

CAPITOLO OTTAVO

LA RETRIBUZIONE

Sommario – SEZ. I. IL PRINCIPIO DELLA RETRIBUZIONE SUFFICIENTE E PROPORZIONATA. – 1. Ragion d’essere, o di non essere, dell’intervento dell’ordinamento statale o del sindacato a sostegno dei livelli retributivi. La “legge ferrea del salario” e la retribuzione come “variabile indipendente” del sistema. – 2. Segue. Dal problema del sotto-salario a quello dell’anelasticità dei livelli retributivi verso il basso. – 3. 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. – 4. Le radici ideologiche del concetto di “giusta retribuzione” a cui fa riferimento l’art. 36 della Costituzione. – 5. Il carattere facoltativo dell’intervento diretto dei pubblici poteri in materia di livelli retributivi e la scelta astensionista del legislatore ordinario nel corso dell’ultimo mezzo secolo. – 6. L’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*. – 7. Orientamento giurisprudenziale dominante e orientamenti dottrinali tendenti a sovraccaricare di contenuti precettivi l’art. 36. – 8. Il contenuto assicurativo del rapporto. Sua rilevanza in sede di verifica dell’adeguatezza della retribuzione e di applicazione della regola dell’inderogabilità *in pejus*. – 9. Contenuto assicurativo del rapporto e corrispettività del trattamento economico riservato al lavoratore. – 10. Il principio di proporzionalità della retribuzione. – 11. 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. – 12. I “salari di efficienza”: differenziazioni non determinate da un criterio di proporzionalità. – SEZ. II. DISCIPLINA GIURIDICA E MODELLI ECONOMICI DI DETERMINAZIONE DELLE RETRIBUZIONI. – 13. Una classificazione delle letture possibili della disciplina costituzionale della retribuzione. – 14. Modelli economici di determinazione delle retribuzioni ed effetti possibili dello standard minimo inderogabile. A) Determinazione della retribuzione in condizioni di certezza e simmetria informativa. – 14.1. Concorrenza perfetta nel mercato dei beni e in quello dei fattori. – 14.2. Concorrenza imperfetta nel solo mercato dei beni: monopolio. – 14.3. Concorrenza imperfetta nel solo mercato dei fattori: monopsonio. – 14.4. Concorrenza imperfetta nel mercato dei beni e dei fattori, con coalizione dei lavoratori: monopolio bilaterale. – 15. Segue. B) Determinazione della retribuzione in condizioni di incertezza e asimmetria informativa. – 15.1. Modello *principal/agent e moral hazard*. – 15.2. *Adverse selection*. – 15.3. *Shirking models of efficiency wages*. – 15.4. *Team work, free riding* e incertezza. –

SEZIONE I

IL PRINCIPIO DELLA RETRIBUZIONE SUFFICIENTE E PROPORZIONATA

1. - Ragion d’essere, o di non essere, dell’intervento dell’ordinamento statale o del sindacato a sostegno dei livelli retributivi. La “legge ferrea del salario” e 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 medioe-

(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

vale (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, incomincia a porsi soltanto durante la prima rivoluzione industriale, col nascere delle prime organizzazioni operaie.

È coeva alla rivoluzione industriale in Inghilterra la prima enunciazione della "legge di ferro dei salari", fondata anche sulla teoria demografica malthusiana, ad opera di A. SMITH (3), in seguito perfezionata dalla teoria c.d. del "fondo salari", cui contribuisce soprattutto J.S. MILL (4). Entrambe sostanzialmente negano l'esistenza di uno spazio per qualsiasi fattore esogeno di determinazione dei livelli retributivi: qualsiasi intervento autoritativo o sindacale volto a forzare un aumento dei livelli retributivi genererebbe disoccupazione, derivandone pertanto una contro-spinta alla riduzione delle retribuzioni, fino ai livelli spontaneamente determinati dal mercato. Ma nella seconda metà del secolo XIX a questa teoria incomincia a contrapporsi, sulla base di una lettura politico-sindacale degli scritti di K. MARX (5) e secondo qualcuno anche di quelli di D. RICARDO (6), l'idea che invece la correzio-

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; ivi, nelle pagine successive, anche alcuni cenni sulle concezioni luterana e calvinista del principio della giusta retribuzione. Dello stesso principio non si trova, invece, alcuna traccia né nel diritto romano classico, né in quello giustiniano.

(3) *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (ed. orig. 1776). 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. Traggo i riferimenti ai classici della letteratura economica dai testi dei quali mi sono avvalso per questa sintetichissima 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) *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) *Das Kapital*, vol. I (ed. orig. 1867): M. ripudia 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 sua visione, il variare del tasso dei salari inversamente al tasso dei profitti - entro un limite massimo, oltre il quale

ne verso l'alto dei livelli retributivi possa portare a un aumento stabile del tenore di vita dei lavoratori senza necessariamente creare disoccupazione.

Verso la fine del secolo XIX, con l'affermarsi dell'approccio marginalista (7), la scienza economica di ispirazione non marxiana si orienta verso una teoria della domanda di lavoro basata su presupposti del tutto diversi rispetto a 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 alla produttività dei fattori di produzione; 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 accaparrarsi 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 – verificandosi, beninteso, la condizione dell'assetto concorrenziale del mercato dal lato della domanda di manodopera - lascia 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 (v. § 14.1).

La posizione contrapposta – che si esprime, per la verità, più sul piano della dialettica politica e sindacale che sul piano della teoria economica – resta lungo tutto il secolo XX quella di ispirazione *lato sensu* marxiana, favorevole alla possibilità, entro un determinato limite massimo, di una correzione del livello delle retribuzioni rispetto all'equilibrio spontaneo del mercato (sia essa operata me-

l'aumento delle retribuzioni comprime i profitti al punto da provocare un rallentamento del processo di accumulazione del capitale, una riduzione della domanda di lavoro e l'aumento della disoccupazione (ovvero dell'"esercito industriale di riserva") - 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. È notissima, a questo proposito, la risposta di M. a chi, nell'ambito dell'Associazione Internazionale degli Operai, sosteneva che l'imposizione di standard retributivi minimi non potesse migliorare le condizioni della classe lavoratrice: "Il cittadino Weston ha illustrato la sua teoria, raccontando che se una zuppiera contiene una determinata quantità di minestra, che deve essere mangiata da un determinato numero di persone, un aumento della grandezza dei cucchiari non porterebbe a un aumento della quantità della minestra. Egli mi permetterà di traovare che questa illustrazione è fatta un po' col cucchiario. ... Il cittadino Weston ha dimenticato ... che la zuppiera nella quale mangiano gli operai è riempita dell'intero prodotto del lavoro nazionale e che ciò che impedisce loro di prenderne di più, non è né la piccolezza della zuppiera, né la scarsità del suo contenuto, ma è soltanto la piccolezza dei *loro* cucchiari" (*Salario, prezzo e profitto*, ed. orig. 1898).

(6) *The Principles of Political Economy and Taxation* (ed. orig. 1817): opera nella quale M. DOBB (op. cit. nella nota 3) vede una prima teorizzazione della variabilità della retribuzione anche in funzione dei mutamenti culturali e politici. Nel secolo successivo sarà Piero SRAFFA che, costruendo su fondamenta ricardiane, libererà del tutto la distribuzione del reddito da determinismi economici vecchi ("fondo salari") e nuovi (le teorie neoclassiche di cui diremo subito appresso); in proposito v. A. RONCAGLIA, *La ricchezza delle idee. Storia del pensiero economico*, Laterza, 2001, particolarmente su Ricardo pp. 192 ss., su Sraffa pp. 480 ss. Occorre però osservare come questa posizione teorica, ampiamente discussa negli anni '70, sia rimasta largamente minoritaria nell'ambito della scienza economica contemporanea.

(7) V. tra gli altri A. MARSHALL, *Principles of Economics* (ed. orig., Londra, 1890).

dianche l'intervento di una coalizione sindacale o di un'autorità statale), senza che ne derivi uno squilibrio nel sistema economico, salva la possibile riduzione futura del tasso di accumulazione del capitale, quindi del tasso di aumento della produzione. In questa linea di pensiero si collocano anche coloro che, collocando il discorso su di un piano dinamico, ipotizzano che un incremento "esogeno" del salario (destinato – in un contesto statico - a causare una minore accumulazione e riduzione della domanda di lavoro) sia tuttavia suscettibile di stimolare maggiori investimenti volti a incorporare nei metodi produttivi una maggiore quantità di progresso tecnico e possa così tradursi, nel periodo lungo, in un livello di occupazione più alto (8).

In altre parole, tratte dal linguaggio politico-sindacale degli anni '70, se ci si colloca nell'ordine di idee ora menzionato, la retribuzione può, entro un certo limite, considerarsi come una "variabile indipendente" del sistema, suscettibile di essere utilmente governata mediante interventi dell'autorità pubblica o della coalizione sindacale, senza che ne derivi una riduzione della quantità di ricchezza prodotta e da spartire. È su di una concezione del mercato del lavoro sostanzialmente riconducibile a questa corrente di pensiero che 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 (9). L'idea che un aumento forzato della retribuzione rispetto all'equilibrio spontaneo del mercato non produca necessariamente un aumento della disoccupazione si attaglia, peraltro, perfettamente anche 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 (§ 14.3). 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 (v. § 14.2). Il modello monopsonistico – pacificamente accettato dagli economisti ortodossi - corrisponde largamente e tipica-

(8) Su questa linea di ragionamento si muove P. SYLOS LABINI (*Lineamenti di dinamica economica*, Laterza, 1992, particolarmente pp. 268-272), quando parla di un tasso "ottimo" di crescita dei salari reali, né troppo basso (cioè tale da non stimolare a sufficienza il progresso tecnico), né troppo alto (cioè tale da costituire freno ai profitti, all'accumulazione e da ultimo alla domanda di lavoro). E su questa linea si collocavano G. REHN e R. MEIDNER proponendo, nella Svezia degli anni '50 e '60, salari elevati e uniformi, anche se, nel breve periodo, essi sarebbero stati difficili da sopportare per le imprese più piccole e meno produttive.

(9) 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", cioè 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

mente alle caratteristiche del mercato del lavoro per un lungo periodo successivo alla rivoluzione industriale (cap. II, § 3), periodo nel quale sono del resto assai diffusi anche i fenomeni di monopolio nel mercato dei beni e servizi; anche questo 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 - 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 (10), 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 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 (11). 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 rap-

Cost., v. ultimamente L. CAVALLARO, *Elogio della rigidità. La "giusta retribuzione" tra norma giuridica e teoria economica*, EP, 2001, n. 1, 3-17.

(10) "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).

(11) 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, 1948³). 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.

porti che in esso si instaurano; ciò che ha determinato consonanze significative di questa dottrina talvolta con quella corporativa, talaltra con la teorizzazione marxista e socialista (12).

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

Alla vigilia della seconda 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. 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 (13). 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. 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

(12) 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 formino 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.

nel secondo capitolo (ivi § 2), e le teorie dei salari di efficienza, di cui si dirà nel § 12. 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: cap. II, § 3), 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 corrispondenza con 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 conse-

(13) J.M. KEYNES, *The general theory of employment interest and money*, New York, 1935.

guire, attraverso la coalizione e la limitazione della concorrenza tra le imprese (14). 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.

3. - 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 (15), 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 bas-

(14) Sui problemi di convivenza tra tutela dell'autonomia collettiva e tutela della concorrenza tra imprese nell'ordinamento comunitario v. la quarta sezione del cap. III. Ivi i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

(15) 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.

si”, 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 (16). 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 “socialista”, bensì soltanto a proteggere i lavoratori contro le distorsioni monopsonistiche 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 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 “obbiettivi e le norme di base della politica sociale” (17), 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: § 5), 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”.

4. - 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 re-

(16) Questa lettura della convenzione n. 26/1928 è confermata dalla convenzione n. 95/1970, sulla quale v. *infra* in questo paragrafo.

(17) Ratificata dall’Italia con la legge 6 febbraio 1963 n. 405.

tribuzione ... 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 compare 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 (§ 1). 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 rispetto alle 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” (18).

5. - Il carattere facoltativo dell'intervento diretto dei pubblici poteri in materia di livelli retributivi e la scelta astensionista del legislatore ordinario 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) (19), 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 (§ 3) 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 (v. *infra*, §§ 6 e 7; inoltre cap. III, § 8) (20) e a offrire, a partire dalla fine degli anni '60, un cospicuo sostegno all'attività delle organizzazioni sindacali maggiori nei luoghi di lavoro (cap. III, § 5). In altre parole, lo Stato ha affidato per intero alle organizzazioni sindacali quel compi-

(18) 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.

(19) Sono state abbandonate sia la formulazione proposta da A. FANFANI (nella seduta della terza Sottocommissione dell'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 “è ... 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).

to di promozione della “progressiva elevazione delle condizioni di lavoro” attraverso una determinazione adeguata dei minimi retributivi (21), 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 per la valutazione della congruità delle retribuzioni effettive, 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 (22), 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 (23).

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) (24) a intervenire, an-

(20) 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.

(21) V. le note 17 e 18.

(22) 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.

(23) 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. Nè 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, 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.

(24) 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 C-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

che in modo incisivo (25), ad esempio con l'istituzione di livelli minimi generali di retribuzione oraria, sul modello del *salaire minimum* francese, o del *minimum wage* britannico o statunitense (26). 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 (§ 6), 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: cap. II, § 3).

6. - 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 terzo capitolo dedicata all'estensione soggettiva dell'efficacia dei contratti collettivi post-corporativi. 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.

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".

(25) 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, partic. 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. Zoppoli, 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. ZOPPOLI, *Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative*, DLRI, 1996, pp. 357 - 396.

(26) 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.

All'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, alcune pronunce di giudici di merito avevano attribuito un valore soltanto programmatico all'art. 36 (27). 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, la giurisprudenza ha incominciato a cercare nella norma costituzionale sullo 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 (28), 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 (29) (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 (§ 5), l'art. 36 è venuto così assumendo un valore di precettività e *immediata applicabilità ai*

(27) 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.

(28) 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 a 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.).

(29) Le incertezze inizialmente manifestate dalla giurisprudenza di merito (v. fra le altre le sentenze citt. nella nota precedente) sono state risolte nel senso sopra indicato 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).

rapporti contrattuali per via giudiziale (se non addirittura – come pure si è giunti a sostenere (30) – il valore di fonte di un diritto *assoluto* del lavoratore), che all’origine era probabilmente estraneo agli intendimenti dell’Assemblea costituente (31).

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 (32): se questo non è accaduto, o è accaduto soltanto in misura molto limitata e occasionale (33), ciò 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, non conforme al dettato dell’art. 39 (34).

L’orientamento giurisprudenziale in esame si concreta nell’affermazione secondo cui la retribuzione del lavoro subordinato (35) 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. Si pone qui innanzitutto il problema dell’individuazione del contratto collettivo nazionale suscettibile di fornire il parametro:

(30) 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 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.

(31) 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 prec.: “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’attuato 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 intrevvedere, chiarissimamente, una scelta politica, di deliberata supplenza del giudiziario all’inerzia del legislativo” (pp. 9 - 10).

(32) Non è mancato in dottrina chi – come M. RUSCIANO, *In tema di efficacia soggettiva del contratto collettivo e art. 36 della Costituzione*, *RDL*, 1970, I, p. 247 - ha sostenuto la tesi secondo cui il giudice, in applicazione dell’art. 36 Cost., potrebbe riconoscere al lavoratore il diritto non soltanto alla retribuzione stabilita dal contratto collettivo assunto come parametro, ma anche “a tutte le altre condizioni di lavoro, specie a quelle economicamente valutabili”, cioè all’“intero trattamento normativo” previsto nel contratto, in quanto esso sia “direttamente o indirettamente valutabile in termini economici”.

(33) 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”.

(34) T. TREU, in *Commentario della Costituzione*, cit. nella nota **q-12**, p. 80 e p. 83.

(35) Sulla disciplina della retribuzione per il lavoro autonomo v. *infra* in questo paragrafo e particolarmente note 55 e 56.

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. (36), 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; 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 (37). 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 (38).

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 (39), quella secondo cui essa 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

(36) 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. in proposito anche 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.

(37) 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).

(38) Cfr., tra le altre, Cass. 5 aprile 1990 n. 2846, mass; Cass. 17 marzo 2000 n. 3184, mass. (in *DPL*, 2000, p. 2015, con nota di richiami). Merita di essere ricordato, a questo proposito anche l'art. 1 della L. 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”.

(39) V., in riferimento ai minimi collettivi recepiti in decreto delegato a norma della c.d. “legge Vigorelli (L. n. 741/1959: v. cap. III, § 8), Corte cost. 6 luglio 1971 n. 156, *GI*, 1971, I, 1, c. 1616, e *FI*, 1971, I, c. 2123.

rispetto allo standard collettivo di settore in considerazione del minor costo della vita nella regione (40).

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 (41). 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) (42): 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 maggioritaria effettiva delle associazioni firmatarie del contratto collettivo assunto come riferimento (43) – anche della perdurante attualità delle tariffe, quando dalla negoziazione sia trascorso un rilevante lasso di tempo.

Altre circostanze particolari, quali 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 (44). A quest'ultimo

(40) Cass. 26 luglio 2001 n. 10260, *MGL*, 2001, p. 995, con nota di S. FIGURATI, *Osservazioni circa la determinazione della retribuzione adeguata e sufficiente*, 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 supplenza giurisprudenziale*.

(41) 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*, *Ap-pNDI*, VI, 1986, pp. 658-660.

(42) Cfr. F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione* (atti delle giornate di studio Aidlass di Milano, 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).

(43) 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.

(44) Così, tra le più recenti in questo senso, Cass. 9 agosto 1996 n. 7383, *RIDL*, 1997, II, p. 481, con nota dissenziente 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. STOLFA, *La retribuzione minima ex art. 36 Cost. e i limiti (sempre più evidenti) della supplenza giurisprudenziale*. V. inoltre la giurisprudenza citata nella nota seg.

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 (45). 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 (46).

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 (47), 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 differentemente distribuiti - e in Italia lo sono più

(45) 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.

(46) 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, 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*, in B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, Napoli, 1994, 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).

(47) La legittimità del riferimento a questo dato è affermata esplicitamente da Cass. 26 luglio 2001 n. 10260, cit. nella nota 39.

che in altri Paesi (48) - 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 (cap. II, § 2).

La negoziazione collettiva di deroghe transitorie *in pejus* 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 (49). Nelle stesse regioni si registra, del resto, da decenni una prassi sindacale diffusa di negoziazione collettiva di deroghe *in pejus*, di carattere non soltanto transitorio, che non risulta abbiano dato luogo a pronunce giudiziali negative (50).

Oggi prevale l'orientamento giurisprudenziale secondo cui deve tenersi conto delle eventuali deroghe *in pejus* rispetto ai minimi nazionali, disposte dalla contrattazione collettiva di livello regionale o provinciale (51); 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

(48) Ai tassi di disoccupazione poco più che frizionali (intorno al 5%) delle zone più ricche del Nord-Est e al tasso medio italiano di poco superiore al 10% si contrappongono tassi superiori al 20% nelle regioni del Mezzogiorno.

(49) 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.

(50) 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 ridottissima: 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 mutata in misura particolarmente rilevante, per questo aspetto, negli ultimi anni.

(51) V. ancora Cass. n. 3218/1998, cit. nella nota 45.

applicabilità *erga omnes* del contratto medesimo, in seno all'azienda per la quale esso sia stato stipulato; 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.

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 (52); 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) previsti dal contratto nazionale, quali in particolare gli aumenti periodici di anzianità, l'elemento sostitutivo del premio di produzione quando esso non sia stato contrattato al livello aziendale, o le mensilità aggiuntive oltre la tredicesima (53). 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 (54). Il motivo reale di questo orientamento va

(52) V. per tutte in questo senso Cass. 28 marzo 2000 n. 3749, *FI*, 2000, I, c. 2538.

(53) 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. 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, *RIDL*, 1989, II, p. 246, con nota di A. DE FELICE, *Il “terzo elemento” della retribuzione dell'operaio avventizio agricolo*. 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 (dove pertanto l'anzianità viene assunta come criterio di differenziazione del trattamento di prima classe: v. in proposito cap. VI, §§ 2 e 4): in questo senso Cass. 9 agosto 1996 n. 7379, mass.; 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 arbitrarietà, oscillando peraltro fra soluzioni talvolta di segno opposto” (p. 208).

(54) 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*

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 (55).

In riferimento al lavoro autonomo “a progetto”, ora l'art. 63 del d.lgs. 10 settembre 2003 n. 276 stabilisce che “il compenso ... deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tenere conto dei compensi normalmente corrisposti per analoghe prestazioni di lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto“. In precedenza erano rarissime le sentenze che avevano riconosciuto il diritto alla “giusta retribuzione” *ex art. 36 Cost.* ai lavoratori parasubordinati (56); e tale estensione restava esclusa dalla giurisprudenza di Cassazione (57).

7. 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.

art. 36 Cost. v. invece, in dottrina, L. ZOPPOLI, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione contributiva*, cit. nella nota 45, p. 103.

(55) 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.

(56) V. tra queste 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) V. recentemente in questo senso Cass. 21 ottobre 2000 n. 13941, *NGL*, 2001, p. 154; Cass. 12 dicembre 2001 n. 15661, *DPL*, 2002, p. 1486, in riferimento al rapporto di agenzia (la Corte, però, motivava qui l'esclusione con gli elementi di “imprenditorialità” che caratterizzerebbero la figura dell'agente).

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 (58). 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 (59). 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 (60).

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 (61), o di bisogno del singolo lavoratore (numero dei familiari a carico, loro infermità, costo abnorme dell'abitazione, ecc.) (62): a tali esigenze l'ordinamento ri-

(58) 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.

(59) V. Cass. 12 gennaio 1999 n. 275, *DPL*, 1999, p. 1542, dove la Corte ha ritenuto che i lavoratori ricorrenti, inquadri 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 e solo da quel momento inquadri 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.

(60) 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 (cap. VI, §§ 6 e 7), anche A. PERULLI, *Il principio costituzionale di proporzionalità della retribuzione: una conditional opportunity?*, *ivi*, pp. 297-301.

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

(62) 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. SUPPIES, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, p. 154; G. ROMA, *La retribuzione*, Torino, 1993: «L'art. 36 ... prescrive una differenziazione

sponde 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 (63). 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 séguito, 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. 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.

8. Il contenuto assicurativo del rapporto. Sua rilevanza in sede di verifica dell'adeguatezza della retribuzione e di applicazione della regola dell'inderogabilità *in peius*

L'osservazione testè proposta circa la distinzione tra retribuzione dovuta *ex art. 36 Cost.* e contenuto assicurativo del rapporto nulla toglie alla necessità che del grado di sicurezza di cui il lavoratore gode si tenga conto nella determinazione della retribuzione sufficiente a cui la norma costi-

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 testè citata, *RIDL*, 1998, III, pp. 191-192; v. inoltre sul punto, in precedenza, dello stesso P., *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».

(63) Gli assegni familiari sono 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

tuzionale gli dà diritto: l'adeguatezza di un determinato trattamento retributivo non può evidentemente essere valutata senza che si tenga conto di quest'altro aspetto relevantissimo dell'assetto contrattuale (64).

I rischi che assumono rilievo non riguardano soltanto le sopravvenienze negative inerenti alla capacità produttiva del lavoratore (malattia, infortunio, incapacità di adattarsi all'evoluzione del processo produttivo, impedimenti personali di altro genere), ma anche quelle inerenti alla capacità produttiva dell'azienda (crisi negli approvvigionamenti, difetti di funzionamento degli impianti, impedimenti dovuti a forza maggiore, crisi finanziarie) o alla redditività 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'intensità della tutela contro il recesso unilaterale del datore e quella concernente il grado di sensibilità del trattamento retributivo al risultato, sia esso individuato nella quantità del prodotto o nell'utile conseguito. Alla collocazione di ciascun rischio in capo al datore corrisponde un'utilità 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. cap. II, § 5).

La legge ordinaria, come vedremo a suo luogo (cap. X), detta regole generali limitative della facoltà 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 facoltà di recesso del datore potrebbe essere in parte o del tutto vanificata dalla variabilità della retribuzione in relazione alla produttività o redditività 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 facoltà di recesso del datore potrebbe essere accentuata da un regime di rigorosa invariabilità della retribuzione. In relazione a ciò 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.

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.

(64) 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).

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: in questo caso sarà infatti il contratto collettivo stesso a determinare, da un lato, la retribuzione minima che deve essere garantita al lavoratore indipendentemente dall'andamento della produttività e della redditività del rapporto (c.d. «minimo tabellare» e disciplina della continuità della retribuzione in occasione della possibile sospensione della prestazione, nell'interesse del prestatore o del datore), dall'altro lato il grado di tutela contro il licenziamento, risultante dall'estensione del preavviso e del periodo di comporto di malattia, nonché dall'eventuale introduzione di limitazioni aggiuntive alla facoltà di recesso del datore rispetto al regime imposto dalla legge. 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 possibilità di «scambi» tra istituti diversi (65); nel contratto individuale non può, 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 stabilità del rapporto, o viceversa. Deve, a mio avviso, ritenersi invalida anche la pattuizione di una riduzione della retribuzione fissa (cioè 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 invalidità non è 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 può 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.

(65) 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 la massima di Cass. n. 3749/2000, riportata nella nota seg.

Lo stesso discorso non può 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 può, senza adeguata argomentazione, escludersi l'ammissibilità 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 (66). 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 (67). 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

(66) 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».

(67) V. in proposito Cap. II, § 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.

crisi operativa aziendale (68). 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.

9. - 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) (69). 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 (70): 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 contri-

(68) Torneremo su questo punto nella prima parte del cap. X.

(69) Per questa tesi v. soprattutto L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, III, cit. nella nota 27 (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.

(70) 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.

bUZIONE previdenziale, con la sola eccezione di alcune erogazioni aventi indiscutibilmente natura retributiva o di liberalità (art. 12 della legge 30 aprile 1969 n. 153). 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 (§ 10), 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 (71).

Questa distinzione tra «retribuzione corrispettiva» e «retribuzione sociale» coglie indubbiamente un aspetto rilevante dell'istituto giuridico della retribuzione, sul quale torneremo tra breve (§ 11): 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 e il lavoratore paga la copertura così acquisita con un «premio assicurativo» implicito, percependo una retribuzione inferiore rispetto a quella altrimenti ottenibile (72). 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 — è il corrispettivo della sua prestazione lavorativa, globalmente considerata *ex ante* come soggetta al rischio di determinate sospensioni. Non però di qualsiasi sospensione: se l'assenza non è giustificata, il lavoratore non ha diritto neppure allo «zoc-

(71) 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.

(72) 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.

colo» minimo della retribuzione sufficiente, poiché quell'evento non è coperto dall'«assicurazione» contrattuale.

10. - Il principio di proporzionalità 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 più nettamente distinto dal primo di quanto non sia risultato nella stesura finale della Carta (73) — della necessaria commisurazione della retribuzione alla quantità e qualità 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 proporzionalità non può 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 (74); riconoscendo inoltre — sia pure dopo qualche incertezza — che la differenziazione dei trattamenti fra lavoratori di una stessa impresa ben può essere legittimamente motivata da circostanze che nulla hanno a che fare con la quantità o la qualità della prestazione (75): è stata, in particolare, recentemente riaffermata la legittimità della differenziazione in funzione dell'anzianità di servizio dei singoli dipendenti (76) (su questo punto torneremo tra breve).

(73) 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.

(74) 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.

(75) 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 parsa 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.

(76) Cass. 8 gennaio 2002 n. 132, *FI*, 2002, I, p. 1033.

Oggi si registra un generale consenso su alcune applicazioni particolari del principio di proporzionalità. La più rilevante è quella che comporta la piena legittimità costituzionale della riduzione della retribuzione in funzione diretta della riduzione dell'orario di lavoro nel rapporto a tempo parziale, proporzionamento ora previsto esplicitamente dall'art. 4, c. 2°, lett. *b*, del d.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61: qui il principio di proporzionalità opera essenzialmente in funzione correttiva e limitativa del principio di sufficienza (77). È stata fondata sul principio di proporzionalità, per altro verso, la regola secondo cui il lavoratore ha diritto a una maggiorazione retributiva in relazione ad alcune «qualità» della prestazione, come la maggiore penosità del lavoro festivo e del lavoro svolto in luogo diversi da quello abituale, la maggiore intensità o elasticità del lavoro (nel senso della disponibilità del lavoratore a variare l'orario in funzione delle esigenze dell'impresa; ora un compenso specifico è esplicitamente previsto per l'elasticità della prestazione dall'art. 46, c. 1°, del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276) (78), il vincolo di onerose prestazioni accessorie. Al di là di queste applicazioni particolari del principio di proporzionalità, prevale nettamente l'orientamento della giurisprudenza nel senso di lasciare una libertà molto ampia alla contrattazione collettiva — e al singolo imprenditore negli spazi che residuano alla sua discrezionalità di gestione dei rapporti individuali di lavoro — per l'individuazione dei criteri di differenziazione dei trattamenti economici in relazione alla quantità e qualità delle prestazioni lavorative, così come eventualmente anche in relazione all'andamento della produttività o della redditività 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 sindacabilità in sede giudiziale delle scelte di differenziazione dei trattamenti operate dalla contrattazione collettiva o dall'imprenditore unilateralmente, abbiamo ampiamente discusso nella sezione del sesto capitolo dedicata alla parità di trattamento. 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 (cioè secondo quelli che abbiamo esaminato come criteri di differenzia-

(77) Cass. 17 marzo 1992 n. 3240, *RIDL*, 1993, II, p. 190. 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.

(78) Nel senso della necessità *ex art. 36 Cost.* di un compenso specifico per la variabilità del tempo di lavoro prevista dalle c.d. «clausole elastiche» nel contratto di lavoro a tempo parziale, anche prima del recente intervento del legislatore sulla materia, 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

zione di prima classe), 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);

— il principio della commisurazione della retribuzione al contenuto della prestazione lavorativa è, in concreto, inapplicabile quando faccia difetto un sistema di inquadramento, cioè 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 (79);

— la scelta del sistema di inquadramento da applicarsi in una unità produttiva, sia essa compiuta mediante contrattazione collettiva o no, è insindacabile in sede giudiziale, salvo il rispetto del divieto di adozione di criteri discriminatori;

— insindacabile deve, a maggior ragione, considerarsi la scelta dei rapporti parametrali adottati dalla contrattazione collettiva per la determinazione delle retribuzioni corrispondenti ai diversi livelli di inquadramento, così come la scelta di collegare o no una parte della retribuzione al risultato della prestazione lavorativa (80);

— 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 dignità del lavoratore.

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*).

(79) 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 cap. VI, § 8 e ivi nota 76.

(80) 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).

Per gli stessi motivi esposti a suo luogo, 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, mentre non sembra proponibile un controllo alla stregua del criterio di proporzionalità.

Se è fondato quanto si è sostenuto nel sesto 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'Era-rio), 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.

11. - 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, 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, 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) (81), 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.

(81) Sulla vicenda dell'«EDR» rinvio al mio *Il contratto di lavoro*, vol. II, Milano, 2003, § 253.

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 (82). 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, è 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 (cap. II, § 5), 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 rinuncierebbe 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, benefi-

(82) Gli economisti hanno elaborato, a questo proposito, diversi modelli teorici riconducibili al paradigma del rapporto *principal/agent*, nei quali sul risultato utile della prestazione dell'*agent* influiscono al tempo stesso il suo impegno e circostanze sottratte al suo controllo: v. in proposito *infra*, § 15.1. Nella letteratura italiana di *law & economics* v. F.

ciando 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.

12. - 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 (83), ridurre il *turnover*, condizionare in senso positivo il comportamento dei dipendenti nelle situazioni in cui è impossibile controllarlo (v. in proposito anche § 15.3). 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 pie-

SARTORI, *Il modello economico dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, RCDP, 2001, pp. 607-661: ivi anche i riferimenti alla letteratura straniera in argomento.

(83) 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 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.

na 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 (84):

— 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 (§ 10), 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 (85), 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, al riguardo, 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

(84) Per una esposizione di queste teorie accessibile anche ai profani v. G. CORNEO, *I salari di efficienza*, in BRUCCHI LUCHINO, *Manuale di economia del lavoro*, Bologna, 2001, pp. 315-330. Ivi i riferimenti essenziali alla letteratura economica in argomento.

(85) V. ancora, su questo punto, cap. VI, § 8 e ivi in particolare la nota 62.

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

DISCIPLINA GIURIDICA E MODELLI ECONOMICI DI DETERMINAZIONE DELLE RETRIBUZIONI (*)

13. – Una classificazione delle letture possibili della disciplina costituzionale della retribuzione

In via di prima approssimazione, possiamo definire la retribuzione come tutto quanto il lavoratore riceve dal datore di lavoro in cambio della prestazione lavorativa. A norma dell'art. 36 Cost., come si è visto nella prima sezione di questo capitolo, la retribuzione deve essere:

(36.1) non inferiore a un minimo (retribuzione “sufficiente”);

(36.2) proporzionata alla quantità e qualità della prestazione lavorativa.

Riguardo alla “qualità e quantità” della prestazione lavorativa si possono proporre le seguenti distinzioni:

- la distinzione tra caratteristiche della prestazione *conoscibili* dal datore di lavoro e caratteristiche *non conoscibili*;

- quella tra caratteristiche *conoscibili ex ante* (cioè già al momento della stipulazione del contratto) e caratteristiche *conoscibili solo ex post* (cioè soltanto nel corso del rapporto, o addirittura a distanza di tempo dallo svolgimento della prestazione);

- quella tra caratteristiche *dimostrabili in giudizio* e caratteristiche *non dimostrabili* in giudizio;

- quella tra caratteristiche *indicate come rilevanti in un sistema di inquadramento* precostituito e caratteristiche *non indicate come rilevanti*.

In via di prima approssimazione possiamo assumere che le caratteristiche indicate nel sistema di inquadramento precostituito debbano necessariamente essere conoscibili dal datore di lavoro *ex ante* e dimostrabili in giudizio. Di fatto questo è quanto accade normalmente: il sistema di inquadramento professionale disposto dal contratto collettivo fa riferimento ad aspetti della prestazione lavorativa conoscibili fin dal momento dell'ingaggio del lavoratore e agevolmente dimostrabili in giudizio (ad esempio: adibizione alla guida di una autovettura; adibizione a un programma di videoscrittura con compiti di digitazione di corrispondenza d'ufficio in lingua italiana; adibizione a compiti di guardiania; ecc.). Sappiamo invece che, nello svolgimento concreto dell'attività aziendale, assumono notevole rilievo alcune caratteristiche della prestazione non indicate nel sistema di inquadramento pre-

costituito, non conoscibili *ex ante* dal datore di lavoro e, anche *ex post*, difficilmente dimostrabili in giudizio (ad esempio: cortesia e affabilità, o invece carattere chiuso e scontroso, di un commesso di vendita nei confronti dei clienti; livello di concentrazione mentale nello svolgimento della prestazione e di presenza di spirito di fronte ai problemi imprevisti).

Nel discorso che segue supponiamo che le prestazioni lavorative in una azienda possano essere classificate in relazione a due caratteristiche – indicate rispettivamente con le lettere latine maiuscole A e B - previste dal sistema di inquadramento precostituito, conoscibili *ex ante* dal datore di lavoro e dimostrabili in giudizio; inoltre in relazione a due caratteristiche – indicate rispettivamente con le lettere greche minuscole α , β - non indicate nel sistema di inquadramento precostituito, non conoscibili *ex ante* dal datore di lavoro e difficilmente dimostrabili in giudizio. La classificazione delle prestazioni lavorative nella nostra ipotetica azienda è dunque rappresentata da questa matrice:

A α	B α
A β	B β

13.1. - Prima questione. - La norma costituzionale può essere interpretata in due modi, corrispondenti a due tipi di intervento autoritativo dell'ordinamento in materia di retribuzioni.

13.1.1. Il riferimento per la determinazione della “giusta retribuzione” deve essere costituito non solo dalle caratteristiche A, B della prestazione, bensì anche dalle caratteristiche α , β . Se è così, tutta la materia dei premi o superminimi, erogati unilateralmente o negoziati in sede collettiva, è soggetta a controllo giudiziale, dovendosi applicare un principio di parità di trattamento tra i lavoratori *inteso in senso stretto: tutte le prestazioni di tipo (A, α) devono essere retribuite in modo uguale tra loro e superiore alle prestazioni di tipo (A, β) e così via (86).

13.1.2. Il riferimento per la determinazione della “giusta retribuzione” è costituito solo dalle caratteristiche A, B. Il riferimento della retribuzione alle caratteristiche α , β , sfugge invece al principio costituzionale: ad α e β possono essere collegati premi e superminimi determinati unilateralmente dall'imprenditore o contrattati sul piano individuale o collettivo, ma l'ordinamento statale resta indif-

(*) Questa sezione, come del resto alcune altre parti di questo libro, non avrebbe potuto essere realizzata senza il contributo predominante di Andrea ICHINO.

(86) È questo, come abbiamo visto nel cap. VI, § 7, l'orientamento interpretativo della sentenza della Costituzionale n. 103/1989 che prevalse in un primo tempo, con le sentenze della Corte di Cassazione n. 947/1990 e n. 1888/1990.

ferente in proposito. In altre parole, l'ordinamento non impone un principio di parità di trattamento inteso in senso stretto (87).

13.2. - Seconda questione. - Le due disposizioni 36.1 e 36.2 possono considerarsi:

13.2.1. come *regole tra loro distinte riferite ai livelli delle retribuzioni effettive* (ci sono i minimi per i diversi livelli; *inoltre* deve esserci proporzionalità: se la prestazione di minor valore è di fatto retribuita sopra il minimo, anche le altre devono essere retribuite sopra il minimo, perché si mantenga la proporzionalità);

13.2.2. oppure come *parte di un'unica regola, riferita soltanto agli standard minimi* (deve essere stabilito un sistema di minimi retributivi tale per cui il minimo per la prestazione di maggior valore sia corrispondentemente più elevato rispetto al minimo per la prestazione di minor valore; ma la regola della proporzionalità non si applica alla parte della retribuzione eccedente rispetto al minimo).

Nonostante che la corrispondenza biunivoca non sia logicamente necessaria, si osserva che l'opzione interpretativa 13.1.1 si coniuga solitamente con la 13.2.1, mentre l'opzione 13.1.2 si coniuga solitamente con la 13.2.2.

13.3. - Terza questione. - Come si determinano i minimi?

13.3.1. Una soluzione consiste nell'applicare inderogabilmente *erga omnes* i minimi tabellari fissati dai contratti collettivi nazionali stipulati dai sindacati maggiormente rappresentativi, in relazione ai sistemi di inquadramento professionale determinati dai contratti stessi.

13.3.2. Una soluzione alternativa potrebbe essere costituita da un meccanismo di determinazione in sede legislativa o amministrativa di un *salario minimo*, sul modello del *minimum wage* statunitense o dello *SMIC* francese (ma così si darebbe attuazione per questa via soltanto alla regola 36.1 e non alla regola 36.2).

13.3.3. Si può infine pensare a una combinazione della soluzione 13.3.1 con la 13.3.2 (88).

In riferimento alle prime due questioni sopra individuate, abbiamo visto nella prima sezione di questo capitolo e nella seconda sezione del cap. VI come giurisprudenza e dottrina, dopo un primo orientamento favorevole alla coppia di soluzioni 13.1.1-13.2.1, nel periodo immediatamente successivo all'emanazione della sentenza della Corte costituzionale n. 103/1989, siano poi invece tornate a orientarsi nel senso della coppia 13.1.2-13.2.2.

(87) È questo, come pure abbiamo visto (loc. cit. nella nota prec.), l'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 6030/1994 e successivamente prevalso nettamente, al punto che oggi esso può considerarsi consolidato.

(88) Una soluzione di questo genere sembra essere prospettata negli scritti di T. TREU e di M. ROCCELLA citt. nella nota 24 al § 5.

Quanto alla terza questione, abbiamo visto come l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale fin qui assolutamente dominante sia nel senso della prima soluzione (v. §§ 6 e 7, nella prima sezione di questo capitolo), pur restando sempre aperta sul piano costituzionale anche la possibilità della seconda e della terza soluzione (§ 5).

14. – Modelli economici di determinazione delle retribuzioni ed effetti possibili dello standard minimo inderogabile. A) Determinazione della retribuzione in condizioni di certezza e simmetria informativa

Immaginiamo quattro Paesi identici fra loro, tranne che per le ipotesi sotto indicate riguardo alla struttura dei loro mercati. Ipotizziamo, poi, che in tutti questi Paesi le prestazioni di lavoro possano essere classificate a seconda delle stesse caratteristiche (A,B) e (α,β), di cui si è detto nel paragrafo precedente, osservabili in uguale misura da tutti. Indichiamo con W_{iy} la retribuzione corrispondente a una prestazione lavorativa di tipo (i,y) con $i = (A,B)$ e $y = (\alpha,\beta)$; supponiamo inoltre che P sia il livello dei prezzi cosicchè $w_{iy} = W_{iy}/P$ è la retribuzione reale.

14.1. - Concorrenza perfetta nel mercato dei beni e in quello dei fattori. – La prima ipotesi che consideriamo è quella di una situazione perfettamente concorrenziale tanto nel mercato dei beni e dei servizi quanto in quello del lavoro e in quello dei capitali. In questa situazione, che corrisponde al modello neoclassico fondamentale, la retribuzione è pari al valore della produttività marginale (v. § 1). Supponiamo che le produttività dei quattro tipi di lavoratori siano tali per cui il datore di lavoro vorrebbe pagare *retribuzioni reali*:

$$w_{A\alpha} > w_{A\beta} > w_{B\alpha} > w_{B\beta}$$

Va subito osservato che l'imposizione della regola della retribuzione sufficiente (36.1) può contrastare con il livello retributivo risultante dall'equilibrio spontaneo tra domanda e offerta nel mercato del lavoro. Più precisamente, un intervento autoritativo volto alla predeterminazione di minimi *nominali* per le categorie A e B, secondo standard elevati, potrebbe non risultare compatibile con le retribuzioni che altrimenti il datore di lavoro pagherebbe, costretto dalla concorrenza con le altre imprese.

Osserviamo invece che, l'imposizione della sola regola di proporzionalità delle retribuzioni (36.2) qui non pare suscettibile, di per sé, di produrre effetti distorsivi.

Per la prosecuzione del nostro ragionamento, supponiamo ora che nel Paese 1 i minimi nominali stabiliti autoritativamente in attuazione della regola 36.1 siano compatibili con il livello di equilibrio determinatosi spontaneamente nel mercato, cioè con i salari reali pagati spontaneamente dai datori di lavoro nella generalità dei casi. L'ipotesi è dunque che l'effetto dello standard minimo indero-

gabile sia soltanto quello di impedire scostamenti verso il basso in casi marginali singoli, dovuti a situazioni anomale (secondo il modello che sembra essere fatto proprio dalla Convenzione O.I.L. n. 26/1998, § 3).

14.2. - Concorrenza imperfetta nel solo mercato dei beni: monopolio. - La seconda ipotesi che consideriamo è quella di una situazione perfettamente concorrenziale nel mercato del lavoro, ma non nel mercato dei beni. Supponiamo che nel Paese 2 vengano imposti inderogabilmente gli stessi minimi nominali del Paese 1. Poichè nel Paese 2 la concorrenza imperfetta nel mercato dei beni genera prezzi più elevati, i minimi contrattuali nominali del Paese 1 sono qui a maggior ragione ininfluenti sui salari reali; in altre parole, i minimi nominali potrebbero essere più alti senza che per questo si determinasse squilibrio nel mercato del lavoro.

In una situazione di monopolio nel mercato dei beni, dunque, un intervento autoritativo potrebbe, entro un certo limite, imporre un aumento delle retribuzioni al di sopra del punto di equilibrio che altrimenti il mercato raggiungerebbe spontaneamente, senza che ne conseguiva una riduzione della domanda di lavoro e/o aumento della disoccupazione: qui può effettivamente parlarsi dei livelli retributivi come “variabile indipendente” del sistema, entro il limite della possibilità di compressione o azzeramento della rendita monopolistica (§ 1).

La considerazione di questa seconda ipotesi mostra inoltre la necessità che il ragionamento sia condotto anche e soprattutto in riferimento ai salari reali e non solo in riferimento a quelli nominali. Donde il quesito cui il giurista non può sottrarsi: lo standard minimo a cui si riferisce la Costituzione (36.1) è un minimo nominale o un minimo reale?

14.3. - Paese 3. Concorrenza imperfetta nel solo mercato dei fattori: monopsonio. – La terza ipotesi che consideriamo è quella di un paese caratterizzato da situazioni monopsonistiche nel mercato del lavoro, mentre il mercato dei beni è perfettamente concorrenziale. In questo caso, dunque, il livello dei prezzi è pari a quello del Paese 1, caratterizzato anch'esso dalla perfetta concorrenza nel mercato dei beni; il datore di lavoro è però in grado di mantenere le retribuzioni a livelli inferiori rispetto a quelle del Paese 1, sfruttando la situazione di impossibilità o difficoltà di scelta in cui versano i lavoratori (ciò che genera, appunto, la distorsione monopsonistica a suo favore). L'imposizione di standard minimi inderogabili uguali a quelli che nel Paese 1 non “mordono”, nel Paese 3 possono invece interferire utilmente con il libero funzionamento del mercato, determinando un aumento dei livelli retributivi e sottraendo in tutto o in parte al datore di lavoro la rendita monopsonistica, senza che ne derivi riduzione della domanda di lavoro o aumento della disoccupazione.

Anche in questo caso, dunque, può effettivamente parlarsi dei livelli retributivi come “variabile indipendente” del sistema, entro il limite della possibilità di compressione o azzeramento della rendita monopsonistica (v. ancora § 1).

14.4. - Paese 4. Concorrenza imperfetta nel mercato dei beni e dei fattori, con coalizione dei lavoratori: monopolio bilaterale. – La quarta ipotesi che consideriamo è quella della situazione non concorrenziale sia nel mercato dei beni, come nel Paese 2, sia nel mercato del lavoro, come nel Paese 3 (monopsonio), caratterizzata ulteriormente dalla presenza della coalizione dei lavoratori che inibisce la concorrenza dal lato dell’offerta di manodopera. Qui l’intervento autoritativo volto alla predeterminazione di minimi inderogabili (36.1) può costituire – in alternativa o in combinazione con la contrattazione collettiva - la forma nella quale si concreta la capacità della coalizione dei lavoratori di appropriarsi, in tutto o in parte, della rendita monopolistica di cui altrimenti gode il datore di lavoro nel Paese 2, nonché di ridurre o azzerare la rendita monopsonistica di cui altrimenti gode il datore stesso nel Paese 3.

Si osservi come in ciascuno dei quattro scenari considerati, laddove i minimi retributivi stabiliti per le qualifiche A e B “mordano”, cioè si collochino al di sopra del livello che il mercato liberamente produrrebbe, può accadere che si generi disoccupazione. Nel Paese 1, questo accade di regola sempre; negli altri tre questo accade soltanto in quanto i livelli retributivi vengano aumentati autoritativamente in misura superiore rispetto al livello di assorbimento delle rendite monopolistica e/ monopsonistica. In questo caso, anche nel secondo, nel terzo e nel quarto Paese può determinarsi una situazione corrispondente al modello del conflitto di interessi tra *insiders* e *outsiders*, oppure una situazione corrispondente al modello dell’interesse e rischio condivisi tra *insiders* e *outsiders*, modelli entrambi dei quali si è detto nel § 2 del secondo capitolo. Donde, in tutte e tre le ipotesi, i problemi di diritto costituzionale di cui si è fatto cenno nell’ultima parte dello stesso secondo capitolo.

15. – Segue. B) Determinazione della retribuzione in condizioni di incertezza e asimmetria informativa

Nel mercato del lavoro reale, come si è più volte osservato, ciò che l’imprenditore acquista non è una merce di cui egli possa valutare con precisione *ex ante* la quantità e la qualità. Il lavoratore ne sa certamente di più fin dall’inizio; e una parte rilevante della qualità della prestazione dipenderà dall’impegno che il lavoratore stesso deciderà di volta in volta di approfondire nella prestazione, spinto da un senso del dovere (o dalla preoccupazione di non deludere la controparte) variabile nel tempo e per lo più in larga parte incontrollabile (*moral hazard*). L’incertezza in proposito – dal lato

dell'imprenditore - fa sì che nella determinazione della retribuzione assumano particolare importanza la ripartizione del rischio tra le parti (v. in proposito §§ 9 e 11) e l'incentivazione, in varie possibili forme, dell'impegno del lavoratore nello svolgimento della prestazione (§§ 11 e 12), secondo diversi modelli, per lo più riconducibili a quelli cui gli economisti si riferiscono correntemente come ai paradigmi del rapporto *principal/agent* (89), della *adverse selection*, dei *shirking models of efficiency wages* (90), del *free rider* in situazione di *team work*.

15.1. – Modello *principal/agent* e *moral hazard*. – Consideriamo innanzitutto il caso in cui il prodotto del lavoratore dipenda al tempo stesso dal suo impegno e da un fattore esogeno, entrambi non conoscibili dal datore di lavoro. Ne consegue che il risultato del lavoro non è conoscibile *ex ante*; ma non è possibile stabilire neppure *ex post* se il risultato sia da attribuire all'impegno del lavoratore o al fattore esogeno: della prestazione sono conoscibili (secondo la classificazione schematica proposta nel § 13) solo le caratteristiche A, B, non le caratteristiche α , β .

In assenza di un intervento autoritativo in materia, datore e prestatore di lavoro tenderanno ad accordarsi per una retribuzione composta da una parte fissa predeterminata *ex ante*, con funzione assicurativa nell'interesse del prestatore, e da una parte variabile determinata *ex post*, con funzione di incentivo al maggiore impegno del prestatore. Il meccanismo di determinazione di questa seconda componente della retribuzione presenta tuttavia per quest'ultimo il rischio di una perdita retributiva nel caso in cui il risultato negativo sia determinato dal fattore esogeno in ipotesi sfavorevole, nonostante l'impegno intensamente profuso dal lavoratore.

In questo modello l'intervento autoritativo in materia di retribuzione non può essere del tipo 13.1.1, cioè non può consistere nell'imposizione di un minimo inderogabile determinato anche in riferimento alle caratteristiche α e β della prestazione lavorativa, poiché queste non sono conoscibili neppure *ex post*. Il modello è compatibile invece con l'intervento autoritativo 13.1.2, nel quale i minimi inderogabili riguardano soltanto la parte fissa della retribuzione e non la parte destinata a essere determinata *ex post*, e sono determinati soltanto in riferimento alle caratteristiche A, B, della prestazione.

Qui si pone la questione se e in quale misura, ai fini del rispetto di uno standard minimo riferito alle caratteristiche A, B della prestazione, possa essere fatta valere anche la *chance* - che il contratto individuale offra al lavoratore - di rilevante guadagno costituito dalla parte variabile della retribuzione. La questione è stata trattata nei §§ 8 e 11.

(89) V. in proposito § 11 e ivi nota 81.

(90) V. in proposito § 12 e ivi particolarmente nota 83.

15.2 - *Adverse selection.* - Il datore di lavoro deve scegliere i propri dipendenti tra una molteplicità di lavoratori la cui capacità e il cui impegno non sono osservabili *ex ante*. Se la retribuzione offerta non è sufficientemente alta, i migliori si dirigono altrove e la qualità media dei lavoratori tra cui scegliere peggiora. La retribuzione elevata è quindi necessaria per evitare i c.d. *lemons*.

Questo modello appare conciliabile non soltanto con l'intervento autoritativo del tipo 13.1.2 (sola predeterminazione di minimi inderogabili in relazione alle caratteristiche A, B, della prestazione, rimanendo irrilevanti le caratteristiche α , β), ma anche con l'intervento autoritativo del tipo 13.1.1 (minimi inderogabili in relazione alle caratteristiche A, B, più controllo *ex post* della parità di trattamento in riferimento alle caratteristiche α , β).

15.3. - *Shirking models of efficiency wages.* - L'impegno dei lavoratori (α , β) è solo imperfettamente osservabile; ma se un lavoratore viene scoperto a non impegnarsi (*shirking*), può essere licenziato. In questo contesto, se la retribuzione è bassa, non impegnarsi conviene al lavoratore perché in caso di licenziamento sarà facile trovare un altro posto di lavoro con retribuzione di livello pari o di poco inferiore. Quanto più la retribuzione aumenta, tanto più il possibile licenziamento è "costoso" per il lavoratore ed egli è spinto a impegnarsi per evitare il relativo rischio.

Questo modello appare conciliabile sia con un intervento autoritativo in materia di retribuzione del tipo 13.1.2, sia con un intervento del tipo 13.1.1.: v. in proposito § 12.

15.4. - *Team work, free riding e incertezza.* - Quando solo il prodotto collettivo di un *team* è osservabile, ma non lo sono, neppure *ex post*, i singoli contributi individuali, se la retribuzione individuale è proporzionale al risultato collettivo, ogni individuo ha interesse a impegnarsi meno degli altri (*free riding*).

In questo contesto ha senso l'intervento autoritativo del tipo 13.1.2: a tutti deve essere garantito il minimo correlato alle caratteristiche A, B della prestazione. Sarebbe invece, ancora una volta, privo di senso l'intervento autoritativo del tipo 13.1.1: anche qui, come nel modello *principal/agent*, la regola giuridica della proporzionalità della retribuzione incontra un ostacolo insormontabile nella inconoscibilità, anche *ex post*, delle caratteristiche α , β della prestazione lavorativa.