposta, tributaria soprattutto delle opere di D. Ricardo (6) e K. Marx (7), era quella che teorizzava la possibilità, entro un determinato limite massimo, di una correzione del livello delle retribuzioni rispetto all'equilibrio spontaneo del mercato (fosse essa operata mediante l'intervento di una coalizione sindacale o di un'autorità statale), senza che ne derivasse uno squilibrio nel sistema, salva la possibile riduzione futura del tasso di accumulazione del capitale, quindi del tasso di aumento della produzione. In altre parole, più note al dibattito politico anche recente, la retribuzione poteva, entro quel limite massimo, considerarsi come una variabile indipendente del sistema, suscettibile di essere utilmente governata mediante interventi pubblici o della coalizione sindacale senza che ne derivasse, nell'immediato, una riduzione della quantità di ricchezza prodotta e da spartire. È su di una concezione del mercato del lavoro sostanzialmente riconducibile a quella marxiana che, dalla seconda metà del secolo XIX, si fondano più o meno esplicitamente quasi tutti i movimenti tendenti a un intervento dello Stato e/o delle coalizioni operaie per la correzione del funzionamento spontaneo del mercato stesso (8). L'idea che un aumento forzato della retribuzione rispetto all'equilibrio spontaneo del mercato non produca necessariamente un aumento della disoccupazione si attaglia perfettamente al modello classico del mercato monopsonistico, nel quale l'aumento dei livelli retributivi imposto dalla coalizione sindacale o dall'autorità statale non produce squilibri tra domanda e offerta di lavoro, né effetti negativi sulla quantità di ricchezza prodotta, bensì semmai effetti positivi. La stessa idea si attaglia altresì perfettamente al modello dell'impresa monopolistica, dove la rendita generata dall'assenza di concorrenza può essere spartita tra profitti e salari secondo qualsiasi criterio (e quindi anche secondo quello del puro e semplice rapporto

di forza tra le parti interessate), senza che ne derivi squilibrio alcuno nel sistema.

Il modello del monopsonio — pacificamente accettato dagli economisti ortodossi — corrisponde largamente e tipicamente alle caratteristiche del mercato del lavoro per un lungo periodo successivo alla rivoluzione industriale (§§ 4, 12). Nello stesso periodo sono del resto assai diffusi anche i fenomeni di monopolio nel mercato dei beni e servizi: questo pure contribuisce a spiegare il largo favore che, nel secolo scorso, il diffondersi della coalizione sindacale e degli interventi legislativi volti a elevare gli standard di trattamento dei lavoratori hanno incontrato nella maggior parte dell'opinione pubblica e non soltanto nei movimenti sindacali e politici di sinistra.

Ancorché non possa considerarsi alla stregua di una teoria economica a sé stante, merita un cenno in questa sede — per l'influenza che ha esercitato sul nostro diritto del lavoro e sulla disciplina della retribuzione in particolare (§ 234) — la dottrina sociale cattolica. Esposta inizialmente nell'enciclica papale *Rerum Novarum* del 1891, dove si parla della «giusta mercede» che l'imprenditore deve pagare all'operaio come di quella che consenta a quest'ultimo di mantenere frugalmente e secondo buoni costumi la propria famiglia (9), essa sembra qui attingere sostanzialmente alla teoria economica classica della «legge ferrea dei salari», non implicando alcun intervento dello Stato o del sindacato, salvo che per la correzione delle situazioni marginali e patologiche nelle quali il salario scenda sotto i livelli di sussistenza. Ma alcuni sviluppi successivi del magistero pontificio sembrano invece legittimare un intervento statale o sindacale volto a correggere gli effetti del libero mercato incrementando il livello delle retribuzioni in funzione di un più elevato tenore di vita dei lavoratori (10). Si può, del resto, osservare come la Chiesa cattolica non abbia mai nutrito grandi simpatie nei confronti delle dottrine liberiste, caratterizzandosi semmai la sua dottrina nel senso della necessità dell'intervento dei poteri pubblici nel sistema economico e in particolare nel mercato del lavoro, per garantire l'equità dei rapporti che in esso si instaurano; ciò che ha determinato consonanze significative di questa dottrina talvolta con quella corporativa, talaltra con la teorizzazione marxista della retribuzione come variabile indipendente (11).

**232.** *Segue. Dal problema del sotto-salario a quello dell'anelasticità dei livelli retributivi verso il basso.* —

All'indomani della prima guerra mondiale una nuova teoria economica scompagina i termini della questione: J.M. Keynes osserva come il mercato sia impedito a produrre spontaneamente la piena occupazione, a causa di una carenza di domanda aggregata combinata con un fenomeno generale di rigidità verso il basso dei livelli salariali nominali, dovuto a giochi che si attivano spontaneamente nel mercato stesso; poiché ne consegue un certo tasso di disoccupazione strutturale, il ritorno alla piena occupazione secondo K. può essere garantito soltanto da un intervento dello Stato consistente nella creazione per così dire «artificiale» di domanda di manodopera mediante opportuni investimenti pubblici, che a loro volta generano un effetto moltiplicatore sull'intero sistema economico (12). Il paradigma keynesiano apre spazi sconfinati all'intervento dello Stato nel mercato del lavoro, ma non in funzione della fissazione diretta di minimi inderogabili di trattamento dei lavoratori, bensì in funzione dell'incremento della domanda di lavoro: è da tale incremento che deriva indirettamente un sostegno agli standard di trattamento, rafforzandosi in tal modo il ruolo dei sindacati (e sarà proprio questa, secondo un'opinione diffusa, la causa della crisi del modello di sviluppo keynesiano). Dalla *Teoria generale* keynesiana non sembra potersi trarre alcuno specifico argomento a favore dell'intervento dello Stato per la fissazione di livelli retributivi minimi; al contrario, l'intero modello è costruito sul presupposto che gli standard retributivi si attestino spontaneamente al di sopra del livello compatibile con la piena occupazione.

Del fenomeno della rigidità dei livelli retributivi nominali verso il basso Keynes dà soltanto una spiegazione parziale. Esso troverà spiegazioni e sistemazioni teoriche più compiute negli studi di economia del lavoro della seconda metà del secolo, caratterizzati dall'importanza attribuita ai fattori peculiari di distorsione del funzionamento del mercato del lavoro rispetto al modello della concorrenza perfetta: di questo si occupano, in particolare, le teorie *insider/outsider*, di cui si è fatto cenno nel § 3, e le teorie dei salari di efficienza, di cui si dirà nel § 242. Col mettere in luce le cause della tendenza dei livelli retributivi a stabilizzarsi al di sopra del punto di equilibrio che consentirebbe la piena occupazione, quest'ultima generazione di studi economici ribalta la prospettiva in cui si era tradizionalmente posta la questione della «giusta retribuzione»: in questa nuova ottica il problema non è più quello di intervenire per imporre un incremento delle retribuzioni rispetto ai livelli che si determinano spontaneamente nel mercato, bensì semmai di intervenire per eliminare le cause della rigidità dei livelli retributivi verso il basso, in funzione dell'obiettivo della piena occupazione. Con l'affermarsi delle ultime teorie menzionate, il fuoco del dibattito di politica del lavoro sembra dunque spostarsi dal problema di adeguare in aumento le retribuzioni di chi lavora a quello di evitare, semmai, che l'anelasticità delle retribuzioni di chi lavora impedisca l'accesso al lavoro di altri: dal problema della «giusta retribuzione» a quello del «diritto al lavoro». Questo non significa, però, che l'economia del lavoro moderna disconosca l'esistenza — anche nei mercati del lavoro più evoluti — di distorsioni cui conseguono effetti depressivi sulle retribuzioni: al contrario, la scienza economica degli ultimi decenni individua nuovi modi di manifestarsi della rendita monopsonistica del datore di lavoro o committente (il fenomeno del monopsonio dinamico e le nuove forme di dipendenza economica: §§ 4 e 155), che costituiscono altrettante giustificazioni razionali dell'intervento correttivo pubblico o sindacale a sostegno degli standard di trattamento, là dove tali distorsioni si presentano.

La realtà è che ciascuno dei modelli menzionati in questo paragrafo e nel precedente, proposti dalla scienza economica negli ultimi due secoli, mette in luce un aspetto del funzionamento del mercato del lavoro, più o meno

rilevante a seconda delle circostanze; e che in riferimento a ciascuno dei possibili contesti il problema della garanzia della «giusta retribuzione» di chi lavora e quello della garanzia del «diritto al lavoro» di chi il lavoro non ce l'ha si pongono in termini parzialmente diversi. Donde la necessità di una risposta dell'ordinamento via via più articolata e attenta alla complessità crescente del problema.

Va infine menzionata una questione nuova, che ha fatto irruzione nel panorama giuslavoristico per effetto dell'integrazione dell'ordinamento nazionale in quello comunitario e che apre un nuovo terreno di utile cooperazione tra economisti e giuristi del lavoro: la questione della tutela del consumatore e dell'utente contro la rendita monopolistica che i lavoratori di un settore possono conseguire, attraverso la coalizione e la limitazione della concorrenza tra le imprese (13). Al problema della giusta retribuzione di chi il lavoro ce l'ha e a quello del diritto al lavoro di chi ancora non ce l'ha si aggiunge così quello — pressoché inedito nel diritto del lavoro del ventesimo secolo — del bilanciamento dell'interesse dei lavoratori con quello dei consumatori o utenti.

**233.** *La nozione di «saggio minimo di salario» nella Convenzione O.I.L. n. 26/1928 e la regola dell'inderogabilità in pejus. Le convenzioni successive.* — Sul piano internazionale, la prima norma di carattere generale in materia di livelli retributivi è costituita dalla convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro n. 26 del 1928 (14), la cui ratifica impone a ogni Stato membro di «istituire o mantenere metodi che consentano di fissare saggi minimi di salario per i lavoratori occupati nelle industrie o parti di industrie (e in particolare nelle industrie a domicilio), qualora non esistano norme efficaci per la fissazione dei salari mediante contratto collettivo o altrimenti e laddove i salari siano eccezionalmente bassi» (art. 1, dove si chiarisce che con l'espressione «industrie» si indicano non soltanto le manifatture, ma anche le attività commerciali).

La Convenzione n. 26 si segnala anche per l'enunciazione del principio di inderogabilità *in pejus* del minimo salariale fissato nelle forme previste da ciascuno Stato (legislativa, amministrativa o collettiva): «i saggi minimi di salario che saranno stati fissati saranno obbligatori per i datori di lavoro e i lavoratori interessati; non potranno essere da loro ridotti né con accordo individuale, né, salvo autorizzazione generale o particolare dell'autorità competente, con contratto collettivo» (art. 3, 3° comma).

L'espressione «saggio minimo di salario» e la precisazione contenuta nell'art. 1 circa la sua funzione correttiva di situazioni nelle quali non operi la contrattazione sindacale (con l'esplicito riferimento alla situazione particolare del lavoro a domicilio), onde «i salari siano eccezionalmente bassi», consentono di escludere che oggetto del vincolo imposto dalla Convenzione sia un intervento statale volto a un *incremento del livello generale* dei salari rispetto a quello determinato spontaneamente dal mercato: sembra piuttosto che allo Stato membro si chieda un intervento volto a *incidere sulle situazioni particolari* nelle quali le condizioni monopsonistiche del mercato e la carenza di protezione sindacale producono un effetto depressivo sui livelli retributivi rispetto agli standard normalmente praticati (15). In altre parole, la Convenzione non impegna gli Stati aderenti a promuovere la crescita generale delle retribuzioni, secondo quello che potremmo indicare come il modello marxiano (§ 231), o più genericamente «socialista», bensì soltanto a proteggere i lavoratori contro distorsioni monopsonistiche eventuali e marginali. La regola del «saggio minimo di salario» ben può, pertanto, considerarsi del tutto compatibile anche con le teorie economiche che escludono qualsiasi possibile efficacia di un intervento dei poteri pubblici o del sindacato volto a un incremento generale e permanente dei livelli retributivi rispetto al livello risultante dal funzionamento spontaneo del mercato.

La Convenzione n. 26/1928 è stata integrata dall'art. 10 della Convenzione n. 117 del 1962 sugli «obiettivi e le norme di base della politica sociale» (16), che prevede l'incoraggiamento della fissazione dei tassi minimi di salario a mezzo di accordi collettivi liberamente stipulati fra i sindacati rappresentativi dei lavoratori interessati e i datori di lavoro o le organizzazioni dei datori di lavoro. Nel 1970 è stata poi promossa dalla stessa O.I.L. la nuova convenzione n. 131 (questa, però, non ratificata dall'Italia: § 235), contenente l'obbligo per gli Stati aderenti di «stabilire un sistema di salari minimi, il quale protegga tutti i gruppi di salariati con condizioni di impiego tali da richiedere la loro protezione» (art. 1). A norma dell'art. 3, gli standard minimi devono essere stabiliti tenendosi conto delle «necessità dei lavoratori e delle loro famiglie, con riguardo al livello generale dei salari nei paesi interessati, al costo della vita, alle prestazioni dell'assicurazione sociale, ai livelli di vita comparati ad altri gruppi sociali», nonché dei «fattori di ordine economico, comprese le esigenze dello sviluppo economico, la produttività e l'interesse che vi sia a raggiungere e a mantenere un alto livello di occupazione».

**234.** *Radici ideologiche del concetto di «giusta retribuzione» a cui fa riferimento l'art. 36 della Costituzione: l'incontro fra dottrina sociale cattolica e idee socialiste.* — Quanto si è appena detto in riferimento alla regola del «saggio minimo di salario» contenuta nella Convenzione O.I.L. n. 26 parrebbe potersi dire anche in riferimento alla regola della «retribuzione sufficiente» contenuta nell'art. 36 della nostra Costituzione: «Il lavoratore ha diritto a una retribuzione ... in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa». Il riferimento al costo di una vita familiare «normale» (poiché tale deve considerarsi in qualsiasi paese civile una vita «libera e dignitosa»), che qui

comparare come parametro per la determinazione della retribuzione dovuta, potrebbe addirittura apparire come un omaggio del legislatore costituente alla «ferrea legge dei salari» enunciata dagli economisti classici: lo Stato garantisce soltanto il rispetto di quel «saggio di salario», necessario per il normale sostentamento della famiglia del lavoratore, che secondo gli economisti classici un mercato ben funzionante dovrebbe comunque assicurare spontaneamente (§ 231). Senonché dai lavori preparatori risulta evidente come la norma sia invece il frutto della convergenza tra le istanze dei costituenti di parte socialista e comunista, riconducibili alla matrice marxiana, e le istanze dei democristiani progressisti, i quali si facevano portatori della lettura più incisiva e «interventista» della dottrina sociale cattolica. La norma nasce dunque dall'incontro fra le due correnti di pensiero che più di ogni altra, intorno alla metà del secolo scorso, attribuivano un ruolo rilevante allo Stato o alla coalizione sindacale nella determinazione e incremento degli standard di trattamento dei lavoratori.

Questo incontro ha il suo momento più significativo nell'accordo tra l'esponente della sinistra democristiana Dossetti e il segretario del partito comunista Togliatti per la presentazione di un emendamento il cui significato, secondo le loro intenzioni, è proprio quello di segnare una svolta rispetto all'atteggiamento tradizionale di neutralità dello Stato circa le dinamiche del mercato del lavoro. Alla formulazione originaria della norma, secondo la quale «La remunerazione del lavoro intellettuale e manuale deve corrispondere alle necessità fondamentali dell'esistenza del singolo e della sua famiglia», l'emendamento propone di sostituire: «La remunerazione del lavoro intellettuale e manuale deve soddisfare all'esigenza di una esistenza libera e dignitosa del lavoratore e della sua famiglia»; ed è lo stesso Dossetti a indicare esplicitamente la ragion d'essere essenziale dell'emendamento nell'esigenza di impegnare la Repubblica a un'azione di promozione della crescita del tenore di vita dei lavoratori: «dire semplicemente necessità fondamentali dell'esistenza del singolo e della sua famiglia è troppo poco e lascia aperta la strada a interpretazioni restrittive»; egli fa poi presente «come finora si sia vissuti in una società in cui le esigenze fondamentali di vita sono state sempre considerate in senso restrittivo, onde è stato possibile che vaste masse di lavoratori fossero insufficientemente compensate», per osservare infine che «risponde alla struttura economico-sociale del nostro sistema orientare l'economia verso retribuzioni del lavoro che non siano soltanto rispondenti alle esigenze della vita, quali possono essere quelle del vitto, della casa, del vestiario, ma anche alle esigenze dell'esistenza libera e perciò degna dell'uomo» ... «avviare la struttura sociale verso una rigenerazione del lavoro in modo che il suo frutto sia adeguato alla dignità e alla libertà dell'uomo» ... «Tali principi programmatici ... serviranno almeno a una progressiva elevazione delle condizioni di lavoro nel prossimo avvenire» (17).

**235. Il carattere facoltativo dell'intervento diretto dei pubblici poteri in materia di livelli retributivi e la scelta astensionista del nostro legislatore nel corso dell'ultimo mezzo secolo.** — Nell'intendimento originario del legislatore costituente vi era dunque certamente un intervento correttivo dei risultati prodotti dal libero mercato, in funzione della progressiva elevazione delle condizioni di vita della classe operaia. La norma, tuttavia, per il modo in cui è stata formulata, lascia indeterminata la scelta non soltanto sul *quomodo* (ad es.: fissazione di tariffe minime per via legislativa o per via amministrativa) (18), e in particolare sull'equilibrio più opportuno fra l'intervento dei pubblici poteri e la contrattazione collettiva, ma anche sull'*an* dell'intervento stesso. E l'omissione della ratifica della convenzione O.I.L. n. 131/1970 (§ 233) sembra confermare questa opzione del nostro ordinamento.

Il legislatore ordinario, dal canto suo, nel primo mezzo secolo di applicazione della norma costituzionale ha esercitato la discrezionalità che la norma stessa gli ha attribuito astenendosi dallo svolgere direttamente qualsiasi azione di sostegno o incremento dei livelli retributivi e limitandosi a operare, a partire dalla fine degli anni '50, per l'applicazione generalizzata degli standard negoziati in sede collettiva (§ 67) (19) e a offrire, a partire dalla fine degli anni '60, un cospicuo sostegno all'attività delle organizzazioni sindacali maggiori nei luoghi di lavoro (§§ 53-61). In altre parole, lo Stato ha affidato per intero alle organizzazioni sindacali quel compito di promozione della «progressiva elevazione delle condizioni di lavoro» attraverso una determinazione adeguata dei minimi retributivi (20), che l'art. 36 gli avrebbe consentito di svolgere direttamente. Ne è conseguita una situazione di fatto nella quale le tariffe negoziate in sede sindacale finiscono con l'essere generalmente considerate come l'unico possibile criterio per la determinazione del dovuto: le tariffe minime contenute nei contratti collettivi non vengono, in tal modo, assoggettate a un controllo di conformità con il parametro indicato dall'art. 36 Cost., bensì vengono assunte esse stesse — di regola — come parametro, dovendo intendersi che l'«esistenza libera e dignitosa» menzionata nella norma costituzionale è quella consentita al lavoratore e alla sua famiglia da un trattamento conforme a quanto previsto dal contratto collettivo nazionale di settore.

Nel primo mezzo secolo di vita della nostra Costituzione il regime di rigorosa astensione della legge dall'intervenire sui livelli retributivi ha sofferto una sola eccezione, che tuttavia per il suo contenuto e la sua dichiarata ed effettiva provvisorietà costituisce, a ben vedere, una conferma della regola: mi riferisco alla legge 26 febbraio 1986 n. 38 (21), istitutiva di un meccanismo provvisorio di indicizzazione delle retribuzioni in attesa di una sistemazione definitiva della materia ad opera della contrattazione collettiva, dopo la cessazione degli effetti dell'accordo interconfederale istitutivo del meccanismo precedentemente in vigore (§ 245) (22).

Questo non significa che il suddetto regime di *abstention of law* in materia di livelli retributivi possa considerarsi assunto a regola della nostra «costituzione materiale»: il legislatore resta legittimato sul piano costituzionale (così come

su quello dell'ordinamento comunitario) (23) a intervenire, anche in modo incisivo (24), ad esempio con l'istituzione di livelli minimi generali di retribuzione oraria, sul modello del *salaires minimum* francese, o del *minimum wage* britannico o statunitense (25). In riferimento al particolare contesto italiano c'è anche chi vede quella del salario minimo, stabilito in via amministrativa sulla base di una apposita legge, come una prospettiva apprezzabile in alternativa all'attuale sistema di estensione *erga omnes* degli standard collettivi (§§ 69 e 232), sul presupposto dell'inidoneità delle organizzazioni sindacali a dare voce agli interessi degli *outsiders* nella negoziazione di quegli standard. Sta di fatto, comunque, che, nell'attuale contesto economico-politico, appare assai lontana e improbabile la prospettiva di un intervento statale mirato direttamente all'incremento dei livelli retributivi, limitandosi i pubblici poteri a operare per impedire le anomalie che possono verificarsi ai danni di singoli lavoratori ai margini del mercato del lavoro, in conseguenza di situazioni particolari di monopsonio (strutturale o — come è oggi assai più frequente — dinamico: § 4).

**236.** *L'imperfetta estensione di fatto erga omnes delle tariffe collettive. La questione della possibile differenziazione regionale degli standard retributivi minimi. Il problema costituzionale dell'equilibrio fra tutela degli interessi degli insiders e degli outsiders.* — Delle forme nelle quali si è manifestata la tendenza del legislatore a promuovere l'applicazione generalizzata degli standard di trattamento negoziati in sede sindacale si è detto nella parte del quarto capitolo dedicata all'estensione soggettiva dell'efficacia dei contratti collettivi post-corporativi (§§ 66-70). In quella sede si è anche fatto cenno dell'orientamento giurisprudenziale, del tutto coerente con la suddetta tendenza legislativa e ormai consolidato da molti decenni, nel senso dell'assunzione delle tariffe collettive come parametro per la determinazione della retribuzione dovuta.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, alcune pronunce di giudici di merito avevano attribuito un valore soltanto programmatico all'art. 36 (26). Ma già all'inizio degli anni '50, perdurando l'inattuazione del meccanismo previsto dall'art. 39 per l'applicazione generalizzata degli standard di trattamento negoziati in sede sindacale (§ 66), la giurisprudenza ha incominciato a cercare nella norma costituzionale sulla retribuzione lo strumento per la valorizzazione ed estensione dell'efficacia della contrattazione collettiva. Più precisamente, i giudici del lavoro, accogliendo la sollecitazione di una parte cospicua della dottrina (27), hanno individuato nell'art. 36 il fondamento positivo per la dichiarazione di nullità delle pattuizioni individuali deteriori rispetto agli standard retributivi negoziati in sede sindacale, con la conseguente rideterminazione giudiziale della retribuzione dovuta, *ex art.* 2099 c.c., mediante applicazione di quegli standard (28) (si osservi come tale operazione non potesse essere compiuta sulla base del solo secondo comma dell'art. 2099 c.c., che limitava la possibilità dell'intervento equitativo del giudice al solo caso in cui facessero difetto sia le «norme corporative», sia l'«accordo tra le parti» sulla retribuzione). Nell'inutile attesa dell'attuazione del regime delineato nell'art. 39 Cost. e in difetto di qualsiasi intervento diretto del legislatore ordinario sui livelli retributivi (§ 235), l'art. 36 è venuto così assumendo un valore di precettività e *immediata applicabilità ai rapporti contrattuali* per via giudiziale (se non addirittura — come pure si è giunti a sostenere (29) — il valore di fonte di un diritto *assoluto* del lavoratore), che all'origine era probabilmente estraneo agli intendimenti dell'Assemblea costituente (30).

Questo orientamento avrebbe ben potuto estendersi anche a materie diverse dalla retribuzione ma pur sempre esplicitamente coperte dalla garanzia dell'art. 36 Cost., quali l'orario di lavoro giornaliero e settimanale o il riposo annuale; e anche a materie ivi non menzionate, ma nelle quali è comunque in gioco l'interesse del lavoratore al mantenimento del proprio reddito, quali quelle del periodo di comporto per malattia o del preavviso di licenziamento: se questo non è accaduto, o è accaduto soltanto in misura molto limitata e occasionale (31), cioè è dovuto probabilmente alla preoccupazione dei giudici del lavoro di non accentuare nell'operazione il carattere di estensione *erga omnes* dell'efficacia dei contratti collettivi post-corporativi, surrettizia e non conforme al dettato dell'art. 39 (32).

L'orientamento giurisprudenziale in esame si concreta nell'affermazione secondo cui la retribuzione del lavoro subordinato (33) in un determinato settore deve essere determinata assumendosi come parametro lo standard minimo risultante dal contratto collettivo nazionale stipulato per lo stesso settore; e quando non possa farsi riferimento ad alcun contratto collettivo stipulato per il settore specifico, deve farsi riferimento al contratto stipulato per un settore affine (34). Si pone qui innanzitutto il problema dell'individuazione del contratto collettivo nazionale suscettibile di fornire il parametro: problema che è stato risolto — ma non senza contrasti, tuttora perduranti — mediante l'applicazione dei criteri di efficacia oggettiva del contratto collettivo corporativo dettati dall'art. 2070 c.c. (35), così perpetuandosi anche dopo la caduta dell'ordinamento corporativo la nozione di «categoria» come entità preesistente al libero aggregarsi sindacale di lavoratori e imprese e al libero dispiegarsi dell'autonomia collettiva (§ 72); precisandosi inoltre in alcune sentenze che, quando l'adesione sindacale o l'opzione altrimenti compiuta dalle parti individuali porti all'applicazione di un contratto collettivo diverso da quello che risulterebbe applicabile alla stregua dei criteri fissati dall'art. 2070 c.c., l'intervento correttivo del giudice si giustifica soltanto se tale scelta contrattuale porta a una netta riduzione del trattamento praticato rispetto alle condizioni generalmente praticate nel settore dove il lavoro effettivamente si svolge (36). Resta invece affidata alla discrezionalità del giudice di merito l'individuazione della tariffa collettiva suscettibile di essere assunta come parametro nel caso in cui il rapporto individuale si svolga in un settore non coperto da contrattazione sindacale (37).

La regola giurisprudenziale del riferimento alle tariffe collettive come parametro per la determinazione della retribuzione sufficiente non è rigida: è massima ricorrente, anche nella giurisprudenza costituzionale (38), quella secondo cui la detta regola non comporta un'applicazione meccanica della disciplina contrattuale, essendo consentiti scostamenti in entrambi i sensi. In particolare è stata riconosciuta recentemente la legittimità della determinazione giudiziale della retribuzione in misura inferiore rispetto allo standard collettivo di settore in considerazione del minor costo della vita nella regione (39).

In ogni caso il giudice deve controllare la perdurante adeguatezza dello standard minimo collettivo, soprattutto in considerazione della possibile svalutazione di tale tariffa conseguente all'aumento del costo della vita (40). Questo non significa, tuttavia, che l'art. 36 Cost. possa essere inteso come fonte di uno standard retributivo minimo vincolante anche per la contrattazione collettiva (la determinazione e aggiornamento del quale sarebbe affidata al giudice) (41): le sentenze dalle quali la suddetta massima è estratta affermano per lo più soltanto che al giudice è affidata una funzione di controllo — oltre che della rappresentatività effettiva delle associazioni firmatarie del contratto collettivo assunto come riferimento (42) — anche della perdurante attualità delle tariffe, quando dalla negoziazione sia trascorso un rilevante lasso di tempo.

Altre circostanze particolari, quali — come si è visto poc' anzi — il minor costo della vita, o il livello più basso delle retribuzioni normalmente correnti nella zona, le dimensioni dell'azienda o l'eventuale suo carattere artigiano, vengono invece talvolta indicate come possibile motivo per una riduzione del livello retributivo minimo determinato in sede giudiziale (43). A quest'ultimo orientamento giurisprudenziale si contrappone quello secondo il quale la giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.* costituirebbe uno standard unico a livello nazionale, con la conseguenza che non sarebbe consentito al giudice spingersi a un suo adattamento in relazione alle particolari circostanze locali, né tanto meno a quelle aziendali (44). Prevale comunque nettamente l'orientamento secondo cui devono considerarsi legittime, se e in quanto disposte dalla contrattazione collettiva, le riduzioni, rispetto allo standard nazionale di categoria, per determinate regioni o zone economicamente depresse (45).

L'orientamento oggi prevalente su questo punto appare difficilmente controvertibile, se si considera che la riduzione dei minimi retributivi ben può essere negoziata in sede collettiva (così come potrebbe in teoria essere disposta dal legislatore o da un'autorità amministrativa) anche in considerazione del minor costo della vita in una determinata regione (46), oppure della minore produttività o redditività del lavoro dovute a difetto di infrastrutture, oppure comunque in considerazione di un tasso locale di disoccupazione o di lavoro irregolare particolarmente elevato e dell'interesse preminente dei c.d. *outsiders* a porsi in condizione di uscire dalla loro scomoda posizione. Nessuno può affermare — così come nessuno può negare —, in linea generale e astratta, che un regime fondato su di uno standard retributivo minimo uniforme sull'intero territorio nazionale corrisponda meglio all'interesse della generalità dei lavoratori, rispetto a un regime di standard territorialmente differenziati: la scelta in proposito dipende da opzioni di politica economica e del lavoro altamente opinabili, fondate su diverse possibili mediazioni tra gli interessi dei lavoratori occupati regolari e quelli dei disoccupati e degli irregolari, ben potendo questi ultimi essere differenzialmente distribuiti — e in Italia lo sono più che in altri Paesi (47) — tra le varie regioni. Una sola regola generale può forse affermarsi a questo proposito (ma non risulta che sia mai comparsa nella motivazione di una sentenza in questa materia): cioè che l'idoneità di un contratto collettivo a essere assunto come parametro per la determinazione in sede giudiziale della giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.* dipende essenzialmente dalla rappresentatività effettiva delle associazioni sindacali stipulanti nei confronti non soltanto dei lavoratori occupati regolari (gli *insiders*), ma anche dei disoccupati e degli irregolari (gli *outsiders*). Soltanto questa capacità equilibrata di rappresentanza può garantire che gli standard minimi contrattati rispondano non soltanto a un interesse dei primi, ma a un interesse condiviso dagli uni e dagli altri (§§ 3, 69).

La negoziazione collettiva di deroghe transitorie *in peius* rispetto (alla disciplina contributiva previdenziale e) agli standard retributivi nazionali, in funzione della lotta contro il lavoro irregolare e contro la disoccupazione nelle regioni meridionali, è stata esplicitamente prevista dal legislatore ordinario, e largamente sperimentata, nella forma dei c.d. «contratti di riallineamento» (art. 5 del d.l. 1° ottobre 1996 n. 510, convertito nella legge 28 novembre 1996 n. 608, poi novellato dall'art. 23 della legge 24 giugno 1997 n. 196), senza che siano state sollevate in proposito — a quanto mi consta — questioni di costituzionalità (48). Nelle stesse regioni si registra, del resto, da decenni una prassi sindacale diffusa di negoziazione collettiva di deroghe *in peius*, di carattere non soltanto transitorio, che non risulta abbiano dato luogo a pronunce giudiziali negative (49).

Oggi prevale l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice, in sede di determinazione della retribuzione minima *ex art. 36 Cost.*, deve tener conto delle eventuali deroghe *in peius* rispetto ai minimi nazionali, disposte dalla contrattazione collettiva di livello regionale o provinciale (50); non mi risulta, invece, alcuna sentenza che affermi la necessità di tener conto delle eventuali integrazioni *in melius* negoziate ai livelli territoriali inferiori. Quanto, invece, al contratto collettivo aziendale, quando esso preveda un incremento dei minimi retributivi il problema della determinazione giudiziale della giusta retribuzione non dovrebbe neppure porsi, stante la pacifica applicabilità *erga omnes* del contratto medesimo, in seno all'azienda per la quale esso sia stato stipulato (§ 70); conclusione, questa, tanto più rilevante quanto maggiore è il peso che la contrattazione aziendale ha assunto ed è destinata ulteriormente ad assumere, come strumento per la redistribuzione degli aumenti di produttività, nel regime istituito dal «protocollo Giugni» del 23 luglio 1993 sulle relazioni sindacali (§§ 54, 57, 73; sulle questioni relative all'efficacia soggettiva del contratto aziendale contenente deroga *in peius* rispetto agli standard nazionali o territoriali v. § 71).

La giurisprudenza di Cassazione è fin dall'inizio prevalentemente orientata, per un verso, nel senso della necessità *ex*

art. 36 Cost. del confronto tra «il complesso delle voci retributive corrisposte al lavoratore», indipendentemente dalla loro denominazione e distribuzione nel caso concreto, e il trattamento minimo stabilito dalla contrattazione collettiva (51); per altro verso nel senso della esclusione, dallo standard collettivo che deve essere assunto come riferimento, degli elementi della retribuzione aggiuntivi rispetto alla «paga-base di fatto» («minimo tabellare» più indennità di contingenza: § 245) previsti dal contratto nazionale, quali in particolare gli aumenti periodici di anzianità (§ 245), l'elemento sostitutivo del premio di produzione quando esso non sia stato contrattato al livello aziendale (§ 255), o le mensilità aggiuntive oltre la tredicesima (§ 259) (52). Il fondamento logico di questo orientamento giurisprudenziale è quanto meno dubbio, essendo difficile spiegare perché debba attribuirsi rilievo — ai fini della determinazione del livello complessivo del trattamento economico dovuto ex art. 36 Cost. — alla disposizione collettiva che distribuisce il trattamento in un numero maggiore o minore di rate mensili, oppure fra «minimo tabellare» e altre voci retributive (53). Il motivo reale di questo orientamento va probabilmente individuato nell'intendimento della Corte di cassazione di attenuare il vincolo derivante dalla sostanziale estensione *erga omnes* degli standard retributivi collettivi di settore. Il carattere non rigido del principio della giusta retribuzione ex art. 36 Cost. è particolarmente enfatizzato da alcune sentenze che si spingono ad attribuire ai minimi tabellari collettivi «valore soltanto orientativo», escludendo, ad esempio, che il mutamento dei criteri di inquadramento di una determinata posizione lavorativa previsto da un nuovo contratto collettivo, comportante un aumento del corrispondente trattamento economico, valga automaticamente a determinare l'inadeguatezza ex art. 36 Cost. del trattamento precedente, quando questo continui a essere praticato in un rapporto non assoggettato al contratto collettivo stesso (54).

Dopo mezzo secolo nel quale la giurisprudenza ha recisamente negato l'applicabilità del principio della giusta retribuzione al lavoro parasubordinato (§§ 89, 96) (55), si assiste a qualche isolata apertura giurisprudenziale in senso contrario (56).

### **237. Orientamento giurisprudenziale dominante e orientamenti dottrinali tendenti a sovraccaricare di contenuti precettivi l'art. 36.** — Si può dire, riassuntivamente, che il punto di partenza fondamentale del ragionamento sul quale

deve di regola basarsi la decisione del giudice — secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante di cui si è detto — è il riferimento al trattamento minimo negoziato in sede collettiva, in relazione alle posizioni e circostanze considerate dallo stesso contratto collettivo, limitatamente al tempo in cui questo ha applicazione: il giudice può motivatamente discostarsene, ad esempio (ma non soltanto) per adattarlo a circostanze particolari di cui le associazioni stipulanti non abbiano potuto tenere conto.

Dalla norma costituzionale non può comunque desumersi l'immodificabilità *in peius*, ad opera della contrattazione collettiva, di un determinato assetto retributivo previsto dalla contrattazione collettiva stessa: in particolare, la giurisprudenza nettamente dominante ha disatteso la tesi dell'irreversibilità dell'indicizzazione delle retribuzioni disposta dagli accordi interconfederali degli anni '50 (§ 245) (57). Viceversa, deve escludersi che la maggiore retribuzione conseguente, per determinate mansioni, dal loro inquadramento superiore pattuito in sede collettiva con effetto da un determinato momento, possa essere rivendicata anche in riferimento al periodo precedente (58). La giurisprudenza nettamente prevalente consente inoltre all'autonomia collettiva di ridurre determinati livelli retributivi in funzione della promozione di interessi di natura diversa, quale in primo luogo l'interesse all'incremento dei livelli occupazionali, o comunque in funzione di scelte contingenti di politica sindacale (59).

Deve pure escludersi, secondo l'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante, che sulla determinazione della giusta retribuzione ex art. 36 Cost. possa influire una situazione particolare di crisi economica aziendale (60), o di bisogno del singolo lavoratore (numero dei familiari a carico, loro infermità, costo abnorme dell'abitazione, ecc.) (61): a tali esigenze l'ordinamento risponde attivando forme di assistenza poste a carico dell'erario, quali le detrazioni fiscali proporzionali ai carichi familiari, o dell'assicurazione generale obbligatoria, quali gli assegni familiari (62). E non potrebbe essere diversamente, poiché una modulazione della retribuzione posta a carico dell'imprenditore in funzione dello stato di bisogno del lavoratore si ritorcerebbe inevitabilmente, nel mercato, contro i più bisognosi, rendendo la loro prestazione più costosa, a parità di contenuto, rispetto a quella dei meno bisognosi.

La peculiarità della situazione personale del lavoratore — che non può dunque assumere rilievo per la determinazione della retribuzione dovuta ex art. 36 Cost. in sede di costituzione del rapporto (e quindi di pattuizione *ex ante* delle condizioni di lavoro) —, può invece assumere rilievo in seguito, durante lo svolgimento del rapporto, in quanto si verificano determinate sopravvenienze negative rispetto alle quali il contratto disponga la traslazione del rischio a carico del datore di lavoro. Così, ad esempio, la sopravvenuta malattia cronica, oppure la necessità di accudire un figlio neonato o un parente gravemente disabile, possono far scattare il diritto a una riduzione dell'orario o a permessi retribuiti che alterano a vantaggio del lavoratore la proporzione originaria fra prestazione lavorativa e retribuzione (§§ 404-406 e 409-410). Il mutamento di quella proporzione non costituisce, però, un effetto dell'applicazione del principio costituzionale di sufficienza della retribuzione, bensì una conseguenza del contenuto assicurativo del rapporto contrattuale (§§ 238-239).

**238.** *Il contenuto assicurativo del rapporto. Sua rilevanza in sede di verifica dell'adeguatezza della retribuzione e di applicazione della regola dell'inderogabilita` in peius.* — L'osservazione teste` proposta circa la distinzione tra retribuzione dovuta *ex art. 36 Cost.* e contenuto assicurativo del rapporto nulla toglie alla necessita` che del grado di sicurezza di cui il lavoratore gode si tenga conto nella determinazione della retribuzione sufficiente a cui la norma costituzionale gli da` diritto: l'adeguatezza di un determinato trattamento retributivo non puo` evidentemente essere valutata senza che si tenga conto di quest'altro aspetto relevantissimo dell'assetto contrattuale (63).

I rischi che assumono rilievo non riguardano soltanto le sopravvenienze negative inerenti alla capacita` produttiva del lavoratore (malattia, infortunio, incapacita` di adattarsi all'evoluzione del processo produttivo, impedimenti personali di altro genere: § 365), ma anche quelle inerenti alla capacita` produttiva dell'azienda (crisi negli approvvigionamenti, difetti di funzionamento degli impianti, impedimenti dovuti a forza maggiore, crisi finanziarie) o alla redditivita` della produzione (peggioramento delle condizioni del mercato). La ripartizione di questi rischi tra datore e prestatore di lavoro avviene per mezzo della combinazione tra due disposizioni contrattuali: quella concernente l'estensione e l'intensita` della tutela contro il recesso unilaterale del datore e quella concernente il grado di sensibilita` del trattamento retributivo al risultato, sia esso individuato nella quantita` del prodotto o nell'utile conseguito. Alla collocazione di ciascun rischio in capo al datore corrisponde un'utilita` per il prestatore, in termini di maggiore sicurezza del reddito; il che comporta — nel rapporto di lavoro liberamente contrattato dalle parti — un costo implicitamente o esplicitamente pagato dal prestatore stesso in termini di minore retribuzione (il «premio assicurativo»: v. § 6).

La legge ordinaria, come vedremo a suo luogo (cap. XVI), detta regole generali limitative della facolta` di recesso del datore di lavoro subordinato, imponendo un contenuto assicurativo minimo comune a tutti i rapporti assoggettati per questo aspetto al medesimo regime. Ma la sicurezza data dalla limitazione della facolta` di recesso del datore potrebbe essere in parte o del tutto vanificata dalla variabilita` della retribuzione in relazione alla produttivita` o redditivita` del rapporto: al lavoratore, infatti, non darebbe alcuna sicurezza il fatto di non poter essere licenziato, se la retribuzione potesse azzerarsi in conseguenza di sopravvenienze sfavorevoli quali la malattia o la grave crisi di mercato; viceversa, la sicurezza data dalla limitazione della facolta` di recesso del datore potrebbe essere accentuata da un regime di rigorosa invariabilita` della retribuzione. In relazione a cio` si pone il problema di stabilire se e in quale misura la retribuzione dovuta *ex art. 36 Cost.* possa variare in funzione del grado di sicurezza di cui il lavoratore gode per effetto dell'assetto negoziale complessivo che nel caso specifico caratterizza il rapporto.

Questo problema non sorge nel caso in cui al rapporto sia direttamente applicabile il contratto collettivo, in conseguenza dell'iscrizione delle parti alle associazioni stipulanti o della recezione della disciplina collettiva nel contratto individuale negoziata dalle parti medesime (§ 70): in questo caso sara` infatti il contratto collettivo stesso a determinare, da un lato, la retribuzione minima che deve essere garantita al lavoratore indipendentemente dall'andamento della produttivita` e della redditivita` del rapporto (c.d. «minimo tabellare» e disciplina della continuita` della retribuzione in occasione della possibile sospensione della prestazione, nell'interesse del prestatore o del datore: cap. XIII), dall'altro lato il grado di tutela contro il licenziamento, risultante dall'estensione del preavviso (§ 512) e del periodo di comporto di malattia (§§ 390-391), nonche` dall'eventuale introduzione di limitazioni aggiuntive alla facolta` di recesso del datore rispetto al regime imposto dalla legge (§ 533). Quando il contratto collettivo sia direttamente applicabile al rapporto individuale, la regola del divieto della deroga *in peius* deve — secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante — applicarsi in riferimento alla disciplina di ciascun istituto contrattuale, senza possibilita` di «scambi» tra istituti diversi (64); nel contratto individuale non puo`, pertanto, essere validamente pattuita una riduzione dello standard minimo fissato dal contratto collettivo in materia di retribuzione in cambio di un incremento di tutela rispetto allo standard collettivo in materia di stabilita` del rapporto, o viceversa. Deve, a mio avviso, ritenersi invalida anche la pattuizione di una riduzione della retribuzione fissa (cioe` garantita indipendentemente dalle sopravvenienze) rispetto al minimo tabellare, in cambio di una *chance* di maggiore retribuzione collegata al raggiungimento di determinati risultati: questa pattuizione produrrebbe, infatti, una riduzione del contenuto assicurativo del rapporto rispetto all'assetto determinato in sede collettiva, la cui invalidita` non e` suscettibile di essere sanata neppure dall'aumento complessivo della retribuzione prevedibile *ex ante*, all'atto della pattuizione, ovvero dalla riduzione del «premio assicurativo» implicito posto a carico del lavoratore.

In conclusione, l'applicazione del contratto collettivo comporta immediatamente l'imposizione di un contenuto assicurativo minimo del rapporto, garantito da una determinata combinazione tra minimi tabellari e disciplina del licenziamento che non puo` essere alterata da alcuna pattuizione individuale riduttiva della retribuzione minima garantita, o della tutela contro il licenziamento, neppure quando la riduzione su di un versante dell'assetto negoziale sia compensata con un congruo aumento sull'altro versante.

Lo stesso discorso non puo` darsi per scontato nel caso in cui il rapporto individuale sia sottratto all'applicazione diretta del contratto collettivo e questo possa essere assunto soltanto come parametro per la determinazione della retribuzione dovuta *ex art. 36 Cost.*: in riferimento a questo caso, infatti, non puo`, senza adeguata argomentazione, escludersi l'ammissibilita` di un *confronto globale* tra l'assetto del rapporto negoziato tra le parti e l'assetto previsto dal contratto collettivo assunto come parametro, confronto nell'ambito del quale la riduzione della retribuzione fissa rispetto al minimo tabellare collettivo potrebbe considerarsi compensata da una congrua *chance* di maggior guadagno correlato al

conseguimento di determinati risultati. Non ho trovato sentenze edite che affrontino questa specifica questione (65). L'esperienza pratica porta a osservare come sia del tutto improbabile che una pattuizione individuale del genere qui descritto venga sottoposta a verifica giudiziale *ex ante*: la controversia sorgerà soltanto *ex post*, quando si sia verificato l'evento sfavorevole che causa la riduzione della retribuzione effettiva al di sotto del minimo tabellare previsto dalla contrattazione collettiva (ad esempio: l'improvvisa crisi di mercato, che equivale in tutto e per tutto, dal punto di vista che qui interessa, alla grave infermità sopravvenuta del lavoratore); il giudice interverrà, pertanto, nel momento in cui si saranno manifestati con maggiore evidenza gli effetti socialmente deteriori della pattuizione e sarà indotto a considerare questa come peggiorativa rispetto alla clausola collettiva che garantisce al lavoratore il minimo ponendone il rischio a carico dell'imprenditore.

È questo un problema giuridico che si presta, a mio avviso, a essere risolto mediante il riferimento al modello economico che spiega la ragion d'essere della ripartizione autoritativa del rischio circa le sopravvenienze fra datore e prestatore di lavoro, sulla base dell'asimmetria informativa (circa le qualità personali del lavoratore) che caratterizza la negoziazione iniziale delle condizioni contrattuali sul piano individuale, mostrando come tale asimmetria faccia sì che il mercato, lasciato a se stesso, produca una ripartizione inefficiente del rischio tra le parti (66). Vi è dunque una motivazione razionale adeguata a sostegno della tendenza universale del movimento sindacale a imporre attraverso la contrattazione collettiva — dove non vi provveda l'ordinamento per via legislativa — un contenuto assicurativo minimo in tutti i rapporti di lavoro a carattere durevole nel tempo: una motivazione che vale non soltanto in riferimento al rischio dell'impedimento personale del lavoratore, ma anche in riferimento a quello dell'impedimento oggettivo, consistente nella crisi di mercato o nella crisi operativa aziendale. Donde la possibilità logica di configurare in linea generale, nell'area dei rapporti di lavoro a carattere durevole, quel contenuto assicurativo minimo previsto dalla contrattazione collettiva come un *melius* rispetto ad assetti contrattuali che non garantiscano il diritto alla retribuzione minima in caso di impedimento, anche quando essi prevedano livelli retributivi normali nettamente più elevati (67).

**239.** *Contenuto assicurativo del rapporto e corrispettività del trattamento economico riservato al lavoratore.* — La considerazione del contenuto assicurativo del rapporto consente di risolvere agevolmente un problema sul quale la dottrina giuslavoristica si è arrovellata per decenni, versando fiumi di inchiostro: quello, cioè, della spiegazione e della qualificazione sistematica del trattamento economico dovuto al lavoratore in riferimento a periodi nei quali la prestazione lavorativa resta sospesa per il sopravvenire di un impedimento personale del prestatore stesso o di un impedimento aziendale.

Nei primi due decenni del dopoguerra sono prevalse le costruzioni teoriche basate sulla distinzione fra trattamento economico avente natura retributiva in senso proprio, corrispondente ai periodi nei quali la prestazione lavorativa viene effettivamente svolta, e trattamento a carattere indennitario, corrispondente ai periodi nei quali la prestazione è sospesa (con la conseguenza della non assoggettabilità a contribuzione previdenziale di quest'ultimo trattamento) (68). La dottrina è poi parsa superare definitivamente questa distinzione, con l'acquisizione — verso la fine degli anni '60 — dell'identità di natura del trattamento economico erogato dal datore al prestatore di lavoro sia per i periodi effettivamente lavorati sia per i periodi di sospensione, interamente qualificabile come retribuzione e legato alla prestazione lavorativa, complessivamente intesa, da un nesso di corrispettività (69): acquisizione subito fatta propria dal legislatore con l'emanazione della norma che ha assoggettato indiscriminatamente l'intero trattamento economico erogato dal datore al prestatore alla contribuzione previdenziale, con la sola eccezione di alcune erogazioni aventi indiscutibilmente natura restitutoria o di liberalità (art. 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153: v. § 247). Ma la vecchia tesi della duplicità della natura del trattamento economico erogato dal datore al prestatore è parsa tornare a proporsi in epoca più recente, con la costruzione della nozione di retribuzione come insieme di due prestazioni concettualmente distinte: una di natura corrispettiva, caratterizzata dal sinallagma che la lega al lavoro effettivamente prestato e riconducibile al principio costituzionale della proporzionalità della retribuzione (§ 240), e una di natura «sociale», caratterizzata dall'assenza di quel sinallagma e dalla funzione di tutela di diritti sociali fondamentali o «di cittadinanza», riconducibile invece al principio costituzionale della sufficienza: in questa seconda andrebbero classificati tutti i trattamenti dovuti al lavoratore per i periodi di sospensione del lavoro dovuta a impedimento personale del lavoratore, o a impedimento dell'imprenditore a riceverne la prestazione (70).

Questa distinzione tra «retribuzione corrispettiva» e «retribuzione sociale» coglie indubbiamente un aspetto rilevante dell'istituto giuridico della retribuzione, sul quale torneremo tra breve (§ 241): precisamente la sua duplice funzione, per un verso di strumento necessario per l'efficienza dell'azienda e del mercato del lavoro, per altro verso di strumento di garanzia della sicurezza del lavoratore. Ma, anche per il lessico con cui si esprime, questa distinzione rischia di porre in ombra l'elemento essenziale dell'equilibrio di interessi che il contratto di lavoro realizza, costituito dal rapporto assicurativo che esso instaura tra le parti: il datore mediante il contratto si accolla — entro un limite determinato — il rischio degli impedimenti sopravvenuti (§ 365) e il lavoratore paga la copertura così acquisita con un «premio assicurativo» implicito, percependo una retribuzione inferiore rispetto a quella altrimenti ottenibile (71). Il compenso che il datore paga al prestatore durante il periodo di sospensione del lavoro è dunque legato alla prestazione lavorativa dal medesimo nesso di corrispettività che lega ad essa il compenso pagato negli altri periodi: il lavoratore ha, per così dire, acquistato la sicurezza della continuità del proprio reddito in cambio di una riduzione del reddito stesso, ma tutto

quanto egli riceve — compresa quella sicurezza — e` il corrispettivo della sua prestazione lavorativa, globalmente considerata *ex ante* come soggetta al rischio di determinate sospensioni. Non pero` di *qualsiasi* sospensione: se l'assenza non e` giustificata, il lavoratore non ha diritto neppure allo «zoccolo» minimo della retribuzione sufficiente, poiche` quell'evento non e` coperto dall'«assicurazione» contrattuale.

**240. Il principio di proporzionalita` della retribuzione.** — L'art. 36 Cost. non si limita a sancire il principio della «sufficienza» della retribuzione in relazione alle esigenze del mantenimento del lavoratore e della sua famiglia, bensì sancisce anche il principio — che nella fase iniziale dei lavori preparatori era stato tenuto assai piu` nettamente distinto dal primo di quanto non sia risultato nella stesura finale della Carta (72) — della necessaria commisurazione della retribuzione alla quantita` e qualita` del lavoro. A questa parte della norma costituzionale giurisprudenza e dottrina hanno dato un'applicazione meno incisiva e univoca rispetto alla parte relativa alla «sufficienza» della retribuzione, riconoscendo innanzitutto che il principio di proporzionalita` non puo` operare come vincolo in materia di differenziazione dei trattamenti fra lavoratori di imprese diverse, oppure in materia di differenziazione intertemporale dei trattamenti nell'ambito di una stessa impresa o di uno stesso settore (73); riconoscendo inoltre — sia pure dopo qualche incertezza — che la differenziazione dei trattamenti fra lavoratori di una stessa impresa ben puo` essere legittimamente motivata da circostanze che nulla hanno a che fare con la quantita` o la qualita` della prestazione (74): e` stata, in particolare, recentemente riaffermata la legittimita` della differenziazione in funzione dell'anzianita` di servizio dei singoli dipendenti (75) (su questo punto torneremo tra breve).

Oggi si registra un generale consenso su alcune applicazioni particolari del principio di proporzionalita`. La piu` rilevante e` quella che comporta la piena legittimita` costituzionale della riduzione della retribuzione in funzione diretta della riduzione dell'orario di lavoro nel rapporto a tempo parziale, riduzione ora prevista esplicitamente dall'art. 4, c. 2°, lett. b, del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61 (§ 356): qui il principio di proporzionalita` opera essenzialmente in funzione correttiva e limitativa del principio di sufficienza (76). E` stata fondata sul principio di proporzionalita`, per altro verso, la regola secondo cui il lavoratore ha diritto a una maggiorazione retributiva in relazione ad alcune «qualita`» della prestazione, come la maggiore penosita` del lavoro festivo (§ 341) e del lavoro svolto in luogo diversi da quello abituale (§§ 300 e 304), la maggiore intensita` (§ 281) o elasticita` del lavoro (nel senso della disponibilita` del lavoratore a variare l'orario in funzione delle esigenze dell'impresa) (§ 355) (77), il vincolo di onerose prestazioni accessorie (§ 284). Al di la` di queste applicazioni particolari del principio di proporzionalita`, prevale nettamente l'orientamento della giurisprudenza nel senso di lasciare una liberta` molto ampia alla contrattazione collettiva — e al singolo imprenditore negli spazi che residuano alla sua discrezionalita` di gestione dei rapporti individuali di lavoro — per l'individuazione dei criteri di differenziazione dei trattamenti economici in relazione alla quantita` e qualita` delle prestazioni lavorative, cosı̀ come eventualmente anche in relazione all'andamento della produttivita` o della redditivita` delle aziende, o ad altre circostanze che possono ragionevolmente assumere rilievo su questo terreno.

Del significato e della portata precettiva di questa parte della norma costituzionale, per quel che riguarda la sindacabilita` in sede giudiziale delle scelte di differenziazione dei trattamenti operate dalla contrattazione collettiva o dall'imprenditore unilateralmente, abbiamo ampiamente discusso nella parte di questa trattazione dedicata alla questione della parita` di trattamento (§§ 161-165). Mi limito qui a richiamare le conclusioni di maggior rilievo ivi esposte su questo punto:

— la norma costituzionale impone che la retribuzione sia determinata in riferimento al contenuto della prestazione lavorativa (cioe` secondo quelli che abbiamo esaminato come criteri di differenziazione di prima classe: § 157), ma non vieta che per la sua determinazione si applichino *anche* criteri diversi, attinenti alla persona del prestatore o a circostanze di altro genere (criteri di seconda o di terza classe: §§ 158 e 159);

— il principio della commisurazione della retribuzione al contenuto della prestazione lavorativa e`, in concreto, inapplicabile quando faccia difetto un sistema di inquadramento, cioe` un insieme organico di criteri di individuazione e valutazione degli aspetti rilevanti della prestazione stessa; dalla norma costituzionale che pone quel principio deve pertanto desumersi logicamente l'obbligo per il datore di lavoro di individuare e indicare il sistema di inquadramento applicato: obbligo peraltro specificato anche dalla legge ordinaria (§ 186) (78);

— la scelta del sistema di inquadramento da applicarsi in una unita` produttiva, sia essa compiuta mediante contrattazione collettiva o no, e` insindacabile in sede giudiziale, salvo il rispetto del divieto di adozione di criteri discriminatori (§§ 163, 164, 169-175);

— insindacabile deve, a maggior ragione, considerarsi la scelta dei rapporti parametrici adottati dalla contrattazione collettiva per la determinazione delle retribuzioni corrispondenti ai diversi livelli di inquadramento, cosı̀ come la scelta di collegare o no una parte della retribuzione al risultato della prestazione lavorativa (79);

— insindacabile deve, infine, considerarsi la scelta del datore di lavoro di differenziare ulteriormente i trattamenti, al di sopra degli standard minimi, quando essa sia attuata in buona fede e non in modo capriccioso, o ispirato ad arbitrio signorile, tale da ledere la dignita` del lavoratore (§§ 163-165).

Per gli stessi motivi esposti a suo luogo (v. ancora §§ 161-163), nel caso in cui nessun contratto collettivo sia direttamente applicabile al rapporto di lavoro individuale deve ritenersi che il controllo giudiziale circa l'adeguatezza della retribuzione relativa al rapporto stesso possa essere operato soltanto alla stregua del principio di sufficienza

(§ 192), mentre non sembra proponibile un controllo alla stregua del criterio di proporzionalità.

Se è fondato quanto si è sostenuto nel settimo capitolo circa la disciplina delle differenziazioni di trattamento, può trarsene la conclusione che le disuguaglianze nei redditi di lavoro, legittimate in linea di principio dall'art. 36 Cost., non sono suscettibili di controllo alla stregua della stessa norma per ciò che riguarda la loro entità. Se è vero che, secondo quanto apprendiamo dalla scienza economica, uno degli effetti *indiretti* più rilevanti delle protezioni giuslavoristiche è costituito proprio dalla riduzione dei differenziali di reddito di lavoro, deve però riconoscersi che tale riduzione non può essere perseguita *direttamente* con gli strumenti propri del diritto del lavoro: per lo meno non con quelli del diritto del lavoro attualmente vigente secondo l'ordinamento italiano e quello comunitario. Una politica di riduzione delle disuguaglianze nei redditi da lavoro può essere perseguita efficacemente — in attuazione dell'art. 3 Cost. — mediante la progressività dell'imposizione fiscale (fino all'estremo dell'istituzione di una «imposta negativa», o «reddito di cittadinanza» erogato dall'Erario), nonché mediante una politica incisiva di promozione della formazione professionale rivolta agli strati più bassi della forza-lavoro, ma non attraverso una modifica autoritativa diretta del rapporto fra retribuzioni più basse e retribuzioni più elevate.

**241.** *La differenziazione delle retribuzioni come strumento di organizzazione e incentivazione del lavoro nell'azienda e nel mercato. Il proporzionamento ex post ai risultati del lavoro e la ragion d'essere economica della sua limitazione.*

— Nell'art. 36 Cost., dunque, mentre il principio di sufficienza della retribuzione assume il significato univoco di una limitazione dell'autonomia individuale, a protezione di un interesse dei lavoratori, il principio di proporzionalità assume oggettivamente un significato pratico preminente di salvaguardia della prerogativa degli imprenditori di commisurare le retribuzioni alla qualità e quantità del lavoro, di usarle come strumento di organizzazione del lavoro e di governo dei flussi nel mercato del lavoro.

L'intera storia della struttura delle retribuzioni nell'ultimo mezzo secolo — nel nostro come negli altri Paesi dell'Europa occidentale — può leggersi nella chiave di una dialettica continua tra due tendenze opposte fra loro, ma legittimate entrambe, sul piano costituzionale, rispettivamente dal principio di proporzionalità e da quello di sufficienza enunciati nell'art. 36:

— la tendenza degli imprenditori a differenziare i trattamenti (per lo più complicandone i criteri di determinazione), in funzione del proprio interesse a incentivare determinati comportamenti dei lavoratori nel mercato e in azienda,

— la tendenza del movimento sindacale a unificare e semplificare i trattamenti, conglobandone gli elementi variabili nella parte fissa, per evitare ai lavoratori lo «stress da esame» conseguente alla diuturna misurazione e comparazione della loro efficienza, smorzare la competizione fra di loro e garantire loro continuità dei guadagni indipendentemente dalle fluttuazioni della produttività e della redditività del lavoro per l'impresa.

La dialettica fra queste due tendenze è agevolmente percepibile nella storia della contrattazione collettiva aziendale in materia di retribuzione a cottimo (§§ 251-253), soprattutto negli anni '60 e '70, caratterizzata dall'avvicendamento tra fasi di incremento della parte della retribuzione legata alla produttività individuale, realizzato mediante l'istituzione di tariffe di cottimo di vario tipo, e fasi di riduzione e riassorbimento del «guadagno di cottimo» nella retribuzione-base, realizzato mediante il progressivo aumento del «cottimo minimo garantito», destinato poi a trasformarsi esplicitamente in elemento della paga-base («superminimo»). Un avvicendamento analogo si osserva nella storia della contrattazione aziendale in materia di premi di produzione collettivi (§ 255), che nascono come elemento variabile della retribuzione e sovente finiscono col trasformarsi anch'essi in «superminimi» aziendali; oppure in materia di «premi di presenza» (si pensi all'esperienza dell'«Edr» negli anni '70) (80), destinati a penalizzare l'assenteismo per malattia o altre cause, in relazione ai quali si registra la stessa tendenza universale al successivo conglobamento in paga-base.

Nella sua azione tendente alla parificazione e semplificazione dei trattamenti, il sindacato è favorito dall'asimmetria informativa che impedisce al datore di lavoro di conoscere compiutamente la qualità della prestazione che gli viene offerta, al momento della stipulazione del contratto individuale. Questa circostanza consente una determinazione dei trattamenti solo approssimativamente commisurata alla qualità (oltre che alla quantità) delle prestazioni future: i trattamenti vengono così ripartiti e accorpati per «categorie» o «livelli» professionali, nell'ambito dei quali le differenze tra le singole prestazioni non corrispondono a differenze retributive. Poi, nel corso del rapporto, con lo svolgersi della prestazione, quell'asimmetria informativa si riduce, fino sovente a sparire del tutto, e il datore di lavoro ha interesse a instaurare una più precisa corrispondenza fra retribuzioni e rendimenti personali, mediante aumenti *ad personam* e forme di retribuzione variabile in rapporto al risultato individuale. Ed è a questo punto la contrattazione collettiva a operare per la ri-parificazione e «collettivizzazione» degli aumenti.

Le imprese hanno, dunque, un interesse dichiarato a differenziare le retribuzioni in riferimento alle caratteristiche delle singole prestazioni e/o alla produttività o redditività del singolo rapporto di lavoro o dell'azienda, al fine di incentivare la migliore collaborazione dei dipendenti e/o di ancorare il costo del lavoro all'andamento dell'impresa; interesse al quale si contrappone una tendenza — peraltro non del tutto univoca e indifferenziata — del movimento sindacale a perseguire il contenimento della differenziazione e l'insensibilità della retribuzione alle sopravvenienze. Questo non deve, tuttavia, indurre a pensare che le imprese abbiano un interesse generalizzato all'azzeramento del contenuto assicurativo dei rapporti di lavoro: al contrario, ciò che caratterizza tipicamente la posizione delle imprese nel mercato del lavoro (e non soltanto in quello) è il loro interesse a mettere a frutto la propria capacità di sopportazione del

rischio, «vendendo» sicurezza a lavoratori che generalmente al rischio sono avversi (81). Se in tutto il mondo civile, da due secoli a questa parte, si è osservata la tendenza — da parte del movimento sindacale o del legislatore — a imporre all'imprenditore un obbligo di sicurezza verso il lavoratore, a costo di una riduzione della retribuzione (il «premio assicurativo») che nessuna legislazione protettiva ha il potere di impedire, e' perché il lavoratore è generalmente disposto a guadagnare di meno per essere più sicuro, mentre l'imprenditore è, per definizione, colui che fa del rischio la propria professione, che ha la capacità e dispone dei mezzi per affrontare le incognite insite nella combinazione dei fattori produttivi, che sa rispondere ai nuovi problemi con nuove soluzioni. Una società nella quale tutte le persone fossero capaci di assumere su di sé per intero ogni rischio della produzione e degli *shocks* economici, e alle imprese potesse essere quindi assicurata la massima «sicurezza» contro tali rischi, sarebbe paradossalmente una società in cui il ruolo peculiare dell'imprenditore verrebbe mortificato: verrebbe mortificato anche sul piano economico, se è vero che, nella società reale, l'imprenditore trae un utile dalla propria capacità di produrre e « vendere » sicurezza, potendo scambiarla con una riduzione delle retribuzioni.

D'altra parte, come abbiamo visto (§§ 6 e 238), quand'anche tutti fossero posti effettivamente in grado di vendere e acquistare liberamente sicurezza nel mercato del lavoro secondo le proprie personali preferenze, si attiverebbe un meccanismo perverso, per cui ogni lavoratore rinuncerebbe a manifestare al datore di lavoro la propria domanda di sicurezza per paura di segnalarsi come soggetto più «a rischio» degli altri. Il mercato, lasciato a se stesso, produrrebbe così il risultato di collocare tutto il rischio sulla parte che è di fatto meno capace di sopportarlo, e di impedire all'impresa di svolgere, nel rapporto con i dipendenti, il proprio ruolo essenziale di produttrice di sicurezza, beneficiando del «premio» corrispondente. Non è dunque soltanto nell'interesse della generalità dei lavoratori, ma anche nell'interesse della generalità degli imprenditori, che la legge e la contrattazione collettiva impongono un contenuto assicurativo minimo dei rapporti di lavoro dipendente: imposizione che si concreta nella combinazione di una disciplina limitativa del recesso dell'imprenditore con la garanzia di uno «zoccolo» minimo di retribuzione, non suscettibile di riduzione in conseguenza di sopravvenienze sfavorevoli, quindi non suscettibile di proporzionamento *ex post* alla quantità e ai risultati del lavoro prestato.

Quale sia la misura ottimale del contenuto assicurativo minimo dei rapporti di lavoro imposto inderogabilmente per via legislativa o collettiva, ovvero della parte della retribuzione insensibile alle sopravvenienze (non suscettibile di proporzionamento *ex post*) dipende soprattutto dalla misura dell'avversione al rischio della maggioranza dei lavoratori, della quale i soli interpreti autorizzati sono il legislatore e le organizzazioni sindacali. Ma dipende anche dalla capacità del sistema di difendersi dai comportamenti opportunistici che il regime di sicurezza può favorire: comportamenti la cui diffusione può tradursi in un aumento del «premio assicurativo» pagato dalla generalità dei lavoratori, in conseguenza dell'inevitabile aggiustamento al ribasso dei livelli retributivi necessario per compensare il maggior rischio accollato alle imprese; e anche il peso di questa variabile può essere valutato soltanto dal legislatore e dall'autonomia collettiva. Deve pertanto, ancora una volta, ragionevolmente escludersi che il giudice possa — nel silenzio della legge — discostarsi dai parametri fissati dalla contrattazione collettiva per la determinazione dei limiti alla possibilità di proporzionamento della retribuzione *ex post* ai risultati del lavoro.

**242.** *I «salari di efficienza»: differenziazioni non determinate dal criterio di proporzionalità.* — La retribuzione può essere usata — e viene di fatto largamente usata — anche come strumento per attirare verso l'impresa i lavoratori migliori nel mercato (82), ridurre il *turnover*, condizionare in senso positivo il comportamento dei dipendenti nelle situazioni in cui è impossibile controllarlo. Questo ruolo ulteriore della retribuzione è particolarmente evidenziato dalle teorie economiche («teorie dei salari di efficienza» o *efficiency wages theories*) che spiegano in tal modo il comportamento di una parte rilevante degli imprenditori, i quali determinano di propria iniziativa le retribuzioni in misura superiore rispetto ai livelli di equilibrio che consentirebbero la piena occupazione, rispetto agli standard eventualmente stabiliti dalla legge o dalla contrattazione collettiva, nonché persino rispetto a quanto i singoli lavoratori chiedono in sede di negoziazione individuale delle condizioni di lavoro (83):

— l'imprenditore può trovarsi nell'impossibilità di controllare quotidianamente l'impegno profuso da un dipendente nello svolgimento della prestazione (ad esempio a causa della distanza geografica): una congrua maggiorazione del compenso rispetto allo standard comunemente praticato per prestazioni dello stesso tipo può costituire il modo migliore di garantirsi il maggiore impegno di quel lavoratore, per il quale il rischio della perdita del posto ha un'efficacia incentivante tanto maggiore quanto più lauta è la maggiorazione retributiva goduta;

— la stessa maggiorazione rispetto allo standard può essere utilizzata per incrementare l'autostima dei dipendenti, il loro attaccamento al lavoro, il loro senso di appartenenza all'impresa;

— l'imprenditore può praticare a tutti i propri dipendenti o a una parte di essi una maggiorazione retributiva rispetto allo standard al fine di garantirsi contro il rischio della migrazione verso altre aziende di alcuni di essi;

— offrire una retribuzione superiore allo standard può, infine, essere un modo per risparmiare costi di selezione del personale da assumere, assicurandosi un aumento della qualità media delle candidature.

Il comportamento datoriale descritto dalle *efficiency wages theories* non pone alcun problema di legittimità, sotto il profilo del principio di proporzionalità della retribuzione (§ 240), quando esso è tenuto in ugual misura nei confronti di tutti i dipendenti dell'impresa. Ma esso deve considerarsi senz'altro legittimo anche quando sia tenuto nei confronti

di una parte soltanto dei dipendenti, o in modo tale che alcuni ne risultino favoriti rispetto ad altri: abbiamo visto (84), infatti, come una disparità (o «sproporzione») di trattamento fra i dipendenti di un'impresa ben possa essere giustificata anche da circostanze particolari inerenti alla posizione di una parte di essi nel mercato del lavoro, oppure da particolari esigenze organizzative aziendali.

Il problema che può porsi, in proposito, non è quello della legittimità del comportamento dei datori di lavoro che «gonfiano» le retribuzioni di una parte (o della totalità) dei propri dipendenti per garantirsi contro un *moral hazard* ineliminabile nel rapporto, bensì quello di come intervenire per correggere l'effetto depressivo che questa prassi produce sulla quantità della domanda di lavoro. Ma questo è un problema attinente all'attuazione del principio del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost. e non di quello della giusta retribuzione di cui all'art. 36.

## Sezione II

### NOZIONI E STRUTTURA DELLA RETRIBUZIONE. LA RETRIBUZIONE A TEMPO

Sommario: 243. Le nozioni della retribuzione rilevanti nel diritto del lavoro. — 244. La retribuzione a tempo. Salario e stipendio. — 245. La paga-base e i suoi automatismi: indicizzazioni e aumenti periodici di anzianità. — 246. Le maggiorazioni per le variazioni dell'estensione o della collocazione temporale del lavoro. Limitata applicabilità della regola della «onnicomprendività». — 247. Retribuzione e indennizzo. Retribuzione in natura e *fringe benefits*. Indennità di cassa, di rischio, di mensa, di trasferta e altre. Le mance. Imponibilità fiscale e imponibilità previdenziale. — 248. La questione degli assorbimenti. — 249. La tredicesima e le altre mensilità aggiuntive (rinvio). — 250. Inesistenza di una regola generale di irriducibilità della retribuzione a tempo (rinvii).

**243. Le nozioni della retribuzione rilevanti nel diritto del lavoro.** — Retribuzione è tutto quanto, in denaro o in natura, il datore eroga al prestatore a compenso del suo lavoro — globalmente inteso (§ 239) — e delle prestazioni accessorie cui questi è tenuto in virtù del contratto, con esclusione di quanto viene erogato per risarcirlo di una perdita patrimoniale subita in conseguenza dello svolgimento del rapporto. Questa nozione generale, del tutto ovvia nella sua semplicità, è tuttavia di scarsa utilità sul piano pratico, perché le questioni che possono porsi in questa materia non riguardano quasi mai la retribuzione intesa in questa accezione generalissima, bensì quasi sempre una nozione per qualche aspetto meno estesa.

Così, innanzitutto, l'anzidetta nozione generale è più ampia della nozione di *retribuzione dovuta* (85), poiché comprende anche le erogazioni che il datore compie per compensare il prestatore senza esservi contrattualmente obbligato: si pensi, ad esempio, alla gratifica straordinaria che un imprenditore, senza esservi tenuto, decida spontaneamente di pagare a tutto il personale per renderlo partecipe di un risultato di esercizio particolarmente brillante, o a un singolo dipendente per premiarne la particolare dedizione in una determinata circostanza. Una erogazione retributiva spontanea può bensì trasformarsi in retribuzione dovuta, quando la sua reiterazione nel tempo dia luogo a un uso aziendale (§ 76); ma il carattere della reiterazione o «continuità» non costituisce elemento essenziale del concetto generale di retribuzione (86); e non costituisce elemento essenziale neppure del concetto più ridotto di retribuzione dovuta, ben potendo configurarsi un debito del datore di lavoro avente per oggetto un compenso ricorrente una sola volta nell'arco di tutto il rapporto di lavoro: ad esempio, l'«equo premio» per una invenzione del lavoratore (§ 268), oppure l'indennità sostitutiva del preavviso (§ 512).

Ne la nozione generale di retribuzione né quella di retribuzione dovuta coincidono perfettamente con la nozione di *retribuzione imponibile* ai fini fiscali o ai fini contributivi, poiché — come vedremo a suo luogo: § 247 — sia l'imposta sui redditi sia i contributi previdenziali vanno calcolati escludendosi dal computo alcune erogazioni che ben possono essere oggetto di un preciso obbligo retributivo contrattuale del datore nei confronti del prestatore (è questo il caso, ad esempio, del servizio di mensa (87) e della relativa indennità sostitutiva, oppure, entro certi limiti, della cessione ai dipendenti di azioni della società datrice di lavoro a prezzo inferiore rispetto a quello di mercato: § 257).

Ancor maggiore è la differenza tra tutte le nozioni di retribuzione di cui si è fatto cenno e la nozione di *retribuzione di riferimento* per il calcolo del trattamento di fine rapporto o di determinate maggiorazioni, essendo pacificamente esclusa — come pure vedremo a suo luogo: § 246 — l'applicabilità in questa materia di una regola generale di «onnicomprendività» della retribuzione di riferimento (88).

Va aggiunto, per completezza, che una nozione di «retribuzione» ancora diversa e più ampia è quella a cui fa riferimento l'ordinamento comunitario nel porre il divieto di differenziazioni di trattamento fra lavoratrici e lavoratori: «per retribuzione si intende ... il salario o trattamento normale di base o minimo e tutti gli altri vantaggi pagati direttamente o indirettamente, in contanti o in natura, dal datore di lavoro al lavoratore in ragione dell'impiego di quest'ultimo» (art. 141 — in precedenza 119 — del Trattato). Rientra pertanto in questa nozione di retribuzione qualsiasi trattamento anche a carattere indennitario o restitutorio, dovuto o comunque praticato dal datore di lavoro in dipendenza del contratto di lavoro (89).

**244. La retribuzione a tempo. Salario e stipendio.** — Si è visto nella sezione precedente del capitolo (§§ 238 e 241) come la retribuzione del lavoro subordinato debba inderogabilmente comporsi, almeno in parte, di un elemento fisso, cioè commisurato soltanto al tempo della prestazione e non al suo risultato produttivo o alla sua redditività per l'imprenditore. A seconda dell'unità di tempo assunta come riferimento, questo elemento retributivo può consistere in una paga oraria, giornaliera, mensile o annuale.

Nel linguaggio giuridico più appropriato si soleva, in passato, distinguere la retribuzione strettamente commisurata al numero delle ore o delle giornate di lavoro effettivo, tipica del rapporto di lavoro operaio, indicata con il termine *salario*, dalla retribuzione mensile (o annuale), insensibile alla possibile variazione del numero delle giornate di lavoro nel corso del mese (o dell'anno), tipica del rapporto di lavoro impiegatizio, indicata con il termine *stipendio* (90). Nel corso dell'ultimo quarto di secolo l'uso dei due termini — salario e stipendio — in quella rigorosa accezione rispettiva è andato perdendosi anche nel linguaggio giuridico, in conseguenza sia del fatto che la disparità di trattamento fra operai e impiegati per ciò che riguarda la sensibilità della retribuzione alle sospensioni della prestazione è andata progressivamente riducendosi fino a essere del tutto eliminata all'inizio degli anni '90 (§ 370), sia dell'influenza sempre più pervasivamente esercitata sulla nostra lingua da quella inglese, nella quale *salary* sta per «stipendio», o più genericamente per «retribuzione» (come del resto il termine francese *salaire*).

Sta di fatto, comunque, che oggi anche la quasi totalità degli operai è retribuita — secondo quanto disposto dai contratti collettivi — mediante un vero e proprio stipendio mensile, la cui entità di regola non varia in relazione al numero delle ore o delle giornate di lavoro (c.d. «mensilizzazione» del salario operaio). Così, ad esempio la loro retribuzione del mese di febbraio è uguale a quella di gennaio, nonostante che in febbraio si contino due o tre giorni di meno, cosa che non accadeva quando la retribuzione degli operai era riferita al numero dei giorni o delle ore di lavoro.

**245. La paga-base e i suoi automatismi: indicizzazioni e aumenti periodici di anzianità.** — La retribuzione a tempo — che in passato veniva indicata anche come «retribuzione ad economia» per distinguerla dalla retribuzione a cottimo — è sovente costituita da un solo elemento: la paga oraria, giornaliera, mensile o annuale. La contrattazione collettiva e individuale può, tuttavia, complicarne la struttura aggiungendo alla paga-base altri elementi, cui viene affidata la funzione di adeguare la retribuzione in relazione alle maggiori capacità aziendali o a particolari qualità individuali del lavoratore, oppure di adeguarla nel tempo automaticamente in relazione all'aumento del costo della vita, oppure all'aumento dell'anzianità di servizio del lavoratore. Esaminiamo più da vicino ciascuno di questi elementi.

*Paga-base.* La struttura della retribuzione a tempo consta sempre di un elemento che ne costituisce la base, solitamente determinato in Italia dal contratto collettivo nazionale di settore, in misura differente in relazione a ciascun livello di inquadramento, mediante apposite tabelle: donde l'espressione sinonima «minimo tabellare», con cui tale elemento viene indicato nel linguaggio sindacale. È diffusa l'idea che la paga-base costituisca la retribuzione commisurata al valore della prestazione lavorativa «normale», mentre le voci retributive ulteriori corrisponderebbero ad aspetti estrinseci o accidentali della prestazione stessa (91): donde il riferimento alla sola paga-base per la determinazione della retribuzione sufficiente *ex art. 36 Cost.* (§ 236); ma in realtà possono svolgere la funzione di remunerare una prestazione lavorativa «normale» anche altre voci retributive, come un'indennità di carica, un'indennità di rischio per mansioni che sono intrinsecamente («normalmente») pericolose, o un'indennità di lavoro in sottosuolo per il lavoro del minatore. Il minimo tabellare — a ben vedere — è soltanto il primo passaggio tecnico dell'operazione di definizione collettiva della retribuzione dovuta.

Fino all'inizio degli anni '60 le tabelle dei contratti collettivi nazionali riportavano paghe-base differenziate anche secondo il sesso, l'età e la zona geografica. Oggi, le differenze per sesso e per età sono pacificamente vietate come discriminatorie (§§ 166-167) e non ne resta più traccia nella contrattazione collettiva nazionale; la sola che potrebbe essere reintrodotta legittimamente — ancorché sul punto le opinioni divergano, in giurisprudenza come in dottrina (92) — è la differenziazione basata sulla zona geografica.

«*Superminimo*» e *paga-base di fatto.* Il cosiddetto «superminimo» o «sovraminimo» è un aumento retributivo collettivo o individuale (c.d. «superminimo *ad personam*», o «di merito»), concesso o contrattato in genere al livello aziendale, che si aggiunge al minimo tabellare per formare la c.d. paga-base di fatto.

*Indennità di contingenza e indennità di vacanza contrattuale.* Entrata in vigore nell'immediato dopoguerra nei più importanti settori della nostra economia in funzione di difesa del potere d'acquisto delle retribuzioni contro l'erosione causata dall'aumento dei prezzi, la disciplina dell'indennità di contingenza venne poi via via modificata nel trentennio successivo, sempre ad opera della contrattazione collettiva, limitandosi il legislatore a emanare decreti legislativi che recepivano i contratti collettivi vigenti nel 1959 (93), in applicazione della legge n. 741/1959 (§ 67), e a introdurre una forma di indicizzazione meno incisiva delle retribuzioni nel settore del pubblico impiego con la legge 27 maggio 1959

n. 324. Il meccanismo di indicizzazione delle retribuzioni celebrò il proprio massimo fasto nella seconda metà degli anni '70, con la progressiva attuazione dell'accordo interconfederale del 1975 che accentuava l'effetto medio di indicizzazione delle retribuzioni e al tempo stesso produceva un effetto di riduzione progressiva dei differenziali retributivi, in coerenza con la forte carica egualitaristica che caratterizzava in quegli anni la strategia del nostro movimento sindacale (94). La fiammata inflazionistica che ne conseguì segnò l'inizio di una lunga e travagliata crisi di questo meccanismo di indicizzazione, che vide il legislatore intervenire a più riprese per moderarne gli effetti, sempre peraltro lungo la linea segnata da accordi interconfederali (95), fino alla disdetta da parte delle associazioni imprenditoriali degli accordi interconfederali istitutivi, nel 1985 (96). Alla cessazione degli effetti del vecchio meccanismo di indicizzazione istituito dalla contrattazione collettiva ha fatto seguito l'istituzione — a titolo rigorosamente provvisorio — di un nuovo meccanismo, produttivo di effetti notevolmente ridotti, mediante la legge 26 febbraio 1986 n. 38 (97).

Cessati nel 1991 gli effetti di quest'ultima legge (98) e sancita con l'accordo interconfederale 31 luglio 1992 la cessazione di qualsiasi meccanismo di indicizzazione permanente delle retribuzioni (99), l'accordo interconfederale 23 luglio 1993 (c.d. «protocollo Giugni») per il settore industriale e gli accordi interconfederali coevi per gli altri settori hanno affidato alla negoziazione collettiva biennale dei minimi retributivi nazionali il compito del loro adeguamento periodico in relazione all'aumento del costo della vita (100); hanno peraltro anche istituito un meccanismo di indicizzazione parziale delle retribuzioni destinato a scattare nel caso in cui il contratto collettivo nazionale di settore non venga rinnovato entro tre mesi dalla scadenza, ma comunque non prima che venga presentata dalle organizzazioni sindacali la nuova «piattaforma» per il rinnovo (101). La nuova voce retributiva, denominata «indennità di vacanza contrattuale», è pari al 30% per i primi tre mesi, poi al 50%, della percentuale dei vecchi minimi retributivi corrispondente al tasso di inflazione programmato dal Governo; e cessa nel momento in cui il contratto collettivo viene rinnovato (102).

*Aumenti periodici di anzianità.* I cosiddetti «scatti» di anzianità sono aumenti della retribuzione previsti generalmente dai contratti collettivi (nel settore privato essi sono sempre stati totalmente ignorati dalla legge), che si producono automaticamente al compimento di ogni biennio di anzianità di servizio maturata dal singolo lavoratore in una azienda. La loro ragion d'essere viene tradizionalmente individuata nella remunerazione dell'incremento di professionalità — quindi normalmente di produttività — che si determina per il solo fatto dell'accumularsi dell'esperienza lavorativa (103). Si spiegherebbe così la marcata differenza di trattamento, in materia di scatti di anzianità, che fino agli anni '70 si registrava fra gli impiegati e gli operai, fondata sul presupposto che nel lavoro manuale l'accumulo di esperienza influisca solitamente sulla capacità produttiva individuale in misura assai più limitata di quanto non accada nel lavoro intellettuale (104): a fronte dei 12 o 14 scatti biennali pari, per lo più, al 5% della paga-base, previsti dalla maggior parte dei contratti collettivi per gli impiegati, per gli operai ne venivano previsti soltanto da 2 a 6 e di importo assai minore (dall'1,5% al 4%); differenza di trattamento che è andata però gradualmente riducendosi nell'ultimo quarto di secolo, anche in conseguenza del progressivo perfezionarsi degli effetti del c.d. «inquadramento unico» (§ 176). La ragion d'essere degli scatti di anzianità può essere individuata anche nelle istanze egualitaristiche e nell'esigenza di ridurre lo «stress da esame» (§ 48), che possono spingere i lavoratori a perseguire in sede collettiva una limitazione della discrezionalità del datore di lavoro nell'assegnazione di aumenti di merito *ad personam*. Il fenomeno può spiegarsi altresì in chiave di risparmio di costi di transazione per l'imprenditore: si regola unitariamente in sede collettiva quel graduale aumento delle retribuzioni che si considera comunque necessario per evitare che il lavoratore sia tentato di mettere a frutto altrove la propria aumentata professionalità, evitando i costi della negoziazione individuale in proposito e i rischi delle «rincorse» salariali che essa può innescare.

Dopo la metà degli anni '70 nel movimento sindacale si è manifestato l'orientamento a una progressiva riduzione del peso di questo elemento della retribuzione (105), motivato con la necessità di ridurre il danno derivante per il lavoratore dalla mobilità interaziendale (erano gli anni della c.d. «svolta dell'Eur», in cui il sindacato incominciava a prendere atto della necessità di una maggiore fluidità nell'allocazione delle risorse umane nel tessuto produttivo) e con la scelta di privilegiare le esigenze di reddito del lavoratore nella fase iniziale della sua vita lavorativa e familiare piuttosto che nella fase finale; ma a quell'orientamento non ha corrisposto una tendenza generalizzata e univoca alla riduzione del peso di questa voce nella retribuzione complessiva degli operai e degli impiegati (106).

Salva disposizione collettiva in senso contrario, deve ritenersi che l'anzianità necessaria per la maturazione degli scatti debba essere di servizio effettivo, non potendo computarsi periodi di aspettativa per motivi sindacali (107), cariche pubbliche elettive, e altri casi analoghi di sospensione della prestazione lavorativa di lunga durata. Questa regola, tuttavia, non si applica al caso dell'astensione dal lavoro per maternità, configurandosi altrimenti una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici (§§ 170 e 403) (108). È ritenuta invalida per violazione del divieto di discriminazione in relazione all'età del lavoratore la disposizione collettiva, assai diffusa, che fa decorrere l'anzianità utile ai fini degli scatti soltanto dal ventesimo o dal ventunesimo anno di età del lavoratore (109). È pure ritenuta invalida — in applicazione della regola contenuta nell'art. 3, 12° c., della legge 19 dicembre 1984 n. 863 — la clausola collettiva che esclude dal computo nell'anzianità utile per la maturazione degli scatti il periodo durante il quale il lavoratore ha prestato servizio in attuazione di un contratto di formazione e lavoro (110).

Solitamente i contratti collettivi prevedono che in caso di promozione del lavoratore alla categoria superiore il numero degli scatti decorra nuovamente da zero. Alcuni contratti prevedono che in questo caso l'importo degli scatti già

maturati non venga assorbito nell'aumento della paga-base conseguente alla promozione; altri contratti prevedono invece un assorbimento, totale o parziale. Nei casi in cui il contratto collettivo non disciplina la materia, la questione dell'assorbimento o no vede la giurisprudenza divisa (111). Gli scatti già maturati non possono comunque essere assorbiti negli aumenti retributivi conseguenti al rinnovo del contratto collettivo, o nell'aumento di merito individuale, salva la diversa pattuizione in proposito — rispettivamente in sede collettiva o individuale —, che deve considerarsi sempre valida (§ 248).

L'assenza di qualsiasi fondamento legislativo dell'istituto degli aumenti periodici di anzianità fa sì che essi possano in qualsiasi momento essere ridotti, nell'entità o nel numero, dalla contrattazione collettiva senza ledere alcun diritto acquisito del lavoratore, salvo quello alla conservazione degli scatti retributivi già maturati: la mera aspettativa degli scatti futuri, previsti dalla disciplina collettiva precedente, non è in alcun modo tutelata (112).

Sulla riduzione dell'importo degli aumenti periodici di anzianità in corrispondenza della riduzione dell'orario nel rapporto a tempo parziale v. §§ 240 e 356.

**246. Le maggiorazioni per le variazioni dell'estensione o della collocazione temporale del lavoro. Limitata applicabilità della regola della «omnicomprensività».** — Vedremo a suo luogo come la legge e la contrattazione collettiva prevedano numerose maggiorazioni della retribuzione oraria o giornaliera, in riferimento a segmenti della prestazione lavorativa eccedenti rispetto all'orario normale (lavoro straordinario: § 334) oppure collocate in periodi della giornata, della settimana o dell'anno che l'ordinamento riserva al «tempo libero qualificato» (lavoro notturno: § 336, domenicale o in festività infrasettimanali: § 341), oppure ancora caratterizzate da una variabilità della collocazione temporale a cui si ricollega una maggiore penosità della prestazione («clausole elastiche» nel lavoro a tempo parziale: § 355; lavoro a turni: § 317). Tali maggiorazioni sono solitamente calcolate in misura percentuale rispetto alla retribuzione normale — che nel linguaggio sindacale era in passato indicata con l'espressione «paga globale di fatto» (113) — per la determinazione della quale si pone il problema di individuare gli elementi del trattamento economico computabili. Lo stesso problema si pone per l'individuazione degli elementi computabili ai fini della retribuzione per le festività infrasettimanali e dell'indennità sostitutiva del preavviso.

Sulla determinazione della retribuzione di riferimento di legge interviene soltanto in tre casi:

— in materia di lavoro straordinario l'art. 5 del r.d.l. 15 marzo 1923 n. 692, ancora per poco in vigore (§§ 305-306), stabilisce che esso venga remunerato «con un aumento di paga, su quella del lavoro ordinario, non inferiore al 10% o con un aumento corrispondente sui cottimi»: la contrattazione collettiva può pertanto definire liberamente la retribuzione di riferimento per la determinazione della maggiorazione, ma se ne vengono escluse una o più voci e è necessario che la percentuale di maggiorazione applicata sia superiore al 10%, in modo che il risultato complessivo rispetti il limite minimo indicato dalla legge (114);

— in materia di retribuzione per le festività infrasettimanali il primo comma dell'art. 5 della legge 27 maggio 1949 n. 260 impone al datore di lavoro di corrispondere ai dipendenti «i quali siano retribuiti non in misura fissa [stipendio mensile], ma in relazione alle ore di lavoro da essi compiute, la normale retribuzione globale di fatto giornaliera, compreso ogni elemento accessorio», precisando che «per i lavoratori retribuiti a cottimo, a provvigione e con altre forme di compensi mobili, si calcolerà il valore delle quote mobili sulla media oraria delle ultime quattro settimane»; il secondo comma dello stesso articolo impone che sulla «retribuzione globale di fatto» così definita venga calcolata la maggiorazione per l'eventuale lavoro prestato nella giornata festiva (§ 341) (115);

— in materia di indennità sostitutiva del preavviso (§ 512) l'art. 2121 c.c. prevede che si computino «le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti ed ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese» (c. 1°), con la precisazione che «fa parte della retribuzione anche l'equivalente del vitto e dell'alloggio dovuto al prestatore di lavoro» (c. 3°), e che il computo degli elementi variabili deve avvenire in ragione della media degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo di servizio prestato (c. 2°).

Al di fuori di questi tre casi, dunque, la legge non pone alcun limite alla libertà della contrattazione collettiva nel definire la retribuzione di riferimento per la determinazione delle maggiorazioni percentuali (116). Questa viene solitamente individuata nella paga-base di fatto (minimo più eventuale «superminimo», oggi non più integrati dall'indennità di contingenza), aumentata degli scatti di anzianità e dell'eventuale guadagno di cottimo o relativa indennità sostitutiva. Quando il contratto collettivo nulla dica esplicitamente in proposito, la questione si riduce all'individuazione della nozione di «retribuzione normale» desumibile dalla stessa disciplina collettiva, secondo i criteri che presidono alla sua interpretazione (§ 75) (117).

È stato oggetto di un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale, culminato tra la fine degli anni '70 e l'inizio degli '80, il problema se la contrattazione collettiva dovesse considerarsi libera nella determinazione della retribuzione di riferimento anche in materia di trattamento dovuto per i periodi di ferie annuali — stante la garanzia posta dall'art. 36 Cost. del diritto del lavoratore alle «ferie retribuite» (§ 343) — e per quelli di malattia — nei quali l'art. 2110 c.c. attribuisce al lavoratore il diritto alla «retribuzione o una indennità nella misura e per il tempo determinati dalle leggi speciali ecc.» (§ 388) — o se invece dovesse considerarsi applicabile in proposito una regola generale di «omnicomprensività» della retribuzione di riferimento. Verso la metà degli anni '80 ha finito col prevalere

l'orientamento giurisprudenziale contrario all'esistenza di una siffatta regola generale (118), sorretto dall'orientamento della migliore dottrina (119): la contrattazione collettiva è pertanto libera di stabilire, per esempio, che nel trattamento di ferie o di malattia non va computata l'indennità di mensa, oppure l'indennità di cassa, o l'indennità di trasferta ancorché percepita in modo continuativo nel periodo precedente. A questa soluzione del problema ha contribuito in modo decisivo il legislatore, che, nel riformare il trattamento di fine rapporto con la legge 29 maggio 1982 n. 297 (§ 261), ha optato nettamente per la tesi contraria all'«onnicomprensività», attribuendo all'autonomia collettiva il potere di determinare liberamente la retribuzione di riferimento per il calcolo degli accantonamenti (art. 2120 c.c. novellato, 2° c.).

Va tuttavia segnalata l'esistenza di qualche pronuncia tendente a porre un limite all'autonomia collettiva in questo campo, per impedire una riduzione eccessiva del trattamento economico del lavoratore malato o in ferie (120).

**247. Retribuzione e indennizzo. Retribuzione in natura e fringe benefits. Indennità di cassa, di rischio, di mensa, di trasferta e altre. Le mance. Imponibilità fiscale e imponibilità previdenziale.** — Dal punto di vista etimologico, retribuzione e indennità sono due termini nettamente distinti, se non addirittura contrapposti: alla prima, intesa come corrispettivo per la prestazione contrattuale del lavoratore, ovvero come reddito del lavoratore, si contrappone la seconda, intesa come compenso per un danno o un sacrificio sofferto, cui dovrebbe attribuirsi carattere esclusivamente restitutorio. Senonché, per un verso, nella pratica è sovente difficile distinguere l'indennizzo vero e proprio dal reddito (ad esempio, potrebbe aprirsi una discussione senza fine sul punto se l'«indennità per ferie non godute», l'«indennità di rischio» o l'«indennità di cassa» (121) costituiscono ontologicamente indennizzo o compenso); per altro verso, il termine indennità ha preso a essere utilizzato sempre più largamente per indicare anche erogazioni la cui funzione è schiettamente retributiva, in relazione a determinate caratteristiche della prestazione lavorativa, quale una sua maggiore penosità dovuta alla sua particolare collocazione temporale (ad es. l'«indennità di turno») o ambientale (ad es. l'«indennità per lavoro in sotterraneo», o per «lavoro all'aperto»), oppure in relazione a un suo particolare contenuto professionale (ad es. l'«indennità di funzione»). Oggi, dunque, le erogazioni che vengono indicate col termine «indennità» sono quasi tutte pacificamente considerate a ogni effetto come parte integrante della retribuzione. Anche la legge, al fine di sgombrare il campo dalle numerose questioni che in passato erano sorte circa l'imponibilità di alcune erogazioni del datore di lavoro ai fini tributari o previdenziali, ha regolato la materia individuando in modo assai restrittivo i casi in cui quanto viene corrisposto al lavoratore, in denaro o in natura, può essere escluso dall'imponibile fiscale e/o da quello contributivo. Sul piano fiscale il riferimento normativo principale è oggi costituito dagli artt. 46 e 48 del d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917, più volte integrati e modificati da leggi successive. In particolare, l'art. 48 stabilisce che «il reddito di lavoro dipendente è costituito da tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti ..., anche sotto forma di erogazioni liberali, in relazione al rapporto di lavoro», ivi compresi i trattamenti di fine rapporto, le somme pagate a titolo di indennizzo per licenziamento ingiustificato, o di incentivo all'esodo, o di transazione su diritti nascenti dal rapporto di lavoro. Le sole voci delle quali la legge prevede l'esclusione dalla retribuzione imponibile a fini fiscali — il che peraltro non significa che di tutte queste possa escludersi la natura *lato sensu* retributiva — sono le seguenti (122):

- a) i contributi previdenziali e assistenziali versati dal datore di lavoro o trattenuti sulla retribuzione del lavoratore in ottemperanza a disposizioni di legge, nonché quelli riferiti a programmi di previdenza complementare (sui quali v. nota 134);
- b) le erogazioni liberali concesse in occasione di festività o ricorrenze alla generalità o a una parte dei dipendenti, entro il limite di 500.000 lire per ciascun periodo di imposta; i sussidi occasionali concessi al lavoratore o a suoi familiari per far fronte a emergenze particolari;
- c) le somministrazioni di vitto da parte del datore di lavoro, nonché quelle effettuate in mense organizzate dallo stesso datore o gestite da terzi (123), oppure le prestazioni e le indennità sostitutive («indennità di mensa»), nei limiti dell'importo complessivo giornaliero di 5,29 euro (124);
- d) le prestazioni di servizi di trasporto collettivo, anche se affidate a gestori terzi;
- e) le indennità e i compensi erogati al prestatore di lavoro da terzi (ad esempio: compensi per l'attività svolta da un dirigente in qualità di amministratore di una società collegata), che debbano essere riversati al datore di lavoro o allo Stato;
- f) le somme erogate dal datore di lavoro alla generalità o a una parte dei dipendenti o loro familiari (anche non a carico) per finalità di educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto, frequenza di asili nido o di colonie climatiche;
- g) il valore di azioni o diritti di opzione su azioni della società datrice di lavoro o di società collegate, alle condizioni e nei limiti di cui si dirà a suo luogo (§ 257);
- h) le somme che il datore di lavoro abbia trattenuto sulla retribuzione del lavoratore per spese che costituiscono onere deducibile ai fini fiscali: rilevano qui soprattutto le spese sanitarie;
- i) il 25% delle mance percepite dai *croupiers* delle case da gioco (dove vige un meccanismo particolare di raccolta accentrata e redistribuzione delle mance erogate dai giocatori). Al di fuori di questo caso particolare, sul quale il legislatore ha inteso intervenire in modo specifico, la mancia che il lavoratore in occasione della prestazione lavorativa

riceve per pagamento spontaneo e contrattualmente non dovuto effettuato *da terzi* fruitori del servizio (si pensi ad es. al cameriere di un ristorante o di un albergo, o all'infermiere di una casa di cura) deve considerarsi come reddito imponibile a fini fiscali, ma non come retribuzione ai fini giuslavoristici e previdenziali, salvo che il contratto disponga altrimenti (125). Costituiscono invece retribuzione imponibile a tutti gli effetti le mance erogate al prestatore *dal datore di lavoro*, anche quando queste corrispondano alla «percentuale di servizio» che il terzo fruitore paga al datore stesso, salvo quanto indicato *sub b*.

Il terzo comma dell'art. 48 conferma, viceversa, che deve considerarsi come parte integrante della retribuzione ai fini fiscali il valore (determinato secondo quanto stabilito dall'art. 9) di tutti i beni trasferiti e i servizi prestati al lavoratore o ai suoi familiari dal datore di lavoro, o da terzi per incarico o a spese del datore stesso (126). Il quarto comma precisa le modalità di determinazione ai fini fiscali del valore di benefici particolari quali la possibilità di uso privato di un'autovettura o motociclo aziendale (lett. *a*), la fruizione di un prestito a interesse agevolato (lett. *b*), l'uso di immobili dati in locazione a canone agevolato, in uso o in comodato (lett. *c*) (127).

A norma del quinto comma, le indennità percepite per le trasferte o le missioni (§ 304) al di fuori del territorio comunale sono considerate come retribuzione per la parte eccedente i 47 euro al giorno (78 per le trasferte all'estero) (128), che si riducono a 31 (52 per le trasferte all'estero) nel caso in cui il lavoratore non debba sostenere le spese di vitto e alloggio; devono ovviamente escludersi dal computo i rimborsi delle spese di viaggio. È considerata invece come retribuzione la meta dell'indennità di trasferta corrisposta — anche in modo continuativo — a coloro che devono prestare la propria attività lavorativa «in luoghi sempre variabili e diversi» (c. 6°).

A norma dell'ottavo comma si considera come retribuzione anche la meta dell'indennità erogata al lavoratore per il servizio prestato all'estero. Lo stesso vale, a norma del settimo comma, per l'indennità di trasferimento (§ 300), di prima sistemazione e per altre analoghe, ma con il limite di un anno di durata e di tre milioni di lire nel caso di trasferimento entro il territorio nazionale, nove milioni nel caso di trasferimento all'estero.

Quanto alla retribuzione imponibile *ai fini previdenziali*, dopo un lungo periodo durante il quale essa è stata oggetto di una definizione che per diversi aspetti si differenziava da quella dell'imponibile fiscale, il legislatore ha molto opportunamente provveduto all'armonizzazione delle due definizioni: l'art. 6 del decreto legislativo 2 settembre 1997 n. 314 ha stabilito che costituiscono reddito di lavoro dipendente ai fini contributivi tutte le erogazioni indicate dagli artt. 46, c. 1°, e 48, del testo unico delle imposte dirette sopra citati, con le eccezioni ivi previste: tutte le erogazioni del datore esenti da imposizione fiscale possono dunque considerarsi esenti anche dall'imposizione contributiva (129). Inoltre, a norma del 4° comma dell'art. 6, sono esclusi dalla base imponibile per la contribuzione previdenziale (130):

- a*) il trattamento di fine rapporto (che invece è soggetto all'imposta sul reddito delle persone fisiche, sia pure come «reddito a tassazione separata»); l'esclusione del t.f.r. dalla contribuzione previdenziale si spiega agevolmente con la natura *lato sensu* previdenziale che viene attribuita a questa voce di retribuzione differita (131);
- b*) la somma pagata dal datore al prestatore di lavoro per incentivarne il consenso alla cessazione del rapporto (c.d. «incentivo all'esodo»), nonché le altre somme o indennità «la cui erogazione tragga origine dalla predetta cessazione»;
- c*) i proventi e le indennità conseguite, anche in forma assicurativa, a titolo di risarcimento di danni;
- d*) le somme poste a carico di gestioni assistenziali e previdenziali obbligatorie per legge; le somme e le provvidenze erogate da casse, fondi e gestioni di cui al successivo punto *f*); i proventi derivanti da polizze assicurative; i compensi erogati per conto di terzi, non aventi attinenza con la prestazione lavorativa;
- e*) i premi di risultato previsti da contratti collettivi aziendali (§§ 255 e 256) entro il limite del 3% della retribuzione contrattuale percepita dal lavoratore nell'anno di riferimento (132); gli stessi premi

sono tuttavia assoggettati a un «contributo di solidarietà» del 10% (133);

*f*) i contributi a carico del datore di lavoro per le assicurazioni pensionistiche complementari (134) e altre forme di assistenza previste da contratti collettivi o regolamenti aziendali, che sono tuttavia essi pure assoggettati a un «contributo di solidarietà» del 10% (135), in ossequio a una sentenza della Corte costituzionale (136) (resta invece fermo l'assoggettamento a contribuzione ordinaria di quanto viene trattenuto sulla retribuzione a titolo di contributo per tali forme di assistenza o previdenza complementare *a carico del lavoratore*);

*g*) gli assegni familiari (che sono soltanto materialmente erogati dal datore di lavoro, ma costituiscono a tutti gli effetti un trattamento previdenziale).

La nozione di *retribuzione imponibile* ai fini fiscali o previdenziali (ispirata a un criterio di «onnicomprensività», che tuttavia soffre le anzidette eccezioni, parzialmente diverse sul terreno tributario rispetto a quello della contribuzione obbligatoria) differisce dunque nettamente dalla nozione di retribuzione rilevante ai fini della determinazione di alcune parti del trattamento economico del lavoratore, cioè *retribuzione di riferimento*, non necessariamente «onnicomprensiva». E differisce anche dalla nozione di retribuzione come *trattamento dovuto* dal datore al prestatore di lavoro (§ 243): da un lato, infatti, l'imponibile è più ampio rispetto all'oggetto del debito, perché comprende anche erogazioni che il datore di lavoro può essersi indotto a compiere spontaneamente, senza esservi obbligato dalla legge o da pattuizioni collettive o individuali; d'altro lato, alcune erogazioni di natura sostanzialmente retributiva e di peso

economico non irrilevante — come il servizio di mensa, o l'indennità di mensa, oppure un'assicurazione sanitaria — possono essere esenti da imposizione fiscale e contributiva, ma al tempo stesso essere oggetto di un obbligo contrattuale del datore di lavoro sinallagmaticamente legato alla prestazione lavorativa, per un periodo determinato o a tempo indeterminato.

Un problema particolare per la determinazione dell'imponibile contributivo si pone quando il datore di lavoro, pur obbligato al rispetto degli standard collettivi, paghi di fatto al lavoratore una retribuzione inferiore. Si ritiene che in questo caso l'obbligo contributivo debba essere comunque determinato in riferimento alla retribuzione dovuta, indipendentemente dall'eventuale inerzia del lavoratore nel rivendicarla (137).

**248. La questione degli assorbimenti.** — Poiché il contenuto della retribuzione è regolato da più pattuizioni di livello diverso (contratto collettivo nazionale o aziendale, contratto individuale), cui si aggiungono le scelte unilaterali dell'imprenditore, il quale può indursi a erogare trattamenti aggiuntivi sotto forme diverse, si pone sovente il problema se gli aumenti retributivi contrattati a un determinato livello debbano essere cumulati con quelli già conseguiti dal lavoratore per un altro titolo: ad esempio si discute se l'aumento dei minimi tabellari conseguente al rinnovo del contratto collettivo nazionale debba aggiungersi all'eventuale «superminimo» contrattato o concesso in precedenza al livello aziendale, o debba invece esserne assorbito fino a concorrenza del suo ammontare. Il problema, ovviamente, non sorge quando la questione venga risolta dallo stesso contratto che prevede l'aumento; sorge però quando — come sovente accade — il contratto non prevede espressamente né la cumulabilità né l'assorbibilità dell'aumento. La soluzione preferibile, pur registrandosi ancora qualche incertezza giurisprudenziale in proposito, consiste nell'individuare di volta in volta la natura effettiva degli aumenti retributivi — al di là del *nomen* attribuito loro dal contratto — facendo riferimento alla loro collocazione nella struttura della retribuzione e alla funzione che i singoli elementi svolgono nell'ambito dell'assetto negoziale complessivo del rapporto, per poi operare l'assorbimento fino a concorrenza tra gli elementi retributivi che svolgono la stessa funzione, il cumulo tra quelli che svolgono funzioni diverse (138). Così, ad esempio, si opererà l'assorbimento fra l'indennità di mensa già prevista dal contratto aziendale e l'indennità di mensa istituita nel rinnovo del contratto nazionale; si opererà pure l'assorbimento fra l'aumento delle maggiorazioni per lavoro straordinario già previste nel contratto individuale di lavoro e l'aumento delle stesse maggiorazioni contrattato successivamente a livello aziendale o nazionale; si opererà invece il cumulo fra il premio di produzione contrattato a livello aziendale o il «superminimo» attribuito al lavoratore in considerazione di suoi meriti particolari e l'aumento del minimo tabellare previsto successivamente dal contratto collettivo nazionale (139).

**249. La tredicesima e le altre mensilità aggiuntive (rinvio).** — Costituisce a tutti gli effetti un elemento della struttura della retribuzione a tempo anche la tredicesima mensilità, così come le altre eventuali mensilità aggiuntive previste dal contratto individuale o collettivo e gli accantonamenti relativi al trattamento di fine rapporto. Poiché, tuttavia, tutti questi elementi si caratterizzano per il fatto di costituire altrettante forme di retribuzione differita, ovvero di risparmio obbligatorio imposto al lavoratore dalla legge o dal contratto collettivo, essi verranno trattati a parte, nella quarta sezione di questo capitolo.

**250. Inesistenza di una regola generale di irriducibilità della retribuzione a tempo (rinvii).** — Numerose trattazioni recano un paragrafo intitolato alla «irriducibilità della retribuzione», nel quale si dà conto del divieto, contenuto nell'art. 2103 c.c., di variazione unilaterale delle mansioni che comporti una riduzione del trattamento economico (140). In realtà — come le trattazioni stesse mostrano e come vedremo a suo luogo (§ 289) — anche quel divieto non comporta una irriducibilità assoluta della retribuzione e soffre comunque di diverse rilevanti eccezioni (§ 288). Anche al di fuori del caso del mutamento delle mansioni può, del resto, accadere che la retribuzione del lavoratore subisca legittimamente una riduzione permanente per diversi motivi e in diverse forme. È pacifico, innanzitutto, che il trattamento economico del lavoratore possa ridursi in conseguenza di un mutamento della disciplina collettiva: rientra infatti nelle prerogative dell'autonomia collettiva anche la variazione *in peius* delle condizioni riservate al lavoratore; e quando il rapporto sia assoggettato a tale disciplina il lavoratore non può rifiutare la modifica peggiorativa (§ 71). È altrettanto pacifico, inoltre, che datore e prestatore possano legittimamente negoziare in corso di rapporto una riduzione, fino al totale azzeramento, di eventuali trattamenti aggiuntivi rispetto allo standard collettivo precedentemente pattuito *ad personam*, configurandosi in tal caso una rinuncia valida, non impugnabile *ex art.* 2113 c.c. (torneremo sul punto trattando delle rinunce e transazioni, nel § 559). Così come il contratto collettivo può togliere ciò che esso ha in precedenza dato, allo stesso modo può operare il contratto individuale.

Di una regola di «irriducibilità della retribuzione» può parlarsi soltanto nel senso del divieto di una modifica unilaterale peggiorativa delle condizioni contrattuali da parte del datore: ma è questa una regola appartenente al diritto comune dei contratti e non una peculiarità dell'ordinamento giuslavoristico.

### Sezione III

#### La retribuzione incentivante e di partecipazione al rischio

Sommario: 251. Il cottimo e la sua disciplina legislativa. — 252. Struttura della retribuzione a cottimo. — 253. Forme di incentivo individuale non basate sulla misurazione dei tempi. M.B.O. e premi di presenza. — 254. La retribuzione a provvigioni. — 255. I premi di produzione o produttività. — 256. I premi collegati alla redditività e la partecipazione agli utili. — 257. La partecipazione societaria all'impresa come retribuzione: assegnazione di azioni e *stock options*.

**251. Il cottimo e la sua disciplina legislativa.** — Il cottimo (141) è la parte del salario che varia in proporzione diretta alla quantità della produzione realizzata dal lavoratore. Per il motivo esposto a suo luogo (§§ 238 e 241), deve escludersi che nel rapporto di lavoro subordinato la retribuzione possa essere interamente costituita dal cottimo, non essendo ammissibile la collocazione integrale del rischio circa la produttività del lavoro in capo al lavoratore: alla parte variabile della retribuzione deve pertanto aggiungersi una parte fissa, configurandosi così una forma di retribuzione che viene indicata con il termine *cottimo misto* (142).

Il solo caso in cui l'ordinamento consente che la retribuzione del lavoro subordinato sia interamente costituita dal guadagno di cottimo — configurandosi così il *cottimo pieno* — è quello del lavoro a domicilio (§ 100), dove l'eccezione alla regola generale si spiega e giustifica con la considerazione dell'impossibilità per l'imprenditore di controllare in alcun modo la quantità di tempo e di impegno dedicata dal prestatore all'esecuzione della mansione, nonché in considerazione del fatto che è quest'ultimo e non l'imprenditore ad avere sotto controllo le circostanze (in particolare la funzionalità delle attrezzature e l'approvvigionamento di energia; non sempre, però, l'approvvigionamento della materia prima) rilevanti per la continuità e produttività effettiva del lavoro.

Nato con la prima rivoluzione industriale per spronare e premiare l'intensificazione dello sforzo lavorativo individuale, in un secondo tempo, nella linea di montaggio altamente integrata della fabbrica di tipo fordista dove il lavoro era organizzato secondo ritmi prefissati ai quali l'operaio doveva attenersi, il cottimo ha assunto la funzione parzialmente nuova di indurre l'operaio a eliminare ogni possibile intoppo, a collaborare al mantenimento del ritmo prefissato; il guadagno di cottimo svolgeva qui inoltre la funzione di compensare il lavoratore per la maggiore intensità della prestazione impostagli dall'organizzazione produttiva.

È a quel modello di organizzazione del lavoro che pensava il legislatore del 1941 quando dettò i tre articoli del codice civile nei quali questa forma di retribuzione viene menzionata. Vietata nei rapporti di apprendistato (art. 2131) (143), essa è invece indicata nel codice come obbligatoria in tutti i casi in cui il lavoratore «è vincolato all'osservanza di un determinato ritmo produttivo», cioè quando l'imprenditore può scegliere a propria discrezione il ritmo di lavoro (come accade normalmente nelle lavorazioni a catena) (144); è obbligatoria altresì quando «la valutazione della sua [del lavoratore] prestazione è fatta in base al risultato delle misurazioni dei tempi di lavorazione» (art. 2100): disposizione, questa, che ha evidentemente la funzione di ricondurre tutte le forme di retribuzione basate sulla velocità di esecuzione della produzione nell'ambito delle tariffe disciplinate dall'articolo successivo, allo scopo essenziale di garantirne la trasparenza e controllabilità. L'art. 2101 prescrive infatti che i lavoratori retribuiti a cottimo vengano preventivamente portati a conoscenza dei criteri adottati per il calcolo del guadagno di cottimo e vieta la modificazione di tali criteri in senso sfavorevole al lavoratore, salvo il caso in cui la modificazione sia giustificata da rilevanti mutamenti dell'organizzazione del lavoro; fa obbligo inoltre all'imprenditore di comunicare al lavoratore i dati consuntivi concernenti la quantità di lavoro eseguita e il tempo impiegato per eseguirla, in modo che sia possibile il controllo sull'esattezza della determinazione del guadagno di cottimo. Quest'ultimo obbligo, all'epoca in cui il sistema del cottimo era in auge, veniva in genere adempiuto mediante la cosiddetta *bolla di cottimo*, per mezzo cioè di un documento che veniva consegnato al lavoratore o applicato sulla macchina, o accanto al posto di lavoro, sul quale venivano riportati i dati relativi alla tariffa e venivano segnati di volta in volta — solitamente dal capo-reparto — i dati relativi al lavoro eseguito.

Alla generica e assai ridotta disciplina in materia di cottimo di fonte legislativa si sovrappone la regolamentazione contenuta nei contratti collettivi di settore, avente solitamente per oggetto i criteri di massima di determinazione dei tempi di produzione, i periodi di «assestamento» delle tariffe e alcune cautele in proposito (§ 252). La regolamentazione collettiva nazionale lascia comunque ancora largo spazio alla gestione unilaterale dei cottimi da parte dell'imprenditore; per limitare l'esercizio di questo potere unilaterale, si è sviluppato nelle fabbriche, soprattutto a partire dal 1968, un movimento tendente alla contrattazione delle tariffe di cottimo al livello aziendale e addirittura di reparto (145); obiettivo di questo movimento erano la progressiva riduzione della parte di retribuzione variabile in funzione del rendimento, la limitazione del rendimento massimo a cui il lavoratore poteva essere indotto dall'incentivo economico e

il controllo rigoroso sulla rilevazione dei tempi e sulla modificazione delle tariffe. In numerose aziende tra la fine degli anni '60 e i primi anni '70 l'obiettivo dichiarato del movimento sindacale è stato quello dell'abolizione completa del cottimo; e in molti casi esso è stato conseguito. In molti altri è stato il tramonto dell'organizzazione fordista del lavoro a causare la scomparsa di questa forma di retribuzione, alla quale peraltro dottrina e giurisprudenza giuslavoristiche non avevano mai dedicato grande attenzione (146).

Dalla seconda metà degli anni '70, tuttavia, l'incentivo correlato al rendimento immediato del lavoro individuale ha ripreso a essere praticato, sia pure in misura meno estesa che nei decenni precedenti, nella forma del *cottimo collettivo*, o a *squadra*. In questa forma, dunque, anche i nuovi lavoratori in camice bianco nelle loro fabbriche silenziose e asettiche sono tornati a discutere con il datore di lavoro di piani di incentivo variamente denominati, che possono concettualmente assimilarsi alle vecchie tariffe di cottimo (147), ancorché sovente l'incentivo sia ora collegato a una pluralità di dati relativi alla produzione, non soltanto quantitativi ma anche qualitativi (si parla talvolta in proposito di «cottimo multifattoriale») (148).

Il cottimo nella sua forma tradizionale continua, comunque, a essere previsto e disciplinato nei principali contratti collettivi nazionali del settore industriale, sia pure con disposizioni tratte, rimaste uguali da decenni (149). Oggi si ha notizia di una residua apprezzabile diffusione del cottimo nella sua forma tradizionale soprattutto — ma non soltanto (150) — nei settori industriali caratterizzati da minore automatizzazione del lavoro: in particolare nel settore edile, in alcuni comparti di quello tessile, in generale nei settori dove il ritmo di obsolescenza delle tecniche produttive è meno rapido e quindi il *tempo normale* della prestazione è meno soggetto a variazioni. Il sistema del cottimo viene invece abbandonato dove il perseguimento continuo di un miglioramento della produttività del lavoro attraverso modifiche frequenti della sua organizzazione rende impraticabile il riferimento ai «tempi assestati» (§ 252), oppure dove l'intensità dell'impegno del lavoratore deve incidere soprattutto sul miglioramento della qualità del prodotto (151).

**252. Struttura della retribuzione a cottimo.** — L'esposizione che segue si riferisce alle modalità tradizionali di determinazione della tariffa di cottimo nell'industria manifatturiera, con l'avvertenza — conseguente a quanto si è detto nel paragrafo precedente — che oggi l'incentivazione retributiva individuale tende ad adottare schemi diversi, dei quali non mi risulta che a tutt'oggi sia stato fatto un censimento preciso e sia stata elaborata una vera e propria classificazione (152).

Per *tariffa di cottimo* si intende il sistema col quale viene determinato il guadagno di cottimo individuale o collettivo, sulla base di una *paga di riferimento* e di un *piano di incentivo*. Per arrivare all'assegnazione della tariffa di cottimo al singolo lavoratore o alla squadra si passa attraverso una serie di operazioni che — come si è detto (§ 251) — fino alla fine degli anni '60 erano state lasciate alla piena discrezionalità dell'imprenditore, limitata soltanto da regole molto generiche dettate dal contratto collettivo nazionale; poi hanno preso a essere controllate e contrattate in modo sempre più penetrante a livello di azienda e di reparto, sovente in funzione di una riduzione del peso relativo di questa voce retributiva, fino al suo azzeramento.

L'operazione più delicata di tutto il procedimento — là dove esso viene ancora applicato — è la *rilevazione dei tempi di produzione* del singolo operaio o della squadra. L'operazione viene solitamente compiuta su di un solo lavoratore per un gruppo di addetti alla stessa mansione e il tempo ottenuto in questo modo viene assunto per la determinazione della tariffa per tutto il gruppo. Si passa quindi alla *normalizzazione del tempo rilevato*: si tratta di una valutazione data dal cronotecnico (il cosiddetto «tempista»), eventualmente in contraddittorio con il delegato di gruppo o di reparto, dell'alacrità del lavoratore nel corso della rilevazione; in genere i possibili giudizi (ad es.: ottimo; normale; mediocre) corrispondono ad altrettanti coefficienti (ad es.: 1,20; 1; 0,80) per i quali viene moltiplicato il tempo rilevato per ottenere il *tempo normale*.

L'operazione successiva — sempre secondo la procedura classica — è costituita dalla *maggiorazione del tempo normale*, con la quale si scontano le perdite di tempo che prevedibilmente il lavoratore subisce per cause indipendenti dalla sua volontà; i contratti aziendali prevedono solitamente maggiorazioni per possibili guasti della macchina, mancato rifornimento di materie prime, interruzioni dell'energia elettrica, necessità fisiologiche dello stesso lavoratore, «effetti stancanti», e simili. Si arriva in questo modo alla *assegnazione del tempo* al lavoratore o alla squadra: viene cioè assegnato un ritmo base che, almeno in teoria, dovrebbe essere tale da poter essere superato senza eccessivo sforzo.

Il *rendimento di cottimo* risulta dalla differenza tra il ritmo più intenso raggiunto dal lavoratore o dalla squadra e il ritmo-base che gli è stato assegnato. Secondo l'orientamento che ha finito col prevalere, il lavoratore non ha l'obbligo di lavorare a un ritmo più intenso rispetto al ritmo-base risultante dalla tariffa concordata (153), salvo che la sua velocità di lavoro sia direttamente vincolata alla cadenza della catena di montaggio, o comunque alla frequenza di altre operazioni del processo produttivo (nel qual caso l'applicazione della tariffa di cottimo dovrebbe — a norma dell'art. 2100 c.c. — essere considerata obbligatoria; altrettanto obbligatoriamente, come è ovvio, in tal caso detta cadenza deve essere determinata in modo rispettoso della salute psico-fisica del lavoratore e della sua sicurezza, a norma dell'art. 2087: § 220). Ritorneremo su questo argomento nel capitolo seguente, per affrontare la questione dal punto di vista del rendimento contrattuale dovuto dal lavoratore (§ 279).

Resta da determinare la *paga di riferimento*, cioè la paga — in genere oraria — in base alla quale verrà calcolato il

guadagno di cottimo, in funzione del rendimento. La paga di riferimento può corrispondere alla paga complessiva effettiva del lavoratore, oppure soltanto alla paga-base (§ 245), o ad altro valore intermedio.

A questo punto sono disponibili tutti gli elementi necessari per la determinazione del *piano di incentivo*, cioè della funzione matematica — detta anche *curva di cottimo* — che collega il guadagno al rendimento. I piani di incentivo si possono classificare a seconda che facciano variare il guadagno:

- in misura pari al rendimento, senza limiti minimi o massimi (*cottimo pieno*);
- in misura inferiore al rendimento (*cottimo rallentato*, cioè scarsamente incentivante);
- in misura superiore al rendimento (*cottimo accelerato*, cioè fortemente incentivante);
- in misure differenti a seconda dei livelli di rendimento (*cottimo differenziale*: sono questi i piani di incentivo più sofisticati, sovente frutto di complesse negoziazioni collettive).

Nella contrattazione aziendale delle curve di cottimo il movimento sindacale — come si è già visto — è tradizionalmente orientato ad aumentare la parte di retribuzione invariabile, attraverso la determinazione di un *guadagno minimo di cottimo garantito* che viene a costituire sostanzialmente un aumento della paga-base, e a stabilire un *livello massimo di rendimento*, oltre il quale non vi è aumento del guadagno e quindi viene meno l'incentivo all'intensificazione ulteriore del ritmo di lavoro: si è parlato a questo proposito, soprattutto in riferimento alla contrattazione aziendale a cavallo tra gli anni '60 e gli anni '70, di tendenza all'appiattimento della curva di cottimo. Quando queste linee di tendenza vengono portate alle estreme conseguenze, si arriva al «congelamento» del guadagno medio di cottimo del lavoratore e quindi alla trasformazione della retribuzione a cottimo in retribuzione interamente «a economia» (154).

A norma di quasi tutti i contratti collettivi che disciplinano la materia, la tariffa di cottimo deve essere determinata in modo che la maggior parte dei lavoratori ai quali essa viene assegnata possano, in condizioni normali e con un normale dispendio di energie, conseguire un utile di cottimo minimo, fissato in genere in percentuale — dal 10% al 20% — della paga-base. Questa disposizione non configura una garanzia assoluta di guadagno minimo di cottimo (non determina, dunque, una parziale trasformazione del guadagno di cottimo in retribuzione a economia), ma stabilisce soltanto un criterio inderogabile per la determinazione della tariffa: il guadagno di cottimo di ogni operaio può scendere anche al di sotto del livello indicato come «minimo». Se però il calo di rendimento è dovuto a cause non imputabili al lavoratore, questi ha diritto all'integrazione della retribuzione fino a concorrenza del «minimo».

I contratti collettivi nazionali disciplinano inoltre i periodi di «esperimento» o «assestamento» delle nuove tariffe, previsti espressamente dal secondo comma dell'art. 2101 c.c. (155), e ribadiscono il divieto ivi contenuto di modificare le tariffe in senso sfavorevole ai lavoratori (il famigerato *taglio dei tempi*), se non per rilevanti mutamenti intervenuti nell'organizzazione del lavoro.

I contratti collettivi nazionali definiscono sovente anche la posizione dei *concottimisti*, cioè dei lavoratori direttamente vincolati al ritmo produttivo di altri lavoratori a cottimo e quindi soggetti a cadenze di lavoro la cui intensità può aumentare, indipendentemente da loro, al di sopra del livello normale. Possono avere diritto a essere considerati concottimisti, per esempio, i magazzinieri o i manovali addetti al servizio di macchine condotte da operai lavoratori a cottimo. Ai concottimisti spetta, oltre alla normale retribuzione a economia, un elemento retributivo aggiuntivo variabile, proporzionale al guadagno di cottimo degli altri lavoratori.

Alcuni contratti collettivi, infine, istituiscono una «indennità di mancato cottimo» per i lavoratori — o una parte di essi — che non lavorano a cottimo e che non sono concottimisti.

In caso di sospensione del lavoro con diritto alla retribuzione (per malattia, permesso sindacale, o altre cause analoghe) al lavoratore retribuito a cottimo in genere viene attribuito dal contratto collettivo il diritto al «guadagno minimo» di cottimo, oppure al guadagno medio conseguito nell'ultimo periodo di paga.

I contratti collettivi prevedono anche che vengano calcolate sul guadagno medio o sul minimo le maggiorazioni per lavoro straordinario (§ 334), notturno (§ 337) o festivo (§ 341) e la tredicesima mensilità (§ 259).

**253. Forme di incentivo individuale non basate sulla misurazione dei tempi. M.B.O. e premi di presenza.** — Il codice civile, come si è visto, mira a ricomprendere nella disciplina del cottimo tutte le forme di retribuzione a incentivo basate sulla misurazione dei tempi di lavoro, per impedire che attraverso l'adozione di sistemi anomali le imprese potessero eludere le garanzie di trasparenza poste a tutela del lavoratore. Sfuggono tuttavia a questo vincolo le forme di retribuzione a incentivo non basate sulla misurazione dei tempi di lavoro, da tempo espressamente previste e disciplinate dai contratti collettivi. In riferimento al lavoro manuale nelle aziende industriali si possono menzionare a questo proposito i *premi per il risparmio di materia prima* in relazione alla quantità del prodotto e i *premi correlati alla qualità del prodotto*. In riferimento alla generalità delle attività lavorative vanno menzionati invece i *premi di assiduità*, i *premi di presenza*, i *premi individuali di rendimento* determinati in relazione al raggiungimento di obiettivi prefissati o condizionati a una valutazione positiva del lavoro svolto data secondo una procedura determinata (156); tra questi ultimi vanno particolarmente menzionati quelli amministrati sulla base del sistema del *management by objectives* (MBO), cioè dell'individuazione concordata fra lavoratore e preposto di obiettivi di miglioramento quantitativo o qualitativo della prestazione e sulla verifica periodica (*performance review*) del raggiungimento di tali obiettivi (157). Queste voci della retribuzione, per lo più introdotte al livello aziendale, si aggiungono alla paga complessiva alla quale

il lavoratore avrebbe diritto sulla base del solo contratto collettivo nazionale e di regola non sono considerate parte della paga-base, né della paga di riferimento per il calcolo delle maggiorazioni percentuali (§ 246). Era invece stato previsto da accordi interconfederali del periodo gennaio-maggio 1975 e da numerosi contratti collettivi del periodo immediatamente successivo l'«elemento distinto della retribuzione» (Edr), allora indicato anche come «quarto elemento» (in quanto aggiuntivo rispetto alla paga-base, all'indennità di contingenza e al premio di produzione: § 255), del quale si escludeva la computabilità nel trattamento economico di malattia: si trattava di una voce retributiva istituita al fine di contrastare l'impennata del tasso di assenteismo che, nella prima metà degli anni '70, aveva fatto seguito all'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori e all'estensione, nella tornata di rinnovi contrattuali del 1972-73, della garanzia della retribuzione integrale per il primo periodo di malattia agli operai di numerosi importanti settori industriali §§ 241 e 388). Col progressivo riabbassarsi del tasso di assenteismo e la cessazione dell'allarme in proposito, nel corso degli anni '80 questo «quarto elemento» è stato dovunque — per quel che mi è dato sapere — riassorbito nella paga-base (158).

Tra le forme di retribuzione individuale incentivante va annoverata anche la retribuzione a provvigioni, tipica degli addetti alla promozione delle vendite, di cui si parla nel paragrafo che segue.

**254. La retribuzione a provvigioni.** — Quando l'oggetto della prestazione lavorativa è costituito dalla promozione di vendite o altri affari nell'interesse del datore di lavoro o di terzi, la retribuzione è sovente costituita, in tutto o in parte, da una somma di denaro per ogni affare concluso, o utilmente trattato, per lo più commisurata al ricavo che ne deriva, detta provvigione (159).

Tipica dei contratti di lavoro autonomo, come quello di agenzia, di mediazione o di mandato, questa forma di retribuzione è largamente adottata anche nei contratti di lavoro subordinato che hanno per oggetto una prestazione di contenuto analogo: rappresentanza di commercio o comunque promozione e trattazione di affari nell'interesse del datore di lavoro. Per gli stessi motivi in base ai quali nella generalità dei rapporti di lavoro subordinato si può escludere la legittimità del cottimo pieno (§ 251), in quest'area si può escludere anche la legittimità di una retribuzione costituita esclusivamente da provvigioni, che avrebbe l'effetto di collocare per intero sul lavoratore il rischio inerente alla produttività della prestazione (160).

Il contratto collettivo o quello individuale per lo più regolavano in passato la materia — analogamente a quanto previsto dall'accordo economico collettivo per gli agenti di commercio autonomi — prevedendo che il diritto alla provvigione sorgesse in conseguenza del buon esito dell'azione svolta dal prestatore, da intendersi nel senso del conseguimento da parte del datore di un utile effettivo (c.d. clausola dello «star del credere»), salvo che la perdita dell'utile fosse imputabile al datore stesso (161). Ora questa clausola — collettiva o individuale — è vietata, in riferimento al rapporto di agenzia, dal terzo comma dell'art. 1746 c.c., aggiunto per effetto dell'art. 28 della legge 21 dicembre 1999 n. 256, che consente soltanto deroghe pattizie caso per caso entro limiti assai stretti (162); pare logico ritenere che il divieto sia applicabile in via analogica anche in riferimento al rapporto di lavoro subordinato. Il contratto collettivo del settore terziario prevede un utile provvigionale minimo garantito al lavoratore pari al 5% della paga-base (163).

Questa forma di retribuzione, così come i premi di produzione e la partecipazione agli utili, è espressamente menzionata nell'art. 2121 c.c., a proposito della determinazione dell'indennità sostitutiva del preavviso (§ 512): il primo comma stabilisce che «l'indennità di cui all'art. 2118 deve calcolarsi computando le provvigioni, i premi di produzione, le partecipazioni agli utili o ai prodotti ed ogni altro compenso di carattere continuativo, con esclusione di quanto è corrisposto a titolo di rimborso spese»; il secondo precisa che «se il prestatore è retribuito in tutto o in parte con provvigioni, con premi di produzione o con partecipazioni, l'indennità suddetta è determinata sulla media degli emolumenti degli ultimi tre anni di servizio o del minor tempo del servizio prestato». La formulazione del primo comma induce a ritenere che il requisito della «continuità» ivi menzionato si applichi soltanto agli «altri compensi», ma non alle voci retributive incentivanti specificamente indicate nella disposizione, le quali devono pertanto ritenersi computabili nell'indennità sostitutiva del preavviso, in ragione della media dell'ultimo triennio, indipendentemente dal fatto che esse siano corrisposte in modo continuativo.

**255. I premi di produzione o produttività.** — Chiamato un tempo anche «terzo elemento», perché si aggiungeva alla paga-base e all'indennità di contingenza, il premio di produzione è una voce della retribuzione a carattere collettivo, cioè che varia in modo uguale per tutti i dipendenti dell'azienda o di un suo comparto. La sua funzione principale consiste nel collegare il livello delle retribuzioni a uno o più indici della produttività complessiva dell'azienda o del comparto interessato, svolgendo in tal modo la duplice funzione di incentivare la collaborazione dei lavoratori e premiarne il rendimento riducendo il rischio di trasmigrazione verso altre aziende.

La contrattazione aziendale dei premi di produzione venne inizialmente prevista nei rinnovi dei contratti collettivi

nazionali dei settori industriali tra la fine degli anni '50 e l'inizio degli anni '60. Ne seguì un primo decennio di contrattazione integrativa, che vide la negoziazione diffusa al livello aziendale di formule matematiche per la determinazione dei premi in relazione all'andamento di variabili inerenti all'andamento della produzione, quali la quantità complessiva della produzione stessa, ma anche il consumo di materie prime o di energia elettrica. Dalla fine degli anni '60 si aprì una fase — protrattasi anche nel corso degli anni '80 (164) — di progressivo «congelamento» dei premi, la cui entità veniva sganciata dall'andamento effettivo della produzione per trasformarsi in un elemento della retribuzione predeterminato, in cifra fissa o sotto forma di percentuale (in genere tra il 2% e il 10%) della paga-base oraria o mensile, oppure sotto forma di erogazione annuale supplementare corrisposta in occasione delle feste pasquali o delle ferie estive: nasceva così nel settore industriale la «quattordicesima» (165).

A trent'anni di distanza dai primi contratti collettivi nazionali che avevano affidato alla contrattazione integrativa aziendale la determinazione dei premi di produzione, una disposizione analoga — ancorché più generica e aperta anche a forme di collegamento tra la retribuzione e la redditività aziendale — è stata introdotta nel «protocollo Giugni» del 23 luglio 1993 (§§ 54 e 57), unitamente alla previsione di uno sgravio contributivo che, nelle intenzioni dei protagonisti di quell'accordo, avrebbe dovuto giungere progressivamente a escludere dall'imponibile previdenziale, oltre che dalla retribuzione pensionabile, tutta questa parte variabile della retribuzione, negoziata al livello periferico (166). Già da qualche anno, del resto, si era aperta una nuova stagione di contrattazione aziendale della parte della retribuzione variabile in relazione ai risultati del lavoro, mediati o immediati, che stava facendo registrare in questo campo una fioritura più ricca e multiforme di quella degli anni '60 (167). Nei contratti collettivi nazionali che hanno recepito la disposizione del protocollo del 1993 questa parte della retribuzione viene sovente indicata come «premio di risultato» (168).

Quando il «premio di risultato» fa riferimento alla produttività, il contratto aziendale può assumere come riferimento per la determinazione del premio indicatori diversi. Quello tradizionale, largamente sperimentato per i premi di produttività nella prima stagione della contrattazione aziendale (negli anni '60), soprattutto in riferimento a produzioni di serie, era costituito dal rapporto fra quantità di prodotto e ore lavorate (P/h). Oggi però, in corrispondenza con lo sviluppo dell'automazione della produzione industriale, si tende a utilizzare indicatori collegati in modo più preciso al contributo specifico dato dal lavoro degli addetti al conseguimento degli obiettivi aziendali.

Un indicatore particolarmente funzionale alle strategie c.d. del *just in time*, ovvero della prontezza dell'azienda nella risposta al mercato, è quello costituito dal «tempo di attraversamento» o *lead time*: il tempo impiegato da un determinato prodotto per attraversare tutto il ciclo della lavorazione, dall'ingresso delle materie prime all'uscita del prodotto finito. Ancora in funzione delle strategie del *just in time*, altri indicatori sono basati sul confronto tra il *budget* di ore prefissato per la realizzazione di ciascuna commessa e il tempo effettivamente impiegato. Dove predomina l'utilizzo di tecnologia ad alta intensità di capitale vengono sovente utilizzati, talora combinati tra loro, indici di saturazione del tempo di funzionamento degli impianti (finalizzati a incentivare la riduzione degli arresti tecnici), oppure indici riferiti ai tempi di attrezzaggio (finalizzati a incentivare l'accelerazione delle operazioni di cambio del prodotto, quando sono essenzialmente queste le operazioni sulle quali incide l'intensità e prontezza dell'impegno dei lavoratori, mentre tutto il resto della produzione è automatizzato).

Fanno invece riferimento a obiettivi di miglioramento della qualità della produzione gli indici basati sul rapporto tra la quantità totale del prodotto e la quantità dei pezzi scartati o difettosi; oppure quelli basati sul rapporto tra la quantità totale delle ore lavorate e quella delle ore dedicate a interventi di riparazione o recupero di pezzi difettosi; oppure ancora quelli basati sul numero delle contestazioni provenienti dagli acquirenti del prodotto o utenti del servizio (169).

Si osservi come dopo il protocollo del luglio 1993 questi premi abbiano preso a essere indicati come «premi di produttività» o «di risultato», mentre la vecchia forma di incentivo collettivo ereditata dagli anni '60 era indicata col termine «premio di produzione». Non è infrequente che nei prospetti-paga del settore industriale compaiano contemporaneamente il vecchio «premio di produzione», sovente ormai «congelato» in cifra fissa, e il nuovo «premio di produttività», effettivamente variabile secondo il meccanismo individuato da un contratto aziendale relativamente recente.

**256. I premi collegati alla redditività e la partecipazione agli utili.** — Nonostante che il protocollo del luglio 1993 e la contrattazione collettiva nazionale successiva abbiano accomunato nella categoria dei «premi di risultato» i premi di produzione o produttività e i premi collegati alla redditività aziendale, sottolineandone congiuntamente la funzione di stimolo alla partecipazione dei lavoratori nell'impresa (170), queste due forme di retribuzione devono essere tenute ben distinte sul piano concettuale, per i diversi effetti economici che esse producono, le diverse finalità a cui mirano sul piano della gestione aziendale e il diverso ruolo dei lavoratori nell'impresa a cui esse corrispondono.

I premi di produzione o produttività svolgono essenzialmente una funzione di incentivazione dell'impegno collettivo dei lavoratori, premiando il *risultato immediato* della maggiore diligenza, attenzione, precisione, tempestività del loro intervento nella parte del processo produttivo sulla quale esso maggiormente incide; su tale risultato possono incidere anche eventi totalmente indipendenti dalla volontà e dall'impegno dei lavoratori (difetto di materiali, guasto degli impianti, interruzione dell'erogazione di energia, ecc.), ma l'incidenza di tali sopravvenienze sul risultato rilevante per

la determinazione del premio è relativamente modesta rispetto all'incidenza dell'impegno profuso dai lavoratori. I premi di produttività fanno dunque variare la retribuzione in relazione alla quantità del prodotto, tendendo a ridurre o annullare la variazione del costo del lavoro unitario: il lavoratore beneficia del risparmio di lavoro conseguito, a parità di prodotto.

I premi di redditività svolgono invece la funzione di correlare la retribuzione a un *risultato economico finale*, sul quale influisce — certo — anche l'impegno dei lavoratori, ma influiscono altresì, e in misura per lo più preponderante, circostanze molteplici totalmente indipendenti da quell'impegno, quali le scelte strategiche del *management*, le condizioni economico-finanziarie dell'impresa, l'andamento del mercato del prodotto o del mercato finanziario, gli *shocks* tecnologici. Il premio collegato alla redditività dell'impresa, dunque, ha una funzione incentivante relativamente modesta per i lavoratori appartenenti alle categorie medie o basse (171). La sua funzione principale consiste invece nella correzione della ripartizione tra le parti del rischio circa l'andamento economico dell'impresa, con conseguente riduzione del «premio assicurativo» pagato dai lavoratori all'imprenditore e possibilità per loro di conseguire — senza pregiudizio per la stabilità dell'occupazione — livelli di reddito mediamente più elevati (ovviamente non garantiti nella loro entità: il rischio è di prendere poco o nulla).

Un discorso in tutto e per tutto analogo vale a proposito della funzione economica di una forma di retribuzione individuale diffusa soprattutto nei rapporti di lavoro dei dirigenti apicali, che va sotto il nome di «partecipazione agli utili» (172). Essa è espressamente prevista e disciplinata dall'art. 2102 c.c., a norma del quale, salvo diversa disposizione contrattuale, tale voce retributiva deve essere determinata «in base agli utili netti dell'impresa», desumibili dal «bilancio regolarmente approvato e pubblicato» ove l'impresa stessa sia soggetta al relativo obbligo (173). È orientamento dottrinale e giurisprudenziale univoco quello secondo cui la pattuizione di questa forma di retribuzione, nel contratto di lavoro subordinato, non può comportare anche la partecipazione del lavoratore alle eventuali perdite dell'impresa (174). E, per i motivi già ripetutamente richiamati (§§ 241, 251, 254), deve ritenersi inammissibile che sia commisurata agli utili l'intera retribuzione del lavoratore subordinato, con la sua conseguente esposizione al rischio dell'azzeramento del reddito in caso di bilancio in pareggio o in perdita (175): manifestazione esplicita di questa regola si trova nell'art. 325 cod. nav., 2° c., lett. c, dove si prevede che nel contratto di arruolamento la retribuzione può essere stabilita «in forma di partecipazione al nolo o agli altri proventi o prodotti del viaggio, con la fissazione di un minimo garantito».

A differenza dei premi collegati all'andamento della produttività, che possono essere determinati anche in riferimento a dati qualitativi, i premi collegati all'andamento della redditività aziendale sono sempre determinati sulla base di un dato monetario quantitativo, risultante dalla contabilità d'impresa. Tale dato non è, però, necessariamente costituito dall'utile netto a cui fa riferimento l'art. 2102 c.c.: le parti collettive (come del resto quelle del contratto individuale, dal momento che la norma contenuta nell'art. 2102 ha carattere meramente dispositivo) possono adottare una infinità di indicatori di redditività diversi. Il premio può essere collegato, ad esempio, alla differenza tra ricavi complessivi e costi complessivi, oppure alla differenza tra una parte determinata dei ricavi e una parte determinata dei costi. Un indicatore talora utilizzato è il *marginale operativo lordo*, consistente nella differenza tra il valore aggiunto e il costo per il personale, ovvero nella parte del valore della produzione che è destinata a remunerare il capitale (e questo, comprensibilmente, un premio utilizzato soprattutto nel rapporto di lavoro con alti dirigenti). Un altro indicatore utilizzabile è costituito dal *risultato operativo* (o *utile operativo*) lordo, consistente nella differenza tra margine operativo lordo e ammortamento degli investimenti compiuti (l'utile operativo va tenuto distinto dall'*utile di esercizio*, cui fa riferimento la norma contenuta nell'art. 2102 c.c., poiché quest'ultimo è determinato tenendosi conto anche dei proventi e degli oneri finanziari straordinari, dei quali non si tiene conto invece nella determinazione dell'utile operativo) (176).

Sia il premio collettivo commisurato alla redditività dell'impresa, sia la partecipazione individuale agli utili, fanno sorgere un duplice interesse dei lavoratori interessati a ingerirsi nelle scelte di gestione dell'impresa. Queste forme di retribuzione fanno sì che, per un verso, essi non siano più indifferenti alle scelte imprenditoriali che incidono sul tempo del conseguimento degli utili: si pensi, ad esempio, alle scelte di investimento che possono portare a utili minori in tempo più breve o a utili maggiori in un tempo più lungo. Per altro verso, poiché il risultato economico dell'attività imprenditoriale è evidenziato da operazioni contabili che possono essere compiute secondo criteri diversi, i lavoratori la cui retribuzione varia in relazione a quel risultato hanno interesse a esercitare un controllo sulla scelta fra tali criteri. È questo il motivo per cui il collegamento della retribuzione alla redditività dell'impresa è comunemente associato a qualche forma di partecipazione dei lavoratori interessati alla gestione dell'impresa stessa (177): donde il favore con cui esso è considerato dalla parte del movimento sindacale che considera positivamente tale prospettiva (in particolare la Cisl) e, viceversa, il disfavore con cui esso è considerato dalla parte del movimento sindacale che tale prospettiva considera negativamente (e questa la posizione tradizionale della Cgil).

Certo è che il collegamento parziale della retribuzione alla redditività dell'impresa, spostando in capo ai lavoratori una parte del rischio di gestione — segnatamente quella relativa alle sopravvenienze di carattere generale, quali sono le crisi di mercato o gli *shocks* tecnologici —, ben si presta a essere utilizzato per ridurre il contenuto assicurativo del rapporto, e con esso il «premio assicurativo» pagato dai lavoratori all'imprenditore, senza modificare la disciplina limitativa della facoltà di recesso di quest'ultimo (§ 238). Occorre tuttavia guardarsi dal coltivare l'illusione della realizzabilità di un sistema economico nel quale l'intera retribuzione dei lavoratori sia normalmente determinata in proporzione alla redditività dell'impresa, così assumendo i lavoratori stessi su di sé per intero il rischio di gestione. Un assetto del rapporto così congegnato non può essere generalizzato, innanzitutto perché esso presuppone una identica propensione

al rischio — e capacità effettiva di sopportarlo — da parte della generalità dei lavoratori rispetto alla generalità degli imprenditori: il che è del tutto irrealistico; in secondo luogo perché gli imprenditori sono essi stessi, a ben vedere, interessati a mettere a frutto la propria maggiore propensione al rischio e capacità effettiva di sopportarlo, «vendendo» sicurezza ai propri dipendenti in cambio di una riduzione delle retribuzioni (il «premio assicurativo»). Un sistema economico nel quale questo scambio tra gli imprenditori e i loro dipendenti per qualsivoglia motivo non potesse avvenire sarebbe un sistema in cui starebbero peggio gli uni e gli altri (v. in proposito §§ 6, 77, 241 e 491).

**257. La partecipazione societaria all'impresa come retribuzione: assegnazione di azioni e stock options.** — Non è infrequente che la retribuzione di un dirigente d'azienda — più raramente di un dipendente con qualifica inferiore — sia arricchita dall'assegnazione a lui di una parte del capitale della società titolare dell'azienda stessa, o di altra società collegata (178). Questo può avvenire mediante il trasferimento di azioni: a norma dell'art. 2349, «in caso di assegnazione straordinaria di utili ai prestatori di lavoro dipendenti dalla società, possono essere emesse, per un ammontare corrispondente agli utili stessi, speciali categorie di azioni da assegnare individualmente ai prestatori di lavoro, con norme particolari riguardo alla forma, al modo di trasferimento e ai diritti spettanti agli azionisti». Un fenomeno analogo, disciplinato dall'art. 2441 c.c., è costituito dall'attribuzione di una *stock option*, ovvero di un diritto di opzione, esercitabile immediatamente o entro un certo termine, per l'acquisto di azioni a un prezzo predeterminato. In entrambi i casi la crescita del valore delle azioni, misurata dal crescere del loro prezzo nel mercato dei capitali, produce — immediatamente o alla scadenza del termine pattuito — un utile per il lavoratore interessato. Negli ultimi anni questa forma di retribuzione è stata favorita dall'ordinamento mediante alcune rilevanti agevolazioni fiscali. Più precisamente, a norma dell'art. 48 del testo unico delle imposte sui redditi (d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917), con le modifiche e aggiunte apportate dal d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314, art. 3 e successivamente dal d.lgs. 23 dicembre 1999 n. 505: c. 2°, lett. g e g-bis, nonché c. 2°-bis, il valore delle azioni sottoscritte da lavoratori a norma degli artt. 2349 e 2441 c.c. testé citati non concorre a formare il reddito di lavoro dipendente imponibile ai fini fiscali e contributivi (179). L'esenzione opera — soltanto entro il limite di 4 milioni di lire (poco più di 2000 euro) in ciascun periodo di imposta; quando il lavoratore paghi un corrispettivo per l'acquisto delle azioni, l'esenzione opera in riferimento alla differenza tra il valore delle azioni e il prezzo effettivamente pagato (lett. g); — a condizione che l'offerta delle azioni sia estesa a tutti i dipendenti dell'impresa con contratto a tempo indeterminato (180); — a condizione che le azioni non siano riacquistate dalla società emittente o dalla datrice di lavoro o comunque cedute dal lavoratore prima che siano trascorsi almeno tre anni dalla percezione (lett. g); — a condizione che il diritto di voto esercitabile nell'assemblea ordinaria, derivante per il singolo dipendente dal possesso dei titoli in questione, non superi il dieci per cento del totale (lett. g-bis). Secondo l'orientamento del ministero delle finanze (181), costituisce retribuzione imponibile ai fini fiscali e contributivi non l'assegnazione al lavoratore di un diritto di opzione, ma il valore di mercato dei titoli acquistati mediante l'esercizio dell'opzione. Tuttavia, qualora il diritto di opzione sia o diventi suscettibile di cessione da parte del lavoratore, esso costituisce retribuzione — per la parte del suo valore eccedente il prezzo eventualmente pagato dal lavoratore — dal momento in cui esso è reso trasferibile.

Le agevolazioni fiscali e contributive di cui si è detto si applicano soltanto alle azioni emesse dall'impresa dalla quale il lavoratore dipende o a quelle emesse da società che direttamente o indirettamente controlli la medesima impresa, oppure ne sia controllata, oppure ancora sia controllata dalla stessa società-madre che controlla la datrice di lavoro (art. 48 del testo unico, c. 2°-bis).

A proposito della forma di retribuzione qui esaminata può sorgere la questione se, ai fini della determinazione del trattamento di fine rapporto (§ 261), dell'indennità sostitutiva del preavviso (§ 512), del risarcimento del danno per licenziamento ingiustificato (§ 524), o di altre erogazioni previste dalla disciplina collettiva, debba considerarsi parte della retribuzione complessiva del lavoratore soltanto il valore delle azioni od opzioni che sia anche imponibile ai fini fiscali e previdenziali, oppure l'intero valore effettivo del beneficio conseguito dal lavoratore, non decurtato della franchigia di cui si è detto sopra. In proposito rinvio a quanto si è detto a suo luogo (§ 247) in riferimento ad altre forme di retribuzione in natura e indennità.

## Sezione IV

### La retribuzione differita

Sommario: 258. Risparmio obbligatorio e finanziamento obbligatorio dell'azienda da parte del lavoratore. — 259. La tredicesima mensilità e le altre mensilità aggiuntive. — 260. Il trattamento di fine rapporto: le origini e la disciplina vigente fino alla riforma del 1982. — 261. La riforma del 1982: il t.f.r. come sommatoria di accantonamenti annuali e non più come prodotto dell'ultima retribuzione per l'anzianità di servizio. La retribuzione di riferimento. — 262.

*Segue.* Divieto dei trattamenti migliorativi, per cio` che riguarda sia il divisore, sia la rivalutazione degli accantonamenti. — 263. *Segue.* Il termine normale di pagamento e il diritto all'anticipazione. — 264. Il trattamento dovuto ai parenti superstiti del lavoratore deceduto e al coniuge divorziato. — 265. Il trattamento di fine rapporto nel settore pubblico. — 266. La possibilita` di devoluzione del t.f.r. a un fondo di previdenza complementare e di sua «cartolarizzazione».

**258. Risparmio obbligatorio e finanziamento obbligatorio dell'azienda da parte del lavoratore.** — Nel corso del XX secolo la disciplina legislativa della retribuzione del lavoro subordinato nell'ordinamento italiano e` venuta progressivamente caratterizzandosi, rispetto alla quasi totalita` degli altri ordinamenti, per la presenza inderogabile di due elementi di retribuzione differita, il cui peso economico complessivo e` andato continuamente crescendo fino alla fine degli anni '70 e che possono considerarsi come altrettante forme di risparmio obbligatorio, rispettivamente a breve e a lungo termine. Da` luogo a una forma di risparmio a breve termine la regola secondo la quale la retribuzione annuale deve essere suddivisa in tredici mensilita`, delle quali l'ultima destinata a essere pagata a fine anno (§ 259). Da` luogo invece a una forma di risparmio a lungo termine — almeno nel contratto di lavoro a tempo indeterminato — e a una sorta di finanziamento forzato (e poco remunerato) dell'impresa da parte dei suoi dipendenti la regola che prevede l'accantonamento annuale di una somma pari all'incirca a una mensilita` di retribuzione, destinata a essere pagata cumulativamente alla fine del rapporto (§ 260).

La ragion d'essere socio-economica di entrambi gli istituti e` sempre piu` controversa e sono in molti a ritenere che essi debbano entrambi essere abrogati, anche — ma non soltanto — in funzione di una maggiore trasparenza e immediatezza della retribuzione effettiva del lavoro subordinato.

**259. La tredicesima mensilita` e le altre mensilita` aggiuntive.** — Quasi tutti i contratti collettivi prevedono il diritto del lavoratore a una tredicesima mensilita` di retribuzione da corrispondersi a dicembre, con conseguente raddoppio del reddito disponibile in corrispondenza con le festivitа` natalizie. Questa erogazione porta ancora talvolta il nome originario di «gratifica natalizia» (182), che indica come essa all'origine costituisse un'elargizione, un dono natalizio dell'imprenditore alle maestranze; ma nel corso del XX secolo essa ha perso questo carattere originario per effetto della contrattazione collettiva, che ha incominciato col rendere obbligatoria l'erogazione per gli impiegati del settore industriale (183), estendendo la regola agli operai dello stesso settore in un primo tempo parzialmente (184), poi interamente (185). Disposizioni analoghe sono state inserite nei contratti collettivi postcorporativi per gli operai e gli impiegati di tutti gli altri settori (ma non per la maggior parte dei dirigenti). Per il settore domestico ha provveduto nello stesso senso la legge 27 dicembre 1953 n. 940, con una disposizione poi confermata dall'art. 19 della legge 2 aprile 1958 n. 339 (§ 110). Ai lavoratori assunti a termine il diritto alla «gratifica natalizia o tredicesima mensilita`», in proporzione alla durata del rapporto e` stato riconosciuto esplicitamente dall'art. 5 della legge 18 aprile 1962 n. 230, ora sostituito dall'art. 6 del d.lgs. 6 settembre 2001 n. 368 (§ 501).

Quando il rapporto di lavoro abbia inizio o termine nel corso dell'anno solare, il lavoratore ha diritto alla corresponsione di tanti dodicesimi di tredicesima quanti sono i mesi di servizio prestati alle dipendenze dell'azienda durante l'anno; solitamente il contratto collettivo dispone che la frazione di mese superiore a 15 giorni sia computata come mese intero.

La legge e i contratti collettivi stabiliscono gli effetti prodotti sulla tredicesima mensilita` dalle sospensioni del lavoro verificatesi durante l'anno. Il periodo di sospensione per malattia o infortunio entro i limiti del comperto (§§ 390-391) non pregiudica il diritto del lavoratore alla tredicesima. Lo stesso vale, in virtu` della disposizione esplicita contenuta nell'art. 22, c. 3°, del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151, per il periodo di sospensione obbligatoria per gravidanza e puerperio («congedo di maternita`»: § 402), ma non per il periodo di sospensione facoltativa («congedo parentale»: § 404), per il quale l'art. 34, c. 5°, dello stesso decreto prevede esplicitamente la corrispondente decurtazione della mensilita` aggiuntiva. Vedremo (§ 426) come, in riferimento al caso di sciopero, prevalga la tesi della riduzione proporzionale della mensilita` aggiuntiva; ma non risulta che la giurisprudenza si spinga, coerentemente, ad affermare la necessita` di incremento della mensilita` aggiuntiva in corrispondenza con il lavoro straordinario (§ 328) svolto nel corso dell'anno.

In numerosi settori o singole aziende la contrattazione collettiva ha introdotto il diritto dei lavoratori a una *quattordicesima mensilita`* di retribuzione — o a una erogazione di minore entita` — sovente originata da un premio di produzione originariamente variabile e poi consolidato nel suo ammontare (§ 255). La corresponsione di questa mensilita` aggiuntiva ulteriore si colloca solitamente a meta` anno, svolgendo la funzione di consentire al lavoratore di far fronte piu` agevolmente alle spese per il godimento delle ferie estive. Salvo che il contratto disponga altrimenti, si deve ritenere che per la determinazione della quattordicesima si applichino le stesse regole desumibili dal contratto stesso — o comunque elaborate dalla giurisprudenza — applicabili per la determinazione della tredicesima.

Quando poi un premio di produzione o «di rendimento» determinato in cifra fissa si aggiunge alla quattordicesima, configurando una sorta di *quindicesima* che vien pagata in occasione delle feste pasquali, queste mensilita` aggiuntive

perdono anche la loro funzione originaria di risparmio obbligatorio: esse allora diventano una pura e semplice complicazione delle modalità di corresponsione della retribuzione, funzionale soltanto a una riduzione della sua trasparenza. Non è forse un caso che questo sia accaduto, per esempio, in un settore che ha tipicamente beneficiato in passato di cospicue rendite di posizione, quale il settore bancario, dove la suddivisione della retribuzione annuale in quindici rate rendeva meno evidenti i privilegi economici assicurati dal contratto collettivo ai lavoratori, a parità di contenuto professionale delle mansioni, rispetto agli altri settori.

**260. Il trattamento di fine rapporto: le origini e la disciplina vigente fino alla riforma del 1982.** — Originariamente un'«indennità di anzianità» era prevista dalla legge (r.d.l. 13 novembre 1924 n. 1825, art. 10, c. 4°) (186) soltanto per gli impiegati: l'indennità, in misura «non inferiore alla metà dell'importo di tante mensilità di stipendio per quanti sono gli anni di servizio prestati», era dovuta solo in caso di licenziamento. Successivamente l'art. 2120 del Codice civile, dando attuazione a una direttiva già contenuta nella Carta del lavoro del 1927 (dich. XVII), ha esteso il beneficio anche agli operai, confermando la regola del rigoroso proporzionamento all'anzianità di servizio, ma consentendo che la contrattazione collettiva differenziasse, per le varie categorie, la porzione dell'ultima retribuzione che doveva essere assunta come riferimento. Così, mentre per gli impiegati la contrattazione collettiva ha potuto giungere a prevedere un trattamento pari a un'intera mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità — previsione che è stata generalizzata, nell'ambito della categoria impiegatizia, dalla legge 18 dicembre 1960 n. 1561 (187) —, fino alla fine degli anni '70 per gli operai i contratti collettivi hanno continuato per lo più a prevedere come retribuzione di riferimento solo una o due settimane di salario.

Quel trattamento non poteva essere considerato come retribuzione differita, poiché — salva diversa disposizione contrattuale — esso era dovuto solo in caso di recesso del datore non motivato da colpa del prestatore di lavoro (188): era dunque un indennizzo per la perdita del posto, che offriva una limitata tutela contro il licenziamento nel contesto di un regime nel quale non era previsto alcun controllo sui motivi del recesso. Esso ha assunto la natura retribuzione differita soltanto in un secondo tempo, con la legge 15 luglio 1966 n. 604, la quale — nell'introdurre la regola del controllo sul giustificato motivo del recesso unilaterale del datore — ha stabilito che l'indennità di cui all'art. 2120 cod. civ. dovesse essere pagata in tutti i casi di cessazione del rapporto, ivi compresi quelli di dimissioni del lavoratore o di licenziamento in tronco, motivato da sua colpa grave (art. 9) (189).

Con la trasformazione dell'indennità di licenziamento di cui all'art. 2120 cod. civ. in un elemento di retribuzione differita, la legge del 1966 ha, in sostanza, attribuito a tutti i lavoratori in attività al momento della sua entrata in vigore un beneficio *una tantum*: un credito destinato a essere comunque riscosso alla fine del rapporto; beneficio di cui hanno però goduto soltanto i lavoratori in attività in quel momento, poiché da allora in poi tutti i trattamenti retributivi hanno preso a essere determinati, in sede di contrattazione collettiva e individuale, tenendosi conto del nuovo elemento di retribuzione differita istituito inderogabilmente dal legislatore. Per tutti i rapporti costituiti dopo il luglio 1966, dunque, la riforma ha comportato soltanto l'imposizione di una forma di risparmio obbligatorio gestito dal datore di lavoro (190): più precisamente una forma di finanziamento obbligatorio dell'azienda da parte del lavoratore (191). Si trattava, tuttavia, di un finanziamento ben remunerato, poiché l'intero credito del lavoratore era determinato in relazione alla sua ultima retribuzione: ogni aumento di stipendio o salario si moltiplicava per il numero degli anni di servizio.

Fu proprio questo meccanismo di determinazione del trattamento di fine rapporto, basato sul prodotto dell'ultima retribuzione per l'anzianità del lavoratore, a causare la crisi dell'istituto quando, nella seconda metà degli anni '70, il tasso di inflazione prese ad aumentare vertiginosamente, avvicinandosi al 20% annuo e portando con sé aumenti corrispondenti delle retribuzioni, per effetto del meccanismo di indicizzazione allora vigente (§ 245). Ogni scatto trimestrale dell'indennità di contingenza produceva un aumento dell'accantonamento per l'indennità di anzianità del singolo impiegato pari al prodotto dello scatto stesso per il numero dei suoi anni di anzianità (per l'operaio era minore soltanto l'accantonamento, ma non la sua dinamica), con effetti assai pesanti sui conti aziendali. Fu per evitare questo effetto che, in conformità di un sofferto accordo tra le parti (192), il legislatore dispose la c.d. «sterilizzazione» degli effetti della scala mobile sulle indennità di anzianità (d.l. 1° febbraio 1977 n. 12, convertito con modificazioni dalla legge 31 marzo 1977 n. 91: v. ancora § 245).

Senonché l'esclusione dell'indennità di contingenza dal computo, in un contesto di inflazione fuori controllo quale era quello degli ultimi anni '70 e dei primi '80, portò con sé una rapida svalutazione degli accantonamenti (193), inducendo le forze dell'estrema sinistra sindacale e politica a promuovere un referendum abrogativo della norma del 1977. Fu per evitare quel referendum che nel 1982 venne varata, con il pieno consenso delle confederazioni sindacali maggiori ma nel fuoco di un accanito ostruzionismo parlamentare attuato dalle minoranze di sinistra, una profonda riforma dell'istituto (194).

**261.** *La riforma del 1982: il t.f.r. come sommatoria di accantonamenti annuali e non piu` come prodotto dell'ultima retribuzione per l'anzianita` di servizio. La retribuzione di riferimento.* — Con la legge 29 maggio 1982 n. 297, che ha interamente novellato l'art. 2120 c.c., al vecchio procedimento di calcolo consistente nel prodotto dell'ultima retribuzione per gli anni di anzianita` di servizio del lavoratore viene sostituito un procedimento di calcolo consistente nella sommatoria di accantonamenti annuali, disposti alla fine di ciascun anno in ragione della retribuzione annuale divisa per 13,5 (primo comma): in questo modo gli aumenti delle retribuzioni influiscono soltanto sugli accantonamenti relativi all'anno in corso, non ripercuotendosi sugli accantonamenti precedenti, e il trattamento complessivo rispecchia fedelmente la dinamica retributiva registratasi dall'inizio alla fine di ciascun rapporto di lavoro (195). Fino al momento della percezione da parte del lavoratore, gli accantonamenti vengono rivalutati di anno in anno in relazione alle variazioni del costo della vita. Non si tratta, beninteso, di «accantonamenti» in senso reale, bensì soltanto di un credito — liquido ma non esigibile fino al momento della cessazione del rapporto (196) — che matura *pro rata temporis* in capo al lavoratore; questi ha diritto soltanto, ricorrendone determinate condizioni, a una anticipazione del pagamento di quanto maturato a suo credito in corso di rapporto. Il trattamento è garantito da un apposito fondo istituito presso l'istituto previdenziale (§ 276).

Il contenuto della norma novellata rispecchia un compromesso tra le istanze di chi riteneva opportuno difendere la peculiarita` italiana di questa forma di accumulazione di risparmio nel corso del rapporto di lavoro e chi riteneva invece opportuno puntare al suo superamento: la nuova norma conserva la regola del «risparmio forzoso» (197), ma pone i presupposti per un suo graduale superamento senza traumi ad opera della contrattazione collettiva o di futuri interventi legislativi (198).

Esaminiamo piu` da vicino ciascuna delle disposizioni contenute nel nuovo testo dell'art. 2120.

*La retribuzione di riferimento.* Prima della riforma del 1982, per il calcolo dell'indennita` di anzianita` si applicava un rigido principio di onnicomprensivita` della retribuzione di riferimento, con conseguente nullita` di qualsiasi pattuizione, individuale o collettiva, tendente a escludere dal computo singole voci. Con la riforma, invece, la contrattazione collettiva è stata abilitata a definire liberamente la retribuzione di riferimento, escludendone o includendovi qualsiasi voce (secondo comma dell'art. 2120): spetta dunque ora all'autonomia collettiva la prerogativa di determinare il peso che questa forma di retribuzione differita deve assumere nell'economia del rapporto, anche riducendolo notevolmente.

Quando il contratto collettivo non disponga altrimenti, si applica una regola di onnicomprensivita` della retribuzione di riferimento, limitatamente pero` alle sole voci — in denaro o in natura (199) — erogate «a titolo non occasionale». Che il legislatore abbia inteso, con quest'ultima espressione, differenziare il criterio di determinazione della retribuzione di riferimento per il nuovo t.f.r. da quello della «continuita`», applicabile in precedenza per l'indennita` di anzianita`, risulta esplicitamente dai lavori preparatori; ma in che cosa la «non occasionalita`» si distingue dalla «continuita`» di un'erogazione retributiva, è questione di non facile soluzione. La tesi preferibile sembra quella secondo la quale il requisito della continuita` posto dalla disciplina previgente faceva riferimento alle modalita` dell'erogazione, cioe` al suo ripetersi di fatto nel tempo, mentre il requisito della non occasionalita` è riferito *al titolo* dell'erogazione, che deve essere costituito da una disposizione di legge o di contratto disciplinante il rapporto in via ordinaria e non da un atto di liberalita` o da una pattuizione *una tantum* legata a eventi particolari (200). Meno convincente è la tesi secondo cui il nuovo requisito della «non occasionalita`» sarebbe riferito al ripetersi dell'erogazione nel corso dell'anno nel quale matura l'accantonamento, a differenza del vecchio requisito della «continuita`», riferito invece a periodi di tempo piu` estesi (201). Il problema, ovviamente, non si pone nei numerosi settori nei quali la contrattazione collettiva, esercitando la prerogativa attribuitale dal secondo comma, stabilisce in modo preciso e tassativo quali siano le voci computabili. Le voci di retribuzione variabile — quali cottimo, provvigioni, premi di produzione, partecipazioni agli utili (v. terza sezione di questo capitolo) — devono senz'altro considerarsi computabili nella retribuzione di riferimento, nella stessa misura in cui esse sono state percepite dal lavoratore nel corso di ciascun anno, salvo disposizione collettiva contraria (202). Altrettanto puo` dirsi, secondo la giurisprudenza nettamente prevalente, per le indennita` corrisposte in relazione a missioni all'estero di durata considerevole (§ 304) (203) e per l'indennita` sostitutiva del preavviso (§ 512) (204). Ovviamente computabili sono anche le voci retributive pagate per effetto di un uso aziendale (§ 76) (205). Quanto al compenso per lavoro straordinario (§ 334), la giurisprudenza prevalente è orientata nel senso di considerarlo computabile soltanto quando esso venga svolto in modo permanente (206).

Sembra prevalere in giurisprudenza la tesi dell'inderogabilita` in sede di pattuizione individuale della regola di onnicomprensivita` posta dal secondo comma dell'art. 2120 c.c. (207). È ben sostenibile, pero`, anche la tesi contraria, secondo cui la pattuizione individuale riferita a una voce retributiva *ad personam* non costituisce deroga *in peius* rispetto alla regola generale di fonte legislativa e collettiva, bensì deroga favorevole al lavoratore: detta pattuizione individuale consente infatti la determinazione della voce retributiva aggiuntiva in misura superiore (poiche` il datore di lavoro ne viene svincolato dall'obbligo dell'accantonamento) lasciando il lavoratore libero di spendere o investire il maggiore importo nel modo per lui piu` utile.

Una recente sentenza di Cassazione ha affermato la computabilita`, nella retribuzione di riferimento per il t.f.r., del contributo pagato, secondo quanto disposto dal contratto collettivo aziendale, dal datore di lavoro a un fondo di previdenza complementare operante in regime di capitalizzazione individuale, a norma del d.lgs. 21 aprile 1993 n. 124

(208). Questo orientamento non mi sembra condivisibile: fin dalla sua emanazione il codice civile ha distinto nettamente il concetto di retribuzione rilevante ai fini del calcolo dell'indennità di anzianità di cui all'art. 2120 dal concetto di contribuzione di cui l'imprenditore si faccia carico per il finanziamento di «fondi speciali per la previdenza e l'assistenza che l'imprenditore [stesso] abbia costituiti, anche senza contribuzione dei prestatori di lavoro» (art. 2117). Lo stesso codice civile, per altro verso, sancisce esplicitamente, con l'art. 2123, la fungibilità tra quanto il lavoratore ha diritto a percepire a titolo di indennità di anzianità (oggi t.f.r.) e i benefici che al lavoratore derivino da «atti di previdenza volontaria» compiuti in suo favore dal datore di lavoro a integrazione del trattamento di quiescenza (209): in altre parole, computare il contributo accantonato dal datore di lavoro a credito del conto individuale del lavoratore per la previdenza complementare nella retribuzione di riferimento per il calcolo dell'indennità di anzianità porterebbe sostanzialmente a una irrazionale duplicazione degli effetti del contributo. Abbiamo visto (§ 247), infine, come la legge abbia escluso la contribuzione previdenziale complementare dalla retribuzione imponible ai fini della contribuzione previdenziale ordinaria. Appare dunque per ragioni molteplici nettamente preferibile l'orientamento espresso dalla Corte di cassazione in diverse sentenze precedenti a quella più recente sopra citata, nel senso della natura previdenziale e non retributiva del contributo di previdenza integrativa (210), non soltanto nei regimi «a ripartizione» (nei quali la contribuzione dei lavoratori in attività è devoluta per il finanziamento dei trattamenti erogati ai lavoratori già in pensione), ma anche nei regimi a capitalizzazione individuale (nei quali il contributo viene accreditato al singolo lavoratore su di un suo conto individuale).

La disciplina, legislativa e collettiva, applicabile per la determinazione della retribuzione di riferimento è ovviamente quella in vigore al momento in cui deve essere effettuato l'accantonamento, alla fine di ciascun anno, anche se difforme da quella in vigore al momento della cessazione del rapporto (211).

*Retribuzione figurativa per alcuni periodi di sospensione.* A norma del terzo comma dell'art. 2120, «in caso di sospensione della prestazione di lavoro nel corso dell'anno per una delle cause di cui all'art. 2110, nonché in caso di sospensione totale o parziale per la quale sia prevista l'integrazione salariale, deve essere computato nella retribuzione di cui al primo comma l'equivalente della retribuzione a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto di lavoro».

Questa disposizione non va intesa come una deroga, bensì come una opportuna specificazione e integrazione della regola, contenuta nel primo comma dello stesso art. 2120, secondo cui la quota annuale di accantonamento deve essere calcolata dividendosi per 13,5 (tutta e) soltanto la retribuzione dovuta per l'anno in corso. Nei casi di sospensione della prestazione di cui all'art. 2110 (§§ 380-403) e in quelli in cui è previsto l'intervento della Cassa integrazione guadagni (§§ 369-379) l'ordinamento pone in tutto o in parte il trattamento economico spettante al lavoratore a carico dell'istituto previdenziale, cosicché esso non può essere qualificato come «retribuzione» in senso contrattuale stretto; senza la disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 2120, si sarebbe posto il problema se considerare, ai fini del trattamento di fine rapporto, i periodi di malattia, gravidanza, puerperio e Cassa integrazione alla stregua degli altri periodi di sospensione retribuita, o considerarli invece (illogicamente, ma in aderenza alla lettera dei primi due commi) come periodi di sospensione non retribuita.

Si spiega così perché lo stesso beneficio per il lavoratore non sia previsto in relazione ai periodi di servizio militare: può infatti considerarsi ormai consolidato l'orientamento, esattamente conforme all'intendimento del legislatore (212), secondo cui l'elencazione contenuta in questa norma dei casi di sospensione in cui il t.f.r. matura deve considerarsi tassativa, con la conseguente esclusione dei periodi di servizio militare di leva (ma non dei periodi di richiamo alle armi, durante i quali il lavoratore ha diritto a un trattamento retributivo: v. § 415). Questa soluzione è del tutto logica e costituzionalmente legittima (213), nel quadro della nuova disciplina dell'istituto in esame, proprio perché, come si è visto, essa concerne soltanto il criterio di calcolo di un determinato segmento del trattamento di fine rapporto in relazione a un periodo durante il quale il lavoratore non ha diritto ad alcuna erogazione, né retributiva né previdenziale; la norma quindi non lede affatto la «posizione di lavoro» del lavoratore chiamato alle armi, tutelata dal secondo comma dell'art. 52 Cost. (norma che impone invece di computare il periodo di servizio militare nell'anzianità aziendale del lavoratore ai fini di altri istituti contrattuali eventualmente ad essa collegati: v. § 368).

Per la stessa ragione l'art. 2120 non prevede (e deve sicuramente escludersi) la maturazione della quota di accantonamento annuale nei periodi di aspettativa dovuta alla chiamata del lavoratore a cariche pubbliche elettive o a cariche sindacali (§§ 59 e 413), per ragioni di istruzione (§§ 411-412) o per esigenze familiari straordinarie (§§ 409-410): anche qui la soluzione diversa rispetto a quella prevalsa in passato in riferimento al vecchio istituto dell'indennità di anzianità si fonda sulla nuova struttura di questa voce retributiva, nella quale non è più rilevante l'anzianità aziendale, bensì soltanto ciò che di fatto il lavoratore ha percepito nel corso dell'anno a titolo di retribuzione. E lo stesso discorso vale per tutti gli altri casi di sospensione della prestazione senza diritto alla retribuzione: sciopero (§ 426), permessi non retribuiti di vario genere (§§ 59, 411), sospensione disciplinare (§ 480), sospensione cautelare non retribuita (§ 487), casi di impossibilità sopravvenuta della prestazione (§ 364), sospensione consensuale del lavoro e della retribuzione (§ 366) (214). Deve però ritenersi valida, come deroga favorevole al lavoratore, la pattuizione — collettiva o individuale — volta a estendere i casi di maturazione figurativa del t.f.r. (215).

In applicazione della regola dettata dal terzo comma dell'art. 2120, alla lavoratrice madre dovrebbe riconoscersi il diritto alla maturazione del t.f.r. soltanto per i periodi «di gravidanza o di puerperio» menzionati nell'art. 2110, da

intendersi oggi come i periodi di astensione obbligatoria, a norma del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (§ 402), con esclusione del periodo di astensione facoltativa, oggi denominato «congedo parentale», di cui all'art. 32 dello stesso decreto (216). È ben vero che l'ultimo comma dell'art. 7 della legge n. 1204/1971 (ora sostituito dall'ultimo comma dell'art. 32 testé citato, di contenuto identico) prevedeva che anche il periodo di astensione facoltativa dal lavoro fosse computato «nell'anzianità di servizio» della lavoratrice; e che pertanto nel regime che è stato in vigore fino al maggio 1982 la vecchia indennità di anzianità sicuramente maturava durante tale astensione facoltativa. Ma rispetto a quell'istituto il nuovo t.f.r. si caratterizza proprio per il fatto di non essere più determinato in funzione dell'anzianità di servizio: il che avrebbe dovuto indurre a ritenere che durante il periodo di astensione facoltativa il diritto al t.f.r. ora non maturi. Senonché la Corte di cassazione si è pronunciata nel senso di una interpretazione estensiva della nozione di puerperio a cui l'art. 2110 fa riferimento, tale da ricomprendere nel periodo di maturazione figurativa del t.f.r. anche i sei mesi di astensione facoltativa originariamente previsti dalla legge n. 1204/1971 (217) ora sostituiti dai dieci mesi di «congedo parentale» di cui agli artt. 32 e 34 del d.lgs. n. 151/2001 (§ 404). Alla stregua di questo orientamento giurisprudenziale, dunque, anche per questo periodo dovrebbe considerarsi come retribuzione di riferimento quella che la lavoratrice avrebbe percepito se la prestazione si fosse svolta normalmente. Nello stesso senso è orientata la dottrina nettamente prevalente, in riferimento al vecchio istituto dell'«astensione facoltativa» (218). Secondo l'opinione prevalente, il t.f.r. matura anche durante il periodo di sospensione della prestazione intercorrente fra il licenziamento illegittimo e la reintegrazione del lavoratore (§ 524) (219). Nel caso in cui il rapporto di lavoro abbia inizio o termine in corso d'anno la quota di t.f.r. relativa a quell'anno è, ovviamente, pari alla retribuzione percepita dal lavoratore per i mesi lavorati, divisa per 13,5. Appare pertanto del tutto superflua — se non foriera di complicazioni interpretative — la precisazione contenuta nel primo comma dell'art. 2120, secondo cui «la quota è proporzionalmente ridotta per le frazioni di anno» (220).

**262.** *Segue. Divieto dei trattamenti migliorativi, per ciò che riguarda sia il divisore, sia la rivalutazione degli accantonamenti.* — Prevale l'opinione secondo cui, a differenza della retribuzione di riferimento, il divisore 13,5 indicato nel primo comma dell'art. 2120 non è modificabile pattizamente né in sede collettiva né in sede individuale; devono altresì considerarsi vietate tutte le pattuizioni istitutive di trattamenti di fine rapporto aggiuntivi (221). Il legislatore ha infatti voluto garantire una maggiore trasparenza delle retribuzioni ai livelli più alti, ponendo fine al fenomeno degli aumenti surrettizi dei trattamenti di fine rapporto (le c.d. «liquidazioni d'oro») che si era largamente diffuso soprattutto negli stati maggiori delle grandi imprese a partecipazione statale. Risponde, per altro verso, all'esigenza di impedire l'innescarsi di meccanismi inflazionistici la (comunemente ritenuta) inderogabilità *in melius* della disciplina della rivalutazione degli accantonamenti (222): a norma del quarto comma dell'art. 2120, alla fine di ogni anno, o alla fine del rapporto, l'insieme degli accantonamenti maturati alla fine dell'anno precedente deve essere rivalutato in ragione dei tre quarti dell'aumento dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati, cui si aggiunge un ulteriore aumento fisso pari all'1,5% annuo. Con questo meccanismo il legislatore ha inteso incentivare la collaborazione del movimento sindacale al contenimento dell'inflazione: il meccanismo, infatti, fa sì che la rivalutazione degli accantonamenti sia tanto più efficiente, quanto più basso è il livello dell'inflazione (con inflazione annua pari al 6% l'indicizzazione è perfetta, ma il lavoratore non trae alcun reddito reale dall'accantonamento:  $\frac{6}{4} \times 3 + 1,5 = 6$ ; con inflazione inferiore al 6% gli accantonamenti guadagnano potere di acquisto reale e il contrario accade con inflazione annua al di sopra di quel livello). Abbiamo visto come sia stata invece ritenuta legittima la pattuizione collettiva di un ampliamento dei casi di sospensione del lavoro nei quali il t.f.r. matura nonostante la temporanea assenza di retribuzione (223).

**263.** *Segue. Il termine normale di pagamento e il diritto all'anticipazione.* — Il diritto al pagamento del t.f.r. sorge, per precisa disposizione inderogabile dell'art. 2120 c.c., all'atto della cessazione del rapporto, quali che ne siano la causa e le circostanze (224). Questa regola non può, tuttavia, applicarsi con assoluto rigore, perché il calcolo del dovuto può ragionevolmente richiedere qualche giorno di dilazione, anche in considerazione del ritardo con cui è dato conoscere l'ultima variazione dell'indice Istat del costo della vita, in base alla quale deve essere rivalutato l'accantonamento risultante al 31 dicembre dell'anno precedente (§ 262) (225).

La riforma del 1982 ha tuttavia previsto, alle condizioni ed entro i limiti di cui si dirà tra breve, la possibilità per il lavoratore di ottenere una parziale anticipazione del pagamento del t.f.r. Secondo l'opinione dottrinale prevalente, non si tratta di un diritto a sé stante, ma di una facoltà di attivazione anticipata parziale del credito avente per oggetto l'accantonamento, che — come si è detto — matura in capo al lavoratore lungo tutto l'arco del rapporto, *pro rata temporis* (226).

Il sesto comma dell'art. 2120 attribuisce la facoltà di riscossione anticipata soltanto al lavoratore che abbia compiuto l'ottavo anno di servizio presso lo stesso datore di lavoro e soltanto nella misura del 70% del t.f.r. maturato, mentre il comma nono limita l'esercizio di tale facoltà a una sola volta nel corso del rapporto. Inoltre la richiesta deve essere

giustificata da esigenze derivanti da «spese sanitarie per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche» (227), o dall'«acquisto della prima casa di abitazione per se' o per i figli, documentato con atto notarile» (228) (ottavo comma). Infine, la preoccupazione di evitare che un eccesso di richieste di anticipazione potesse generare difficoltà finanziarie per le imprese ha indotto il legislatore a imporre l'ulteriore limite complessivo al numero delle anticipazioni richieste, pari al 10% annuo del totale dei dipendenti dell'impresa in possesso del requisito di anzianità e al 4% annuo del totale dei dipendenti dell'impresa (settimo comma): donde l'implicita esclusione del diritto all'anticipazione nelle imprese con meno di 25 dipendenti, nelle quali anche una sola richiesta di godimento del beneficio farebbe sì che la soglia del 4% sia superata (229). Secondo l'opinione prevalente, il diritto all'anticipazione viene meno quando nel corso di un anno una delle due soglie suddette sia stata superata: *prior tempore potior iure*. I limiti suddetti riguardano soltanto l'obbligo a carico del datore di lavoro di soddisfare le richieste di anticipazione: la deroga *in melius* qui è consentita, per disposizione espressa del decimo comma, sia in sede collettiva, sia in sede di pattuizione individuale. A differenza della vecchia indennità di anzianità — per la quale vigeva il divieto inderogabile di frazionamento —, dunque, il t.f.r. può essere frazionato e «anticipato» illimitatamente: nulla vieta che datore e prestatore si accordino per l'anticipazione anche quando il lavoratore non vi abbia diritto, anche quando il limite numerico complessivo sia stato superato e anche in misura superiore al limite del 70% di cui al sesto comma. Nulla vieta, a mio avviso, che il t.f.r. venga addirittura anticipato di anno in anno, venendo così a costituire una sorta di quattordicesima (o quindicesima) mensilità, esente da contribuzione previdenziale (§ 247), in aggiunta alla retribuzione annua normale. Una sentenza della Cassazione ha però recentemente dichiarato illegittima la pattuizione di una anticipazione del t.f.r. mese per mese (230).

L'art. 5 del d.lgs. n. 151/2001 (che ha sostituito l'art. 7 della legge 8 marzo 2000 n. 53) attribuisce al lavoratore il diritto all'anticipazione del t.f.r., nella misura e alle condizioni di cui si è detto sopra, anche in occasione della fruizione di un congedo per formazione professionale (di cui all'art. 6 della legge citata: § 412), per assistenza a un figlio di età inferiore a otto anni (di cui all'art. 32 del d.lgs. n. 151/2001: § 405), o per infermità di un parente (di cui all'art. 4 della legge n. 53/2000: § 409) (231). Secondo l'interpretazione — peraltro discutibile — che della nuova norma è stata data dal ministero del lavoro (232), anche il diritto all'anticipazione del t.f.r. in essa previsto soggiacerebbe alle limitazioni di ordine soggettivo (otto anni di anzianità minima e sette decimi dell'accantonamento maturato) od oggettivo aziendale (percentuali massime di aventi diritto rispetto al numero totale dei dipendenti) di cui al sesto comma dell'art. 2120 c.c. (233).

A norma del terzo comma dell'art. 4 della legge n. 297/1982, sono esentate dall'obbligo dell'anticipazione le imprese «dichiarate in crisi» dall'autorità competente, alle quali sono state equiparate dalla giurisprudenza, a questo fine, le imprese che abbiano fatto ricorso all'intervento straordinario della Cassa integrazione guadagni (§ 372) (234).

**264. Il trattamento dovuto ai parenti superstiti del lavoratore deceduto e al coniuge divorziato.** — Qualora il lavoratore deceda in costanza di rapporto, l'art. 2122 c.c. — non toccato dalla riforma del 1982 — impone al datore di pagare un importo di entità pari alla somma dell'indennità sostitutiva del preavviso (§ 512) e del trattamento di fine rapporto maturato, dedotte le anticipazioni erogate, ai parenti superstiti così individuati (primo e terzo comma):

- il coniuge e i figli in ogni caso, anche se non a carico del lavoratore al momento della sua morte;
- gli altri parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo, soltanto se a carico;
- in mancanza degli uni e degli altri, secondo le norme della successione legittima.

A norma del secondo comma dello stesso articolo, «la ripartizione delle indennità, se non vi è accordo tra gli aventi diritto, deve farsi secondo il bisogno di ciascuno». Qualsiasi patto concernente la ripartizione delle indennità in caso di morte è nullo (comma quarto).

Si discute in dottrina sul titolo dell'acquisizione del trattamento da parte dei superstiti: questione che assume rilievo non trascurabile sul piano fiscale. Alla tesi prevalente, nel senso dell'acquisto *iure proprio* (235), si contrappone quella dell'acquisto a titolo successorio (236). Quest'ultima appare la più coerente con la natura di retribuzione differita, pacificamente attribuita al t.f.r. (§ 261), e col fatto che l'erogazione ai superstiti può venire meno, anche integralmente, per effetto delle anticipazioni godute dal lavoratore (§ 263).

L'art. 12-bis della legge sul divorzio, 1° dicembre 1970 n. 898 (237) attribuisce al coniuge divorziato, titolare di un assegno di mantenimento a carico dell'altro coniuge, il diritto a due quinti del trattamento di fine rapporto percepito da quest'ultimo. Il riferimento nel testo della norma all'avvenuta percezione costituisce argomento a sostegno della tesi secondo cui soggetto passivo dell'obbligo sarebbe solo il coniuge lavoratore, non il suo datore di lavoro; ma vi è anche chi sostiene, invece, che il coniuge divorziato abbia diritto al pagamento della quota di sua pertinenza del t.f.r. anche nei confronti del datore di lavoro, quando gli abbia dato tempestiva e idonea informazione e documentazione in proposito (238). La legge nulla dice circa il diritto del divorziato sull'anticipazione del t.f.r. eventualmente conseguita dal coniuge lavoratore; in proposito possono verificarsi situazioni profondamente diverse tra loro, nelle quali il criterio equitativo porterebbe a soluzioni altrettanto differenti, di volta in volta a vantaggio dell'uno o dell'altro; ma l'unico criterio cui possa riconoscersi un fondamento positivo sembra essere quello dell'attribuzione al divorziato (purché titolare di

assegno di mantenimento) dei due quinti dell'anticipazione conseguita dal coniuge lavoratore in corso di rapporto, per la stretta analogia che lega questo caso a quello del trattamento percepito da quest'ultimo alla cessazione del rapporto.

Appare condivisibile l'opinione secondo cui il diritto ai due quinti del t.f.r. non è attribuito al coniuge separato (ma non divorziato), quali che siano le modalità della separazione (239).

**265. Il trattamento di fine rapporto nel settore pubblico.** — L'art. 2 della legge di riforma del sistema pensionistico n. 335/1995 aveva affidato alla contrattazione collettiva la determinazione delle modalità concrete di estensione dell'istituto del trattamento di fine rapporto al settore dell'impiego pubblico, in sostituzione della vecchia indennità di buonuscita. L'accordo quadro nazionale del 29 luglio 1999 (240), dando attuazione a quella norma e rispondendo all'auspicio espresso da autorevole dottrina (241), ha disposto che la disciplina del t.f.r. si applichi senz'altro a tutti i dipendenti pubblici assunti dopo il 30 maggio 2000; ai dipendenti pubblici il cui rapporto abbia avuto inizio in epoca precedente è data invece l'opzione tra il passaggio al regime del t.f.r. e il mantenimento del vecchio regime dell'indennità di buonuscita (242).

L'art. 7 del d.lgs. n. 53/2000, cc. 1° e 3°, ha esteso a tutti i pubblici dipendenti il diritto all'anticipazione del t.f.r. in funzione di un congedo parentale (§§ 409-410), godibile peraltro anche da parte di chi abbia optato per il mantenimento del regime dell'indennità di buonuscita.

**266. La possibilità di devoluzione del t.f.r. a un fondo di previdenza complementare e di sua «cartolarizzazione».** — Da qualunque lato lo si guardi, l'istituto del t.f.r. è decisamente inattuale: per un verso si tende a ritenere che la sua funzione di sostegno al lavoratore nel passaggio da un rapporto di lavoro a un altro possa essere svolta assai meglio da una assicurazione adeguata contro la disoccupazione; per altro verso, il vincolo di finanziamento dell'impresa, che con esso si impone al lavoratore, appare iniquo per il tasso di interesse ridotto con cui il finanziamento viene remunerato (§ 262) e comunque contrario al principio comunitario della libera concorrenza nel mercato dei capitali: il disfavore nei confronti di questa forma di risparmio obbligatorio è sempre più diffuso (243). Nel contempo è venuta maturando l'esigenza di favorire lo sviluppo di forme di previdenza complementare, che consentano al lavoratore non soltanto di precostituire per la vecchiaia una rendita vitalizia integrativa della pensione erogata dall'assicurazione generale obbligatoria, ma anche, in caso di necessità, di disporre anticipatamente del capitale accantonato.

Ne è risultata la tendenza a convogliare le ingenti risorse costituite dagli accantonamenti per il t.f.r. verso i fondi di previdenza complementare: per questo l'art. 8 della legge 21 aprile 1993 n. 124 ha previsto che un contratto collettivo, oppure un regolamento aziendale emanato unilateralmente dall'imprenditore in aziende dove non operi la contrattazione collettiva, nell'istituire o disciplinare uno di tali fondi, offra al lavoratore la facoltà di destinare in tutto o in parte gli accantonamenti del proprio t.f.r. al fondo stesso, in funzione dell'accumulo del capitale che consentirà a tempo debito l'erogazione della rendita vitalizia integrativa, salvo che il titolare ne abbia chiesto la liquidazione anticipata.

Più recentemente, il d.lgs. 17 agosto 1999 n. 299, attuativo della delega conferita al Governo con l'art. 71, 1° e 2° c., della legge 17 maggio 1999 n. 144, ha previsto sperimentalmente la possibilità — per un periodo di quattro anni — di «cartolarizzazione» delle quote di t.f.r. destinate ai fondi pensione, cioè della loro trasformazione in azioni od obbligazioni emesse dalla società datrice di lavoro o da altra società appartenente allo stesso gruppo, suscettibili di essere negoziate nel mercato finanziario: si ottiene così il prodigio di assicurare risorse abbondanti ai fondi di previdenza complementare (fino al 7% circa delle retribuzioni correnti lorde: a tanto ammonta l'accantonamento del t.f.r.) e al tempo stesso liberare il lavoratore dal vincolo del finanziamento obbligatorio del proprio datore di lavoro, senza che quest'ultimo debba sborsare una sola lira.

In corrispondenza con queste nuove tendenze legislative, la giurisprudenza sembra avere abbandonato il vecchio — e fin dall'origine discutibilissimo — orientamento nel senso di considerare il trattamento di fine rapporto come espressione di un diritto fondamentale del lavoratore garantito dall'ordine pubblico internazionale italiano (244): l'assetto contrattuale che prevede l'accantonamento di una parte della retribuzione pagabile alla cessazione del rapporto non è più considerato come necessariamente preferibile per il lavoratore rispetto all'assetto che prevede soltanto la retribuzione diretta senza risparmio obbligatorio (salva la necessità dell'assicurazione pensionistica) e comunque non è più considerato come corrispondente a un principio di ordine pubblico internazionale nel nostro ordinamento (245).

## Sezione V

### LE INVENZIONI DEL LAVORATORE

Sommario: 267. La distinzione tra invenzioni di servizio, invenzioni d'azienda e invenzioni occasionali. Le ragioni dell'applicazione estensiva della regola dell'equo premio. — 268. Natura e determinazione dell'equo premio. — 269. L'infelice disposizione contenuta nell'art. 4 della l. n. 190/1985 sulle invenzioni e innovazioni dei quadri.

**267.** *La distinzione tra invenzioni di servizio, invenzioni d'azienda e invenzioni occasionali. Le ragioni dell'applicazione estensiva della regola dell'equo premio.* — L'art. 2590 c.c., c. 1°, attribuisce al lavoratore il diritto a essere considerato autore dell'«invenzione» da lui compiuta — dovendo intendersi per tale, almeno in via di prima approssimazione, l'ideazione e attuazione pratica di una soluzione originale a un problema della produzione, rientrante nell'oggetto dell'attività aziendale (246) — anche quando essa sia stata «fatta nello svolgimento del rapporto di lavoro». La stessa norma fa rinvio alle leggi speciali per la disciplina degli altri diritti e obblighi delle parti del rapporto conseguenti all'invenzione.

Il r.d. 29 giugno 1939 n. 1127 distingue in proposito tre casi, ai quali ricollega tre diversi trattamenti dovuti al lavoratore (247):

— la cosiddetta *invenzione di servizio* è quella che il lavoratore realizza nello svolgimento di una prestazione contrattuale avente per oggetto proprio l'attività inventiva e che per questo è specificamente retribuita (248); in questo caso i diritti derivanti dall'invenzione appartengono al datore di lavoro a titolo originario, mentre al lavoratore è riconosciuto, oltre al diritto a una retribuzione proporzionata al valore dell'attività inventiva dedotta in contratto, soltanto il diritto di essere riconosciuto autore dell'invenzione (art. 23, 1° c.);

— la cosiddetta *invenzione d'azienda* è invece quella che il lavoratore realizza nello svolgimento della propria prestazione lavorativa, ma in un contesto contrattuale nel quale l'attività inventiva non è prevista come oggetto necessario o modalità dovuta della prestazione stessa; in questo caso il lavoratore ha inderogabilmente diritto, oltre che a essere riconosciuto come autore dell'invenzione, anche a un «equo premio» in aggiunta alla retribuzione normale (art. 23, 2° c.) (§ 268);

— l'*invenzione libera od occasionale* è infine l'«invenzione industriale che rientri nel campo di attività dell'azienda privata o dell'amministrazione pubblica a cui è addetto l'inventore», realizzata però al di fuori della prestazione lavorativa oggetto del contratto: in questo caso l'imprenditore o ente pubblico ha soltanto un «diritto di prelazione per l'uso esclusivo, o non esclusivo» dell'invenzione o per l'acquisto del brevetto, nonché «per la facoltà di chiedere od acquistare [dal lavoratore], per la medesima invenzione, brevetti all'estero, verso corresponsione del canone o del prezzo, da fissarsi con deduzione di una somma corrispondente agli aiuti che l'inventore abbia comunque ricevuti dal datore di lavoro per pervenire all'invenzione» (art. 24, c. 1°).

Quanto all'estensione oggettiva della tutela, è innegabile che le norme in esame — se non altro per la loro particolare collocazione nel codice o nella legge speciale — siano originariamente applicabili soltanto alle invenzioni industriali suscettibili di brevetto (249), cioè le ideazioni caratterizzate da novità e originalità, suscettibili di applicazione pratica immediata per la soluzione di problemi della produzione industriale: tali possono essere in particolare i nuovi metodi e processi di lavorazione, macchine, strumenti, dispositivi, applicazioni tecniche di principi scientifici, ma anche nuovi prodotti (artt. 2584 e ss. c.c., r.d. 29 giugno 1939 n. 1127 e relative modifiche). Il principio di proporzionalità della retribuzione posto dall'art. 36 Cost. induce tuttavia la dottrina più recente a ritenere che la protezione dell'«invenzione» del lavoratore dipendente non possa intendersi estesa soltanto all'invenzione industriale, ma anche alle altre invenzioni intellettuali suscettibili di rilevante sfruttamento economico (250), ancorché non di brevetto (ad esempio, parrebbe iniquo e contrario a quel principio costituzionale che il solo imprenditore goda dell'intero profitto inatteso derivante da un nuovo programma informatico realizzato da un suo tecnico addetto alla manutenzione dei sistemi di elaborazione dei dati — solo perché quel programma è stato da questi prodotto durante l'orario di lavoro e per mezzo della strumentazione postagli a disposizione dall'impresa — senza che allo stesso autore ne derivi alcun vantaggio sul piano retributivo). Una conferma di questo ampliamento del campo di applicazione della regola dell'«equo premio» può desumersi ora dall'art. 4 della legge 13 maggio 1985 n. 190 (§ 269). L'estensione della regola dell'equa remunerazione dell'opera dell'ingegno del lavoratore anche al di fuori del campo delle invenzioni industriali, e in particolare nel campo delle opere protette dal diritto d'autore (tra le quali sono ora ricompresi i programmi informatici e le banche-dati, a norma del d.lgs. 29 dicembre 1992 n. 518 e del d.lgs. 6 maggio 1999 n. 169), pone tuttavia problemi complessi di ricostruzione sistematica e interpretazione delle singole disposizioni legislative, la cui soluzione è resa più difficile dal fatto che la linea di demarcazione tra diritto d'autore e invenzione industriale è sempre più sfumata, soprattutto nell'informatica, e dal fatto che la normativa sul diritto d'autore — a differenza di quella sulle invenzioni industriali — non regola il caso dell'opera creata occasionalmente dal lavoratore nell'ambito della sua prestazione contrattuale (251).

Problemi non meno complessi si pongono per l'estensione della tutela alle forme di collaborazione diverse dal contratto di lavoro subordinato, e in particolare al contratto di lavoro parasubordinato o autonomo, al lavoro nell'impresa familiare, al lavoro associato (252).

In linea generale, la mia opinione è che nell'epoca del trionfo dell'economia immateriale, delle tecniche informatiche e telematiche, dei *knowledge workers* impegnati soprattutto nel trattamento di flussi di informazioni, sarebbe antistorico limitare il diritto all'equo premio al solo caso dell'invenzione industriale intesa in senso stretto, realizzata nell'ambito di

un rapporto di lavoro subordinato tradizionale. Sulla base del principio costituzionale della giusta retribuzione e di quanto si è detto a suo luogo circa l'identità sostanziale della ragion d'essere economica e costituzionale della protezione del lavoro c.d. «parasubordinato» rispetto al lavoro subordinato (§§ 8 e 9) e le tendenze in proposito dell'ordinamento (§§ 95 e 96), nonché sulla scorta degli orientamenti dottrinali più recenti sopra citati in materia di tutela dei diritti del lavoratore sui frutti del suo ingegno, dovrebbe potersi affermare la regola seguente: in tutti i casi in cui oggetto del contratto di collaborazione sia la mera attività lavorativa e il datore di lavoro acquisisca a titolo originario i diritti di sfruttamento economico di un'invenzione od opera dell'ingegno realizzata dal collaboratore — o la possibilità pratica di sfruttare una innovazione da questi ideata e realizzata — nello svolgimento della sua prestazione contrattuale, quando l'invenzione, opera o innovazione non sia prevista come oggetto necessario o modalità dovuta della prestazione contrattuale, il collaboratore ha diritto a un compenso straordinario corrispondente all'utile straordinario prevedibilmente goduto dal datore di lavoro. La giurisprudenza è però prevalentemente ancora orientata in senso notevolmente più restrittivo per ciò che riguarda la nozione di invenzione rilevante in questa materia (253).

**268. Natura e determinazione dell'equo premio.** — Della natura — retributiva o no — dell'equo premio previsto dal secondo comma dell'art. 23 del r.d. n. 1127/1939 si discute in dottrina, osservandosi a sostegno della tesi negativa che la fattispecie cui la norma fa riferimento è caratterizzata proprio dal non essere l'attività inventiva oggetto dell'obbligo contrattuale del lavoratore: il relativo compenso avrebbe pertanto la natura «di attribuzione straordinaria di tipo indennitario», corrisposta *una tantum* «per una prestazione *extra ordinem* caratterizzata dal risultato inventivo non annoverabile tra quelli che il datore si riprometteva di conseguire» (254). In questo senso sembra orientata la giurisprudenza prevalente, che pertanto esclude l'assoggettabilità dell'equo premio a contribuzione previdenziale (255).

Nel senso contrario ben può, tuttavia, argomentarsi che se l'invenzione è compiuta dal lavoratore, come previsto nel secondo comma dell'art. 23, «nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o di impiego», essa rientra pur sempre, per definizione, nella prestazione lavorativa, ancorché ne costituisca un elemento non previsto dal contratto come dovuto, cioè una modalità di attuazione del rapporto contrattuale alla quale il lavoratore non è tenuto. Allo stesso modo rientra nella prestazione lavorativa del venditore l'ottenimento di una commessa di entità straordinaria per prodotti diversi da quelli a lui affidati, propiziata dall'intelligente sfruttamento di una possibilità imprevista, così come rientra nella prestazione del cavatore l'estrazione imprevista di una pepita d'oro in una cava di pietra, o nella prestazione di una *baby-sitter* la coraggiosa difesa del bambino contro un tentativo di rapimento, con esposizione a gravissimo rischio personale. In questo ordine di idee, appare difficile sostenere che il compenso erogato dal datore in relazione alla qualità straordinaria o allo straordinario risultato di un segmento della prestazione — pur imprevisto e non dovuto — non rientri nella definizione amplissima e onnicomprensiva della retribuzione della prestazione lavorativa, della quale si è detto a suo luogo (§ 243). Questo compenso è certamente escluso dalla retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (§ 261) e di altre voci retributive (§ 246); e, stante il suo carattere tipicamente occasionale, sarebbe certamente opportuno che il legislatore intervenisse a escluderlo dalla retribuzione imponibile a fini previdenziali; ma la definizione stessa della fattispecie sembra impedire che lo si consideri come una erogazione estranea allo scambio lavoro/retribuzione costituente l'oggetto essenziale del contratto di lavoro (256).

Secondo l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale tradizionale l'equo premio per le invenzioni suscettibili di brevetto, di cui all'art. 23, 2° c., è dovuto soltanto a condizione che il brevetto venga effettivamente conseguito (257). La norma legislativa, però, non fa riferimento a questa condizione; e in senso contrario si può osservare che il brevetto costituisce soltanto uno dei modi nei quali il titolare dei diritti patrimoniali derivanti dall'invenzione industriale può gestirli: nulla vieta che egli scelga invece di fare affidamento sulla protezione alternativa offertagli dall'obbligo di segreto industriale a cui sono vincolati i collaboratori che abbiano avuto notizia dell'invenzione per ragione della loro prestazione contrattuale, *ex art. 623 c.p.* (§ 464). Si è visto (§ 267), del resto, come la tutela del lavoratore «inventore», «autore» o «innovatore» debba considerarsi estesa — per effetto dell'art. 36 Cost. — anche al caso di opere del suo ingegno diverse dalle invenzioni industriali.

Per la determinazione dell'entità del premio la norma legislativa impone che si faccia riferimento all'«importanza dell'invenzione»: espressione che può essere intesa come riassuntiva di due elementi: l'impegno che la realizzazione dell'invenzione ha richiesto al lavoratore e le possibilità effettive di sfruttamento economico della stessa da parte del datore (258). Si tiene normalmente conto, nella determinazione, anche del livello professionale dell'attività svolta dal lavoratore (259) e del contributo che in tale attività gli è stato dato dall'organizzazione aziendale.

In caso di disaccordo tra le parti, l'art. 25 del r.d. n. 1127/1939 prevede che il premio sia determinato da un collegio arbitrale. Sorge in proposito un problema di coordinamento tra questa norma e la disciplina generale della soluzione arbitrale delle controversie in materia di lavoro, che verrà discusso a suo luogo (§§ 564-565).

Al premio per l'invenzione o innovazione si applica il termine di prescrizione ordinario decennale, dal momento che non si tratta di una voce retributiva a carattere ricorrente con frequenza infra-annuale (260).

Quanto al corrispettivo che il lavoratore può pretendere dal datore di lavoro per la cessione dei diritti di sfruttamento economico dell'invenzione compiuta al di fuori della prestazione lavorativa, l'art. 24 del r.d. n. 1127/1939 nulla dice in

proposito: la norma lascia, comprensibilmente, libero gioco alla negoziazione individuale, in una situazione nella quale il lavoratore dispone di particolare forza nei confronti del datore di lavoro e non sembra necessitare di una protezione inderogabile, di fonte legislativa o collettiva. La norma interviene, anzi, a protezione di un interesse dell'imprenditore, assicurandogli un diritto di prelazione per l'acquisto di quei diritti, alle condizioni stabilite dal lavoratore.

**269.** *L'infelice disposizione contenuta nell'art. 4 della l. n. 190/1985 sulle invenzioni e innovazioni dei quadri.* — Nel contesto normativo sopra esposto si inserisce l'art. 4 della legge 13 maggio 1985 n. 190 (§ 184), dove è previsto che i contratti collettivi definiscano «le modalità tecniche di valutazione e l'entità del corrispettivo economico della utilizzazione, da parte dell'impresa, sia delle innovazioni di rilevante importanza nei metodi o nei processi di fabbricazione ovvero nell'organizzazione del lavoro, sia delle invenzioni fatte dai quadri, nei casi in cui le predette innovazioni o invenzioni non costituiscano oggetto della prestazione di lavoro dedotta in contratto». L'ultimo inciso del testo legislativo, confrontato nel suo tenore letterale con la formulazione dell'art. 23 del decreto del 1939, potrebbe far pensare che la fattispecie disciplinata si collochi nell'area delle invenzioni occasionali o libere di cui all'art. 24 dello stesso decreto. Ma se così fosse il significato logico della norma si perderebbe totalmente: non si comprenderebbe, infatti, perché mai la contrattazione collettiva dovrebbe stabilire il prezzo della transazione circa i diritti di sfruttamento dell'invenzione o innovazione, in una situazione nella quale l'imprenditore non è tenuto a compiere l'acquisto ma è soltanto titolare di un diritto di prelazione sull'acquisto stesso. Il legislatore ha sicuramente inteso qui riferirsi — sia pure con una formulazione imprecisa — alle invenzioni c.d. «aziendali» di cui al secondo comma dell'art. 23 (261), facendo rinvio alla contrattazione collettiva per l'individuazione dei criteri di determinazione dell'«equo premio». Poiché è difficile ipotizzare una disciplina collettiva su materia così poco riconducibile a modelli standard, il solo significato apprezzabile che può attribuirsi alla norma sembra consistere in una conferma esplicita dell'estensione della regola dell'«equo premio» a tutte le «innovazioni» utili ideate dal lavoratore e non soltanto alle invenzioni industriali: estensione che altrimenti avrebbe come unico fondamento positivo l'art. 36 Cost. (§ 267). Questo ampliamento della portata della regola dell'«equo premio» non può, tuttavia, considerarsi applicabile ai soli «quadri», escludendosi operai, impiegati e dirigenti. La realtà, agevolmente desumibile dai lavori preparatori della legge n. 190/1985, è che, in reazione agli eccessi egualitaristi del movimento sindacale nel quindicennio precedente, con quella legge la maggioranza parlamentare ha voluto lanciare un messaggio politico di attenzione agli interessi professionali degli impiegati di livello superiore e dei tecnici (i «quadri»), evidenziando la peculiarità della loro posizione. Senonché, per far questo essa ha insipientemente dettato norme — come quella qui in esame o quella sulla responsabilità civile contenuta nell'art. 5 — che, se dovessero davvero considerarsi riferite soltanto ai quadri, genererebbero una disparità di trattamento di fonte legislativa sicuramente incostituzionale (§ 184).

## Sezione VI

### IL PAGAMENTO E I PRIVILEGI DEL CREDITO RETRIBUTIVO

Sommario: 270. Forma della retribuzione: la convenzione O.I.L. n. 95/1949. Il pagamento mediante assegni o accredito bancario. Il pagamento in natura. — 271. Tempo e luogo del pagamento. — 272. L'obbligo del prospettopaga. — 273. Limiti in materia di pignoramento, sequestro conservativo, compensazione e cessione della retribuzione. — 274. La rivalutazione monetaria nel caso di ritardo del pagamento. — 275. Il privilegio del credito retributivo nel caso di insolvenza del datore di lavoro. — 276. La garanzia assicurativa del credito di retribuzione contro l'insolvenza del datore.

**270.** *Forma della retribuzione: la convenzione O.I.L. n. 95/1949. Il pagamento mediante assegni o accredito bancario. Il pagamento in natura.* — Salva diversa pattuizione tra le parti, la retribuzione dovrebbe, secondo la regola civilistica generale, essere corrisposta in moneta avente corso legale nello Stato (art. 1277 c.c.) e non potrebbe essere corrisposta per mezzo di assegni bancari o circolari, o altri titoli di credito. Il rigore di questa regola è stato però notevolmente attenuato — in conformità con quanto previsto dall'art. 3, c. 2°, della convenzione O.I.L. n. 95/1949 (262) — da un orientamento giurisprudenziale che può considerarsi ormai consolidato, nel senso della legittimità della scelta unilaterale, da parte del datore di lavoro, del pagamento della retribuzione mediante accredito in conto corrente o mediante assegno circolare (263) (il pagamento per mezzo di assegno bancario non può invece essere imposto unilateralmente, stante la minore affidabilità del titolo e la maggiore difficoltà dell'incasso). A norma del terzo comma dell'art. 2099 c.c. e dell'art. 4 della citata conv. n. 95/1949, il contratto può anche consentire che una parte della retribuzione sia corrisposta in natura «nelle industrie o professioni in cui questa forma di pagamento sia di uso corrente o conveniente a causa del tipo di industria o professione di cui si tratta», salvo il divieto del

«pagamento del salario sotto forma di alcoolici o di droghe nocive» (c. 1°). La merce utilizzata per il pagamento della retribuzione in natura deve comunque essere direttamente utilizzabile dal lavoratore o dalla sua famiglia e deve avere un valore «giusto e ragionevole» (c. 2°) (264).

A norma dell'art. 5 della convenzione n. 95/1949, la retribuzione deve essere corrisposta direttamente al lavoratore che vi ha diritto, salva diversa disposizione legislativa o contrattuale (si pensi ad esempio alla possibilità di forme di accantonamento previdenziale di parti della retribuzione). È inoltre proibito al datore di lavoro di «limitare in qualsiasi modo la libertà del lavoratore di disporre del proprio salario a suo piacimento» (art. 6).

**271. Tempo e luogo del pagamento.** — La regola consuetudinaria generale riguardo al tempo del pagamento della retribuzione è quella della postnumerazione, in base alla quale il relativo diritto del lavoratore sorge al termine del periodo al quale la retribuzione stessa si riferisce (265). Oggi in Europa tale periodo corrisponde normalmente — anche per il salario operaio — al mese di calendario (§ 244), con la conseguente suddivisione della retribuzione annuale in dodici mensilità più la tredicesima e le eventuali mensilità aggiuntive ulteriori (§ 259).

Quanto al luogo del pagamento, è uso universale in materia di lavoro — derogatorio rispetto alla regola generale enunciata nell'art. 1182 c.c., 3° c., e conforme alla disposizione contenuta nell'art. 13 della citata conv. n. 95/1949 (266) — che la retribuzione, quando non viene corrisposta mediante accredito in conto corrente, venga pagata nell'unità produttiva nella quale la prestazione si svolge o in prossimità di essa (267).

**272. L'obbligo del prospetto-paga.** — La legge 5 gennaio 1953 n. 4 stabilisce che ogni lavoratore subordinato — esclusi i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, il personale addetto esclusivamente ai servizi domestici (§ 110) e i dirigenti, ma non più i lavoratori del settore agricolo — hanno diritto a ricevere, insieme alla retribuzione, un prospetto-paga recante l'indicazione del nome e cognome del percipiente stesso, della sua categoria professionale e del periodo di lavoro al quale la retribuzione si riferisce, nonché la descrizione analitica di ciascuna voce retributiva, degli eventuali assegni familiari (268), e delle trattenute fiscali e contributive. Dal prospetto deve inoltre risultare con chiarezza l'identità del datore di lavoro, del quale — o di chi ne fa le veci — deve comparire inoltre la firma, sigla o timbro.

L'omissione o il ritardo della consegna del prospetto-paga e l'inesattezza delle registrazioni su di esso compiute costituiscono, oltre che un'inadempienza contrattuale verso il lavoratore, anche un illecito amministrativo punito con un'ammenda (269).

Tutti i dati contenuti nel prospetto-paga devono essere registrati anche nel libro-paga di cui all'art. 12, c. 8° del regolamento emanato con r.d. 10 settembre 1923 n. 1955 e all'art. 21 del d.P.R. 30 giugno 1965 n. 1124 (per la registrazione su supporto magnetico v. ora il d.P.R. 20 aprile 1994 n. 350), la cui funzione consiste essenzialmente nel consentire il controllo della regolarità della contribuzione previdenziale — oltre che del rispetto dei limiti di orario di lavoro — da parte degli ispettori.

La corrispondenza fra la retribuzione risultante dal prospetto-paga e quella effettivamente pagata dal lavoratore è oggetto di una presunzione *iuris tantum*, superabile mediante prova contraria (270). Questa regola assume rilievo nel caso non raro nel quale il datore di lavoro senza scrupoli consegna e fa sottoscrivere per ricevuta dai propri dipendenti dei prospetti-paga recanti l'indicazione di una retribuzione conforme agli standard collettivi, pagando tuttavia effettivamente, in denaro contante, importi inferiori (271). Un rimedio processuale assai efficace contro questo grave abuso, quando non si disponga di testimoni, consiste nel deferire il giuramento decisorio al datore di lavoro circa il denaro effettivamente pagato: l'esperienza pratica insegna che neppure il datore più disonesto si azzarda a rendere un giuramento falso, sapendo che nel procedimento penale che potrebbe derivarne immediatamente il lavoratore vittima della pratica disonesta assumerebbe la veste di testimone.

Assai più diffuso è il fenomeno inverso, consistente nel pagamento effettivo di una somma di denaro (il c.d. «fuori-busta») superiore rispetto a quanto indicato nel prospetto-paga, al fine di evadere l'obbligazione contributiva (272).

**273. Limiti in materia di pignoramento, sequestro conservativo, compensazione e cessione della retribuzione.** — Che il credito retributivo abbia natura alimentare non è pacifico, essendo affermato soltanto da una parte della dottrina (273), ma negato da chi ritiene inconciliabile la natura alimentare con il nesso sinallagmatico che lega la retribuzione alla prestazione lavorativa (274). La questione non merita soverchio dispendio di analisi e argomentazione critica, dal momento che tutte le conseguenze pratiche dipendenti dalla sua soluzione — segnatamente quelle in materia di pignorabilità, compensazione e cessione del credito retributivo — sono espressamente e precisamente disciplinate dalla legge.

*Pignoramento.* L'art. 545 c.p.c. (275) stabilisce che i crediti di retribuzione, ivi compresi quelli relativi al trattamento di fine rapporto e all'indennità sostitutiva del preavviso, inerenti a rapporti di lavoro privato o pubblico (276), sono pignorabili soltanto «nella misura di un quinto per i tributi dovuti allo Stato, alle Province e ai Comuni, e in eguale misura per ogni altro credito» (c. 4°). Spetta invece al giudice decidere, senza limiti prestabiliti, la misura del pignoramento della retribuzione per crediti alimentari (c. 3°). Nel caso di concorso di crediti di natura diversa, il pignoramento non può comunque eccedere la metà del credito retributivo (c. 5°) (277).

Una disposizione analoga è contenuta anche nell'art. 10 della conv. O.I.L. n. 95/1949 (278), dove la determinazione del limite della pignorabilità e sequestrabilità è riservata ai legislatori nazionali, ma è vincolata al criterio della «misura giudicata necessaria per garantire il mantenimento del lavoratore e della sua famiglia». L'impignorabilità del credito retributivo perdura pacificamente anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro (279). Giurisprudenza e dottrina prevalenti sono orientate nel senso della pignorabilità, entro i limiti di cui si è detto, anche dei crediti retributivi non ancora maturati (280).

*Sequestro.* L'art. 671 c.p.c. stabilisce che il sequestro conservativo, disposto su istanza di un creditore, delle somme dovute da terzi al debitore è ammesso soltanto «nei limiti in cui la legge ne permette il pignoramento»: donde l'assoggettabilità della retribuzione del lavoratore subordinato a sequestro conservativo soltanto nella misura di un quinto, salvo che il creditore lo chieda in funzione del soddisfacimento di un credito verso il lavoratore di natura alimentare.

*Compensazione.* A norma del combinato disposto dell'art. 1246/3 c.c. e dell'art. 545 c.p.c. il datore di lavoro non può trattenere più di un quinto della retribuzione, comprese le competenze di fine rapporto, in compensazione di propri crediti liquidi ed esigibili (281). Va tuttavia osservato in proposito che — secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato — non costituisce compensazione in senso proprio, bensì mero conguaglio dare/avere non soggetto ad alcuna limitazione, l'operazione che il datore di lavoro compie detraendo dalla retribuzione l'importo corrispondente a un proprio credito verso il lavoratore nascente dallo stesso rapporto di lavoro (ad esempio, un credito risarcitorio nascente da inadempimento del lavoratore: § 477) (282). Il conguaglio può altresì essere compiuto integralmente fra quanto il datore di lavoro abbia pagato a titolo di trattamento di fine rapporto in occasione del licenziamento e quanto egli debba pagare al dipendente a titolo di risarcimento in esecuzione della sentenza di annullamento del licenziamento stesso (283).

Le aziende di credito offrono normalmente ai propri dipendenti condizioni particolarmente agevolate per l'apertura e la gestione del conto corrente, sul quale, con il consenso tacito o esplicito degli stessi, vengono accreditati gli stipendi. La compensazione che in tal caso può avvenire automaticamente tra lo stipendio accreditato e lo scoperto in precedenza determinatosi nel conto non può considerarsi illecita, poiché essa avviene nell'ambito del contratto di conto corrente tra il lavoratore e l'azienda, essendo il debito retributivo di quest'ultima compiutamente e integralmente adempiuto con l'accredito dello stipendio nel conto (284).

*Cessione.* A norma degli artt. 1 e 52 del d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180 anche la cessione del credito retributivo, nascente da rapporto di lavoro pubblico o privato (285), è consentita soltanto nella misura di un quinto, per il periodo di cinque o di dieci anni, rispettivamente a condizione che il lavoratore abbia almeno cinque o dieci anni di anzianità di servizio. Lo stesso decreto contiene una disciplina restrittiva in materia di erogazione di finanziamenti a impiegati e operai da parte di soggetti terzi, che, pur sicuramente animata da un intento di protezione contro l'usura, presta il fianco a censure di incostituzionalità.

La limitazione della cedibilità del credito retributivo è altresì prevista nel già citato art. 10 della conv. O.I.L. n. 95/1949, che anche in questo caso lascia la determinazione del limite al legislatore nazionale.

**274. La rivalutazione monetaria nel caso di ritardo del pagamento.** — In caso di ritardo nel pagamento della retribuzione il lavoratore ha diritto, oltre agli interessi (nella misura legale o in quella stabilita dal contratto collettivo), al risarcimento del danno subito in conseguenza dell'eventuale diminuzione del potere di acquisto della moneta (art. 429 c.p.c., come modificato dalla legge 13 agosto 1973 n. 533), mediante la rivalutazione del credito secondo l'indice del costo della vita per i lavoratori dell'industria calcolato dall'Istat (art. 150 disp. att. c.p.c.) (286).

All'epoca dell'entrata in vigore della norma, tale indice veniva calcolato dall'Istat principalmente in funzione della determinazione degli scatti dell'indennità di contingenza, originariamente trimestrali, dal 1986 semestrali; il meccanismo della scala mobile è poi cessato definitivamente nel 1992 (§ 245). Dopo qualche incertezza giurisprudenziale, è venuta consolidandosi l'opinione secondo cui la rivalutazione dei crediti di lavoro deve avere corso in modo del tutto indipendente dal meccanismo della scala mobile, quindi anche nei casi di ritardo inferiore al trimestre: in pratica, poiché gli scatti dell'indice hanno cadenza mensile, la rivalutazione ha corso per tutti i ritardi di

pagamento di entità superiore a un mese (287).

È stata lungamente discussa la questione se gli interessi di mora si aggiungano alla rivalutazione o ne siano assorbiti (288). Sul punto era intervenuto il legislatore, con l'art. 22, c. 36<sup>o</sup>, della legge 23 dicembre 1994 n. 724 (finanziaria 1995), che, estendendo il regime istituito per i crediti previdenziali dall'art. 16 della legge 30 dicembre 1991 n. 412, aveva escluso il cumulo tra interessi e rivalutazione anche per i crediti retributivi derivanti da rapporti di lavoro pubblici e privati (289). Successivamente la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima questa norma nella parte in cui esclude il cumulo per i crediti nascenti da rapporti di lavoro privati (290); e la Cassazione ha confermato questo orientamento, osservando che «si versa in tema di crediti di natura risarcitoria, derivanti da responsabilità contrattuale, come tali di valore (rappresentando il danaro l'equivalente del bene perduto) e non di valuta, ... per i quali la rivalutazione monetaria rappresenta il valore sottratto e riportato all'attualità, mentre l'aggiunta degli interessi legali compensa del ritardo con il quale il detto valore si consegue» (291). Si è riaperta così anche la questione circa la legittimità della perdurante esclusione del cumulo tra interessi e rivalutazione per i crediti previdenziali e assistenziali.

Diversa questione è quella se gli interessi debbano essere calcolati sulla somma rivalutata, con conseguente automatica rivalutazione degli interessi medesimi, oppure no. Nel senso del calcolo degli interessi sul capitale rivalutato si è registrato l'orientamento giurisprudenziale prevalente fin dalla metà degli anni '70, confermato dalla Cassazione anche ultimamente, ma con la precisazione che gli interessi non devono essere calcolati sul capitale maggiorato dell'intera rivalutazione complessiva risultante al momento del pagamento, bensì sul capitale maggiorato della rivalutazione dovuta periodo per periodo: «la base di calcolo degli interessi non è così quella massima bensì quella gradualmente incrementata» (292) (è questa la c.d. «soluzione intermedia» del problema, rispetto a quella più favorevole al lavoratore, consistente nel calcolo di tutti gli interessi sul capitale interamente rivalutato, e a quella meno favorevole, consistente nel calcolo degli interessi sul capitale non ancora rivalutato).

La rivalutazione va ovviamente operata in riferimento al ritardo con cui viene pagata ciascuna parte del capitale: pertanto sull'acconto pagato in ritardo si calcola la rivalutazione soltanto per il periodo intercorrente tra la maturazione del credito e il pagamento parziale (293).

Per effetto di un intervento della Corte costituzionale del 1989, la rivalutazione del credito di lavoro decorre anche dopo l'apertura della procedura fallimentare (294).

La giurisprudenza ha pure precisato che l'istituto della rivalutazione deve considerarsi tutt'uno con quello degli interessi; pertanto, in un caso nel quale il contratto collettivo prevedeva un tasso di interesse convenzionale nettamente superiore a quello legale, ma non la rivalutazione del credito, si è ritenuto che tale disciplina pattizia non potesse applicarsi cumulativamente con quella legale della rivalutazione, dovendo invece applicarsi, tra le due, la disciplina risultante complessivamente più favorevole per il lavoratore (295).

**275. Il privilegio del credito retributivo nel caso di insolvenza del datore di lavoro.** — Gli artt. 2751-bis e 2777 c.c., come modificati dalla l. 29 luglio 1975 n. 426, stabiliscono che in caso di insolvenza del datore di lavoro i crediti di retribuzione e i crediti risarcitori per omissione di contributi previdenziali o per licenziamento ingiustificato (296) devono essere soddisfatti prima di tutti gli altri crediti per mezzo dei beni mobili appartenenti al patrimonio del debitore (c.d. privilegio generale sui mobili): non più, dunque, in concorso con i crediti degli istituti previdenziali, come prima della riforma del 1975. Se i beni mobili non sono sufficienti per soddisfare i crediti di retribuzione, a norma dell'art. 2776 c.c. questi vengono soddisfatti prima di tutti gli altri crediti sui beni immobili non soggetti a ipoteche (c.d. collocazione sussidiaria sui beni immobili). Il privilegio si estende pacificamente agli interessi e alla rivalutazione monetaria del credito (§ 274) (297).

Un privilegio analogo, ma limitato alle retribuzioni relative a un periodo determinato dalla legge nazionale, precedente al verificarsi dell'insolvenza e a una porzione determinata delle retribuzioni precedenti, è previsto dall'art. 11 della conv. O.I.L. n. 95/1949 (298).

Il privilegio si trasferisce automaticamente agli eredi del lavoratore e ai titolari dell'indennità per morte dello stesso (§ 264). La giurisprudenza prevalente è invece oggi orientata nel senso di escludere dal privilegio e considerare pertanto di natura chirografaria il credito del sindacato relativo alla quota di iscrizione trattenuta dal datore di lavoro per delega del lavoratore, a norma dell'art. 26 St. lav. (§ 60) (299).

**276. La garanzia assicurativa del credito di retribuzione contro l'insolvenza del datore.** — In ottemperanza alla direttiva comunitaria 20 ottobre 1980 n. 987, anche la legge italiana (d.lgs. 27 gennaio 1992 n. 80, emanato nell'esercizio della delega conferita al Governo dalla «legge comunitaria» 29 dicembre 1990 n. 428) ha istituito un regime di assicurazione obbligatoria del credito di retribuzione contro il rischio di insolvenza del datore di lavoro: l'assicurazione è gestita da appositi fondi affidati agli istituti previdenziali, alimentati mediante un contributo pagato da tutti i datori di lavoro iscritti, e copre le retribuzioni corrispondenti agli ultimi tre mesi precedenti all'apertura della procedura concorsuale (300), o alla data di inizio dell'esecuzione forzata quando si tratti di datore di lavoro non

suscettibile di fallimento (301). Agli stessi fondi era stata affidata in precedenza, dalla legge n. 297/1982 che li aveva istituiti, la garanzia assicurativa del pagamento del trattamento di fine rapporto.

La garanzia copre anche i crediti accessori per interessi e rivalutazione (§ 274) (302) e l'eventuale credito relativo alla contribuzione posta a carico del datore di lavoro per forme di previdenza complementare.

Il ritardo nell'attuazione della direttiva comunitaria del 1980 aveva dato luogo a procedimenti individuali contro lo Stato italiano davanti alla Corte di Giustizia, la quale lo aveva condannato al risarcimento del danno conseguito (303). Per questo il d.lgs. n. 80/1992 ha previsto l'estensione della garanzia ai casi di insolvenza anteriori alla propria entrata in vigore, attribuendo ai lavoratori interessati il diritto — da esercitarsi entro un anno — a un'indennità di importo sostanzialmente corrispondente a quello posto a carico dei fondi di garanzia «a regime», indennità che — nel silenzio del decreto sul punto — la Corte di cassazione ha ritenuto essere dovuta dai fondi stessi (304).

Ultimamente, la direttiva comunitaria 23 settembre 2002 n. 74 è intervenuta a modificare la direttiva n. 987/1980, precisando la nozione di insolvenza a cui la normativa fa riferimento e dettando disposizioni relative alle « situazioni transnazionali ».

(1) «Il salario del bracciante al tuo servizio non resti la notte presso di te fino al mattino dopo» (*Levitico*, 19, 13); «Non defrauderai il salariato povero e bisognoso, sia egli uno dei tuoi fratelli o uno dei forestieri che stanno nel tuo paese, nelle tue città; gli darai il suo salario il giorno stesso, prima che tramonti il sole, perché egli è povero e vi volge il desiderio» (*Deuteronomio*, 24, 14-15); «Guai a chi costruisce la casa senza giustizia / e il piano di sopra senza equità, / che fa lavorare il suo prossimo per nulla, / senza dargli la paga» (*Geremia*, 22, 13); «Coloro che avranno raccolto il grano / lo mangeranno e canteranno inni al Signore, / coloro che avranno vendemmiato berranno il vino, / nei cortili del mio santuario» (*Isaia*, 62, 9).

(2) Per un'esposizione dei passi della *Summa* di Tommaso dove è trattata la materia del giusto *stipendium laboris* v. F. Mortillaro, *La retribuzione*, Roma, 1979, pp. 15-22; nelle pagine successive anche alcuni cenni sulle concezioni luterane e calvinista del principio della giusta retribuzione. Dello stesso principio non ho trovato, invece, alcuna traccia né nel diritto romano classico, né in quello giustiniano.

(3) La storia del pensiero economico moderno su questo tema si apre con la «legge di ferro dei salari» teorizzata dagli economisti classici, tra i quali soprattutto A. Smith (*An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, ed. orig. 1776), anche sulla base della coeva teoria demografica malthusiana. Il livello della retribuzione degli operai, secondo questa «legge», tenderebbe naturalmente a identificarsi con quanto è necessario per il loro mantenimento e la loro riproduzione, in un dato tempo e in un dato luogo: qualsiasi aumento del livello delle retribuzioni imposto da un fattore esogeno rispetto al mercato (in particolare da un intervento del legislatore o del sindacato) causerebbe, per un verso, un aumento del tasso di natalità o una riduzione del tasso di mortalità perinatale, con conseguente aumento dell'offerta di manodopera; per altro verso causerebbe una riduzione della domanda di manodopera; donde uno squilibrio fra domanda e offerta da cui deriverebbe disoccupazione, con conseguente pressione per un ritorno delle retribuzioni al loro livello naturale, cioè a quello di sussistenza. Solo la «mano invisibile» del mercato, in questo ordine di idee, può assicurare la piena occupazione determinando il livello di retribuzione con essa compatibile. Traggio i riferimenti ai classici della letteratura economica dai testi dei quali mi sono avvalso per questa sinteticissima esposizione dei concetti essenziali circa il possibile ruolo dello Stato o del sindacato nella determinazione dei livelli retributivi: E. Roll, *Storia del pensiero economico*, Torino, 1966; M. Dobb, *I salari*, Torino, 1965; E. Tarantelli, *Economia politica del lavoro*, Torino, 1986, pp. 21-53.

(4) L'esistenza di uno spazio per qualsiasi fattore esogeno di determinazione dei livelli retributivi è drasticamente negata anche dalla dottrina cosiddetta «del fondo salari», cui ha contribuito soprattutto J.S. Mill (*Principles of Political Economy, with some of their Applications to Social Philosophy*, ed. orig. Londra, 1848). Questa teoria, considerando il capitale essenzialmente come anticipazione di salari agli operai, individua il livello delle retribuzioni come risultato della pura e semplice divisione dell'ammontare del capitale disponibile per il numero degli operai in cerca di impiego: il livello dei salari potrebbe dunque aumentare in conseguenza di un aumento del capitale disponibile, oppure di una diminuzione della popolazione operaia, ma non potrebbe essere stabilmente influenzato da alcun altro elemento. In particolare, assumendosi il «fondo salari» disponibile come dato, l'intervento dello Stato o del sindacato potrebbe incrementare il livello dei salari soltanto al prezzo di precludere a una parte della popolazione interessata l'accesso al lavoro, cioè di creare disoccupazione. Per altro verso, in questo modello la concorrenza tra imprenditori costituisce la migliore garanzia di innalzamento dei salari al livello massimo compatibile con la piena occupazione.

(5) Verso la fine del secolo XIX, con l'affermarsi dell'approccio marginalista di cui A. Marshall (*Principles of Economics*, ed. orig., Londra, 1890) è uno dei principali alfieri, la scienza economica di ispirazione non marxiana si orienta verso una teoria della domanda di lavoro meno rigida di quella del «fondo salari». Il capitale disponibile non è più considerato come un fondo di entità sostanzialmente fissa, ma come una grandezza variabile in relazione all'utilità estraibile dal lavoro; il prezzo della manodopera è determinato dal valore che il lavoratore marginale aggiunge con la propria attività al prodotto: se gli imprenditori sono in concorrenza tra loro nel mercato del lavoro, essi tendono ad assicurarsi la prestazione di quel lavoratore aumentando la retribuzione offerta fino al limite dell'utilità che egli può fornire all'impresa (variabilità delle retribuzioni in relazione alla produttività marginale del lavoro). Anche questa teoria — condizionata, beninteso, all'assetto concorrenziale del mercato dal lato della domanda di manodopera — lascia ben poco spazio al possibile intervento del legislatore o del sindacato per l'aumento degli standard di trattamento dei lavoratori: la fissazione di un prezzo del lavoro superiore a quello che si determina spontaneamente in un mercato concorrenziale — superiore, cioè, alla produttività marginale del lavoro stesso — porterebbe soltanto alla creazione di disoccupazione.

(6) *The Principles of Political Economy and Taxation*, ed. orig. 1817, dove compare la prima teorizzazione della retribuzione come variabile indipendente del sistema.

(7) *Das Kapital*, vol. I, ed. orig. 1867: M. teorizza la possibilità sul piano economico di una azione politico-sindacale della classe operaia volta a promuovere un progressivo aumento delle retribuzioni, ripudiando la teoria malthusiana dell'aumento della popolazione operaia come conseguenza automatica dell'aumento dei salari (la storia su questo punto gli darà pienamente ragione). Nella visione marxiana, il variare del tasso dei salari inversamente al tasso dei profitti — entro un limite massimo, oltre il quale l'aumento delle retribuzioni comprime i profitti al punto da provocare il collasso del sistema capitalista — dipende soltanto dal rapporto di forza tra le classi; è dunque evidente lo spazio che si apre, in questa concezione, all'intervento del legislatore o a quello della coalizione sindacale per l'aumento degli standard di trattamento dei lavoratori.

(8) Nell'alveo di questa concezione del mercato del lavoro si collocheranno sostanzialmente anche, nella seconda metà del secolo XX, le teorie più recenti della giusta retribuzione come «istituzione sociale», ovvero come standard di trattamento minimo determinato in modo esogeno — cioè non da meccanismi interni al funzionamento del mercato del lavoro — dall'ordinamento giuridico e/o dal comune sentire circa l'equità dei rapporti sociali e della distribuzione del reddito: v. tra gli altri R.M. Solow, *The Labour Market as a Social Institution*, Cambridge, Mass., 1990 (tr. it. Bologna, 1994). Sul rilievo che questa impostazione teorica può assumere in sede di interpretazione e applicazione dell'art. 36 Cost., v. ultimamente L. Cavallaro, *Elogio della rigidità. La «giusta retribuzione» tra norma giuridica e teoria economica*, EP, 2001, n. 1, 3-17.

(9) «Sia pur dunque che l'operaio e il padrone formino di comune consenso il patto, e nominatamente il quanto della mercede: vi entra però sempre un elemento di giustizia naturale, anteriore e superiore alla libera volontà dei contraenti, ed è che il quantitativo della mercede non deve essere inferiore al sostentamento dell'operaio, frugale, s'intende, e ben costumato. Se questi, costretto dalla necessità o per timore di peggio, accetta patti

più duri, i quali perché imposti dal proprietario o dall'intraprenditore, volere o non volere, debbono essere accettati, questo è subire una violenza contro la quale la giustizia protesta» (Leone XIII, *Rerum Novarum*, 1891, § 27).

(10) Pio XI si spinge a sostenere che la giusta mercede è quella che consente agli operai non soltanto di mantenere adeguatamente se stessi e la propria famiglia, ma anche «di ripromettersi che alla loro morte saranno convenientemente provveduti quelli che lasciano dopo di sé ... farsi un qualche modesto patrimonio, ... mettersi da parte qualche fortuna» (*Quadragesimo Anno*, 1931, § 29; nello stesso senso Id., *Divini Redemptoris*, 1937, § 52); nella determinazione della giusta mercede deve altresì tenersi conto, da un lato, della necessità di evitare che «le madri di famiglia per la scarsità del salario del padre siano costrette a esercitare un'arte lucrativa fuori delle pareti domestiche, trascurando così le incombenze e i doveri loro propri e particolarmente la cura e l'educazione dei loro bambini» (*Quadragesimo Anno*, § 32; un accenno in questo senso anche nell'enciclica dello stesso Pontefice di poco precedente, *Casti Connubii*, 1930, § 43), ma dall'altro lato deve tenersi conto anche dell'andamento dell'azienda (*Quadragesimo Anno*, § 33; tutte le citazioni di questa e della nota precedente sono tratte da *Le encicliche sociali dei papi, da Pio IX a Pio XII*, a cura di I. Giordani, Roma, 1948<sup>3</sup>). Sotto il pontificato di Pio XII non si sono registrati mutamenti significativi nella dottrina sociale cattolica, su questo punto, rispetto alle due ultime encicliche citate: v. J.-V. Calvez, J. Perrin, *Chiesa e società economica*, Milano, 1964, pp. 369-412.

(11) Pio XI denuncia come gravemente negativa la situazione nella quale «nel mercato cosiddetto del lavoro (*in mercatu quem dicunt laboris*) l'offerta e la domanda (*operae conductio ac locatio*) dividono gli uomini come in due schiere»; e il suo discorso prosegue con un aperto elogio del sistema corporativo: «quelli che si applicano ad un'arte medesima formano collegi o corpi sociali; di modo che queste corporazioni con diritto loro proprio [sono] se non essenziali alla società civile, almeno naturali. ... La qual forza di coesione si trova ... tanto nell'identità dei beni da prodursi o dei servizi da farsi, in cui converge il lavoro riunito dei datori e prestatori di lavoro della stessa categoria, quanto in quel bene comune, a cui tutte le varie classi, ciascuna per la parte sua, devono unitamente e amichevolmente concorrere» (*Quadragesimo Anno*, § 36). Nel settantesimo anniversario della *Rerum Novarum* la diffidenza della dottrina sociale cattolica nei confronti del mercato assumerà una coloritura decisamente diversa: «nei Paesi economicamente sviluppati, non è raro constatare che ... all'opera assidua e proficua di intere categorie di onesti e operosi cittadini vengono corrisposte retribuzioni troppo ridotte, insufficienti o comunque non proporzionate al loro contributo ... la retribuzione del lavoro, come non può essere interamente abbandonata alle leggi del mercato, così non può essere fissata arbitrariamente; va invece determinata secondo giustizia ed equità» (Giovanni XXIII, *Mater et Magistra*, II, §§ 10-11). Sulla convergenza politica verificatasi in seno all'Assemblea Costituente, in sede di discussione dei principi costituzionali in materia di «giusta retribuzione», tra cattolici, socialisti e comunisti, v. nota 17.

(12) J.M. Keynes, *The general Theory of Employment Interest and Money*, New York, 1935.

(13) Sui problemi di convivenza tra tutela dell'autonomia collettiva e tutela della concorrenza tra imprese nell'ordinamento comunitario v. § 65. Inoltre, tra gli scritti più recenti in argomento, per lo più riferiti alla sentenza *Albany* della Corte di Giustizia (21 settembre 1999, causa C-67/96), v.: L. Di Via, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, MCR, 2000, pp. 279-310; M. Pallini, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, RIDL, 2000, II, pp. 225-244; P. Ichino, *Contrattazione collettiva e antitrust: un problema aperto*, MCR, 2000, pp. 635-649.

(14) Ratificata dall'Italia con legge 26 aprile 1930 n. 877. La ratifica non ha comportato una modifica sostanziale dell'ordinamento interno italiano, dal momento che la *Carta del lavoro* del 1927, coeva alla nascita dell'ordinamento corporativo, già attribuiva efficacia generale, nell'ambito di ciascuna categoria, alle tariffe contenute nel rispettivo contratto collettivo nazionale (artt. III e XII). La stessa *Carta* stabiliva peraltro che «La determinazione del salario è sottratta a qualsiasi norma generale e affidata all'accordo delle parti nei contratti collettivi» (art. XII, 2° c.). Sulla determinazione dei minimi retributivi nel settore agricolo è stata poi emanata la conv. O.I.L. n. 99/1949; sulle modalità di corresponsione delle retribuzioni la conv. n. 95 dello stesso anno (§ 270).

(15) Questa lettura della convenzione n. 26/1928 è confermata dalla convenzione n. 131/1970, sulla quale v. *infra* in questo paragrafo e § 235.

(16) Ratificata dall'Italia con la legge 6 febbraio 1963 n. 405.

(17) Dal resoconto della seduta dell'8 ottobre 1946 della prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione (*La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, vol. VI, Roma, 1971, p. 501). A Dossetti fa eco La Pira affermando che la norma deve «concorrere a far cambiare la struttura economico-sociale del Paese. Se la struttura economico-sociale dovesse restare quella che è attualmente, cioè di carattere liberistico, allora l'articolo proposto avrebbe scarso valore» (*ivi*). L'articolo è approvato in questa sede con undici voti favorevoli e due astenuti.

(18) Sono state abbandonate sia la formulazione proposta da A. Fanfani (nella seduta della terza Sottocommissione del 1° settembre 1946), secondo la quale «La Repubblica predisporrà il godimento di questo diritto [alla equa retribuzione] con norme sulle retribuzioni familiari e previdenziali», sia la formulazione proposta da P. Togliatti (nella seduta dell'11 ottobre 1946) secondo la quale «La legislazione sociale ... stabilisce ... il salario minimo individuale» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1971, rispettivamente p. 2094 e p. 2253). T. Treu osserva in proposito che «... alquanto diffusa tra i costituenti una concezione della contrattazione collettiva e del rapporto Stato-sindacati che, se non configura *de jure* il contratto collettivo come espressione di una potestà normativa pubblica e quindi come strumento esclusivo di disciplina del rapporto, porta però a ridurre largamente sul piano storico il rilievo dello strumento legislativo, specialmente per la determinazione di un elemento centrale della contrattazione quale il salario» (in *Commentario della Costituzione*, sub art. 36, Bologna-Roma, 1979, p. 75).

(19) Sul piano formale si è determinata pertanto una sostanziale continuità, su questo terreno, nel rapporto fra legge e contrattazione collettiva rispetto a quanto disposto dal secondo comma dell'art. XII della *Carta del lavoro*: v. nota 14.

(20) V. le note 17 e 18.

(21) V. in proposito nota 97.

(22) Non possono considerarsi come forzature rispetto alla contrattazione collettiva né l'intervento legislativo del 1977 né quello del 1984 in materia di indennità di contingenza, poiché entrambi miravano a generalizzare gli effetti di un accordo interconfederale immediatamente precedente (v. in proposito note 93 e 95). Né può considerarsi come un intervento correttivo dei livelli salariali fissati dalla contrattazione collettiva la legge 29 maggio 1982 n. 297, contenente la riforma del trattamento di fine rapporto (§ 261), poiché essa non ha inciso su tali livelli, bensì soltanto sulla struttura di un elemento retributivo che era stato introdotto dalla legge già da epoca precedente alla Costituzione (art. 2120 c.c.): lungi dall'essere rivolto a limitare l'autonomia collettiva su questo terreno, l'intervento legislativo del 1982 ha anzi allargato gli spazi dell'autonomia collettiva in questa materia, consentendole di determinare liberamente l'entità degli accantonamenti per il trattamento di fine rapporto rispetto alle retribuzioni correnti, entro il limite massimo.

(23) La Corte di Giustizia ha affermato che «gli artt. 49 e 50 del Trattato (nuova numerazione) non ostano a che uno Stato membro imponga a un'impresa stabilita in un altro Stato membro che effettui una prestazione di servizi sul territorio del primo Stato membro di versare ai suoi lavoratori la retribuzione minima fissata dalle norme nazionali di detto Stato» (sent. 15 marzo 2001 nella causa n. 165/98, *Mazzoleni c. Inter Surveillance Assistance*, OGL, 2001, *Oss. comun.*, p. 3, con nota di F. Bano, *La retribuzione minima garantita ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi*); la stessa Corte precisa però che «l'applicazione di siffatte norme potrebbe tuttavia risultare sproporzionata qualora si tratti di dipendenti di un'impresa stabilita in una zona frontaliere, che debbono effettuare, a tempo parziale e durante brevi periodi, una parte del loro lavoro sul territorio di uno Stato membro e persino di più Stati membri diversi da quello in cui è stabilita l'impresa».

(24) La prima voce dottrinale in questo senso, per quel che mi risulta, è quella di G. Pera, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, DL, 1953, I, pp. 108-109 e 113. Un disegno di legge (n. 895/1954) per l'istituzione del salario minimo venne presentato da G. Di Vittorio e altri nel corso della seconda legislatura. Sull'opportunità politico-sindacale — oltre che legittimità costituzionale — dell'istituzione nel nostro ordinamento di un «salario minimo» v., in epoca più recente, soprattutto T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, sub art. 36, cit. nella nota 18, part. pp. 94-97; Id., *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia, ne La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, a cura di B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppioli, vol. I, Napoli, 1994, pp. 24-25; M. Roccella, *I salari*, Bologna, 1986, cap. I su *La dimensione minima del salario. Il salario minimo legale*, pp. 19-96; L. Zoppioli, *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, DLRI, 1996, pp. 357-396.

- (25) V. in proposito alcune informazioni comparatistiche in G. Zilio Grandi, *La retribuzione. Fonti, struttura, funzione*, Napoli, 1996, pp. 403-417. Per una rassegna e valutazione critica degli effetti — tutt'altro che univoci — prodotti dall'istituzione del salario minimo sui livelli di occupazione e disoccupazione e sui differenziali di reddito nei Paesi che l'hanno sperimentata, v. Ocde, *Perspectives de l'emploi*, giugno 1998, e ivi particolarmente le conclusioni esposte alle pp. 63 e 64.
- (26) Per una rassegna approfondita della giurisprudenza su questa materia dei primi due decenni v. M.L. De Cristofaro, *La giusta retribuzione*, Bologna, 1971, pp. 45-202.
- (27) S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, RGL, 1949-1950, I, pp. 189-194, dove il valore immediatamente precettivo dell'art. 36 anche nei rapporti di lavoro tra privati è affermato con vigore; nello stesso senso A. Cessari, *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36 della Costituzione*, DL, 1951, II, p. 197; R. Nicolò, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro* (nota adesiva ad A. Aquila 24 ottobre 1950), RGL, 1951, II, pp. 5-6; C. Smuraglia, *La determinazione della retribuzione da parte del giudice*, RGL, 1951, I, pp. 83-88; U. Natoli, *Ancora sull'art. 36 della Costituzione e sulla sua pratica applicazione* (nota alle sentenze T. Parma 3 novembre 1951 e T. Rieti 17 ottobre 1951, rispettivamente contraria e favorevole all'immediata precettività della norma costituzionale), RGL, 1952, pp. 9-14; V. Panuccio, *L'art. 36 della Costituzione e il contratto di lavoro* (nota di dissenso ad A. Firenze 30 aprile 1952), RGL, 1953, II, pp. 20-32: «L'art. 36, insomma, riveste ... una duplice funzione nell'ordinamento attuale: è norma atta ad invalidare parzialmente il contrario accordo delle parti in tema di retribuzione, ed idonea a sostituire all'oggetto illecito e determinato un oggetto lecito e determinabile» (p. 32). Nel senso, invece, del valore soltanto programmatico della norma costituzionale, nella dottrina del primo decennio successivo alla sua entrata in vigore, v. soprattutto L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, Milano, 1949, pp. 91-92; D. Napoletano, *Natura ed efficacia della norma di cui all'art. 36, primo comma, della Costituzione e sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, MGL, 1951, pp. 216-217; G. Pera, *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, cit. nella nota 24 (1953), dove l'A. sostiene — traendo argomento anche dai lavori dell'Assemblea Costituente — l'impossibilità di attribuire alla norma un qualsiasi contenuto precettivo, stante l'indeterminatezza della sua formulazione, e paventa il rischio di «tante diverse decisioni [dei giudici del lavoro], anche contrastanti, su rapporti di lavoro della stessa categoria» (p. 108); F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, partic. pp. 73-92 (ma v. ivi, pp. 74 e 84-85, l'affermazione secondo cui il giudice, determinando la retribuzione a norma dell'art. 2099 c.c., deve applicare il principio di cui all'art. 36 Cost.).
- (28) Le incertezze inizialmente manifestate dalla giurisprudenza di merito (v. fra le altre le sentenze citt. nella nota precedente) sono state risolte nel senso indicato nel testo con la sentenza della Corte di cassazione 21 febbraio 1952 n. 461 (RGL, 1952, II, p. 95). Questa giurisprudenza può dirsi consolidata definitivamente, a dieci anni di distanza, con Cass. 18 luglio 1961 n. 1745 (MGL, 1961, p. 412, ivi commentata criticamente da G. Pera, *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, che ribadisce e argomenta ulteriormente l'opinione espressa nel suo scritto del 1953 — cit. nella nota prec. — sottolineando alcuni profili di incoerenza logica di questo orientamento giurisprudenziale).
- (29) S. Pugliatti, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori* (nota a T. Genova 3 novembre 1950 e 7 novembre 1950), RGL, 1951, II, pp. 174-176, dove il diritto alla retribuzione sufficiente è qualificato come «un diritto assoluto, costituito in favore del lavoratore in quanto tale, indipendentemente da ogni attuale rapporto di lavoro. Il contratto, e quindi il rapporto di lavoro, accoglie quel diritto come un dato obbiettivo, sulla costituzione del quale [il contratto stesso] non può influire, come non può influire per modificarlo o estinguerlo. ... Finito il rapporto di lavoro, si estingue l'obbligo del datore, ma non il diritto del lavoratore» (p. 175). V. anche R. Nicolò, *L'art. 36 della Costituzione ecc.*, cit. nella nota 27, p. 6, dove il diritto alla retribuzione sufficiente è qualificato come diritto della personalità; e, più recentemente, S. Hernandez, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, DL, 1997, I, p. 155.
- (30) Sul nesso tra la svolta giurisprudenziale dei primi anni '50 e la situazione di inattuazione dell'art. 39 Cost. v. G. Giugni, *Prefazione* al libro di M.L. De Cristofaro cit. nella nota 26: «L'art. 36 della Costituzione, nato senza dubbio come norma programmatica, che avrebbe trovato concretezza soprattutto nel meccanismo di contrattazione con efficacia generale di cui all'inattuato art. 39, fu improvvisamente accettato, tra il 1950 e il 1953, come norma precettiva, atta a colmare quello che allora appariva come il vuoto legislativo derivante dall'inattuazione dell'art. 39. Già in questo atteggiamento è dato intravedere, chiarissimamente, una scelta politica, di deliberata supponenza del giudiziario all'inerzia del legislativo» (pp. 9-10).
- (31) V. Cass. 17 marzo 2000 n. 3184, mass., cit. nella nota 37, dove la Corte ha ritenuto «ammissibile la valorizzazione anche di clausole non riguardanti la retribuzione in senso stretto, e tuttavia indirettamente necessarie, nel quadro della determinazione di un minimo di retribuzione che valga a rendere quest'ultima sufficiente in relazione alla prestazione resa». La stessa tesi è stata sostenuta, in dottrina, da M. Rusciano, *In tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo e art. 36 della Costituzione*, RDL, 1970, I, p. 247.
- (32) T. Treu, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 18, p. 80 e p. 83.
- (33) Sulla questione dell'applicabilità del principio costituzionale della giusta retribuzione al lavoro parasubordinato v. *infra* in questo paragrafo e note 55 e 56.
- (34) In argomento v. ora S. Bellomo, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002, che esce mentre questo volume è già in fase di stampa: non ho potuto pertanto avvalermene per la trattazione di questa materia.
- (35) Cfr. Cass. 7 novembre 1991 n. 11867, mass.; Cass. 6 novembre 1995 n. 11554, RIDL, 1996, II, p. 475, con nota di M. Papaleoni, *Un inopinato revirement in materia di criteri applicativi del contratto collettivo*; Cass. 15 dicembre 1997 n. 12663, NGL, 1998, p. 9, e RIDL, 1998, II, p. 454, con nota di C. Faleri, *Una conferma dell'inapplicabilità dell'art. 2070 ai contratti collettivi postcorporativi*; in quest'ultima sentenza è tuttavia espressamente precisato, in contrasto con la precedente n. 11554/1995, che il criterio di cui all'art. 2070 vale soltanto ai fini del controllo di congruità complessiva del trattamento economico ex art. 36 Cost., ma non per l'individuazione del contratto collettivo applicabile al rapporto, che può anche essere quello di un settore diverso, liberamente scelto dalle parti. V. inoltre ultimamente sul punto S. Bellomo, *Retribuzione ecc.*, cit. nella nota prec., cap. V su «Il pluralismo negoziale e l'art. 36 della Costituzione». Sulla vicenda giurisprudenziale relativa all'applicabilità dell'art. 2070 c.c. ai contratti collettivi post-corporativi v. § 72 e ivi particolarmente le note 207-210. V. infine Cass. 29 luglio 2000 n. 10002 (RIDL, 2001, II, p. 395, con nota di E. Manganiello, *La Sezione Lavoro riapre il contrasto sulla inapplicabilità dell'art. 2070 c.c. al contratto collettivo di diritto comune*), dalla quale, sul presupposto che l'applicabilità di un contratto collettivo scelto dalle parti escluda comunque la possibilità del riferimento a un contratto collettivo diverso, è stata cassata la sentenza di appello che aveva ritenuto insufficiente la retribuzione prevista da un contratto collettivo scelto dalle parti, rispetto a quello «oggettivamente» applicabile ex art. 2070 c.c.
- (36) Cfr. Cass. 12 dicembre 1998 n. 12528, NGL, 1999, p. 194, in riferimento a un rapporto di lavoro svoltosi alle dipendenze di un'impresa inquadrabile, alla stregua dell'art. 2070 c.c., nel settore del commercio, la quale aveva però scelto di applicare il contratto collettivo per gli studi professionali (attestato su standard di trattamento nettamente inferiori a quelli previsti dal contratto collettivo del commercio).
- (37) Cfr., tra le altre, Cass. 5 aprile 1990 n. 2846, mass.; Cass. 17 marzo 2000 n. 3184, DPL, 2000, p. 2015, con nota di richiami. Merita di essere ricordato, a questo proposito anche l'art. 1 della legge 7 novembre 2000 n. 327 (sulla «valutazione dei costi del lavoro e della sicurezza nelle gare di appalto»), che, dopo avere previsto l'emanazione periodica da parte del ministero del lavoro di tabelle contenenti l'indicazione del costo orario del lavoro standard, determinato «sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali», stabilisce (2° c.) che, «in mancanza di contratto collettivo applicabile, il costo del lavoro è determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione».
- (38) V., in riferimento ai minimi collettivi recepiti in decreto delegato a norma della legge n. 741/1959 (§ 67), C. cost. 6 luglio 1971 n. 156, GI, 1971, I, 1, c. 1616, e FI, 1971, I, c. 2123; e ultimamente C. cost. 22 novembre 2002 n. 470, inedita alla data di chiusura di questo libro.
- (39) Cass. 26 luglio 2001 n. 10260, MGL, 2001, p. 995, con nota di S. Figurati, *Osservazioni circa la determinazione della retribuzione adeguata e sufficiente*; RGL, 2002, II, p. 693, con nota di G. Leotta, *Alcuni appunti per una rilettura del comma I dell'art. 36 della Costituzione*; e RIDL, 2002, II, p. 299, con nota di F. Stolfa, *La retribuzione minima ex art. 36 Cost. e i limiti (sempre più evidenti) della supponenza giurisprudenziale*. Più in generale, sulle differenziazioni regionali degli standard retributivi, v. *infra* in questo paragrafo e note 43 e 44.

- (40) Tra le prime in questo senso v. Cass. 25 marzo 1960 n. 636, *MGL*, 1960, p. 146, con nota critica di F. Santoro Passarelli, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*; tra le molte più recenti nello stesso senso v. Cass. 13 maggio 1990 n. 4147, mass.; Cass. 23 novembre 1992 n. 2490, *DPL*, 1993, p. 214; Cass. 22 agosto 1997 n. 7885, *RIDL*, 1998, II, 666, con nota di L. Angelini, *Sulla disapplicazione giudiziale del trattamento economico previsto dal contratto collettivo degli insegnanti di scuola privata per macroscopica inferiorità rispetto ai colleghi «pubblici»*; altre sentenze di contenuto analogo sono segnalate da L. Bonaretti, *L'equa retribuzione nella Costituzione e nella giurisprudenza*, Milano, 1994, pp. 310-311. Per una sintesi delle vicende giurisprudenziali sui criteri di applicazione dell'art. 36 Cost. fino alla metà degli anni '80 v. M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, *AppNDI*, VI, 1986, pp. 658-660.
- (41) Cfr. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione* (atti delle giornate di studio Aidlass del maggio 1997), dove l'A. respinge decisamente «l'opinione che l'art. 36 Cost. sia leggibile come norma che non vincola solo l'autonomia individuale, bensì anche quella collettiva, e che quindi il giudice sia nella condizione di poter considerare inadeguato un trattamento determinato sulla base di quanto convenuto dalle parti sociali. In altri termini, nel venire a patti, queste ultime dovrebbero tenere conto dell'esistenza di un livello minimo al di sotto del quale non sarebbe possibile andare; e la rivelazione di questo livello sarebbe attingibile solo dalla bocca del giudice. Bisognerebbe avere il coraggio di sostenere che questa strada...[si presta] a un pericoloso protagonismo giudiziario sovvertitore di equilibri raggiunti in sede collettiva» (*DLRI*, 1998, p. 218); e ancora: «Il precetto relativo alla sufficienza, più che alludere a un valore predefinito — suscettibile di concretizzazione attraverso un atto di giustizia — costituisce l'invito formale all'esercizio di un atto politico, all'esercizio di una responsabilità di governo... La responsabilità di questo atto politico non può non essere riconosciuta al potere legislativo... e... nei limiti eventualmente prefissati dal legislatore ordinario, all'autonomia collettiva» (p. 221).
- (42) Sul fenomeno della stipulazione «al ribasso» di contratti collettivi nazionali da parte di soggetti sindacali nuovi, in concorrenza con le confederazioni maggiori, e sulla risposta della giurisprudenza e della dottrina a tale fenomeno, v. ancora F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit. nella nota prec., pp. 242-246.
- (43) Così, tra le più recenti in questo senso, oltre a Cass. 26 luglio 2001 n. 10260, cit. nella nota 39, v. Cass. 9 agosto 1996 n. 7383, *RIDL*, 1997, II, p. 481, con nota dissidente di G. Mammone, *La Corte di Cassazione, la retribuzione proporzionata e sufficiente e i livelli salariali di zona*: Cass. 14 maggio 1997 n. 4224, *NGL*, 1997, p. 607; Cass. 15 novembre 2001 n. 14211, *OGL*, 2002, p. 1, e *RIDL*, 2002, II, p. 299, con nota di F. Stofa. V. inoltre la giurisprudenza citata nella nota seg.
- (44) Cass. 25 febbraio 1994 n. 1903, *ADL*, 1995, p. 361, e *RIDL*, 1995, II, p. 101, con nota di I. Milianti, *La Cassazione contro l'introduzione delle «gabbie salariali» per via giudiziale*; sulla stessa sentenza v. anche le considerazioni di P. Lambertucci, *Determinazione giudiziale della retribuzione, minimi sindacali e condizioni territoriali*, *ADL*, 1995, pp. 201-213, e di G. Ricci, *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economiche depresse: la visione «socialmente avanzata» della Cassazione*, *LD*, 1995, pp. 523-548 (ivi, in appendice, ulteriori riferimenti bibliografici); Cass. 26 marzo 1998 n. 3218, *LG*, 1998, p. 1080.
- (45) In questo senso v. soprattutto Cass. 26 marzo 1998 n. 3218, *RIDL*, 1998, II, p. 683 con nota di V.A. Poso, *L'insostenibile leggerezza della retribuzione nelle aree depresse del Paese alla ribalta di una nuova questione meridionale* (la stessa sent. può leggersi in *NGL*, 1998, p. 299; e in *FI*, 1998, I, c. 956, con indicazione errata della data). Nello stesso senso, in dottrina, v. G. Ricci, *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse*, cit. nella nota prec., a condizione, però, «che la diminuzione della paga-base da parte del contratto collettivo di secondo livello sia contenuta entro standards assi limitati, assumendo per di più carattere «temporaneo», nel senso che il c.d. riallineamento dovrà avvenire in un arco di tempo ragionevolmente breve» (p. 542). In senso contrario L. Zoppoli, *L'art. 36 Cost. e l'obbligazione retributiva*, ne *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, cit. nella nota 24, pp. 131-133, dove l'A. afferma che la sola differenziazione ammissibile sarebbe quella determinata in relazione alla differenza di produttività o redditività dell'impresa; G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997, pp. 91-105: «Il precetto costituzionale non sembra essere... un principio ad efficacia variabile in relazione alle particolarità ambientali e territoriali» (p. 105; ma v. — nota 61 — quanto lo stesso A. afferma invece circa la variabilità del minimo retributivo sufficiente in riferimento alle esigenze di ciascun singolo individuo). V. infine G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 345-355, il quale ritiene legittime le clausole collettive locali differenziatrici, purché «in vista... di un graduale riallineamento» (p. 353).
- (46) La legittimità del riferimento a questo dato è affermata esplicitamente da Cass. 26 luglio 2001 n. 10260, cit. nella nota 39.
- (47) Ai tassi di disoccupazione poco più che frizionali (intorno al 5%) delle zone più ricche del Nord-Est e al tasso medio italiano (inferiore al 10%) si contrappongono tassi superiori al 20% nelle regioni del Mezzogiorno.
- (48) Su questa esperienza v. P. Lambertucci, *Retribuzioni e condizioni territoriali: i contratti di riallineamento e di area*, in AA.VV., *Flessibilità e diritto del lavoro*, a cura di G. Santoro Passarelli, vol. II, Torino, 1997; A. Bellavista, *I contratti di riallineamento retributivo e l'emersione del lavoro sommerso*, *RGL*, 1998, I, pp. 93-122; S. Leonardi e C. Oteri, *I contratti di riallineamento retributivo: profili giuridici e primi bilanci*, *LI*, 1998, pp. 14-28; A. Tursi, *Il contratto collettivo e la previdenza pensionistica pubblica e privata*, *RPPP*, 2001, pp. 28-42.
- (49) V. in proposito, ad esempio, i dati riportati da L. Renna, *La contrattazione decentrata in provincia di Lecce: indagine statistica*, in *Contrattazione decentrata e rapporto di lavoro* (atti di un convegno svoltosi a Lecce nel 1986), Milano, 1988, pp. 73-100. La differenza complessiva dei livelli retributivi tra regioni meridionali e centro-settentrionali era comunque, alla metà degli anni '90, di fatto assai ridotta: dal *Rapporto sulle retribuzioni e sul costo del lavoro* del C.N.E.L. (Milano, 1997), si trae che nel Mezzogiorno gli impiegati erano pagati mediamente, a parità di mansioni, il 10% in meno dei loro colleghi del Centro-Nord, mentre per gli operai la differenza si riduceva al 2,5%; e l'analisi econometrica mostra come tali differenze fossero imputabili più al tipo di attività e alle dimensioni delle imprese che alla dislocazione geografica (P. Saraceno, *Sintesi e conclusioni*, ivi, pp. 10-11). Nulla induce a pensare che la situazione sia significativamente mutata negli ultimi anni.
- (50) V. ancora Cass. n. 3218/1998, cit. nella nota 45.
- (51) V. per tutte in questo senso Cass. 28 marzo 2000 n. 3749, *FI*, 2000, I, c. 2538.
- (52) V. ancora Cass. n. 3749/2000 cit. nella nota prec., in motivazione (c. 2540). Nello stesso senso, Cass. 13 marzo 1990 n. 2021, mass., in riferimento alla quattordicesima mensilità; Cass. 9 agosto 1996 n. 7383, cit. nella nota 43; Cass. 9 marzo 1999 n. 2022, *FI*, 2000, I, c. 1648; Cass. 24 maggio 1999 n. 5046, *NGL*, 1999, p. 631, in riferimento agli scatti di anzianità; Cass. 29 luglio 2000 n. 10002, mass.; Cass. 8 agosto 2000 n. 10465, *RIDL*, 2001, II, p. 658, con nota di V.A. POSO, *Ancora sulla nozione della retribuzione adeguata e giusta ex art. 36 Cost.*, anche questa in riferimento agli scatti di anzianità. V. in proposito anche § 245 e ivi nota 91. Nel senso, invece, del necessario riferimento al trattamento globalmente previsto dal contratto collettivo v. Cass. 18 giugno 1986 n. 4096, mass.; Cass. 18 giugno 1992 n. 7510, mass. Nel senso della computabilità, ai fini dell'art. 36 Cost., del premio di produzione in cifra fissa (o «terzo elemento») previsto dal contratto collettivo nazionale, v. Cass. 25 gennaio 1988 n. 611, cit. nella nota 165. Recentemente è stato riconosciuto il rilievo che l'anzianità di servizio può assumere, attraverso l'istituto degli scatti di anzianità, nell'operazione di proporzionamento della retribuzione alla migliore qualità del lavoro correlata con la maggiore esperienza: in questo senso Cass. 9 agosto 1996 n. 7379, mass., e Cass. 28 agosto 2000 n. 11293, mass. Sull'«orientamento minimalista» della giurisprudenza in materia di retribuzione sufficiente ex art. 36 Cost., con riferimento agli elementi della retribuzione diversi dal minimo tabellare, v. in dottrina le osservazioni critiche di T. Treu, *Problemi giuridici della retribuzione* (atti delle giornate di studio Aidlass dell'aprile 1980), Milano, 1981, partic. pp. 24-28; F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, cit. nella nota 41: «questo rinvio al contratto collettivo... viene fatto in una logica tutt'altro che promozionale... Sempre crescente appare... un'attitudine della giurisprudenza a praticare valutazioni soggettivizzate e, quindi, dotate di un alto potenziale di arbitarietà», oscillando peraltro fra soluzioni talvolta di segno opposto» (p. 208).
- (53) Per osservazioni critiche dello stesso segno v. C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, *Digesto IV*, sez. comm., XII, 1996, p. 431. Nel senso della non computabilità degli scatti di anzianità nella retribuzione minima sufficiente ex art. 36 Cost. v. invece, in dottrina, L. Zoppoli, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, cit. nella nota 45, p. 103.
- (54) Cass. S.U. 29 gennaio 2001 n. 38, *OGL*, 2001, p. 443, con nota di G. Ludovico, *Modalità di calcolo degli interessi legali sui crediti di lavoro: le Sezioni unite adottano il criterio del cumulo «disgiunto»*, e *RIDL*, 2001, II, p. 662, con nota di S. Borelli, *Diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente e criteri di rivalutazione dei crediti di lavoro*; *D&L*, 2001, p. 165. V. anche, su di una questione diversa ma strettamente connessa, Cass.

n. 275/1999 cit. nella nota 58.

(55) V. ancora in tal senso Cass. 21 ottobre 2000 n. 13941, *NGL*, 2001, p. 154; Cass. 12 dicembre 2001 n. 15661, *NGL*, 2002, p. 280, in riferimento a un rapporto di agenzia, nel quale la Corte ha ritenuto prevalenti gli elementi di «imprenditorialità» della prestazione, nonostante il suo carattere personale, coordinato e continuativo.

(56) P. Brescia 11 ottobre 1996, *D&L*, 1998, p. 148, con nota di M.P. Monaco, *Compensi dovuti ai medici incaricati dalle Usl per visite di controllo e art. 36 Cost.*; T. Milano 31 luglio 2001, *D&L*, 2001, p. 1036, con nota di P. Testa, *Della quantificazione del compenso ai lavoratori autonomi*.

(57) P. Milano 27 novembre 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 466, con nota di O. Bonardi, *I primi esiti della battaglia sull'indennità di contingenza*; P. Milano 22 aprile 1993, *OGI*, 1993, p. 343, con nota di S. Liebman, *Abolizione della scala mobile, autonomia collettiva e garanzia costituzionale della giusta retribuzione*; T. Milano 25 ottobre 1995, *OGI*, 1995, p. 935. V. però qualche incertezza nella motivazione di C. cost. 19 maggio 1993 n. 243 (*RIDL*, 1994, II, p. 11, con nota di G. Pera, *Ancora una sentenza ultimatum*), dove si ipotizza che dall'eliminazione totale del meccanismo di indicizzazione possa derivare una lesione del principio di sufficienza della retribuzione; e in questo senso anche P. Milano 20 gennaio 1993, *RIDL*, 1993, II, p. 465, con la nota di O. Bonardi cit. sopra. In dottrina, per la tesi della desumibilità dall'art. 36 Cost. di un principio di salvaguardia del potere di acquisto delle retribuzioni v. soprattutto P. Alleva, *La questione della scala mobile*, *RGL*, 1992, I, pp. 1-30: «questa direttiva costituzionale ... non può essere interpretata prescindendo dal concetto di retribuzione reale e di sua conservazione durante lo svolgimento dei rapporti di lavoro, da realizzarsi, alternativamente, con apposito istituto di adeguamento a funzionamento automatico o con la contrattazione» (p. 28); e in precedenza T. Treu, in *Problemi giuridici della retribuzione*, cit. nella nota 52, pp. 27-28. Per un riepilogo della questione v. A. Tursi, *Riflessioni intorno alle disdette della scala mobile*, *RTDPC*, 1992, pp. 913-936 e partic. 933-936.

(58) V. Cass. 12 gennaio 1999 n. 275, *DPL*, 1999, p. 1542, dove la Corte ha ritenuto che i lavoratori ricorrenti, inquadrati e retribuiti come impiegati fino all'entrata in vigore del nuovo contratto collettivo che aveva stabilito i requisiti di appartenenza alla superiore categoria dei quadri (§ 184) e solo da quel momento inquadrati in tale categoria, non potevano lamentare per il periodo anteriore l'inadeguatezza della retribuzione sul rilievo di un asserito svolgimento di fatto delle mansioni di quadro. V. anche, su di una questione diversa da questa ma strettamente connessa, Cass. n. 38/2001 cit. nella nota 54.

(59) V. in questo senso ultimamente A. Milano 14 luglio 2000, *D&L*, 2001, p. 459; ma in senso contrario T. Milano 24 gennaio 2001, *ivi*, con nota di G. Tagliagambe, *Contrasti giurisprudenziali in materia di «salario d'ingresso» dopo la scadenza del contratto di formazione*. Dissente dalla Corte d'appello di Milano, sostenendo la tesi della sindacabilità giudiziale delle differenziazioni retributive previste dalla contrattazione collettiva con un significativo richiamo della sentenza della Corte costituzionale n. 103/1989 (§§ 162-163), anche A. Perulli, *Il principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione: una conditional opportunity?*, *ivi*, pp. 297-301.

(60) Cass. 17 marzo 2000 n. 3184, cit. nella nota 37.

(61) La tesi della variabilità, ex art. 36 Cost., del debito retributivo in relazione allo stato di bisogno del lavoratore determinato dalle circostanze in ciascun caso concreto ha però alcuni sostenitori in dottrina: G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, p. 154; G. Roma, *La retribuzione*, Torino, 1993: «L'art. 36 ... prescrive una differenziazione della misura complessiva della retribuzione che, per effetto del principio di sufficienza, viene ad essere tarata sull'individuo concreto, su uno specifico soggetto e non sui bisogni di un lavoratore medio» (p. 40); nello stesso senso Id., *Le funzioni della retribuzione*, cit. nella nota 45, partic. pp. 65-79; un accenno in tal senso anche in G. Perone, *Lineamenti di diritto del lavoro*, Torino, 1999: «la retribuzione ... deve essere proporzionata ... anche soggettivamente, con riferimento alla persona del lavoratore, secondo le necessità di vita sue proprie e familiari, cui la retribuzione deve risultare sufficiente» (p. 88). In senso nettamente contrario v. la recensione di G. Pera alla monografia di G. Roma testé citata, *RIDL*, 1998, III, pp. 191-192; v. inoltre sul punto, in precedenza, dello stesso A., *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, cit. nella nota 28 (1961). Nel senso della irrilevanza della composizione della famiglia del lavoratore ai fini della determinazione della retribuzione dovuta ex art. 36 Cost. v. anche L. Zoppoli, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, cit. nella nota 45, pp. 115-117 (ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto). Si registra però ultimamente Cass. 22 agosto 2002 n. 12409, *GLav*, 2002, n. 44, p. 24, secondo la quale il giudice, in sede di determinazione della retribuzione ex art. 36 Cost., può fare riferimento anche «alle condizioni personali e familiari del lavoratore».

(62) Sull'istituto degli assegni familiari v. nota 268.

(63) Cfr. in proposito l'intervento puntigliosamente erudito di A. Fanfani nella seduta del 12 settembre 1946 della terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione: «Fu affermato fino da 216 anni fa, dal Cantillon, che il salario deve variare secondo la gravità dei rischi inerenti al lavoro, di qualsiasi genere essi siano» (*La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1971, p. 2102).

(64) V. per tutte Cass. 7 gennaio 1992 n. 84, mass.; Cass. 3 novembre 2000 n. 14407, mass. Non mancano, però, sentenze in senso contrario: v. ad esempio T. Milano 10 ottobre 1998 n. 10951, in *Giustizia a Milano*, 1998, n. 11: «La comparazione va fatta globalmente e non con riferimento al singolo istituto: ciò consente di evitare il sovrapporsi di tutele, con alterazione degli equilibri raggiunti attraverso i singoli contratti» (sentenza relativa a pattuizioni in materia di durata del periodo di prova). V. inoltre Cass. n. 3749/2000, cit. nella nota seg.

(65) Qualche spunto interessante, per questo aspetto, offre Cass. 28 marzo 2000 n. 3749, cit. nella nota 51: «La corrispondenza della retribuzione ai criteri di proporzionalità e sufficienza fissati dall'art. 36 Cost. deve essere apprezzata avendo riguardo al complesso delle voci retributive corrisposte al lavoratore, non risultando sufficiente il mancato incremento — a seguito del rinnovo del contratto collettivo provinciale — del premio di produzione e di talune indennità accessorie (nella specie, «indennità sostitutiva mensa» e «indennità consumo ferri») a configurare una violazione del principio costituzionale».

(66) V. in proposito § 6: *ivi* anche i riferimenti alla letteratura economica in argomento e soprattutto al saggio di P. Aghion e B. Hermalin nel quale il modello citato è stato esposto per la prima volta.

(67) Il tema verrà ripreso nel § 491.

(68) Per questa tesi v. soprattutto L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, cit. (1949), partic. pp. 168-172: «il debito eventuale dell'imprenditore, durante questo periodo, non ha affatto il carattere di una retribuzione che dovrebbe trovarsi in relazione sinallagmatica col dovere solo potenziale del lavoratore di prestare le sue energie. Non vi è affatto, perciò, una deroga al solito rigore logico del principio di proporzionalità, come se la tutela consistesse appunto nell'attribuire al lavoratore la retribuzione nonostante manchi il lavoro»; ... «Non retribuzione, perché questa presuppone un lavoro che invece in quei casi manca: è questa un'ipotesi molto differente da quella che si riferisce alle pause di lavoro, in quanto queste pause sono prevedibili e perciò già scontate nel momento della formazione concordataria delle retribuzioni minime: che perciò comprendono anche quelle pause» (pp. 168-169). Nello stesso senso F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 27 (1956), partic. pp. 117-118; e successivamente G. Nicolini, *Non assoggettabilità a contributi delle somme corrisposte dal datore di lavoro per trattamento di malattia, integrazione trattamento maternità, infortunio e congedo matrimoniale*, nota adesiva a Cass. S.U. 22 dicembre 1964 n. 2955, *RDL*, 1965, II, pp. 286-302.

(69) T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, pp. 195-335. Per ulteriori riferimenti v. M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, 672-676.

(70) L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, pp. 271-405; Id., *L'articolo 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, cit. nella nota 45, pp. 98-102. Aderisce a questa costruzione G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 401-431.

(71) L'entità ragguardevole di questo «premio» può desumersi dalla differenza che si registra normalmente — se si escludono le zone marginali del mercato — tra il costo orario per l'impresa di una prestazione di lavoro subordinato e il costo orario di una prestazione di pari valore svolta in regime di autonomia. Può desumersi inoltre dall'aumento retributivo che gli imprenditori sarebbero disposti a offrire — e talora esplicitamente offrono, in sede di negoziazione collettiva — in cambio di un ampliamento della loro facoltà di recesso, oppure in cambio di una variabilità della retribuzione al ribasso in caso di congiuntura negativa aziendale o di settore, o di una riduzione della copertura del rischio di malattia del lavoratore, o di altri obblighi sostanzialmente assicurativi che il contratto pone a loro carico.

- (72) In un primo tempo era stata prevista la collocazione del diritto alla retribuzione sufficiente tra i diritti fondamentali, nel titolo I della Costituzione (la formulazione di questo principio era stata infatti discussa nella prima Sottocommissione: v. nota 17), mentre dei criteri di differenziazione delle retribuzioni si era discusso nella terza Sottocommissione, cui era affidata la parte della Costituzione dedicata ai rapporti economici. Solo in un secondo tempo il principio della sufficienza e quello della proporzionalità sono stati riuniti in un'unica norma, collocata nel titolo III, destinata a diventare l'attuale art. 36.
- (73) Così, ad esempio, Cass. 29 gennaio 2001 n. 38, cit. nella nota 54, ha confermato la sentenza di merito che, in riferimento alla nuova disposizione collettiva che aveva inquadrato determinate mansioni in un livello professionale superiore rispetto al passato, aveva negato il diritto al corrispondente trattamento superiore al lavoratore che aveva svolto le suddette mansioni in epoca precedente all'entrata in vigore del nuovo contratto.
- (74) A questo orientamento giurisprudenziale corrisponde la situazione di accentuata differenziazione dei trattamenti fra lavoratori pubblici e privati, o fra prestatori di lavoro manuale o intellettuale, a proposito della quale si è parlato di « giungla delle retribuzioni »: v. al riguardo le belle pagine, che a trent'anni di distanza conservano parte della loro attualità, di E. Gorrieri, *La giungla retributiva*, Bologna, 1972, partic. pp. 117-210. A questa « giungla » era parso voler porre un limite, facendo leva proprio sul principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione, combinato con quello di uguaglianza, C. cost. 20 aprile 1978 n. 45 (RGL, 1978, II, p. 740), in riferimento a differenziazioni regionali di trattamento fra impiegati pubblici: v. in proposito il commento di T. Treu, in *Problemi giuridici della retribuzione*, cit. nella nota 52 pp. 18-24. V. inoltre, in precedenza, Id., in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 18: «La valorizzazione di questi obiettivi costituzionali impone di desumere dalla regola di proporzionalità e di parità retributiva non solo il divieto di ingiustificate discriminazioni fra i dipendenti di uno stesso imprenditore, ma anche il dovere di questo di offrire ad essi retribuzioni corrispondenti a quelle normalmente applicate nel settore» (p. 92). Ma la giurisprudenza, come si è visto, non ha raccolto queste sollecitazioni.
- (75) Cass. 8 gennaio 2002 n. 132, FI, 2002, I, p. 1033.
- (76) Cass. 17 marzo 1992 n. 3240, RIDL, 1993, II, p. 190. In riferimento specifico alla riduzione delle singole voci della retribuzione nel rapporto a tempo parziale v., nello stesso senso, le sentenze citt. nelle note 241 e 242 al § 356. Per un'applicazione della regola del riproporzionamento della retribuzione in relazione al caso di una prestazione svolta per tre giorni in favore di un'azienda e per tre giorni in favore di un'altra, v. Cass. 19 dicembre 1992 n. 13456, RIDL, 1993, II, p. 456.
- (77) Nel senso della necessità ex art. 36 Cost. di una maggiorazione retributiva per la variabilità del tempo di lavoro prevista dalle c.d. «clausole elastiche» nel contratto di lavoro a tempo parziale, v. l'intervento di C. Venturoli al convegno genovese dell'Aidlass del 1986: *Il tempo di lavoro*, Milano, 1987, pp. 96-101. Si discute se, in assenza di specifica disposizione contrattuale, l'obbligo di « reperibilità » fuori orario di lavoro dia diritto a un aumento della retribuzione ex art. 36 Cost.: v. in proposito § 323 e ivi nota 63; nel senso che la maggiorazione retributiva non è dovuta quando la reperibilità possa essere considerata come elemento naturalmente proprio della prestazione del lavoratore in considerazione del suo contenuto v. T. Roma 16 dicembre 1988, RIDL, 1989, II, p. 451 (nel caso specifico si trattava di cassiere di banca cui era affidata anche la custodia delle chiavi delle casseforti e del caveau).
- (78) Sulla base dello stesso schema logico è stato affermato, sul piano internazionale, l'obbligo degli Stati di imporre nei propri ordinamenti interni a tutte le imprese l'applicazione di un sistema di inquadramento, al fine di rendere concretamente possibile il controllo del rispetto del principio della parità di retribuzione per prestazioni di pari valore: v. in proposito § 163 e ivi nota 76.
- (79) V. in proposito ultimamente C. cost. 22 novembre 2002 n. 470, GLav, 2002, n. 50, p. 12: « La proporzionalità ed adeguatezza della retribuzione va sempre riferita non alle sue singole componenti, ma alla globalità di essa ed il silenzio dell'art. 36 Cost. sulla struttura della retribuzione significa che è rimessa insindacabilmente alla contrattazione collettiva la determinazione degli elementi che, condizionandosi a vicenda, concorrono a formare il trattamento economico complessivo ». Merita di essere ricordata, a questo riguardo, la preoccupazione che G. Di Vittorio manifestò intervenendo nella discussione sul principio di proporzionalità della retribuzione in seno alla terza Sottocommissione dell'Assemblea Costituente (seduta del 12 settembre 1946), «circa l'opportunità di inserire nella Costituzione una norma secondo la quale la remunerazione del lavoratore deve essere proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato. Questa norma — osservava ancora lo stesso Di Vittorio — può trovar luogo nella Costituzione sovietica, perché in Russia vige un sistema sociale differente dal nostro; non in Italia, perché col contratto collettivo di lavoro si determina il salario per categoria e per specializzazione, non per quantità o per qualità di lavoro individuale compiuto. In Russia, vigendo il sistema socialista, lavorando cioè tutti i lavoratori per la collettività, è stato introdotto il sistema dell'emulazione, che consiste nel valutare e remunerare individualmente ciascun lavoratore per stimolarlo a perfezionarsi professionalmente » ... « sancire nella Costituzione tale principio significherebbe fare del sistema del lavoro a cottimo individuale il sistema italiano », scelta questa a cui egli si dichiarava fermamente contrario (*La Costituzione della Repubblica nei lavori della Assemblea Costituente*, vol. VIII, Roma, 1971, p. 2100, p. 2101 e p. 2103).
- (80) Sulla vicenda dell'« EDR » v. § 253.
- (81) Gli economisti hanno elaborato, a questo proposito, diversi modelli teorici, tra i quali il più rilevante è quello che viene comunemente indicato come il modello *principal/agent*, nel quale sul risultato utile della prestazione dell'*agent* influiscono al tempo stesso il suo impegno e circostanze sottratte al suo controllo: v. in proposito, anche per i riferimenti alla letteratura economica in proposito, F. Sartori, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, RCDP, 2001, pp. 607-661.
- (82) Sulla tendenza dei lavoratori «migliori» (dal punto di vista produttivo) ad aggregarsi tra loro, e sul ruolo che può assumere la retribuzione aziendale nel favorire questo fenomeno nel nostro Paese, v. tra gli altri studi economici più recenti P. Casavola, P. Cipollone, P. Sestito, *Caratteristiche delle imprese e caratteristiche dei lavoratori: da che cosa dipendono i salari in Italia?*, EL, 1999, pp. 91-99.
- (83) Per una esposizione di queste teorie accessibile anche ai profani v. G. Corneo, *I salari di efficienza*, in AA.VV., *Manuale di economia del lavoro*, Bologna, 2001, pp. 315-330. Ivi i riferimenti essenziali alla letteratura economica in argomento.
- (84) Il rinvio è, soprattutto, al § 163 e ivi in particolare alla nota 62.
- (85) Alla *retribuzione dovuta* si riferisce la definizione con cui si apre la convenzione O.I.L. n. 95/1949 (§ 270): «Ai fini della presente convenzione, il termine "salario" significa, quali che siano la denominazione o la forma di calcolo, la remunerazione o i guadagni suscettibili di essere valutati in denaro e fissato mediante accordo o dalla legislazione nazionale, che sono dovuti in virtù di un contratto di lavoro, scritto o verbale, da un datore di lavoro a un lavoratore, sia per il lavoro già effettuato o che deve essere effettuato, sia per i servizi resi o che devono essere resi» (art. 1).
- (86) Cfr. M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, p. 666; M. Dell'Olio, *La retribuzione*, in *Tratt. dir. priv. dir. da P. Rescigno*, vol. 15, I, Torino, 1986, pp. 470-472; C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, cit. nella nota 53, p. 420; F. Carinci, R. De Luca, P. Tosi, T. Treu, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 1998<sup>4</sup>, p. 336. La confusione tra la natura retributiva di una erogazione (per la quale il carattere «continuativo» o no è inessenziale) e il suo essere oggetto di un obbligo contrattuale in capo al datore di lavoro (per il quale il carattere «continuativo» può assumere rilievo) è assai diffusa in dottrina e in giurisprudenza: v. in proposito i riferimenti contenuti in R. Vianello, *La retribuzione*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Torino, 1998, p. 811.
- (87) Sulla natura retributiva o no del servizio di mensa v. nota 123.
- (88) Cfr. C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, cit. nella nota 53, p. 421: «non si deve confondere il piano della qualificazione con quello della quantificazione della retribuzione, al cui fine possono ben operare più nozioni distinte». V. inoltre in proposito l'ampia trattazione contenuta in F. Carinci, R. De Luca, P. Tosi, T. Treu, *Il rapporto di lavoro subordinato*, cit. nella nota 86, pp. 320-344.
- (89) V. in proposito C. Giust. 9 febbraio 1999 (causa n. 167/97), cit. nella nota 158 al § 174, in riferimento all'indennizzo per licenziamento ingiustificato.
- (90) Per la distinzione tra la nozione di *salario* e quella di *stipendio* v. recentemente C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, cit. nella nota 53, pp. 422-423. Il diritto degli impiegati a percepire la retribuzione anche per i periodi di sospensione del lavoro a causa di infermità (entro un limite di comportamento) o di un impedimento del «principale» a ricevere la prestazione, già largamente riconosciuto nelle prassi aziendali fin dal secolo XIX, è stato sancito come privilegio riservato al ceto impiegatizio dall'art. 6 del r.d.l. n. 1825/1924 (§§ 179-180).

(91) Così M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, p. 661. V. inoltre nota 52.

(92) V. note 45-50.

(93) Furono recepiti in decreto delegato, in particolare: gli accordi interconfederali 24 settembre 1952 (salariati) e 26 aprile 1954 (impiegati e dirigenti) per il settore agricolo; l'accordo 15 gennaio 1957 per il settore industriale; l'accordo 29 aprile 1957 per il settore del commercio; gli accordi 22 maggio 1954 e 15 ottobre 1954 per il settore del credito, poi però profondamente modificati con l'accordo 10 gennaio 1968, tendente a rendere assai più incisiva l'indicizzazione delle retribuzioni in questo settore. Gli accordi recepiti in decreto delegato prevedevano che le variazioni del costo della vita medio nazionale venissero calcolate ogni tre mesi da un'apposita Commissione per l'indice del costo della vita costituita presso l'Istat, per mezzo di rilevazioni effettuate in sedici capoluoghi di regione: venivano rilevati i prezzi di un paniere di beni che si consideravano rappresentativi del consumo di una normale famiglia di lavoratori composta da due genitori e due figli; a ogni scatto dell'indice corrispondeva uno scatto dell'indennità di contingenza, in una misura prestabilita, detta «valore-punto». I rapporti tra i «valori-punto» corrispondevano, all'origine, quasi perfettamente ai rapporti tra i minimi tabellari previsti dai contratti collettivi nazionali: l'indennità di contingenza prevista per il livello più basso (manovale comune) era pari alla metà dell'indennità di contingenza prevista per il livello impiegatizio più alto (impiegato con funzioni direttive); onde l'indicizzazione operava all'origine con la stessa efficacia su tutti i livelli retributivi minimi previsti dalla contrattazione collettiva.

(94) L'accordo interconfederale 25 gennaio 1975 (che può leggersi in appendice a E. Ghera, G. Santoro Passarelli, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982, pp. 206-208) unificò i «valori-punto» sui quali era basata la determinazione trimestrale dell'indennità di contingenza (v. nota precedente) al livello più alto, pari a 2.389 lire, che corrispondeva all'incirca all'1% della retribuzione mensile minima di un impiegato di concetto e di un operaio specializzato, ma all'1,5% della retribuzione di un manovale comune: col risultato che ogni scatto dell'1% dell'indice del costo della vita portava a manovali, operai comuni e qualificati un aumento del potere di acquisto reale tanto maggiore quanto più basso era il loro livello di retribuzione. Donde il progressivo ridursi del «ventaglio» dei minimi retributivi: nel corso degli anni '70 il rapporto tra la retribuzione minima dell'impiegato direttivo e quella del manovale comune si ridusse da 2 a circa 1,3. V. in proposito l'opinione di T. Treu, secondo la quale «l'adeguamento realizzato con la contingenza in cifra fissa, in quanto privilegia la garanzia di una retribuzione sufficiente alle esigenze vitali, è certo il più congruo all'interpretazione, minimalista, dell'art. 36 Cost. storicamente adottata dalla giurisprudenza ordinaria» (in *Problemi giuridici della retribuzione*, cit. nella nota 52, p. 21; v. anche, in precedenza, Id., in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota 18, pp. 98-99).

(95) Un primo intervento fu quello volto a deindicizzare gli accantonamenti per l'indennità di anzianità (§ 260), previsto dall'accordo interconfederale 26 gennaio 1977 (che può leggersi in appendice a E. Ghera, G. Santoro Passarelli, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, cit. nella nota 94, pp. 208-216) e attuato dal d.l. 1° febbraio 1977 n. 12, convertito con modificazioni nella legge 31 marzo 1977 n. 91 (la quale interveniva anche a vietare qualsiasi meccanismo di indicizzazione più favorevole per i lavoratori rispetto a quello vigente per il settore industriale). Un secondo intervento fu quello volto ad «azzerare» due scatti dell'indennità di contingenza, previsto dal c.d. «accordo di S. Valentino» (accordo interconfederale 14 febbraio 1984), sottoscritto soltanto da Cisl e Uil, non dalla Cgil, e attuato dal decreto-legge 17 aprile 1984 n. 70, convertito nella legge 12 giugno 1984 n. 219. Su questa legge si è poi celebrato nel giugno 1985 un referendum abrogativo, promosso dalla Cgil e dall'opposizione di sinistra, nel quale ha però prevalso, sia pur di misura, il «no» all'abrogazione.

(96) La disdetta della Confindustria venne resa di pubblico dominio subito dopo la chiusura delle urne del referendum abrogativo di cui si è detto nella nota precedente, il 9 giugno 1985, ma prima che del referendum stesso si conoscesse l'esito. Sull'intera vicenda dell'indicizzazione delle retribuzioni, dagli accordi interconfederali originari a questo esito, v. M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, pp. 654-655 e 668-669; G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 49-73; v. inoltre *op. cit.* nella nota seg.

(97) Per una esposizione analitica e critica al tempo stesso delle circostanze che hanno portato all'emanazione della legge n. 38/1986, nonché del meccanismo da essa istituito, v. P. Alleva, *Automatismi salariali*, *Digesto IV*, sez. comm., II, 1987, pp. 3-17.

(98) L'effetto della legge n. 38/1986, limitato originariamente al quadriennio 1986-1989, venne prorogato di due anni con la legge 13 luglio 1990 n. 191, per poi cessare definitivamente (v. in proposito T. Treu, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, cit. nella nota 24, pp. 8 e 10; i saggi raccolti nel volume *Scala mobile: storia e prospettive*, *Suppl NGL*, 1991, n. 4; e gli atti del convegno su *Indicizzazioni, automatismi e costo del lavoro*, aperti da una relazione di R. De Luca Tamajo, in *Suppl NGL*, 1991, n. 5). La giurisprudenza si è subito orientata in senso contrario sia alla tesi della reviviscenza degli accordi interconfederali degli anni '50, sia a quella dell'ultrattività delle clausole di indicizzazione contenute nei contratti collettivi di categoria: v. le sentenze citate nella nota 57.

(99) V. in proposito il commento critico di P. Alleva, *La questione della scala mobile*, cit. nella nota 57, pp. 28-30. Sulla modesta «compensazione» disposta transitoriamente dal suddetto accordo per la cessazione degli effetti della scala mobile v. nota 158.

(100) Questa disposizione contenuta nel «protocollo Giugni» del 1993 e negli altri coevi non può, tuttavia, essere intesa nel senso dell'attribuzione ai lavoratori di un «diritto al recupero» del potere di acquisto eventualmente perduto nel corso del biennio per effetto dell'inflazione: il contratto collettivo di settore resta, anche su questo punto, sovrano (cfr. in proposito T. Treu, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, cit. nella nota 24, p. 15).

(101) Sulla necessità che la «piattaforma» sia stata presentata, per l'insorgere del diritto all'indennità di vacanza contrattuale, v. T. Milano 14 luglio 1999, *MGL*, 1999, p. 1026.

(102) V. in proposito L. Zoppoli, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, cit. nella nota 45, pp. 111-115; C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, cit. nella nota 53, pp. 425-430. Sulla portata del protocollo del 1993 in materia di retribuzione v. anche l'ampia trattazione di G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 138-150.

(103) Cfr. C. Lucifora, C. Vignocchi, *Le carriere retributive: un'analisi con micro-dati*, in Cnel, *Rapporto sulle retribuzioni e sul costo del lavoro*, Milano, 1997: «in media, ogni anno aggiuntivo determina un aumento della capacità di guadagno pari al 4,6% ... tale effetto si riduce progressivamente al crescere dell'età» (p. 420). Si osservi però che in questa ricerca non si distinguono gli aumenti retributivi determinati da automatismi contrattuali, quali gli scatti di anzianità, dagli aumenti determinati da promozione a categoria superiore o da riconoscimenti «di merito» individuali.

(104) «I lavoratori con qualifica impiegatizia ... mostrano un profilo età-retribuzione assai più inclinato nelle fasi iniziali della carriera lavorativa rispetto alle qualifiche operaie» (*loc. ult. cit.*).

(105) Quell'orientamento trova una prima espressione — priva peraltro di rilevante se-guito concreto nella contrattazione collettiva successiva — nell'art. 1 dell'accordo interconfederale 26 gennaio 1977 (cit. nella nota 95), che impegnava le parti «a definire al più presto, in conformità con l'obiettivo di restringere l'area degli automatismi che incidono sulla dinamica del costo del lavoro, le modalità di revisione dell'indennità e degli scatti di anzianità, nella prospettiva di un superamento della vigente normativa di legge e contrattuale». Su questa «svolta» sindacale v. M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, pp. 669-670; P. Alleva, *Automatismi salariali*, cit. nella nota 97, pp. 21-24.

(106) V. C. Lucifora, C. Vignocchi, *Le carriere retributive ecc.*, cit. nella nota 103, dove si osserva che tra il 1974 e il 1988, in media, tutte le coorti del campione considerato (da quella dei nati tra il 1927 e il 1931 a quella dei nati tra il 1947 e il 1951) hanno visto crescere la propria retribuzione in termini reali in misura sostanzialmente simile (pp. 406-414). V. però quanto osservato nella nota 103.

(107) Cass. 14 agosto 1991 n. 8857, *RIDL*, 1992, II, p. 167, con nota di V.A. Poso, *Aspettativa sindacale e scatti di anzianità*; P. Milano 14 aprile 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 134, con nota di R. D(ell) P(unta); in senso contrario v. però P. Modena 8 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 796, con nota di V.A. Poso; e ultimamente Cass. 2 agosto 2000 n. 10159, *RIDL*, 2001, II, p. 207, con nota di S. Gianino, *Anzianità aziendale e aspettativa sindacale*.

(108) V. ultimamente in questo senso T. Milano 17 maggio 2001, *D&L*, 2001, p. 745: ivi in nota ulteriori precedenti conformi.

(109) Cass. 20 giugno 1990 n. 6180, *RIDL*, 1991, II, p. 69, con nota di L. Noggler, *Scatti di anzianità e lavoratori giovani*; Cass. 8 gennaio 1991 n. 71, *RIDL*, 1991, II, p. 585, con nota di V.A. Poso, *Sulla decorrenza degli scatti di anzianità per i lavoratori giovani*; Cass. 2 settembre 1995 n. 9287, *GI*, 1996, I, 1, c. 1396; e ultimamente T. Milano 17 maggio 2001, cit. nella nota prec. In senso contrario P. Milano 21 febbraio 1990, *RIDL*,

1990, II, p. 844, con nota critica di G. Mammone, *Sulla disciplina convenzionale degli scatti di anzianità*.

(110) Cass. 18 agosto 2000 n. 10961, *D&L*, 2001, p. 163.

(111) Nel senso dell'assorbimento Cass. 13 marzo 1986 n. 1705, mass.; Cass. 24 maggio 1999 n. 5046, *NGL*, 1999, p. 631. In senso contrario Cass. 14 febbraio 1986 n. 218, mass.; in precedenza A. Milano 14 aprile 1972, *OGI*, 1972, p. 627; Cass. 20 gennaio 1975 n. 230, *ivi*, 1975, p. 82.

(112) Sull'impossibilità, per il lavoratore, di fondare un preteso diritto agli scatti futuri (soppressi o ridotti dal nuovo contratto collettivo) su di una «incorporazione» della vecchia disciplina collettiva nel contratto individuale, v. § 71 e *ivi*, in particolare, per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto, nota 194.

(113) L'espressione «retribuzione globale di fatto» compare anche nell'art. 5 della legge n. 260/1949, citato poco oltre in questo paragrafo, per indicare la retribuzione di riferimento per la determinazione del trattamento per le giornate festive.

(114) Cass. 4 aprile 1984 n. 2183, *RGL*, 1984, II, p. 40, con nota di M. Petrocchi e A. Zanello; Cass. 6 agosto 1998 n. 7745, *NGL*, 1999, p. 48 (dove si precisa tuttavia che nella retribuzione di riferimento per il calcolo della maggiorazione minima del 10% non devono essere computate anche le somme dovute al lavoratore per festività e ferie, né gli accantonamenti per il t.f.r.); Cass. 23 luglio 1998 n. 7251, *NGL*, 1999, p. 48. Su questo punto v. peraltro ultimamente Cass. 26 febbraio 2002 n. 2856, *OGI*, 2002, p. 610, dove si afferma che la regola della maggiorazione minima del 10% rispetto alla retribuzione onnicomprensivamente intesa si applica soltanto in riferimento alla retribuzione del lavoro qualificabile come straordinario a norma di legge, non a quella del lavoro qualificato come tale soltanto dal contratto collettivo (§§ 328-330).

(115) Sulla deducibilità dall'art. 5 della legge n. 260/1949 di una regola di «onnicomprensività» della retribuzione di riferimento, applicabile però soltanto nella materia specificamente disciplinata e non avente valore generale, v. Cass. 8 aprile 2000 n. 4477, *RIDL*, 2001, II, p. 270, con nota di M. Lamberti, *Sull'inclusione delle competenze accessorie nel compenso per le festività infrasettimanali dei dipendenti delle aziende tramviarie*. La stessa Corte ha tuttavia precisato, in una sentenza di poco posteriore, che non rientra nella retribuzione «ordinaria», suscettibile di essere presa a riferimento per il calcolo del trattamento delle festività infrasettimanali, la maggiorazione per lavoro straordinario percepita dal lavoratore continuativamente: Cass. 29 luglio 2000 n. 9992, *RIDL*, 2001, II, p. 433, con nota di M. Valenti, *Incidenza dello straordinario fisso sugli istituti retributivi indiretti*.

(116) A questa conclusione si è giunti attraverso un cospicuo dibattito, i cui svolgimenti e risultati, oggi pacifici, sono esposti e commentati nei contributi di M. D'Antona, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, *DLRI*, 1984, pp. 269-302, e *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, *RGL*, 1986, I, pp. 3-22 (entrambi gli scritti possono leggersi ora anche in *Opere*, vol. III, t. 3°, Milano, 2000, pp. 983-1044); F. Bianchi D'Urso, *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984; v. anche M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, pp. 659-660; L. Angiello, *La retribuzione. Artt. 2099-2102, Comm Sch*, 1990, pp. 92-97; G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 193-205. Per la giurisprudenza sul punto v. le note seguenti.

(117) Cass. 4 aprile 1984 n. 2183, cit. nella nota 114: «il senso più o meno comprensivo in cui la retribuzione è intesa nelle varie norme che se ne occupano va caso per caso ricavata, ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale, dalla lettera o dalla ratio di ciascuna di esse; mentre per quanto concerne l'interpretazione — riservata al giudice del merito — delle clausole contrattuali in materia non regolata da norme imperative i criteri stabiliti dagli artt. 1362 e ss. c.c., impongono di attenersi alla comune intenzione delle parti desunta, oltre che dalla lettera, dai vari altri indicati elementi» (dalla motivazione, p. 48). Nello stesso senso, tra le numerosissime altre, Cass. 3 novembre 1995 n. 11424, *OGI*, 1996, p. 133; Cass. 21 novembre 1998 n. 11815, mass.; Cass. 5 marzo 1999 n. 1883, *NGL*, 1999, p. 271; Cass. 2 febbraio 2001 n. 1432, *OGI*, 2001, p. 296. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali sulla questione generale v. R. Vianello, *La retribuzione*, cit. nella nota 86, pp. 813-822. Tra le più recenti in questo senso v. Cass. 29 luglio 2000 n. 9992, cit. nella nota 115.

(118) Dopo la sentenza delle SS.UU. 3 febbraio 1979 n. 738, *OGI*, 1979, in motivazione, p. 1061, v. soprattutto Cass. S.U. 13 febbraio 1984 nn. 1075 e 1081, *RGL*, 1984, II, p. 41, con nota di M. Petrocchi e A. Zanello, *Per una prima guida alla lettura delle decisioni delle sezioni unite in materia di c.d. onnicomprensività della retribuzione*, che fornisce una rassegna molto ricca e un indice cronologico della giurisprudenza di legittimità precedente in argomento; nello stesso senso, tra le numerosissime altre successive, Cass. S.U. 3 aprile 1989 n. 1608, *OGI*, 1989, p. 360; Cass. 2 dicembre 1991 n. 12913, *RIDL*, 1992, II, p. 883, con nota di E. Gragnoli, *Osservazioni in tema di onnicomprensività e disciplina collettiva della retribuzione*; Cass. 29 novembre 1993 n. 11810, *RIDL*, 1994, II, p. 692, con nota di C. Saisi, *Esclusione dell'indennità di maneggio denaro dal calcolo della retribuzione indiretta*.

(119) V. soprattutto F. Bianchi D'Urso, *Onnicomprensività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984.

(120) Cfr. Cass. 20 novembre 2000 n. 14955, *OGI*, 2001, p. 84, dove si afferma che il livello di tale trattamento deve essere «adeguato ad assicurare l'indifferenza del lavoratore circa l'effettiva fruizione delle ferie».

(121) L'indennità di cassa, ovvero di maneggio denaro, era esclusa dall'imponibile contributivo a norma dell'art. 12 della legge n. 153/1969, sul presupposto che la sua funzione fosse di tenere indenne il lavoratore delle perdite che normalmente il maneggio del denaro può comportare, quando il contratto prevedesse l'addebito al lavoratore stesso di tali perdite; tale esenzione è poi stata abrogata, con effetto dal 1999 (art. 6 del d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314, c. 3°). Le altre indennità menzionate nel testo costituiscono anch'esse, secondo le norme oggi vigenti, parte integrante della retribuzione imponibile.

(122) Le lettere con cui sono contrassegnate le eccezioni che seguono al principio di «onnicomprensività» della retribuzione imponibile a fini fiscali corrispondono a quelle con cui le eccezioni stesse sono indicate nel secondo comma dell'art. 48, nel suo testo attuale. Le precisazioni qui riportate, in relazione alle singole eccezioni, quando non sono tratte dal testo legislativo, corrispondono all'orientamento interpretativo espresso dal ministero delle finanze nella circolare 23 dicembre 1997 n. 326.

(123) Questione diversa da quella dell'imponibilità del servizio di mensa è se il suo valore espresso in termini monetari debba essere computato o no nella retribuzione di riferimento ai fini della determinazione di altre voci retributive (§ 246). Tale questione, sulla quale negli anni '80 e nei primi '90 si erano registrati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali contrastanti, è stata risolta con l'art. 6 del d.l. 11 luglio 1992 n. 333 v. nota seg. La censura di incostituzionalità mossa a questa norma legislativa è stata ritenuta infondata dalla Corte costituzionale (sent. 28 aprile 1994 n. 164, *RIDL*, 1995, I, p. 25, con nota di M. Mariani, *La parola definitiva della Corte costituzionale sulla questione del servizio mensa*). In precedenza, due sentenze delle Sezioni Unite del 1° aprile 1993 (rispettivamente n. 3888, *MGL*, 1993, p. 36, con un grave errore di stampa nella quarta massima, che stravolge il senso della pronuncia; e n. 3889, *RIDL*, 1994, II, p. 119, con nota di M. Mariani, *La questione del servizio mensa secondo le Sezioni Unite*: *ivi* i riferimenti a dottrina e giurisprudenza precedenti) avevano ritenuto che la regola contenuta nella nuova norma legislativa potesse già desumersi dalla legislazione previgente. In queste due sentenze si parlava assai discutibilmente di «natura ontologicamente non retributiva» del servizio di mensa; ma oggetto delle controversie era soltanto la legittimità della clausola collettiva che prevedeva l'esclusione del valore del servizio stesso dalla retribuzione di riferimento per il calcolo di altre voci retributive. In proposito v. anche Cass. 1° dicembre 1998 n. 12168, *NGL*, 1999, p. 56, che ha altrettanto discutibilmente qualificato il servizio di mensa offerto dalle Ferrovie dello Stato ai propri dipendenti come «agevolazione di carattere assistenziale», non collegata causalmente con il lavoro prestato. In dottrina T. Treu, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, cit. nella nota 24, pp. 4-5; B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive, ne La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, cit. nella nota 24, pp. 86-88.

(124) Già l'art. 6 del decreto legge 11 luglio 1992 n. 333, convertito nella legge 8 agosto 1992 n. 359, aveva posto fine alla controversia sulla natura retributiva o no del servizio di mensa e dell'indennità di mensa, escludendone — salva diversa disposizione collettiva — la computabilità ai fini del trattamento di fine rapporto (§ 261) e delle mensilità aggiuntive (§ 259); ma la norma non escludeva ancora l'imponibilità dei detti benefici ai fini fiscali e previdenziali.

(125) In questo senso in dottrina G. Musacchia, *Mancia, Enc dir.*, XXV, 1975, pp. 303-310: *ivi* ulteriori riferimenti alla letteratura precedente in argomento; in giurisprudenza Cass. 16 luglio 1992 n. 8598, *RIDL*, 1993, II, p. 490, con nota di L. Tamborini, *Sulla natura delle mance non erogate dal datore di lavoro*. La natura non retributiva delle mance erogate al lavoratore da terzi non toglie che la perdita delle stesse conseguente a sospensione illegittima del lavoratore stesso possa dar luogo a un suo diritto al risarcimento del danno a carico del datore: in questo senso Cass. 18 ottobre 1991 n. 10978, *RIDL*, 1992, II, p. 895, con nota di M. Caro, *Sui presupposti della natura retributiva delle mance*. Sull'imponibilità fiscale

delle mance percepite dai *croupiers* di case da gioco v. ultimamente Cass. 30 gennaio 2002 n. 1186, *GLav*, 2002, n. 28, p. 92.

(126) Fino all'entrata in vigore del d.lgs. n. 314/1997, gli elementi di retribuzione in natura che non costituivano un «costo specifico» per il datore di lavoro (come nel caso delle tessere di circolazione gratuita date da azienda municipalizzata di trasporti ai propri dipendenti), pur confluendo nel reddito imponibile del lavoratore, non erano considerati soggetti a ritenuta alla fonte; dal 1998 si applica invece il criterio del «valore normale» del beneficio in natura: v. in proposito Cass. 29 agosto 2001 n. 11330, *MGL*, 2002, p. 177, con nota di F. Petrucci, *Tassabilità dei redditi in natura ed obbligo di effettuazione delle ritenute d'acconto* (ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sul punto).

(127) È stata a lungo controversa la questione relativa all'imponibilità — a fini fiscali e previdenziali — del contributo che il datore di lavoro sovente eroga al dipendente nel primo periodo immediatamente successivo al trasferimento, per indennizzarlo del maggior canone di locazione dell'abitazione che questi si trovi a dover pagare nel nuovo luogo di lavoro, rispetto al vecchio. Negli ultimi anni la giurisprudenza si è orientata decisamente nel senso dell'integrale imponibilità di tale contributo: v. in questo senso Cass. 7 luglio 1999 n. 8140, *IP*, 2000, p. 1357, sulla base dell'argomento — invero assai poco convincente — secondo cui «la corresponsione di tali emolumenti, pur non essendo in relazione di sinallagmaticità con la prestazione lavorativa, è tuttavia ad essa riferibile sul piano delle modalità esterne e cioè con riguardo al luogo in cui la suddetta prestazione deve essere eseguita». Nello stesso senso v. Cass. 30 ottobre 2002 n. 13482, *NGL*, 2002, p. 553.

(128) Secondo la giurisprudenza di Cassazione più recente, l'esclusione dalla retribuzione imponibile di questa prima parte del trattamento di trasferta o missione non vale a determinare senz'altro la stessa esclusione in sede di determinazione della retribuzione di riferimento per il calcolo del t.f.r. (§ 261) o di altre voci retributive, bensì soltanto a determinare una presunzione semplice in tal senso: il giudice di merito può pertanto pervenire nel caso concreto a un accertamento difforme, anche nel senso dell'integrale natura retributiva del trattamento in questione. Così, in riferimento al «trattamento estero», Cass. 4 gennaio 2000 n. 22 (*RIDL*, 2001, II, p. 298, con nota di L. Foglia, *Nuovi spunti giurisprudenziali sulla natura retributiva o risarcitoria dell'«indennità estero»*: ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito); nello stesso senso Cass. 12 luglio 2001 n. 9462, mass., e 12 dicembre 2001 n. 15656, *NGL*, 2002, p. 376, sulle quali v. M. Russomando, *Natura giuridica dell'indennità estero*, *DPL*, 2002, pp. 1077-1078.

(129) V. in proposito G. Alibrandi, *Infortuni sul lavoro e malattie professionali*, Milano, 2002<sup>11</sup>, ed. cur. da F. Facello e P. Rossi, pp. 531-550. Sulla nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali prima dell'intervento legislativo del 1997 v. l'ampia trattazione di G. Roma, *La retribuzione*, cit. nella nota 61 (1993), pp. 89-236.

(130) Nell'elencazione che segue, le lettere con cui sono contrassegnate le eccezioni al principio di «onnicomprensività» della retribuzione imponibile a fini contributivi corrispondono a quelle con cui le eccezioni stesse sono indicate nel quarto comma dell'art. 6, nel suo testo attuale.

(131) Cfr. sul punto F. Realmonte, P. Tosi, *La previdenza integrativa dopo la sentenza n. 427/1990 della Corte costituzionale*, *RIDL*, 1991, II, pp. 249-250.

(132) Su questo punto l'art. 6 del d.lgs. n. 314/1997 richiama l'art. 2 del d.l. 25 marzo 1997 n. 67, convertito in legge con modificazioni mediante la legge 23 maggio 1997 n. 135, dove il limite era fissato all'1% per il 1997 e al 2% a far data dal 1° gennaio 1998; la norma prevedeva che al limite del 3% si pervenisse gradualmente mediante incrementi disposti con decreto del ministro del lavoro, di concerto con il ministro del tesoro; l'applicazione di tale limite definitivo è stata invece disposta, con effetto dal 1° gennaio 2000, dall'art. 49 della legge n. 488/1999 (finanziaria 2000). Ai fini dell'esenzione, il contratto collettivo aziendale istitutivo del premio deve essere depositato presso l'Ufficio provinciale del lavoro entro 30 giorni dalla sua stipulazione.

(133) A norma del terzo comma dell'art. 2 del d.l. n. 67/1997, cit. nella nota prec.

(134) Disciplinate dal d.lgs. 21 aprile 1993 n. 124, come modificato e integrato dagli interventi legislativi successivi. Sulla dibattuta questione della natura retributiva o no del contributo pagato dal datore di lavoro nell'ambito di un programma di previdenza complementare, v. § 261 e ivi l'ampia e convincente trattazione di A. Tursi cit. nella nota 209.

(135) Art. 9-bis aggiunto in sede di conversione al d.l. 29 marzo 1991 n. 103 dalla legge 1° giugno 1991 n. 166.

(136) C. cost. 3 ottobre 1990 n. 427, *RIDL*, 1991, II, p. 239, con nota di F. Realmonte e P. Tosi, cit. nella nota 131.

(137) V. per tutte in questo senso Cass. 12 agosto 1999 n. 8620, *ADL*, 2000, p. 147, cui si riferisce il commento di M. Papaleoni, *L'incerta sorte del tetto previdenziale minimale*, ivi, pp. 121-138. La stessa sentenza precisa tuttavia che l'obbligo contributivo non deve essere determinato in relazione allo standard collettivo, bensì in relazione al minore importo effettivamente dovuto, nell'ipotesi in cui il contratto collettivo non sia vincolante per il datore di lavoro.

(138) È questo l'orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente: v. Cass. 7 agosto 1999 n. 8498, *NGL*, 1999, p. 631, e ultimamente Cass. 14 luglio 2000 n. 9378, *OGI*, 2000, p. 606: «la regola dell'assorbimento opera in presenza di condizioni di maggior favore praticate al dipendente e finché queste perdurino, salva la volontà negoziale di cumulo dei benefici». Nello stesso senso in dottrina G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 168-186: ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(139) Nel senso del non assorbimento tra l'aumento del minimo tabellare disposto dal nuovo contratto collettivo nazionale e l'aumento retributivo *ad personam*, v. tra le più recenti Cass. 7 agosto 1999 n. 8498, cit. nella nota prec., e A. Milano 18 ottobre 2000, *OGI*, 2000, p. 921.

(140) V. ad es. M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit. nella nota 40, pp. 671-672; C. Zoli, *Retribuzione (impiego privato)*, cit. nella nota 53, pp. 437-438.

(141) Dal latino *quotumus*: «di qual numero». Cottimo era anche il nome di un antico dazio imposto dalla Repubblica veneta sulle merci provenienti dal Levante, dall'Inghilterra e dalle Fiandre. In passato il termine «cottimo» è stato utilizzato per l'indicazione di un tipo particolare di contratto di lavoro, caratterizzato dalla stretta ed esclusiva correlazione tra la retribuzione e il risultato della prestazione; da tempo, invece, nel contesto del nostro ordinamento attuale, il termine indica soltanto una forma particolare di retribuzione del lavoro subordinato: v. in proposito soprattutto G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici: la retribuzione a cottimo*, in *Scritti in memoria di A. Graziani*, vol. II, Napoli, 1968, pp. 811-888.

(142) Sulle cui forme più diffuse v. G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ecc.*, cit. nella nota prec., pp. 874-875.

(143) Il divieto è ribadito nell'art. 11, lett. f, della legge 19 gennaio 1955 n. 25, come modificato dall'art. 2 della legge 2 aprile 1968 n. 424, che impedisce al datore di lavoro di «sottoporre l'apprendista a lavorazione retribuita a cottimo, né in genere a quelle ad incentivo»; v. in proposito L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 157-159.

(144) Per un raro caso di questo genere, in epoca recente, v. T. Milano 16 settembre 2000, *FI*, 2001, I, c. 362, la cui massima descrive uno scenario di fabbrica vecchio di almeno mezzo secolo: vi si parla — per dire che hanno diritto al cottimo — di «lavoratori addetti a linea produttiva c.d. a catena, con tempistica fissata dalla direzione in relazione al numero di pezzi previsti e scandita dal suono di una campana, i quali, ove non riescano a completare l'operazione loro affidata, devono segnalarlo al compagno di lavoro dell'operazione successiva facendo affidamento su di lui perché porti a compimento la prima operazione, venendo rimpiazzati dai c.d. soccorritori o da superiori solo per le pause fisiologiche o a fine lavoro, in caso di inconvenienti dovuti a cause tecniche». A un altro caso di retribuzione a cottimo si riferisce ultimamente Cass. 19 novembre 2002 n. 15896, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003, II, fasc. 3.

(145) Nel 1968 i delegati di reparto (§ 54) erano nati sovente, nelle aziende maggiori, proprio in funzione del controllo e della contrattazione sulle tariffe di cottimo.

(146) In apertura del suo saggio del 1968 sulla retribuzione a cottimo — cit. nella nota 141 — G. Giugni osserva che questa «costituisce, anche per la miglior dottrina in materia di diritto del lavoro, una terra quasi sconosciuta».

(147) V. *Il ritorno degli incentivi*, a cura di G.P. Cella, Milano, 1989.

(148) V. sul punto A. Alaïmo, *Gli incentivi retributivi nell'industria*, in *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, a cura di L. Zoppoli, Milano, 1994, pp. 23-56.

(149) Per alcuni riferimenti alla contrattazione collettiva su questo punto v. B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive*, cit. nella nota 123,

- pp. 55-58. Per una — necessariamente magra — rassegna di giurisprudenza in materia di cottimo v. I. Frasca, ne *La retribuzione. Struttura e regime giuridico. II. Repertorio di giurisprudenza*, a cura di B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppoli, Napoli, 1994, pp. 66-70.
- (150) Sistemi di cottimo collettivo, con tanto di tempi-standard e di tariffe contrattate al livello aziendale, sono tuttora praticati anche nella nostra industria automobilistica: v. in proposito nota 31 al § 280.
- (151) Cfr. C. Damiano, M. Silveri e altri, *Il premio di risultato nell'industria metalmeccanica*, Roma, 1997, p. 51, dove si osserva altresì che «il cottimo ... è un sistema che richiede una struttura di rilevazione e di controllo delle prestazioni molto complessa ed estesa, soprattutto quando il cottimo è individuale; ... le piccole aziende difficilmente possono permettersi i costosi uffici tempi e metodi necessari per gestire tale incentivo».
- (152) Per una ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza anche recente sulla retribuzione a cottimo v. R. Vianello, *La retribuzione*, cit. nella nota 86, pp. 827-837.
- (153) Cfr. Cass. 10 gennaio 1994 n. 162, *RIDL*, 1994, II, p. 697, con nota di P. Tullini, *Lavoro a cottimo e principio di correttezza*; in precedenza v., nello stesso senso, Cass. 7 ottobre 1976 n. 3324 (*MGL*, 1977, p. 203, con nota di G. Tamburrino, *La riduzione di rendimento del cottimista nel sistema a cottimo misto e le sue conseguenze nel sinallagma contrattuale*): «Nel sistema di retribuzione a cottimo il datore di lavoro ha diritto di pretendere dal cottimista un certo rendimento, poiché è proprio in diretta ed esclusiva previsione di esso che si è assunto l'obbligo di pagare una retribuzione maggiore di quella spettante ai lavoratori remunerati a tempo. Nel cottimo misto, poi, la previsione di un minimo di rendimento è connaturale al sistema, non potendosi altrimenti giustificare il fatto che al lavoratore sia stata assicurata una retribuzione fissa, costituita dalla paga oraria più la percentuale, e non solo dalla paga oraria. Ne consegue che, nel sistema del cottimo misto, il datore di lavoro può ridurre proporzionalmente la retribuzione minima fissa che sia costituita dalla paga oraria maggiorata in base a una percentuale, qualora il rendimento dei lavoratori cottimisti sia stato inferiore a quello che, secondo la comune intenzione delle parti, risultante dalla predeterminazione delle tariffe di cottimo, deve ritenersi remunerato appunto dalla predetta retribuzione fissa». V. in proposito anche § 281 e ivi note 35, 36 e 37; inoltre, sulla fattispecie particolare del c.d. sciopero del cottimo, § 425 e ivi note 406-409 (contenenti ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali).
- (154) Per l'indicazione di alcuni accordi di questo tipo, stipulati nell'ultimo decennio in aziende di grandi dimensioni, v. B. Caruso, G. Ricci, *loc. cit.* nella nota 149.
- (155) V. in proposito L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 173-174.
- (156) Sulla legittimità della clausola collettiva contenuta nel contratto collettivo nazionale per il personale direttivo bancario avente a oggetto un premio di questo genere, nonostante l'ineliminabile margine di discrezionalità della valutazione circa la qualità della prestazione, v. Cass. 23 giugno 1998 n. 6221, *RIDL*, 1999, II, p. 535, con nota di A. Morone, *Premio di rendimento e valutazione della prestazione lavorativa*: ivi ulteriori riferimenti.
- (157) Sulle questioni che possono sorgere in relazione all'applicazione di tali sistemi sotto il profilo del principio di parità di trattamento v. § 163, anche per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.
- (158) Il termine «elemento distinto della retribuzione» è stato utilizzato anche per indicare una erogazione di 20.000 lire mensili (poco più di 10 euro) per 13 mensilità, prevista transitoriamente dal protocollo interconfederale del 31 luglio 1992, contestualmente alla presa d'atto della cessazione — col 31 dicembre 1991 — del vecchio meccanismo di indicizzazione delle retribuzioni (§ 245).
- (159) V. in proposito L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 114-118.
- (160) Cfr. B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive*, cit. nella nota 123, p. 67: ivi la citazione di due sentenze di Cassazione in senso conforme.
- (161) V. sul punto B. Caruso, G. Ricci, cit. nella nota prec., pp. 66-67; ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito, anche per ciò che riguarda l'onere della prova circa il buon esito dell'affare, che grava sul lavoratore.
- (162) V. in proposito R. Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2001<sup>7</sup>, pp. 169-170.
- (163) Ivi, p. 67.
- (164) Cfr. sul punto B. Caruso, G. Ricci, *op. cit.* nella nota 123, pp. 63-64.
- (165) Al «terzo elemento» della retribuzione in quest'ultima accezione si riferisce Cass. 25 gennaio 1988 n. 611, *RIDL*, 1989, II, p. 246, con nota di A. De Felice, *Il «terzo elemento» della retribuzione dell'operaio avventizio agricolo*.
- (166) Sulla prevista esenzione del premio aziendale dall'imposizione contributiva — attuata peraltro dal legislatore soltanto in misura molto modesta (§ 247) — e i problemi di controllo che essa può porre v. T. Treu, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, cit. nella nota 24, pp. 18-19.
- (167) V. in proposito, anche per alcuni dati statistici, M. D'Antona, R. De Luca Tamajo, *La retribuzione ad incentivi*, *DRI*, 1991, pp. 5-11 (ora anche in M. D'Antona, *Opere*, vol. III, t. 3<sup>o</sup>, cit. nella nota 116, pp. 1045-1056): ivi due pagine di riferimenti bibliografici in argomento; inoltre gli scritti di A. Pandolfo, A. Viscomi, I. Regalia, E. Balletti, A. Andreoni, sulla contrattazione degli incentivi rispettivamente nel settore metalmeccanico, della grande distribuzione commerciale, del «terziario avanzato», del credito e del pubblico impiego, tutti in *DRI*, 1991, pp. 61-96; B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive*, cit. nella nota 123, pp. 58-84; gli studi sulla contrattazione aziendale in questa materia di L. Zoppoli, A. Alaimo, R. Santucci, G. Spagnuolo Vigorita, e i testi di accordi aziendali riprodotti in appendice in *Retribuzione incentivante e rapporti di lavoro*, a cura di L. Zoppoli, Milano, 1994; v. anche L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 211-215. Dai dati statistici disponibili sulla contrattazione aziendale nelle aziende metalmeccaniche lombarde negli ultimi anni si rileva l'altissima frequenza dell'istituzione di voci retributive collegate alla produttività o alla redditività aziendale nelle aziende interessate dalla contrattazione integrativa negli anni '90, con una leggera prevalenza del collegamento alla redditività (*La contrattazione articolata in Lombardia 1994-1997*, a cura della Fiom-Cgil Lombardia, Milano, 1997). Un'interessante guida sindacale per la contrattazione e la gestione degli accordi in questa materia è proposta da C. Damiano, M. Silveri e altri, *Il premio di risultato nell'industria metalmeccanica*, cit. nella nota 151: ivi una rassegna dei possibili indici di produttività e/o redditività suscettibili di essere assunti come riferimento per la determinazione della retribuzione variabile, nonché alcuni testi contrattuali degli anni '90 su questa materia.
- (168) V. ad es. il c.c.n.l. per l'industria metalmeccanica 5 luglio 1994, disc. gen., parte III, art. 9, che demanda alla contrattazione aziendale «l'istituzione di un premio annuale calcolato solo con riferimento ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi, concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità, di redditività e altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività aziendale nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa».
- (169) Per ulteriori informazioni e dettagli su queste forme che il premio di risultato può assumere v. ancora C. Damiano, M. Silveri e altri, cit. nella nota 151, pp. 52-55.
- (170) Così T. Treu, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, cit. nella nota 24, p. 21, in riferimento al fatto che nel protocollo si parla di collegamento dei premi a «programmi concordati tra le parti» (art. 2, c. 3<sup>o</sup>).
- (171) Altrettanto non può dirsi dei dirigenti di vertice, per i quali questo meccanismo di determinazione di una parte della retribuzione può svolgere una funzione direttamente incentivante: v. in proposito A. Zoppoli, *Incentivazione e lavoro manageriale: spunti per una ricerca*, *DRI*, 1991, pp. 47-53.
- (172) Sulla partecipazione agli utili nel periodo corporativo e nel dopoguerra v. lo studio di A. Alaimo, *Sistemi partecipativi e incentivanti di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, *DRI*, 1991, pp. 13-25. V. inoltre alcuni cenni storici sull'origine e l'evoluzione dell'istituto in F. Mortillaro, *La retribuzione*, cit. nella nota 2, pp. 237-241.
- (173) V. in proposito L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 118-120 e 197-211.
- (174) V. ultimamente in questo senso, in dottrina, B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive*, cit. nella nota 123, pp. 60-61; G. Zilio Grandi, *La retribuzione ecc.*, cit. nella nota 25, pp. 338-344. Per una rassegna di giurisprudenza e dottrina in tema di partecipazione agli utili v. R. Vianello, *La retribuzione*, cit. nella nota 86, pp. 846-850; alcuni riferimenti giurisprudenziali in argomento anche in L. Bonaretti, *L'equa retribuzione nella Costituzione ecc.*, cit. nella nota 40, pp. 278-281.
- (175) In questo senso, in riferimento specifico alla partecipazione agli utili, v. F. Mortillaro, *La retribuzione*, cit. nella nota 2, p. 238. In

giurisprudenza, nello stesso senso, Cass. 14 dicembre 1966 n. 2928, mass.; Cass. 20 gennaio 1977 n. 300, *MGL*, 1977, p. 225; Cass. 30 marzo 1984 n. 2132, mass.

(176) Per una rassegna aggiornata dei numerosi ulteriori indicatori ai quali il premio di redditività può essere collegato, in relazione ai diversi possibili effetti perseguiti, v. A. Cugini, *Contrattazione aziendale flessibile: quale negoziatore?*, *DRI*, 2001, pp. 49-59.

(177) V. in proposito R. Santucci, *Contrattazione degli incentivi e modelli di relazioni industriali*, *DRI*, 1991, pp. 55-60; sottolinea la necessità che l'istituzione di forme di retribuzione partecipativa si accompagni all'attribuzione ai lavoratori di «confacenti prerogative di controllo» E. Gragnoli, *Retribuzione ad incentivo e principi costituzionali*, *ADL*, 1995, n. 2, pp. 221-226.

(178) Sulle esperienze e le prospettive della partecipazione azionaria dei lavoratori all'impresa, in Italia e in Europa, v. gli scritti di G. Loy, F. Amato, M. Tiraboschi, A. Pendleton, A. Agut Garcia, L. Guaglianone, A.C. Neal, P. Lorber, J. Rojot, D. Senne, *DRI*, 2002, pp. 175-337.

(179) L'armonizzazione della disciplina fiscale della materia con quella previdenziale è stata operata con il d.lgs. 2 settembre 1997 n. 314 (§ 247). Poiché l'art. 6 di tale decreto si riferisce ai redditi — corrispondenti all'acquisizione di azioni od opzioni su azioni — maturati nel periodo di riferimento», cioè in costanza del rapporto di lavoro, se ne può dedurre che i redditi in questione maturati successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro siano esclusi dalla contribuzione previdenziale (in questo senso la circolare n. 11/2001, cit. nella nota seg.).

(180) Questa condizione non compare nel testo legislativo, ma è frutto della sua interpretazione governativa corrente: circolare 22 gennaio 2001 n. 11.

(181) Circolari n. 30 e n. 98 del 2000.

(182) Questa espressione compare negli artt. 6 e 7, 5° c. della legge 30 dicembre 1971 n. 1204, ora sostituiti dagli artt. 22 e 34 del d.lgs. n. 151/2001 (protezione della lavoratrice madre: § 402), del cui contenuto in materia di tredicesima mensilità si dirà in questo stesso paragrafo.

(183) Contratto collettivo 5 agosto 1937 per gli impiegati dell'industria, art. 13: trattandosi di contratto corporativo, esso aveva fin dall'origine, e ha conservato anche dopo il 1944, efficacia *erga omnes*.

(184) Contratto collettivo 14 ottobre 1938 per gli operai dell'industria, dove era prevista una «gratifica natalizia» pari a una settimana di retribuzione.

(185) Accordo interconfederale per l'industria 27 ottobre 1946, art. 17, dove l'entità dell'erogazione era fissata in 200 ore della retribuzione globale di fatto. L'accordo è stato recepito nel d.P.R. 28 luglio 1960 n. 1070, acquisendo in tal modo efficacia *erga omnes* nel settore (§ 67). Per i settori diversi da quello industriale hanno provveduto nello stesso senso, nel primo decennio del dopoguerra, i rispettivi contratti nazionali, essi pure recepiti in decreto delegato. Il numero delle ore di retribuzione è stato in seguito modificato dai contratti collettivi nazionali di categoria, in corrispondenza con le riduzioni dell'orario via via disposte; con la «mensilizzazione» della retribuzione degli operai (§ 244), progressivamente diffusasi a partire dalla seconda metà degli anni '70, il problema ha cessato di porsi.

(186) Un'indennità di anzianità era stata precedentemente istituita dal d.lgt. n. 490/1916 in favore degli impiegati richiamati alle armi, poi dal d.lgt. 9 febbraio 1919 n. 112 per tutti gli impiegati che avessero maturato un'anzianità particolarmente elevata. In proposito v. le osservazioni storico-critiche di G. Santoro Passarelli, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, pp. 14-24.

(187) Sulla dubbia costituzionalità di questa discriminazione legislativa tra operai e impiegati v. G. Pera, *Trattamento di fine rapporto*, (*AppNDI*, VII, 1987, pp. 836-863; può leggersi anche in *FI*, 1986, V, cc. 189 ss.), p. 8 dell'estratto.

(188) V. in proposito G. Pera, *Trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota prec., pp. 5-7; ivi, pp. 1-8, i riferimenti essenziali alla dottrina sul vecchio istituto. La questione di costituzionalità sollevata in riferimento a quella norma era stata ritenuta «manifestamente infondata» dalla Corte di Cassazione (sent. n. 1229/1963) e dai giudici di merito che ne erano stati investiti.

(189) In seguito a questa riforma, la Corte costituzionale è stata investita dalla Corte di cassazione della questione di illegittimità della vecchia norma, evidentemente non più ritenuta manifestamente infondata (sentt. nn. 154 e 164/1968): il che mostra come la percezione delle questioni di costituzionalità da parte dei giudici possa mutare, talora in un breve volgere di tempo, anche in conseguenza delle scelte del legislatore ordinario (v. nota prec.). La questione sollevata dalla Corte di Cassazione è stata decisa dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 giugno 1968 n. 75 (*GI*, 1968, c. 1460), che l'ha ritenuta fondata: ha cioè ritenuto che anche prima della legge n. 604/1966 l'indennità di anzianità dovesse necessariamente considerarsi come *retribuzione differita*, con conseguente incostituzionalità dell'art. 2120 c.c. (vecchio testo) nella parte in cui escludeva dal relativo diritto il lavoratore dimissionario o licenziato per colpa. Nella motivazione della sentenza la Corte non spiegava, però, per quale mai motivo il legislatore ordinario avrebbe dovuto considerarsi, per un verso, vincolato *ex art.* 36 Cost. a prevedere una forma di retribuzione differita per qualsiasi caso di cessazione del rapporto, comprese le dimissioni del lavoratore non sorrette da giusta causa (caso nel quale il lavoratore ha evidentemente trovato un'altra occupazione, oppure ha deciso di smettere di lavorare); e perché mai avrebbe dovuto considerarsi, per altro verso, incostituzionale una forma specifica di tutela del lavoratore per il caso di perdita del posto involontaria e incolpevole (quale sostanzialmente era la tutela predisposta originariamente dall'art. 2120), che è invece diffusissima negli ordinamenti stranieri. Si avvertono in questo periodo (fine anni '60) i primi segni di una tendenza della Corte costituzionale — che si manifesterà successivamente in diverse occasioni e su diverse materie, come quella della disciplina dei licenziamenti (v. § 528 e ivi nota 329) o del collocamento (§ 27 e ivi nota 48) — a rivestire a posteriori del crisma della «necessità costituzionale» scelte contingenti del legislatore ordinario che invece ben possono e devono considerarsi costituzionalmente reversibili. Sulla sentenza n. 75/1968 v. anche le osservazioni critiche di F. Mortillaro, *La retribuzione*, cit. nella nota 2, pp. 144-147.

(190) Cfr. Cass. 23 marzo 2001 n. 4261, *NGL*, 2001, p. 500: «in materia di trattamento di fine rapporto, il legislatore del 1982 ha riconfermato l'assetto previgente ... e ha ribadito e rafforzato la connotazione retributiva di tale prestazione, già costituente *ius receptum* sulla base della giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Contemporaneamente, però, ha evidenziato e appositamente disciplinato la concorrente natura di risparmio forzoso dell'accantonamento operato a favore del lavoratore ..., implicitamente dando riconoscimento alla circostanza che, tra le ragioni del mantenimento dell'istituto del trattamento di fine rapporto, vi sono anche considerazioni di politica economica generale, e in particolare l'esigenza di non fare venire meno una fonte importante di finanziamento delle imprese, disponibile a condizioni vantaggiose a prescindere dalla dimensione e dalla forza economica di ciascuna di esse» (in motivazione, pp. 503-504).

(191) Sul significato politico di quella riforma cfr. le caustiche osservazioni di G. Pera, *Trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 187: «la sinistra giuridica, tanto baldanzosa nella volontà di togliere strumenti di governo alla classe imprenditoriale quanto incapace di autentiche operazioni riformistiche, non ebbe l'audacia di deludere le aspettative e i c.d. diritti quesiti; onde la sua proposta fu semplicemente quella di rimuovere le eccezioni del codice» (p. 5); «Sul piano della razionalità del diritto, resta ... da spiegare come e perché il lavoratore italiano debba ricevere una quota consistente del suo trattamento retributivo di massima all'estinzione del rapporto» (p. 20). Dello stesso A. v. anche, successivamente, la nota a C. cost. 19 maggio 1993 n. 243, *Ancora una sentenza ultimatum*, cit. nella nota 57, dove egli osserva che «non è configurabile, nell'ordinamento costituzionale, un diritto dei lavoratori ... a un trattamento di fine rapporto. Secondo un diritto "razionale", il lavoratore ha tre sacri diritti: al lavoro, alla retribuzione equa, alla pensione decorosa. Non c'è spazio per il diritto (costituzionalmente garantito) a un trattamento di fine rapporto; questo diritto ora esiste solo come un residuo storico di un istituto pensato in funzione paternalistica dai legislatori dell'età liberale». L'istituto dell'indennità di anzianità è invece visto con favore nella cospicua trattazione — la più ampia e approfondita, nel nostro panorama dottrinale — di C. Smuraglia, *Riflessioni sull'indennità di anzianità*, *RGL*, 1977, I, pp. 251-341. Per uno studio sulle differenze di trattamento fra operai e impiegati nei vari settori, nonché sulle proiezioni relative allo sviluppo possibile degli accantonamenti a carico delle imprese, a normativa invariata o applicandosi alcune possibili riforme dell'istituto, v. il saggio coevo di L. DiVeza, *L'indennità di anzianità nei contratti di lavoro*, Roma, Ceres, 1977.

(192) Il riferimento è all'accordo interconfederale 26 gennaio 1977 sul costo del lavoro e sulla produttività, cit. nella nota 95, nel cui art. 1, oltre alla «sterilizzazione» degli scatti dell'indennità di contingenza nelle indennità di anzianità, si prevedeva esplicitamente l'impegno delle parti a operare

per un «superamento» della disciplina legislativa dello stesso istituto allora vigente.

(193) La Corte costituzionale, investita della questione di costituzionalità della norma sulla «sterilizzazione», la respinse (sent. 30 luglio 1980 n. 142, *FI*, 1980, I, c. 2642, con nota di O. Mazzotta), osservando però che il protrarsi dell'erosione degli accantonamenti a causa dell'inflazione avrebbe determinato una situazione di contrasto con i principi di cui agli artt. 3, 36 e 38 Cost.; la Corte faceva così ricorso alla figura nuova della «legittimità costituzionale provvisoria», sollecitando l'attivazione di adeguati «bilanciamenti» che consentissero di escludere la lesione futura dei menzionati principi.

(194) Il relativo disegno di legge (17 marzo 1982, n. 1830/S) era stato presentato dal Presidente del Consiglio sulla base delle proposte emerse da una commissione tripartita presieduta da G. Giugni. Il testo del d.d.l. e alcuni altri documenti relativi ai lavori preparatori della commissione tripartita e a quelli parlamentari possono leggersi in appendice a E. Ghera, G. Santoro Passarelli, *Il nuovo trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 94, pp. 89-191. Sulla vicenda della promozione del referendum abrogativo della legge n. 91/97 e della riforma che ne è seguita v. M. D'Antona, *L'indennità di anzianità tra riforma e referendum*, *DD*, 1982, n. 3, pp. 153-159, ora in *Opere*, vol. III, t. 3°, cit. nella nota 116, pp. 957-965; P. Alleva, *Automatismi salariali*, cit. nella nota 97, pp. 17-21.

(195) Una norma transitoria della legge n. 297/1982 prevedeva che, nei rapporti incominciati prima del maggio 1982 e cessati dopo, la parte di indennità maturata fino a quel mese restasse determinata secondo la vecchia disciplina, andando ad aggiungersi in blocco ai nuovi accantonamenti e rivalutandosi poi con essi di anno in anno.

(196) Nel senso dell'ammissibilità dell'azione di accertamento circa l'ammontare dell'accantonamento maturato, ancorché esperita dal lavoratore in costanza di rapporto, v. Cass. 17 novembre 1989 n. 4933, *FI*, 1990, I, c. 498; Cass. 19 maggio 1990 n. 4556, *ivi*, c. 1879; P. Ancona 2 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 806, con nota di P. Tullini; Cass. 24 giugno 1991 n. 7081, *RIDL*, 1992, II, p. 444, con nota di C. Saisi, *Sull'interesse ad agire per l'accertamento del t.f.r. maturato*. In senso contrario v. però Cass. 11 gennaio 1990 n. 55, *FI*, 1990, I, c. 1229.

(197) In riferimento al nuovo t.f.r. parla di «risparmio forzoso» anche E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, p. 387. V. però le osservazioni critiche in proposito di M. Mariani, *Le anticipazioni del trattamento di fine rapporto*, *RIDL*, 1988, II, pp. 661-662.

(198) Cfr. G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, 1984, pp. 30-35.

(199) Cfr. recentemente in proposito Cass. 22 giugno 2000 n. 8496, *DPL*, 2000, p. 3235, che ha confermato la computabilità nella retribuzione di riferimento anche del controvalore del beneficio dell'uso privato dell'autovettura aziendale da parte del lavoratore.

(200) In questo senso v. M. D'Antona, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, *DLRI*, 1984, pp. 293-296 (ora può leggersi anche in *Opere*, vol. III, t. 3°, cit. nella nota 116, dove il paragrafo che interessa è alle pp. 1010-1015). In proposito v. anche le convincenti osservazioni di G. Pera, *Trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 187, pp. 37-41; e ora la rassegna proposta da V. Cerritelli, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, cit. nella nota 86, pp. 588-590.

(201) Testi sostenuti in Cass. 5 giugno 2000 n. 7488, *NGL*, 2001, p. 121: «il giudizio di non occasionalità va in primo luogo effettuato con riferimento a ciascun anno, anche se è possibile che la corresponsione di una somma ritenuta occasionale in un singolo anno possa invece rivelarsi non occasionale, se riferita a un arco temporale maggiore».

(202) Cfr., in riferimento ai «decimi di senzeria di piazza» corrisposti ai dipendenti delle agenzie marittime secondo gli usi del porto di Livorno, P. Livorno 14 dicembre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 446.

(203) V. Cass. 1° giugno 1987 n. 4825, *RIDL*, 1988, II, p. 462, con nota di R. Romei, *Ancora sul «trattamento estero»*, e Cass. 16 gennaio 1996 n. 308, *RIDL*, 1996, II, p. 561, con nota di C. Pollera, *Sulla natura retributiva o no dell'«indennità estero»*. In riferimento a un'indennità corrisposta per il primo periodo successivo a un trasferimento del lavoratore, P. Milano 24 luglio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 561, con nota di C. Faleri, *Sulla natura retributiva o no dell'indennità di trasferimento*.

(204) Cass. 21 marzo 1990 n. 2328, *MGL*, 1990, p. 193, e *RIDL*, 1991, I, p. 94, con nota di M. Mariani, *Sulla nozione di retribuzione computabile ai fini del trattamento di fine rapporto*; Cass. 22 febbraio 1993 n. 2114, *OGL*, 1993, p. 754.

(205) Cfr. Cass. 30 gennaio 2002 n. 1268, *NGL*, 2002, p. 238, in riferimento a un «premio di fedeltà» pagato per prassi aziendale pluridecennale.

(206) Così, tra le altre, Cass. 24 giugno 1991 n. 7081, cit. nella nota 196. Cass. 8 gennaio 1993 n. 88 (*RIDL*, 1993, II, p. 800) precisa però, discutibilmente, che nella retribuzione di riferimento deve essere computato lo «zoccolo» di fatto invariato del compenso per il lavoro straordinario, con esclusione dei «picchi». In precedenza la stessa Corte aveva affermato la necessità di applicare, in un caso analogo ma riferito al vecchio istituto dell'indennità di anzianità, un criterio equitativo (non censurabile in sede di Cassazione se motivato congruamente): Cass. 15 maggio 1987 n. 4508, *RIDL*, 1988, p. 283, con nota di M. Mariani, *Straordinario fisso e indennità di anzianità*.

(207) V. in questo senso T. Brescia 4 maggio 1994, *RIDL*, 1995, II, con nota di V.A. Poso, *Corrispettivo del patto di non concorrenza e trattamento di fine rapporto*.

(208) Cass. 2 novembre 2001 n. 13558, *RIDL*, 2002, II, p. 312, con nota dissenziente di V.A. Poso, *Una premessa assai discutibile e una conclusione errata a proposito della natura retributiva dei trattamenti pensionistici integrativi aziendali*. In proposito v. anche l'ampia trattazione di A. Tursi, *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva del datore di lavoro nelle forme pensionistiche complementari*, *RPPP*, 2002, pp. 489-507, che giunge a conclusioni nettamente divergenti da quelle della sentenza citata. Inoltre note 135 e 136.

(209) Cfr. L. Riva Sanseverino, *Comm SB*, sub artt. 2120 e 2123, 1977, p. 668.

(210) Cfr. Cass. 8 aprile 1992 n. 4273 (*Il risparmio*, 1992, p. 154, con nota di M. Genghini), dove si legge altresì che «conforta tale soluzione anche il rilievo che la normativa contrattuale in questione non è rimasta caducata a seguito della L. n. 287/1982; il che è indice della natura previdenziale del trattamento integrativo in essa previsto»: v. in proposito il paragrafo seguente.

(211) Cass. 2 marzo 2001 n. 3079, *D&L*, 2001, p. 729, con nota di M. Meucci, *Una lineare applicazione, da parte della Cassazione, dello spirito informatore della L. 297/82 sul t.f.r.*, e *RIDL*, 2002, II, p. 67, con nota di L. Merlini, *T.f.r.: l'apparente controversia in ordine all'individuazione delle regole contrattuali di riferimento ai fini del computo*.

(212) Chi scrive fu — in qualità di deputato membro della Commissione lavoro della Camera e del «comitato ristretto» cui la correzione del testo era stata affidata, in sede di seconda lettura dopo l'approvazione da parte del Senato — il materiale estensore della disposizione, nella formulazione che poi sarebbe rimasta inalterata nel testo definitivo della legge: in quella sede venne concordemente deciso da tutti i membri del comitato di integrare il testo del progetto di legge con la previsione della maturazione del t.f.r. nei periodi di sospensione di cui all'art. 2110 c.c., in quelli di intervento della C.i.g., e non in quelli di cui all'art. 2111. V. nello stesso senso G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 198, pp. 82-83.

(213) V. infatti C. cost. 26 gennaio 1988 n. 83 (*RIDL*, 1988, II, p. 578, con nota di A. Vallebona); nello stesso senso v. Cass. 5 febbraio 1988 n. 1222 (*ivi*), dove si afferma per converso la legittimità delle clausole collettive che dispongano un ampliamento dei casi di sospensione della prestazione nei quali il t.f.r. matura; in precedenza P. Milano 1° luglio 1986, *RIDL*, 1987, II, p. 405. In riferimento all'istituto dell'indennità di anzianità, come disciplinato originariamente dall'art. 2120 c.c., prima della riforma del 1982, la Corte costituzionale, con la sentenza 16 febbraio 1963 n. 8 (*RGL*, 1963, II, p. 1), aveva invece posto la regola della maturazione del diritto in favore del lavoratore in servizio militare di leva.

(214) Cfr. nello stesso senso, anche se in forma dubitativa, E. Ghera, G. Santoro Passarelli, *Il nuovo trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 94, p. 24.

(215) Cass. 5 febbraio 1988 n. 1222, cit. nella nota 213.

(216) V. in questo senso P. Bergamo 6 marzo 1986, *NGL*, 1986, p. 796 (dove però è indicata come computabile ai fini dell'accantonamento l'indennità di maternità pari al 30% della retribuzione, salva diversa disposizione collettiva); P. Milano 15 novembre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 340, con nota di V.A. Poso; P. Milano 1° aprile 1989, *NGL*, 1989, p. 717; T. Milano 26 marzo 1991, *NGL*, 1991, p. 352; P. Milano 15 dicembre 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 508, con nota di T. Bianconcini, *Sull'astensione facoltativa post partum e le sue conseguenze sul t.f.r.*: *ivi* ulteriori riferimenti alla giurisprudenza precedente, incerta sul punto.

- (217) Cass. 22 febbraio 1993 n. 2114, *RIDL*, 1993, II, p. 803, con nota di T. B(ianconcini), e *NGL*, 1993, p. 522.
- (218) G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 198, pp. 84-85; A. Vallebona, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984, p. 78.
- (219) In questo senso Cass. 23 luglio 1985 n. 4336, *RIDL*, 1986, II, p. 609, con nota adesiva di A. Ianniello.
- (220) In questo senso v. E. D'Avossa, *Il trattamento di fine rapporto*, *LSO*, 1983, pp. 20-21; A. Vallebona, *Prime questioni sul trattamento di fine rapporto: le frazioni di mese e il regime giuridico transitorio*, *GC*, 1983, I, p. 663; Id., *Il trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 218, pp. 73-74; L. Riva Sanseverino, *Commentario del codice civile cit. nella nota 209*, p. 745. V. pero' G. Giugni, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 198, secondo i quali (pp. 53-56) il legislatore avrebbe voluto qui «per uno scrupolo di chiarezza, eliminare ogni dubbio in ordine alla rilevanza della sola retribuzione relativa ai mesi di effettivo svolgimento del rapporto e non di quella in *astratto* dovuta per l'intero anno», nonche' «ribadire il principio che il trattamento di fine rapporto e' dovuto al lavoratore anche in caso di cessazione di rapporti di durata inferiore all'anno (principio contestato prima dell'entrata in vigore dell'art. 9 della l. n. 604 del 1966)»; la norma prevederebbe altresì un «arrotondamento» mensile, con conseguente retribuzione di riferimento figurativa, nel caso di periodi lavorati pari o superiori a 15 giorni.
- (221) V. per tutti G. Pera, *Trattamento ecc.*, cit. nella nota 187, pp. 27-28. In giurisprudenza, Cass. 2 aprile 1992 n. 4038, *RIDL*, 1993, II, p. 272, con nota di A. Vallebona, *Nullita' delle indennita' integrative del t.f.r. e sorte degli accantonamenti pregressi*; Cass. 18 luglio 1995 n. 7774, *RIDL*, 1996, II, p. 350, con nota di L. Calafa', *Sulla nullita' dell'integrazione convenzionale del trattamento di fine rapporto* (nella sentenza si fa riferimento — inappropriato, a mio avviso — all'undicesimo comma dell'art. 4 della legge n. 297/1982, come fonte del divieto generale di duplicazione o integrazione del t.f.r.: quella norma deve invece intendersi riferita soltanto alle disposizioni collettive in vigore alla data del 1° giugno 1982); Cass. 29 settembre 2000 n. 12913, *NGL*, 2001, p. 128, la quale, pur enunciando la regola menzionata, ha confermato la sentenza che aveva fatto salvo un trattamento di fine rapporto erogato da un fondo di previdenza complementare aziendale. V. tuttavia anche l'orientamento giurisprudenziale favorevole alla legittimita' di clausole collettive di riferimento favorevole in materia di maturazione del t.f.r. durante periodi di sospensione della prestazione, cit. nella nota 215. È stata inoltre considerata legittima la clausola di contratto collettivo aziendale istitutiva di un premio aggiuntivo rispetto al t.f.r., pagabile all'atto del pensionamento, finalizzato a stimolare il buon rendimento nell'ultimo periodo di lavoro: Cass. 25 marzo 1996 n. 2627, *RIDL*, 1997, II, p. 487, con nota di M. Cavagioni, *Sulla configurabilita' di una «indennita' di lealta'» con funzione diversa rispetto al trattamento di fine rapporto*; ivi i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali su numerose altre fattispecie analoghe.
- (222) Non mi constano precedenti giurisprudenziali sul punto.
- (223) V. in proposito § 261 e ivi nota 215.
- (224) Nel senso della nullita' della clausola di un contratto collettivo aziendale che differiva il termine di pagamento del t.f.r. per i dipendenti di una azienda municipalizzata dei trasporti alla data di riconoscimento della pensione da parte dell'istituto previdenziale, v. Cass. 10 marzo 1990 n. 1965, *RIDL*, 1990, II, p. 850, con nota di V. Marino, *Accordi collettivi e norme inderogabili*. Non osta all'esigibilita' immediata del t.f.r. il fatto che al momento della cessazione del rapporto l'impresa si trovi in amministrazione controllata: P. Frosinone 13 luglio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 354, con nota di C. Pollera, *Sull'immediata esigibilita' del t.f.r. maturato dopo l'ammissione dell'impresa a procedura concorsuale*.
- (225) L'inesigibilita' del t.f.r., almeno per la parte di esso il cui calcolo dipende dall'indice Istat del costo della vita, fino a quando non sia resa nota la variazione dell'indice stesso, e' ora esplicitamente affermata da Cass. 28 gennaio 2002 n. 1040, *OGI*, 2002, p. 567, con nota di S. Canali De Rossi, *Esigibilita' del Tfr e lavoro straordinario non occasionale* (ivi, p. 606), e *D&L*, 2002, p. 407, con nota di R. Muggia, *Il diritto al t.f.r.: alla cessazione del rapporto o al momento della pubblicazione dell'indice Istat?*; Cass. 25 marzo 2002 n. 4222, *RIDL*, 2002, II, p. 815, con nota di E. Basile, *Conoscibilita' dell'indice ISTAT del costo della vita e dilazione del pagamento*.
- (226) G. Santoro Passarelli, *Dall'indennita' di anzianita' al trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 186, p. 80; G. Pera, *Trattamento ecc.*, cit. nella nota 187, p. 32, dove l'A. osserva peraltro che «la questione ... pur teoricamente interessante, non pare avere serio spessore pratico».
- (227) Cass. 11 aprile 1990 n. 3046 (*RIDL*, 1991, II, p. 78, con nota di A. Vallebona, *Le anticipazioni sul trattamento di fine rapporto per spese sanitarie: definizione del requisito della «straordinarieta'»: ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali sul punto) afferma che il requisito della «straordinarieta'» della spesa medico-sanitaria «non richiede la carenza assoluta o relativa delle strutture pubbliche, bensì solo la rilevante importanza medico-economica dell'intervento o terapia, essendo in questo caso rimessa al lavoratore la scelta di curarsi in una struttura di sua fiducia a sue spese utilizzando l'anticipazione».*
- (228) Nel senso — conforme alla lettera della norma, ma non alla sua *ratio* — dell'esclusione del diritto all'anticipazione quando la casa venga costruita dal lavoratore «in economia», v. Cass. 21 gennaio 1988 n. 448, *RIDL*, 1988, II, p. 657, con ampia nota di M. Mariani, *Le anticipazioni del trattamento di fine rapporto: ivi ulteriori numerosi riferimenti a dottrina e giurisprudenza sulla materia delle anticipazioni*. Nello stesso senso, in riferimento al caso della costruzione della casa in cooperativa, P. Rho 16 gennaio 1989, *RIDL*, 1989, II, p. 817, con nota dello stesso Mariani, *Le anticipazioni del t.f.r. dopo la sentenza della Cassazione n. 448 del 1988*. Si e' ritenuto, altresì, che tra la spesa e la richiesta dell'anticipazione non debba intercorrere un rilevante intervallo di tempo: Cass. 4 febbraio 1993 n. 1379, *RIDL*, 1994, II, p. 144, con nota di F. Bano, *La Cassazione torna sul problema dell'anticipazione del t.f.r. per l'acquisto della prima casa*. Nel senso, invece, dell'irrelevanza — ai fini del diritto all'anticipazione — della titolarita' in capo al lavoratore di altri immobili non qualificabili come «prima casa» in quanto siti in luogo diverso da quello di residenza, v. Cass. 11 maggio 1989 n. 2139, *RIDL*, 1989, II, p. 810, con nota di V.A. Poso.
- (229) Così Cass. 6 marzo 1992 n. 2749, *RIDL*, 1992, II, p. 612, con nota critica di M. Caro, *Le piccole imprese sono sottratte al regime delle anticipazioni del t.f.r.? V. in proposito la rassegna proposta da V. Cerritelli*, cit. nella nota 200, p. 598.
- (230) Cass. 11 novembre 2002, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003, II, fasc. 2.
- (231) Per un commento sistematico della nuova norma v. M. Corti in M. Napoli, M. Magnani ed E. Balboni (a cura di), *Congedi parentali, formativi e tempi delle citta'*, *NLCC*, 2001, pp. 1294-1312.
- (232) Circolare 29 novembre 2000 n. 85, che puo' leggersi in *GLav*, 2000, n. 48, pp. 16-17.
- (233) Nello stesso senso, se ben intendo il suo pensiero, v. M. Corti, *op. cit.* nella nota 231, pp. 1292-1295.
- (234) Cass. 15 luglio 1995 n. 7710, *RIDL*, 1996, II, p. 54, con nota di A. Avio, *Anticipazioni del t.f.r. e Cassa integrazione guadagni straordinaria*.
- (235) V. tra gli altri in questo senso A. Vallebona, *Il trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 218, pp. 116 e ss., il quale sostiene che la tesi dell'acquisto a titolo successorio renderebbe del tutto superflua la norma; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1985<sup>34</sup>, p. 275.
- (236) In questo senso v. soprattutto L. Mengoni, *L'indennita' in caso di morte del prestatore di lavoro dopo la l. 29 maggio 1982 n. 297*, *MGL*, 1983, p. 78; G. Pera, *Il trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 187, pp. 71-72.
- (237) Ivi introdotto dall'art. 16 della legge 6 marzo 1987 n. 74.
- (238) M.S. Merello, *Liquidazione e vicende matrimoniali*, Milano, 2000, pp. 159-160. Sulla legittimita' costituzionale dell'irrelevanza, nel calcolo della quota di t.f.r. dovuta al coniuge divorziato, della eventuale minor durata del matrimonio rispetto alla durata del rapporto di lavoro, v. C. cost. 24 gennaio 1991 n. 23, *FI*, 1991, I, c. 3006.
- (239) V. in proposito, anche per i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, M.S. Merello, *op. cit.* nella nota prec., pp. 156-157.
- (240) Recepito nel d.P.C.M. 20 dicembre 1999.
- (241) G. Pera, nella nota a C. cost. 19 maggio 1993 n. 243 (dove era stato affrontato il problema dell'esclusione dell'indennita' integrativa speciale dal computo per la determinazione del vecchio trattamento di fine rapporto dei dipendenti pubblici), cit. nella nota 191; ivi la citazione di una presa di posizione nello stesso senso di T. Treu.
- (242) Sul quale v. A. Garilli, *Trattamento di fine rapporto (lavoro pubblico)*, *AppNDI*, VII, 1987, pp. 863-869; M.S. Merello, *Liquidazione ecc.*, cit. nella nota 238, pp. 73-87.
- (243) Cfr. M. Mariani, *Le anticipazioni del trattamento di fine rapporto*, cit. nella nota 197. V. anche, nel senso della necessita' di una riduzione del peso del t.f.r. nel monte-salari, T. Treu, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, cit. nella nota 24, pp. 6 e 27-28.

- (244) Per questo orientamento tradizionale, fondato sull'idea secondo cui una struttura della retribuzione che non prevedesse l'accantonamento del t.f.r. sarebbe stata «meno favorevole» per il lavoratore, contravvenendo così a un principio costituzionale di *favor* per il lavoratore, v. Cass. 6 settembre 1980 n. 5156, *RIDL*, 1982, II, p. 42, con nota di F. Pocar, *Protezione del lavoratore e legge applicabile al rapporto di lavoro*, e *MGL*, 1980, pp. 726, e 1981, p. 18, con nota di G.B. Ferri, *Territorialità del diritto del lavoro e ordine pubblico*. Per la tesi secondo cui la legge italiana è applicabile soltanto se «complessivamente più favorevole» per il lavoratore (con conseguente reiezione della domanda del lavoratore riferita in particolare anche al trattamento di fine rapporto, sul presupposto del difetto di prova che la legge argentina in materia retributiva fosse complessivamente meno favorevole di quella italiana), v. Cass. 9 settembre 1993 n. 9435, *GC*, 1994, I, p. 1315, con nota di C. Bonci, *Appunti sull'applicabilità della legge straniera ai rapporti di lavoro e il favor verso il lavoratore*.
- (245) Cass. 11 novembre 2000 n. 14662, *MGL*, 2001, p. 365, con nota di F. Ghera, *Costituzione, ordine pubblico internazionale e legge regolatrice del rapporto di lavoro all'estero*, e *GC*, 2001, I, p. 2719, con nota di A. Pardini, *Contratto di lavoro tra italiani all'estero: ordine pubblico internazionale e facoltà di scelta della legge regolatrice*.
- (246) Sulle questioni inerenti all'estensione di questo concetto v. *infra* in questo paragrafo e nei due successivi.
- (247) Per una rassegna di giurisprudenza in proposito v. A. Pizzoferrato, *Trattamento retributivo delle opere dell'ingegno e delle invenzioni del lavoratore*, ne *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, cit. nella nota 24, vol. II, pp. 191-198. Dello stesso Autore v. ora *Brevetto per invenzione e biotecnologie*, Padova, 2002 dove la materia della determinazione dell'equo premio per le invenzioni è trattata alle pp. 32-41.
- (248) Non basta perché possa parlarsi, ai fini di cui alla norma in esame, di «attività inventiva» come oggetto della prestazione lavorativa il fatto che quest'ultima consista in una attività di ricerca, ma occorre che il contratto preveda espressamente il conseguimento di un risultato inventivo, cui sia correlata una voce retributiva specifica: v. in questo senso Cass. 6 novembre 2000 n. 14439, *DPL*, 2001, p. 1117, con nota adesiva di G. Pellacani, *Elementi distintivi fra invenzioni di servizio e invenzioni d'azienda*; in precedenza, nello stesso senso, Cass. 5 novembre 1997 n. 10851, *RIDL*, 1998, II, con nota di R. Restelli, *Le invenzioni del lavoratore dipendente e l'attività di ricerca*; ivi ulteriori riferimenti.
- (249) V. per tutti in questo senso M.N. Bettini, *Attività inventiva e rapporto di lavoro*, Milano, 1993, pp. 81-96, 115-134; v. inoltre la nota 253. In giurisprudenza v. Cass. 16 gennaio 1979 n. 329, *FI*, 1979, I, c. 1416; e ultimamente Cass. 5 giugno 2000 n. 7484, *NGL*, 2001, p. 86, e *RIDL*, 2001, II, p. 437, con nota di C. Marasciuolo, *Invenzioni d'azienda e diritto del lavoratore all'equo premio*: ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. V. anche la sentenza del Tribunale di Firenze, cit. nella nota 254.
- (250) Deve trattarsi però di vere novità, suscettibili di produrre un profitto apprezzabile: v. in questo senso T. Firenze 3 luglio 1989 (*RIDL*, 1990, II, p. 619, con nota di M. Andreucci, *Sull'invenzione aziendale*), sentenza con la quale è stato negato il diritto all'equo premio a un impiegato bancario che aveva ideato dei nuovi moduli per il lavoro d'ufficio e i rapporti con i clienti.
- (251) In proposito, tra gli scritti più recenti, v. soprattutto G. Pellacani, *La tutela delle creazioni intellettuali nel rapporto di lavoro*, Torino, 1999; M. Martone, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, Padova, 2000.
- (252) Nel senso dell'applicabilità della disciplina delle invenzioni anche ai rapporti di lavoro parasubordinato — quando oggetto della prestazione sia la mera attività lavorativa, con appropriazione dei suoi frutti da parte del creditore a titolo originario — e in particolare a quelli di lavoro cooperativo, nonché ai rapporti di fatto *ex art.* 2126 c.c., v. M.N. Bettini, *Attività inventiva e rapporto di lavoro*, cit. nella nota 249, pp. 15-19. In senso più restrittivo v. G. Pellacani, *La tutela delle creazioni intellettuali nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota prec., pp. 45-56; M. Martone, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, cit. nella nota prec., pp. 83-91, dove si nega anche l'applicabilità della disciplina delle invenzioni al rapporto di lavoro nell'impresa familiare. Non mi constano precedenti giurisprudenziali sul punto.
- (253) V. ad es. Cass. 12 aprile 1999 n. 3599, *NGL*, 1999, p. 501, dove la Corte ha escluso il diritto al premio nel caso di un lavoratore che aveva realizzato un'opera di natura grafica, brevettata dal datore di lavoro come marchio d'impresa, ma qualificata come disegno ornamentale. V. inoltre la dottrina citata nella nota 257.
- (254) M.N. Bettini, *Attività inventiva ecc.*, cit. nella nota 249, p. 74; G. Pellacani, *La tutela delle creazioni intellettuali ecc.*, cit. nella nota 251, pp. 196-201.
- (255) Cass. 16 gennaio 1979 n. 329, cit. nella nota 249; T. Napoli 30 luglio 1984, *GI*, 1985, I, 2, p. 498, con nota di E. Balletti, *Le «invenzioni» del lavoratore e il diritto all'equo premio in relazione all'art. 36 Cost.*, e *RIDL*, 1986, II, p. 232, con nota adesiva di L. Silvagna, *Le invenzioni dei lavoratori e il diritto all'equo premio*.
- (256) In questo senso v. M. Martone, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, cit. nella nota 251, pp. 245-258: ivi gli ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. Sulle questioni relative all'individuazione del soggetto obbligato, in via principale o solidale, a corrispondere il premio nei casi particolari del trasferimento d'azienda, del distacco, del lavoro in società collegate, della fornitura di lavoro temporaneo, dell'interposizione illecita e del lavoro in appalto, v. G. Pellacani, *La tutela delle creazioni intellettuali ecc.*, cit. nella nota 251, pp. 217-223.
- (257) In questo senso L. Silvagna, *Le invenzioni ecc.*, cit. nella nota 255, p. 235. In senso contrario su questo punto v. M.N. Bettini, *Attività inventiva ecc.*, cit. nella nota 249, p. 108; e soprattutto M. Martone, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, cit. nella nota 251, pp. 198-206: ivi ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali. V. inoltre paragrafo precedente e ivi nota 253.
- (258) In questo senso v. recentemente T. Milano 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 462, con nota di A. Pizzoferrato, *Sui criteri di liquidazione dell'equo premio per invenzioni aziendali*. Sulla precisa regolamentazione dei criteri per la determinazione del premio vigente nell'ordinamento tedesco (la c.d. «formula tedesca») e prevalentemente seguita anche dai giudici italiani v. M.N. Bettini, *Attività inventiva ecc.*, cit. nella nota 249, pp. 77-78. Nel senso che l'equo premio non debba essere commisurato esclusivamente al valore commerciale dell'invenzione, ma anche alla sua «importanza» tecnico-scientifica, v. Cass. 27 febbraio 2001 n. 2849, *DPL*, 2001, p. 1114, con nota di G. Pellacani, cit. nella nota 248.
- (259) Ma v. in senso contrario A. Pizzoferrato, *op. cit.* nella nota prec., p. 463.
- (260) L. Silvagna, *Le invenzioni ecc.*, cit. nella nota 255, p. 236; M.N. Bettini, *Attività inventiva ecc.*, cit. nella nota 249, p. 75.
- (261) V. in questo senso M.N. Bettini, *Attività inventiva ecc.*, cit. nella nota 249, pp. 22-23; G. Pellacani, *La tutela delle creazioni intellettuali ecc.*, cit. nella nota 251, pp. 234-238.
- (262) La Convenzione O.I.L. n. 95/1949 sulla «protezione del salario» (sulla quale v. M. Offeddu, *Le convenzioni internazionali del lavoro e l'ordinamento giuridico italiano*, Padova, 1973, pp. 166-169) è stata ratificata dall'Italia con la legge 2 agosto 1952 n. 1305. Per una applicazione rigorosa della regola ivi contenuta, menzionata nel testo, v. P. Milano 2 luglio 1974, confermata da T. Milano 28 ottobre 1974, *OGL*, 1974, p. 971.
- (263) T. Milano 26 marzo 1975, *OGL*, 1975, p. 1047; 30 aprile 1983, *NGL*, 1983, p. 577; 24 aprile 1992, *OGL*, 1992, p. 313. In dottrina v. sul punto L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, p. 111. Per un caso in cui si faceva questione della legittimità del recesso unilaterale del datore di lavoro dalla pattuizione che prevedeva il pagamento delle retribuzioni mediante accredito in conto corrente e il rimborso a carico del datore stesso delle spese del conto, v. P. Monza 3 ottobre 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 748, con nota di A. Rosiello, *Ancora sull'alternativa tra uso aziendale e contratto*.
- (264) Sulla retribuzione in natura v. L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 120-130; B. Caruso, G. Ricci, *Sistemi e tecniche retributive*, cit. nella nota 123, pp. 84-90.
- (265) V. per tutti in proposito F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 27, pp. 413-416; L. Angiello, *La retribuzione*, cit. nella nota 116, pp. 110-111. In giurisprudenza v. Cass. 23 giugno 1989 n. 3028, *AC*, 1989, p. 1177, dove si riconosce anche la — peraltro ovvia — derogabilità della regola della postnumerazione.
- (266) Per impedire prassi tendenti a incrementare lo sperpero delle retribuzioni da parte dei lavoratori, prassi che hanno avuto qualche diffusione nella prima metà del secolo scorso, il secondo comma dello stesso articolo vieta che il pagamento avvenga «negli spacci di bevande o in altri stabilimenti analoghi», nonché «nei magazzini di vendita al minuto e nei luoghi di divertimento, salvo quando si tratti di persone occupate in detti stabilimenti».
- (267) Cfr. in proposito Cass. 4 ottobre 1995 n. 10408, *RIDL*, 1996, II, p. 636; non constano altri precedenti specifici.
- (268) Si tratta di somme che l'istituto previdenziale competente versa ogni mese ai lavoratori (anche disoccupati) aventi familiari a carico, come

contributo al loro mantenimento. Quando è in corso un rapporto di lavoro, gli a. f., pur non facendo parte della retribuzione contrattuale del lavoratore, alle normali scadenze mensili vengono pagati materialmente dal datore di lavoro, il quale si rivale nei confronti dell'istituto previdenziale mediante corrispondente riduzione degli importi pagati a titolo di contribuzione previdenziale.

(269) Art. 5 della legge 5 gennaio 1953 n. 4, come modificato dall'art. 10 del d.lgs. 19 dicembre 1994 n. 758.

(270) T. Torino 28 novembre 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 904, con nota di M. Cattani, *Sulla contumacia del convenuto, sulla ammissibilità di mezzi istruttori proposti in appello e sulla portata probatoria delle risultanze di cui ai prospetti paga*.

(271) Per un caso nel quale il giudice ha accolto l'eccezione sollevata dal lavoratore — il quale sosteneva che insieme al prospetto-paga relativo al t.f.r. gli fosse stato pagato soltanto un acconto — nonostante che egli avesse sottoscritto il prospetto, v. T. Lucca 27 aprile 1989, *RIDL*, 1989, II, p. 762; ivi, nella nota di V.A. Poso, alcuni altri riferimenti giurisprudenziali e dottrinali sulla questione del valore probatorio della sottoscrizione del prospetto da parte del lavoratore.

(272) In seguito all'inadempimento — totale o parziale che esso sia —, l'obbligazione contributiva si estingue per prescrizione in cinque anni, salvo che la relativa denuncia sia presentata dal lavoratore interessato, nel qual caso l'art. 3 della legge n. 335/1995 prevede l'applicazione della prescrizione decennale: v. in proposito T. Milano 23 agosto 2001, *RIDL*, 2001, II, p. 822, con nota di M. Pallini, *Gli effetti dell'autodenuncia del datore e della denuncia successiva del lavoratore sul termine prescrizione applicabile in materia di omissioni contributive*.

(273) V. soprattutto C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, pp. 369-373.

(274) V. soprattutto F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 27, pp. 86-88.

(275) Così modificato con d.l.c.p.s. 10 dicembre 1947 n. 1548.

(276) Il privilegio dell'impignorabilità assoluta di cui godevano i crediti retributivi dei dipendenti pubblici per effetto del d.P.R. 5 gennaio 1950 n. 180 («Testo unico delle leggi concernenti il sequestro, il pignoramento e la cessione degli stipendi, salari e pensioni dei dipendenti delle pubbliche Amministrazioni») è stato abrogato, con conseguente pignorabilità entro il limite del quinto, dalla Corte costituzionale con la sentenza 31 marzo 1987, n. 98, *DL*, 1988, II, p. 398, e *FI*, 1987, I, c. 1001, e la sentenza 26 luglio 1988 n. 878, *FI*, 1988, I, c. 2787, e *GI*, 1988, I, 1, c. 1617.

(277) Per una rassegna di giurisprudenza in argomento v. A. Pizzoferrato, *Forme di tutela dei crediti di lavoro*, ne *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, cit. nella nota 24, vol. II, pp. 205-207.

(278) V. in proposito nota 262.

(279) Cass. 14 maggio 1991 n. 5378, mass.

(280) In giurisprudenza v. Cass. 4 dicembre 1987 n. 9027, *NGL*, 1988, p. 406. In dottrina: A. Aranguren, *La tutela dei diritti dei lavoratori*, Padova, 1981, p. 98; S. Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, III, Milano, 1969, p. 317. In giurisprudenza v. in questo senso Cass. 4 dicembre 1987 n. 9027, mass. In senso contrario v. però V. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1962, p. 192.

(281) In proposito v. Cass. 21 giugno 1991 n. 7002, mass.

(282) In questo senso, tra le altre, Cass. S.U. 3 novembre 1982 n. 5745, mass.; Cass. 16 gennaio 1988 n. 301, mass.; Cass. 11 aprile 1990 n. 3067, mass.; Cass. 5 maggio 1995 n. 4873, mass.; Cass. 4 luglio 1997 n. 6033, mass. V. però, in senso contrario, E. Gragnoli, *Rapporto di lavoro, compensazione e autonomia dei crediti reciproci*, *GI*, 1994, IV, c. 284; S. Slataper, *Rapporti di debito-credito tra datore di lavoro e lavoratore*, *LG*, 1995, p. 728. Auspica un intervento legislativo chiarificatore sul punto L.A. Cosattini, *Pignorabilità, sequestrabilità e compensazione*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, cit. nella nota 86, p. 684.

(283) T. Milano 30 settembre 1982, *OGL*, 1983, p. 513; P. Viterbo 5 settembre 1991, *NGL*, 1992, p. 400; Cass. 4 luglio 1997 n. 6033, mass.

(284) V. in questo senso T. Roma 20 luglio 1999, *RIDL*, 2000, II, p. 315, con nota critica di M.L. Vallauri, *Alcune considerazioni sui limiti alla compensabilità dei crediti retributivi e alla loro disponibilità da parte del lavoratore*.

(285) L'art. 1 fa riferimento agli «impiegati, salariati e pensionati» dello Stato, delle province, dei comuni, delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza «qualsiasi altro ente od istituto pubblico sottoposto a tutela»; l'art. 52 fa riferimento agli «impiegati e salariati ... assunti in servizio a tempo indeterminato a norma della legge sul contratto di impiego privato o in base a contratti collettivi di lavoro». Le differenze di disciplina del pignoramento e della cessione del credito retributivo fra le due categorie di lavoratori così individuate possono considerarsi superate per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 878/1988 cit. nella nota 276.

(286) V. in proposito l'ampia trattazione di L. Angelini, *La rivalutazione dei crediti di lavoro*, ne *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*, Torino, 1994, pp. 243-333. Sul credito di lavoro come credito indicizzato v. S. Magrini, *Rivalutazione dei crediti di lavoro (rapporto di lavoro privato)*, *EGT*, XXVII. L'indicizzazione come qualita' per così dire naturale del credito di lavoro induce la giurisprudenza a ritenere che la rivalutazione — al pari degli interessi — debba essere applicata dal giudice anche in assenza di domanda giudiziale specifica: v. per questo orientamento ormai consolidato, dopo qualche incertezza iniziale, Cass. 4 marzo 1981 n. 1276, *FI*, 1981, I, c. 1959; v. anche Cass. 19 agosto 1992 n. 9669, cit. nella nota 295; viceversa, quando il pagamento della retribuzione (non rivalutata) sia avvenuto in ritardo, la rivalutazione può costituire oggetto di domanda giudiziale autonoma: v. per tutte ancora Cass. n. 9669/1992, testé cit. Nel senso della tassatività del riferimento all'indice del costo della vita calcolato dall'Istat, e pertanto dell'esclusione della possibilità di valutazione equitativa del danno da svalutazione monetaria, v. Cass. 10 giugno 1993 n. 6481, *RIDL*, 1994, II, p. 416, con nota di A. Rosiello, *La non determinabilità in via equitativa del maggior danno per svalutazione monetaria dei crediti di lavoro*. Nel senso dell'applicabilità di interessi e rivalutazione anche all'indennizzo dovuto dallo Stato al lavoratore per il ritardo nell'attuazione di una direttiva comunitaria (nel caso specifico: la direttiva 20 ottobre 1980 n. 987 sulla tutela dei crediti dei lavoratori in caso di insolvenza del datore), v. Cass. 28 settembre 1998, *RIDL*, 1999, II, p. 549, con nota di A. Pizzoferrato, *Considerazioni critiche sull'applicazione di interessi e rivalutazione all'indennità per danno derivante da mancata attuazione della direttiva n. 80/1987/Ce*.

(287) V. in questo senso Cass. 23 giugno 1992 n. 7762, *GC*, 1992, I, p. 3015, con nota di A. Avio, e *MGL*, 1992, p. 605, con nota di I.F. Mariani, *In tema di rivalutazione dei crediti di lavoro*; Cass. 6 settembre 1995 n. 9392, *RIDL*, 1996, II, p. 761, con nota di G.L. Pinto, *Sulla cadenza mensile della rivalutazione dei crediti di lavoro*, dove la Corte ha ritenuto legittimo che, in difetto di conoscenza dell'ultimo scatto mensile dell'indice, si applichi un indice presuntivo costruito mediante estrapolazione in base agli ultimi indici noti; Cass. 7 giugno 1996 n. 5314, *RIDL*, 1997, II, p. 415, con nota adesiva di A. Pilati, *Brevi note sul sistema di calcolo della rivalutazione monetaria nei crediti di lavoro*. In precedenza, invece, nel senso della cadenza trimestrale della rivalutazione in corrispondenza con gli scatti della scala mobile, v. Cass., S.U., 6 febbraio 1984 n. 875, *GC*, 1984, I, c. 1801.

(288) V. in proposito R. Del Punta, *Il cumulo tra interessi e rivalutazione monetaria: quale giustizia?*, *MGL*, 2001, p. 471, dove si osserva come la questione abbia assunto «un carattere quasi metafisico»: «ci siamo abituati a stare in sua compagnia, e quando qualche intervento del legislatore prova a mettere ... un po' d'ordine, possiamo stare certi che la Corte costituzionale verra' a scompaginare di nuovo le carte ... Il finale della storia ... sembra ancora lungi dall'essere scritto» (e l'A. auspica che detto finale venga dettato dal legislatore e non dalla Corte costituzionale). Ivi una sintesi della vicenda legislativa, giurisprudenziale e dottrinale, con tutti i riferimenti più rilevanti.

(289) Per la tesi secondo cui questa norma legislativa sarebbe stata applicabile soltanto ai crediti nascenti da rapporti di lavoro, di diritto pubblico o privato, con le pubbliche amministrazioni, v. L. de Angelis, *Rivalutazione e interessi sui crediti di lavoro: una modifica clandestina?*, *RIDL*, 1995, I, pp. 439-451. In proposito v. anche G. Dondi, *Il ritardato pagamento dei crediti di lavoro, previdenziali e assistenziali, fra vecchia e nuova disciplina*, *DL*, 1995, I, pp. 43-58.

(290) C. cost. 2 novembre 2000 n. 459, *MGL*, 2001, p. 229, con nota parzialmente dissenziente di F. Bianchi D'Urso, *Una discutibile sentenza della Consulta ecc.*, e *RGL*, 2001, II, p. 41; inoltre *NGL*, 2001, 239, e *D&L*, 2000, p. 881; sulla stessa sentenza v. il commento di C.M. Dalmasso, *Interessi e rivalutazione monetaria alla luce della recente sentenza n. 459/2000 della Corte costituzionale*, *LPO*, 2000, pp. 2167-2170 (commento vivacemente critico nei confronti della motivazione della sentenza, che si conclude con questa osservazione: «se un inadempimento ... può assurgere a rilevanza giuridica [ai fini della rivalutazione e degli interessi], non è certo quello che si vuole oggi addebitare al datore di lavoro, ma quello che allo Stato, e senza addebito di interessi e rivalutazione alcuna, fa capo in quanto unico responsabile degli inaccettabili ritardi con i quali viene resa la giustizia»). In precedenza, nel senso della cumulabilità di interessi e rivalutazione, v. anche C. cost. 2 giugno 1994 n. 207, *FI*, 1994, I, c. 2034, con nota di R.

Pardolesi, e c. 2622 con nota di G. Valcavi, *In materia di art. 429, terzo comma, c.p.c., tasso legale di interesse e caduta degli interessi bancari*; C. cost. 27 aprile 1995 n. 139, *RIDL*, 1995, II, p. 714, e *NGL*, 1995, p. 281.

(291) Cass. S.U. 29 gennaio 2001 n. 38, *GC*, 2001, I, p. 1551, con nota di G. Vidiri, *Sulla storia infinita della rivalutazione dei crediti di lavoro e previdenziali e del computo degli interessi*; *RIDL*, 2001, II, p. 662, con nota di S. Borelli, *Diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente e criteri di rivalutazione dei crediti di lavoro*; *MGL*, 2001, p. 244, con nota di M. Papaleoni, *Le S.U. dettano i criteri di calcolo applicabili al (resuscitato) cumulo tra rivalutazione e interessi*; *NGL*, 2001, p. 239; *OGL*, 2001, p. 191.

(292) Così, in motivazione, Cass. S.U. 29 gennaio 2001 n. 38, cit. nella nota prec., dove agli interessi calcolati per ogni periodo di ritardo del pagamento sul capitale corrispondentemente rivalutato viene attribuita in parte la funzione di «pena privata» e vengono citate come conformi sul punto le precedenti Cass. 15 aprile 1996 n. 3513; Cass. 28 marzo 1998 n. 3281; Cass. 16 luglio 1998 n. 6993; Cass. 17 marzo 1999 n. 2434. Nel senso del calcolo degli interessi sul capitale non rivalutato v. invece Cass. 2 ottobre 1998 n. 9810, *RIDL*, 1999, II, p. 542, con nota di A. Pardini, *Crediti di lavoro: nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di rivalutazione e interessi*: ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali.

(293) Cass. 24 marzo 1997 n. 2582, *RIDL*, 1997, II, p. 726, con nota — adesiva su questo punto — di G. Carullo: *Crediti di lavoro e acconti in una causa interminabile*.

(294) C. cost. 20 aprile 1989 n. 204, *RIDL*, 1989, II, p. 652, con nota di R. Romei, *La Corte costituzionale e i crediti di lavoro nel fallimento*; ivi i riferimenti alla incerta giurisprudenza precedente sul punto. La stessa regola vale, ovviamente, anche in riferimento alle altre procedure concorsuali: v. infatti, in riferimento all'amministrazione straordinaria, C. cost. 22 dicembre 1989 n. 567, cit. nella nota 297.

(295) Cass. 24 marzo 1997 n. 2582, *RIDL*, 1997, II, p. 726, con nota — adesiva su questo punto — di G. Carullo: ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi. Si è peraltro ritenuto che la rivalutazione — al pari degli interessi — debba essere applicata anche in presenza di un accordo tra le parti per il pagamento rateale di arretrati, che taccia in proposito: Cass. 19 agosto 1992 n. 9669, *RIDL*, 1993, II, p. 606, con nota di E. Gragnoli, *Spunti sulla autonomia azionabilità dell'art. 429, terzo comma, c.p.c.*

(296) V. in proposito R. Romei, *Il privilegio dei crediti del prestatore subordinato*, ne *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*, cit. nella nota 286, pp. 130-132: ivi alcuni riferimenti giurisprudenziali circa l'esclusione dal privilegio dei crediti di natura risarcitoria; inoltre S. Ciliegi, *Privilegi*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, cit. nella nota 86, p. 670-671, dove si sostiene — dubitativamente — l'esclusione dal privilegio dell'indennità sostitutiva della reintegrazione, di cui all'art. 18, c. 5°, St. lav. (§ 523). La questione di costituzionalità sollevata da T. Milano 29 giugno 2000 sull'esclusione dal privilegio dell'«indennità supplementare» attribuita dai contratti collettivi al dirigente in caso di licenziamento ingiustificato (*D&L*, 2000, p. 997, con nota di G. Tagliagambe, *Profili di incostituzionalità dell'art. 2751-bis, n. 1, c.c.*) è stata respinta da C. cost. 6 luglio 2001 n. 228 (*D&L*, 2001, p. 904), che ha ritenuto doversi interpretare l'art. 2751-bis nel senso della ricomprensione dell'indennizzo per licenziamento ingiustificato tra gli emolumenti protetti dal privilegio. Per effetto della sentenza della Corte costituzionale 28 novembre 1983 n. 326 (*FI*, 1984, I, c. 647, con nota di G. Tucci, *Il diritto dei privilegi di fronte al principio di uguaglianza costituzionale*) il privilegio generale si estende anche al credito risarcitorio conseguente a infortunio sul lavoro nei confronti del datore colpevole, per la parte non coperta dall'indennizzo assicurativo; sulla questione dell'estensione del privilegio anche al danno biologico v. ancora S. Ciliegi, *op. cit.*, pp. 671-672.

(297) Nel senso dell'estensione, costituzionalmente necessaria, anche alla rivalutazione e agli interessi sul credito di lavoro maturati dopo l'apertura della procedura concorsuale, v. C. cost. 31 dicembre 1986 n. 300, *FI*, 1987, I, c. 320, con nota di G. Silvestri, in riferimento al concordato preventivo (sulla quale v. anche L. Angelini, *La rivalutazione dei crediti di lavoro*, cit. nella nota 286, pp. 327-330); C. cost. 20 aprile 1989 n. 204, *FI*, 1989, I, c. 2091, con nota di M. Fabiani, in riferimento al fallimento (con il limite temporale del momento in cui lo stato passivo diviene definitivo); C. cost. 22 dicembre 1989 n. 567, *RIDL*, 1990, II, p. 296, con nota di V.A. Poso, in riferimento all'amministrazione straordinaria; in precedenza, nel senso opposto, C. cost. 21 luglio 1981 n. 139, *GC*, 1981, I, p. 2145, e *FI*, 1981, I, c. 2347, con nota di G. Pezzano, *Spunti in tema di rivalutazione dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali*. Per una rassegna della giurisprudenza e della dottrina in argomento, v. S. Ciliegi, *Privilegi*, cit. nella nota prec., pp. 674-678.

(298) V. in proposito nota 262.

(299) Cass. 7 febbraio 1989 n. 761, *GC*, 1989, I, p. 1853; T. Firenze 29 novembre 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 751, con nota di R. Romei, *Credito per contributi sindacali e privilegio generale*; per ulteriori riferimenti, anche alle sentenze di segno contrario registratesi in precedenza, v. S. Ciliegi, *Privilegi*, cit. nella nota 296, p. 666.

(300) La garanzia non si attiva, però, nel caso di attivazione della procedura di amministrazione straordinaria di grande impresa in crisi: v. in proposito Cass. 9 giugno 1988 n. 3894, con nota di A. Vallebona, *La tutela del credito per trattamento di fine rapporto nei confronti delle imprese in amministrazione straordinaria*.

(301) In quest'ultimo caso grava sul lavoratore l'onere della prova dell'insolvenza del datore, che può essere assolto con la dimostrazione del non assoggettamento di quest'ultimo alle procedure esecutive concorsuali e dell'esperimento di una procedura esecutiva individuale, della quale non è peraltro necessario l'avvenuto compimento: Cass. 9 marzo 2001 n. 3511, *GC*, 2001, I, p. 1502; *NGL*, 2001, p. 500; *RIDL*, 2001, II, p. 704, con nota di F. Bano, *L'intervento del Fondo di garanzia per il t.f.r. e l'insolvenza del datore di lavoro*.

(302) Cass. 23 marzo 2001 n. 4261, cit. nella nota 190. V. però la sentenza di poco precedente della stessa Corte, 27 febbraio 2001 n. 2877, *NGL*, 2001, p. 496 (con data errata 27 ottobre), e *DPL*, 2001, p. 2051, che ha ritenuto tuttora applicabile al credito del lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia il divieto di cumulo fra interessi e rivalutazione disposto dall'art. 22, c. 35°, della L. n. 724/1994, anche dopo la sentenza abrogativa della Corte costituzionale n. 459/2000 (v. nota 290).

(303) C. Giust. 19 novembre 1991 (cause riunite nn. 6/1990 e 9/1990, *Franovich*), *MGL*, 1991, p. 648, e *OGL*, 1992, p. 434. In precedenza l'inadempimento era stato accertato da C. Giust. 2 febbraio 1989 (causa n. 22/1988, *Commissione c. Rep. Italiana*), *OGL*, 1992, p. 428.

(304) Cass. 9 settembre 1995 n. 9547, *LG*, 1996, p. 422, e *GC*, 1996, I, p. 1383, con nota di M. Franco, *Individuazione del soggetto tenuto al risarcimento del danno per tardiva attuazione della direttiva Cee n. 80/987 in materia di garanzia dei crediti di lavoro*. Ivi ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali sull'intera vicenda.