

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA

IN

DIRITTO DEI RAPPORTI ECONOMICI E DI LAVORO

XXI° CICLO

TESI DI DOTTORATO

"LA RETRIBUZIONE DALLA CORRISPETTIVITA' ALLA EFFETTIVITA' "

Coordinatore

Prof. Fabio Mazziotti

Candidato

Luisa Emilia Nusco

INDICE

INTRODUZIONE	<i>pag.5</i>
---------------------	--------------

CAPITOLO PRIMO

Dalla rilevanza della corrispettività al riconoscimento della funzione sociale della retribuzione.

1. Cenni preliminari.	<i>pag.9</i>
2. L'obbligazione retributiva tra diritto civile e diritto del lavoro.	<i>pag.9</i>
3. La funzione sociale della retribuzione costituzionale.	<i>pag.12</i>
3.1. La qualificazione della retribuzione come diritto assoluto della persona.	<i>pag.13</i>
3.2. Il difficile contemperamento tra proporzionalità e sufficienza nel contributo di dottrina e giurisprudenza.	<i>pag.16</i>
4. Minimi contrattuali ed intervento dei giudici quali strumenti di attuazione del precetto costituzionale.	<i>pag.18</i>
5. L'onnicomprensività della retribuzione e l'aspirazione verso una nozione unitaria	<i>pag.21</i>
5.1. I caratteri tipici per la qualificazione della natura retributiva degli emolumenti corrisposti	<i>pag.22</i>
5.2. L'onnicomprensività da principio generale a regola tendenziale. Gli effetti distorsivi.	<i>pag.22</i>
5.3. La legislazione sui minimi. Spunti per un dibattito.	<i>pag.25</i>

CAPITOLO SECONDO

La composizione della retribuzione: strumenti e vicende per la determinazione del trattamento economico del lavoratore.

1. Recenti evoluzioni dei sistemi retributivi e della struttura della retribuzione.	<i>pag.27</i>
2. I sistemi retributivi.	<i>pag.27</i>
2.1. Il sistema retributivo a tempo.	<i>pag.28</i>
2.2. Il sistema retributivo a cottimo.	<i>pag.29</i>
2.3. I sistemi retributivi residuali.	<i>pag.31</i>
3. La struttura della retribuzione tra natura polimorfa e ricerca dell'omogeneità.	<i>pag.32</i>
3.1. La retribuzione base.	<i>pag.34</i>
3.2. Due tecniche antagoniste: gli automatismi retributivi ...	<i>pag.35</i>
3.3. ... e i trattamenti ad personam.	<i>pag.39</i>
3.4. L'esclusione dell'obbligo di trattamento economico paritario tra lavoratori a parità di lavoro prestato.	<i>pag.40</i>
3.5. Premi, gratifiche ed erogazioni una tantum.	<i>pag.42</i>
3.6. Le componenti retributive determinate in funzione	

del rendimento.	pag.42
3.7. Le voci aggiuntive della retribuzione.	pag.43
3.8. Le indennità per ferie, festività e permessi.	pag.45
4. Profili di evoluzione del trattamento di fine rapporto.	pag.46
4.1. Il tfr dalla natura retributiva alla funzione previdenziale.	pag.50
5. Le cause di sospensione del rapporto di lavoro.	pag.52
5.1. Effetti della sospensione e natura retributiva dell'indennità erogata nei periodi di non lavoro.	pag.54
6. La retribuzione nel pubblico impiego: peculiarità del sistema.	pag.57
6.1. Ruolo dominante della contrattazione collettiva e trattamenti economici accessori.	pag.59
6.2. Contrattazione collettiva e limiti di spesa.	pag.59
6.3. La disciplina del tfr nel pubblico impiego privatizzato.	pag.60

CAPITOLO TERZO

La rilevanza dell'effettività nella nozione evolutiva di retribuzione.

1. Recenti evoluzioni nelle dinamiche retributive.	pag.62
1.1. La frammentazione del modello di subordinazione nell'età della globalizzazione	pag.63
1.2. Aspetti economici delle nuove forme contrattuali, tra flessibilità e precarietà.	pag.65
2. L'effettività quale nuovo parametro di determinazione della retribuzione.	pag.70
3. Le forme di incentivazione nel modello di lavoro stabile e a tempo.	pag.72
3.1. Benefici e svantaggi della mobilità del personale.	pag.72
4. La flessibilizzazione dell'orario di lavoro e la prestazione di lavoro straordinario.	pag.74
4.1. Flessibilità oraria, variabilità salariale e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.	pag.76
5. Le nuove forme di retribuzione variabile.	pag.78
5.1. Nuove forme incentivanti ed istanze partecipative.	pag.79
5.2. Due sistemi per valorizzare l'apporto del lavoratore all'andamento economico dell'impresa a confronto: il salario di produttività e la retribuzione per obiettivi.	pag.82
5.3. I premi e i benefits nelle strategie gestionali dell'impresa.	pag.83
5.4. Vecchie e nuove modalità di incentivazione: un confronto.	pag.85
6. Il connubio necessario tra mercato e Welfare quale punto di partenza per la riforma del sistema di relazioni industriali.	pag.87
6.1. Mercato e Welfare: prospettive di riforma.	pag.88
7. Funzionalità degli strumenti di sostegno al reddito.	pag.92
7.1. Esigenze di riforma dei cd. "ammortizzatori sociali".	pag.94
8. Il reddito minimo quale modello di protezione sociale.	pag.98
8.1. Il reddito di cittadinanza tra obiettivi di Workfare e limiti di Welfare.	pag.99
9. Omogeneità retributiva e condizioni territoriali.	pag.101

10. Retribuzione e previdenza complementare. pag.103

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE pag.107

BIBLIOGRAFIA pag.112

INTRODUZIONE

La considerazione dei profondi mutamenti intervenuti negli ultimi anni nell'organizzazione d'impresa e nei sistemi di produzione fornisce lo spunto per valutare le trasformazioni in atto del modello tradizionale di lavoro subordinato.

Sotto tale profilo, l'analisi delle dinamiche retributive costituisce un punto d'osservazione privilegiato, atteso che da sempre la riflessione giuridica sulla retribuzione coincide con l'approfondimento del ruolo e della funzione che essa è andata assumendo all'interno del rapporto di lavoro subordinato.

Un approccio alla descritta tematica per essere fruttuoso richiede risposte, sia pure parziali, ad interrogativi concernenti la tenuta, nell'attuale contesto politico-economico, dell'equilibrio tra i fattori di determinazione della retribuzione consolidatosi nel modello tradizionale.

Doveroso appare, dunque, attivare un percorso argomentativo (per dir così) "a ritroso", che ricostruisca le principali vicende che hanno contraddistinto l'istituto retributivo e ne hanno determinato la composizione.

L'obiettivo dell'analisi è quello di tracciare le linee evolutive che hanno condotto, dapprima, a riaffermare la peculiarità del contratto di lavoro rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive di matrice civilistica e, in seguito, a ricercare nell'effettività della prestazione lavorativa svolta un utile parametro per identificare la nozione di subordinazione nel mutato contesto economico della società globalizzata, caratterizzato dalla destrutturazione del "tipo" tradizionale di lavoro subordinato in una pluralità di nuove forme contrattuali.

In tale contesto, si intende mostrare come l'obbligazione retributiva, non più vincolata a rigidi nessi di corrispettività oggettiva, si evolve sino ad adattarsi alla flessibilità del mercato del lavoro, fungendo da strumento incentivante e, al contempo, potenzialmente unificante delle diverse tipologie di lavoratori.

La vastità della materia impone l'effettuazione di scelte metodologiche. Si precisa sin d'ora, pertanto, che oggetto d'esame saranno le dinamiche interessanti la retribuzione nel rapporto di lavoro subordinato privato, pur non mancando alcuni necessari richiami al rapporto di lavoro pubblico, allo scopo di evidenziare i perduranti elementi di discontinuità con il lavoro privato.

La prima parte dell'indagine prende le mosse dall'inquadramento del contratto di lavoro nella sistematica dei contratti di scambio, allo scopo di metterne in luce la specialità attraverso gli scostamenti ravvisabili dal nesso sinallagmatico inteso nel suo significato più rigido, di matrice civilistica. Siffatte deviazioni ricevono definitiva legittimazione in virtù del riconoscimento a livello costituzionale della dignità della persona del lavoratore quale parametro di determinazione della retribuzione, da valutarsi accanto ed in posizione paritetica rispetto alla corrispondenza alla quantità e qualità del lavoro prestato. Esse s'intersecano col tessuto retributivo sia con riferimento alla composizione e alle modalità di erogazione che riguardo alle vicende del rapporto lavorativo durante il suo svolgimento.

La nozione costituzionale di retribuzione, in particolare, rimarca la coesistenza al suo interno di due obbligazioni. L'una, attinente al nesso di corrispettività in senso lato, fornisce il criterio oggettivo di determinazione in termini di proporzionalità, diversificando il compenso spettante al lavoratore in base alle mansioni da questo svolte. L'altra, da determinarsi sulla base di un criterio eterogeneo rispetto alla corrispettività, svolge una funzione sociale. In base a quest'ultima, ir-

rompono nella nozione di retribuzione le esigenze sociali e familiari dell'individuo. E ciò in considerazione del fatto che oggetto dello scambio, nel contratto, è la stessa persona del lavoratore con la spendita delle sue energie lavorative. Tale circostanza, insieme con l'aspettativa generata dalla durata del rapporto di lavoro, dimostra che la prestazione lavorativa interviene in modo pervasivo nella vita dell'individuo e non può prescindere dalla opportuna valorizzazione delle sue esigenze, che debbono costituire una soglia minima invalicabile dal datore di lavoro.

A partire da siffatto preliminare assunto, si snodano le problematiche più significative che hanno accompagnato il consolidarsi della nozione di retribuzione, le quali trovano il loro comune denominatore nel bisogno di fornire in qualche modo un substrato al precetto costituzionale, in risposta alla mancata emanazione di una legge che individuasse il cd. salario minimo. Tra tali tematiche si distinguono, in particolare, il dibattito sulla natura precettiva o programmatica della norma di cui all'art. 36 Cost., il connesso percorso giurisprudenziale che ha condotto ad identificare in via tendenziale la retribuzione adeguata con le tariffe fissate dalla contrattazione collettiva, infine, il tentativo - fallito - di racchiudere sotto un'unica nozione omnicomprensiva di retribuzione gli emolumenti con carattere di obbligatorietà, determinatezza, determinabilità e continuità.

La ricostruzione compiuta nella prima parte funge da premessa concettuale alla più attenta riflessione, sviluppata nella seconda parte della trattazione, sulle modalità di erogazione e sulla composizione della retribuzione.

La rapida disamina, anche sotto il profilo storico, dei sistemi retributivi e della struttura della retribuzione, consente di completare il quadro normativo (e non solo) a partire dal quale l'istituto si evolve, poi, secondo percorsi sottratti in gran parte al controllo dell'ordinamento e legati al dato reale. Essa, inoltre, rende possibile indagare in maniera più lucida le ragioni del graduale declino del sistema retributivo a tempo e dei meccanismi retributivi automatici a favore di sistemi legati al rendimento.

La considerazione preliminare, a tal proposito, è che malgrado la perdurante adeguatezza delle modalità elencate dall'art. 2099 c.c. a regolamentare la corresponsione della retribuzione (merito anche della duttilità dei criteri richiamati, vale a dire il tempo ed il rendimento), i cambiamenti che interessano da ultimo il sistema produttivo e l'organizzazione del lavoro sono vicini ad alterare il reciproco rapporto tra tali i fattori. Fermi i limiti normativi, è infatti prima di tutto sul piano concreto che si costruisce e si misura l'adeguatezza del trattamento economico spettante al lavoratore. Spetta alle dinamiche economiche, politiche e sociali - frutto delle spinte diversificate e talora contrapposte provenienti dal sistema produttivo e dalla realtà sociale - fornire di volta in volta la "risposta" alla domanda su cosa sia retribuzione e cosa, invece, ne sia lasciato al di fuori, dando così senso e contenuto alla norma.

Da ciò l'utilità di trattare congiuntamente i sistemi retributivi, principali e residuali, e gli elementi che compongono la retribuzione. Autonomo spazio, inoltre, viene dedicato tanto alla disciplina del tfr - che, per la sua particolare natura, assume rilevanza sintomatica dei mutamenti riguardanti la retribuzione nel suo complesso - quanto alle vicende "sospensive" del rapporto di lavoro - che consentono di valutare l'obbligazione retributiva in una dimensione dinamica, in corrispondenza con le varie fasi di svolgimento del rapporto. Infine, un cenno ai prin-

cipi che regolano la materia retributiva nel pubblico impiego permette di rimarcare la persistenza di diversificazioni - pur nella tendenza all'avvicinamento dei due settori - motivate dalla natura pubblica dell'interesse sotteso a tale disciplina.

L'esito della disamina in discorso mette in evidenza alcuni punti fermi. Innanzitutto, la presa di coscienza della natura "polimorfa" della retribuzione che rende vano qualsiasi tentativo di classificazione delle voci di cui si compone che pretenda di essere tassativa e non meramente esemplificativa.

In secondo luogo, la verifica dell'esistenza di una contrapposizione tra due sistemi, quello a tempo e quello correlato al rendimento, che si traduce nella scelta tra due diversi strumenti retributivi, vale a dire gli automatismi e i trattamenti *ad personam*. A tale risultato accede l'altro, per cui la predominanza a lungo riscontrata del sistema basato sul fattore tempo è legata a filo doppio alla centralità del modello tradizionale di subordinazione, caratterizzato tendenzialmente dalla stabilità e dall'indissolubilità per tutta la durata della vita lavorativa.

Infine, la considerazione che la materia retributiva è il frutto dell'intreccio tra fonti legali e contrattuali, a loro volta espressione delle tensioni presenti nel sistema di relazioni industriali tra antitetiche esigenze, vale a dire da un lato la salvaguardia del potere di acquisto della moneta, dall'altra il mantenimento del costo della manodopera.

Quanto evidenziato costituisce la necessaria premessa per analizzare, nella parte conclusiva, i cambiamenti in corso nell'attuale contesto politico ed economico.

Le ragioni del cambiamento traggono origine dall'affermarsi di nuove regole nel mercato, le quali impongono ai datori di lavoro scelte organizzative ispirate a principi ispirati ad una forte flessibilità, per mantenere alta la competitività tra le imprese.

In tale contesto, il modello rigido di lavoro subordinato mostra i suoi limiti di adeguamento, subendo una forte destrutturazione in una pluralità di nuove forme, cui si accompagna la disarticolazione dei tempi e dei modi della prestazione, dando luogo per taluni ad una vera e propria "polverizzazione" del tipo tradizionale.

Si intende, dunque, mettere in evidenza che sfumate le certezze derivanti dal modello tradizionale, le aspettative occupazionali del lavoratore sono oggi fortemente ridimensionate, in quanto affidate ad una pluralità di forme contrattuali di breve durata e connotate da condizioni che ripetono solo parzialmente le condizioni e le garanzie del rapporto di lavoro tipico. La vita lavorativa del soggetto risulta, infatti, caratterizzata mediamente da carriere discontinue, in cui a fasi di lavoro si alternano periodi, anche lunghi, di inattività, con la percezione di salari spesso bassi e non regolari, cui corrisponde una scarsa capacità contributiva

Rispetto a tale mutamento, diviene prioritario individuare nuovi parametri di determinazione della retribuzione che siano, al contempo, comuni a tutti i lavoratori a prescindere dalla forma contrattuale applicata. Dall'altra, occorre puntare sulla protezione sociale assicurata dal *Welfare State*, al fine di "compensare" le carenze del trattamento economico.

Sotto il primo profilo, il dato reale pare suggerisce una crescente propensione alla valorizzazione della prestazione effettivamente resa dal lavoratore. In tal senso, si intende procedere alla enucleazione di tutti quei fattori in grado di valorizzare l'effettività dell'apporto del lavoratore, singolarmente o collettivamente

considerato, in funzione incentivante. A tale scopo centrale è, tra i vari elementi, il ricorso alla retribuzione variabile.

Sotto il secondo profilo, si intende evidenziare il contributo imprescindibile assicurato dagli strumenti di *Welfare* (con particolare riguardo alle misure di sostegno al reddito) ad innalzare i livelli di tutela dei lavoratori, ma - nello stesso tempo - anche i limiti di tale sistema, essendo lo stesso tuttora mutuato sul modello tradizionale di subordinazione e, spesso, su modelli d'intervento di tipo meramente sussidiario ed assistenzialistico.

PRIMO CAPITOLO

Dalla rilevanza della corrispettività al riconoscimento della funzione sociale della retribuzione.

1. Cenni preliminari.

Avvicinarsi all'istituto retributivo al fine di tentare lo studio non approssimato delle sue dinamiche porta, per la considerevole ampiezza della materia e per la ricchezza delle implicazioni ad esso sottese, a misurarsi prima di tutto con il problema della scelta in ordine al metodo d'indagine, tra i molteplici approcci ravvisabili.

Quale che sia l'ottica privilegiata, è dato comune da cui non si può prescindere il fatto che i cambiamenti che interessano la retribuzione sono il riflesso delle trasformazioni della nozione di subordinazione¹.

La riflessione giuridica sulla prima equivale, invero, ad approfondire prima di tutto il ruolo e la funzione che essa è andata assumendo nel rapporto di lavoro subordinato². A tale scopo, conduce ad indagare sui fattori che hanno provocato la crisi del tradizionale modello di lavoro subordinato, precisandosi fin d'ora che, all'interno del "tipo" della subordinazione il trattamento economico dei lavoratori costituisce il principale terreno di confronto per le forze che intervengono nel mercato del lavoro e, al contempo, l'ambito ove più immediata è la percezione del cambiamento e delle conseguenze indotte da questo.

In ragione di tale collocazione privilegiata, la retribuzione è in grado di costituire di volta in volta il referente per delineare l'assetto che contraddistingue in un dato momento il nostro sistema di relazioni industriali³.

2. L'obbligazione retributiva tra diritto civile e diritto del lavoro.

La formula codicistica che definisce il rapporto di lavoro subordinato (art. 2094 c.c.) pare rimarcare il nesso di reciproca causalità sussistente tra prestazione lavorativa e retribuzione.

Tale definizione è aderente all'inserimento, ritenuto dappprincipio del tutto indiscusso, del contratto di lavoro nella sistematica dei contratti di scambio a prestazioni corrispettive.

In tale contesto la retribuzione costituisce diritto fondamentale del prestatore ed obbligazione principale del datore di lavoro. Essa si qualifica come compenso del lavoratore per l'attività prestata alle dipendenze e sotto la direzione del datore e, in quanto tale, è oggetto dell'obbligazione primaria della controparte nonché mezzo per l'esecuzione della prestazione correlata al lavoro.

In tal senso, essa soggiace alla disciplina generale in materia di adempimento delle obbligazioni (in primo luogo l'art. 1176 c.c. e l'art. 1218 c.c.) e, ad eccezione dei soli casi di compenso in natura, è disciplinata dalle norme in tema di obbligazioni pecuniarie (art. 1277 ss. c.c.)⁴.

¹ A. De Felice, *La retribuzione e il trattamento di fine rapporto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato*, Vol. XXIV, Tomo II, 2007, 385; M. Biagi, *Il futuro del contratto individuale di lavoro in Italia*, LD, 1996, 325 ss.

² A. Di Majo, *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva*, RGL, 1982, I, 393.

³ C. Zoli, *La retribuzione tra garantismo e flessibilità: recenti scenari contrattuali e giurisprudenziali*, DRI, 1997, n. 1, 19 ss.

⁴ G. Perone, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, 1989, 40; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1985, 230 ss.; A. Di Majo, *op. cit.*, 397.

Per comprendere l'importanza della collocazione all'interno del sinallagma contrattuale e del nesso di corrispettività con la prestazione lavorativa occorre aver riguardo alla situazione pregressa, ove il compenso costituiva tutt'al più una mera eventualità ed aveva piuttosto il carattere di una forma di sostentamento in cambio dello sfruttamento del lavoro prestato. Pertanto, il significato della scelta va oltre la definizione della retribuzione come obbligazione corrispettiva, dal momento che ha avuto il merito di legittimare la pretesa del lavoratore al compenso qualificandola come diritto "pieno", ed ha inoltre fornito precise indicazioni sulla sua composizione, ancorandone la determinazione a tecniche direttamente collegate agli assetti organizzativi della struttura in cui il lavoratore è inserito.

Non va, poi, sottaciuto che l'inquadramento della prestazione di lavoro e della retribuzione nello schema del sinallagma si è accompagnata alla graduale presa di coscienza dei caratteri volti a differenziare il contratto di lavoro subordinato dagli altri contratti di scambio (specie quelli concernenti lo scambio di attività personale, cui il contratto di lavoro più s'avvicina) e a rimarcare la peculiarità dell'obbligazione retributiva rispetto al modello civilistico dell'obbligazione pecuniaria⁵. Tale percorso ha riguardato, in modo particolare, gli eventi sopravvenuti che, pur rendendo impossibile l'adempimento dell'obbligazione corrispettiva, non comportano la risoluzione del contratto di lavoro ma solo la sua sospensione.

Da tali premesse trarrà linfa il percorso di riconsiderazione del contratto di lavoro all'interno del tipo civilistico⁶ che trova uno dei suoi momenti più significativi nel principio costituzionale della retribuzione proporzionata e sufficiente.

L'onerosità può ritenersi speculare alla corrispettività, atteso che contribuisce a realizzare la funzione tipica del lavoro quale "... strumento per attuare uno scambio di utilità reciproche tra i contraenti"⁷. L'obbligazione retributiva, costituendo uno dei termini dello scambio, rende dunque il contratto di lavoro subordinato per sua natura oneroso. Tale carattere, difatti, si presume fino a prova contraria, vale a dire fino a che non sia raggiunta la prova della gratuità della prestazione lavorativa.

⁵ A. Di Majo, *op. cit.*, 404 ss. Opportuno, per valutare la descritta peculiarità, è la verifica del modello teorico dell'obbligazione pecuniaria di diritto comune in relazione alla sua struttura normativa, in base ad un rapporto di riferimento e/o di connessione. Da tale rapporto risulta che l'obbligazione pecuniaria si differenzia da quelle aventi ad oggetto beni e/o utilità per il fatto che essa assume la forma di "mezzo di pagamento", consentendo un differimento, anche minimo, tra il tempo del contratto e quello del pagamento. L'obbligazione retributiva partecipa del modello di obbligazione contrattuale riguardo alla sua qualificazione quale "prezzo del lavoro" e, quindi, quale obbligazione di natura negoziale. Tale qualificazione, però, trova il suo limite nella visione finalistica progressivamente riconosciuta alla retribuzione, che implica l'inevitabile distacco dalla forma tipica dell'obbligazione retributiva.

⁶ A. De Felice, *op. cit.*, 387; M. Dell'Olio, *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, ADL, 1995, 1 ss.; G. Perone, *op. cit.*, 46 ss.; G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, I, Milano, 1977.

⁷ T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 45. "... Nel contratto di lavoro oneroso la prestazione subordinata è svolta come mezzo di scambio, per ottenere il sostentamento o comunque in vista di un corrispettivo. Si realizza così la naturale funzione del lavoro e la situazione tipica in cui si attua nel sistema economico la utilizzazione delle energie produttive umane. Nell'ipotesi invece in cui il lavoratore accetti di prestare la propria opera alle dipendenze altrui senza contropartite, a titolo di liberalità, l'attività subordinata non si configura come strumento per attuare uno scambio di utilità reciproche tra i contraenti, ma serve per la soddisfazione di scopi altruistici o, comunque, di interessi non esprimendosi in controprestazioni obbligatorie".

Tuttavia, il lavoro gratuito non costituisce una fattispecie illecita, ma piuttosto una fattispecie lecita anche se innominata, in cui l'elemento della gratuità entra a far parte della causa del contratto perché teso alla "...soddisfazione di scopi altruistici o, comunque, di interessi non esprimendosi in controprestazioni obbligatorie"⁸. Esso, pertanto, è legittimo ove persegua interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Quanto alle ipotesi più frequenti di lavoro gratuito, si precisa che la meritevolezza dell'interesse è senz'altro ravvisabile nei casi di prestazione di fatto resa gratuitamente in ragione di particolari vincoli affettivi, solidaristici o ideologici⁹. Peculiare è, poi, la funzione della gratuità che si esprime nel collegamento a finalità formative, come negli ultimi anni nei rapporti di *stage*¹⁰.

In tale ultima fattispecie, il particolare oggetto dello scambio, ovvero messa a disposizione *vs.* istruzione professionale, è suscettibile di estendere il campo della gratuità/semi-gratuità fino a ricomprendervi una nuova e vasta area. La scel-

⁸ T. Treu, *op. cit.*, 45 ss.

⁹ A. De Felice, *op. cit.*, 391 ss. Tra le ipotesi "tipiche" di lavoro gratuito va annoverato quello che si realizza nel contesto familiare in ragione del vincolo affettivo che lega i suoi componenti, salva l'applicazione dell'art. 230 *bis* c.c., in tema di impresa familiare. Va, inoltre, considerato il lavoro volontario reso personalmente e spontaneamente dagli aderenti in favore di organizzazioni di solidarietà e promozione sociale (l.n. 266/1991), che prevede il riconoscimento ai lavoratori di un mero rimborso spese, oltre alla copertura assicurativa contro gli infortuni per la responsabilità civile contro terzi. Anche al di fuori delle associazioni di volontariato è possibile prestare attività di lavoro volontario (ad esempio in associazioni benefiche o di tendenza come partiti e sindacati). Attività di lavoro gratuito possono altresì essere svolte nelle cooperative sociali, dove la solidarietà è rivolta ai membri stessi della cooperativa colpiti da svantaggio (l.n. 381/1991 e l.n. 52/1996), con il limite del 50% dei soci volontari ammesso dalla legge e con la previsione, per gli stessi, di un rimborso spese e dell'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. Le attività di cooperazione con i Paesi in via di sviluppo, che le leggi n. 38/1979 e n. 49/1987 originariamente qualificavano come lavoro autonomo a titolo oneroso, sono ora, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 211/1996, qualificate quali attività di lavoro subordinato atipico a causa mista, per il combinarsi di gratuità ed onerosità. Si presume, poi, la gratuità del lavoro svolto nelle comunità religiose, anche quando non connesse al lavoro religioso (insegnamento, pulizia dei locali, assistenza agli infermi), a meno che non siano erogate a favore di enti esterni e manchi un rigoroso nesso causale tra queste e la finalità religiosa dell'ente. Per i ministri di culto la gratuità del ministero è elemento naturale dell'attività non contraddetto dalla presenza di erogazioni liberali dei fedeli e/o della chiesa per il loro sostentamento. Non è esclusa la possibilità per questi ultimi di svolgere attività secolare retribuita presso terzi. L'art. 74 del D.lgs. n. 276/2003 prende in considerazione il fenomeno delle prestazioni rese in agricoltura "...da parenti e affini fino al terzo grado, in modo meramente occasionale o ricorrente di breve periodo, a titolo di aiuto, mutuo aiuto, obbligazione morale senza corresponsione di compensi, salvo le spese di mantenimento e di esecuzione dei lavori", che non danno luogo in ogni caso ad un rapporto di lavoro autonomo o subordinato ma che risultano, comunque, meritevoli di considerazione da parte dell'ordinamento.

¹⁰ Gli *stages* sono finalizzati a consentire una conoscenza preventiva del mondo del lavoro per poter successivamente operare una scelta. Promossi da università, enti di formazione, scuole, agenzie per l'impiego e soggetti ad apposite convenzioni con datori di lavoro pubblici o privati, sono disciplinati dalla l.n. 196/1997 e dal d.m. n. 142/1998. Il successo inatteso di tale strumento risiede principalmente nelle sue potenziali capacità formative ed istruttive, consentendo in astratto di ottimizzare un periodo, quello successivo al conseguimento della laurea, altrimenti dedicato esclusivamente alla ricerca di una collocazione sul mercato del lavoro, attività, com'è noto, dotata di efficacia formativa minima, soprattutto nei luoghi in cui ha serie possibilità di rimanere frustrata. L'altra faccia della medaglia è senz'altro il pericolo che la gratuità che caratterizza tale tipologia comporti un prezzo sociale troppo alto, vale a dire la crescita del senso di sradicamento nei giovani, che va ad alimentare la scissione tra le loro prospettive ed il contesto in cui essi vanno a collocarsi.

ta di unire la gratuità della prestazione al vantaggio dell'attivazione di un percorso di formazione sottende il preciso intento di politica economica ed occupazionale di ottimizzare un periodo ed un segmento di forza lavoro altrimenti verosimilmente destinati a rimanere improduttivi sul mercato.

Desta dubbi, tuttavia, il fatto che la vicinanza con analoghe fattispecie soggette al progressivo arginamento della gratuità (tirocinio, apprendistato) e la circostanza che, sul piano materiale, la prestazione dello stagista costituisca attività lavorativa produttiva di immediata utilità per il datore, non siano in grado di indirizzare la presunzione di gratuità dello *stage*¹¹ verso modalità più consone a valorizzare la persona del lavoratore. In altri termini, non va sottovalutato il timore che tale tipologia possa nascondere un uso distorto sia della prestazione svolta sia del beneficio della gratuità, incarnando un ulteriore esempio di cattivo impiego della flessibilità che sfocia nel precariato e nello sfruttamento del prestatore.

3. *La funzione sociale della retribuzione costituzionale.*

L'art. 36 Cost. si colloca a completamento del sistema di principi cui si conforma l'istituto retributivo. Si tratta di norma dotata di innegabile vitalità, tanto da assurgere, nell'opinione di taluni giuristi¹², ad elemento cardine dell'intero diritto del lavoro, per aver prodotto la compiuta alterazione del tipo civilistico di riferimento del contratto di lavoro.

Condivisibili o meno che siano i toni enfatici, è indubbio che la norma ha confermato una volta per tutte, considerata l'autorevolezza della fonte, la peculiarità del contratto di lavoro rispetto agli altri contratti di scambio, assegnando al nesso contrattuale funzioni autonome non riscontrabili nei restanti sinallagmi di derivazione civilistica.

Tanto ha fatto enucleando e conferendo dignità costituzionale alle due funzioni fondamentali attribuite all'obbligazione retributiva, vale a dire quella di compensare in maniera adeguata il lavoro - considerando non soltanto la durata della prestazione ma anche l'intensità dell'impegno ed la qualità del lavoro svolto - e quella "sociale", finalizzata alla tutela delle esigenze soggettive del lavoratore e della sua famiglia.

Il presupposto dell'assunto fatto proprio dal Costituente è da ricercare in due considerazioni preliminari. Da un lato, si giunge alla presa di coscienza che nel contratto l'oggetto dello scambio coinvolge la stessa persona del lavoratore (o meglio le sue energie lavorative). In tal senso la retribuzione costituisce la misura della messa a disposizione della persona¹³, bene immateriale suscettibile di valutazione economica.

Dall'altro lato e quale conseguenza immediata della prima, matura la consapevolezza che la retribuzione assume per il lavoratore una valenza esistenziale, costituendo allo stesso tempo principale risorsa vitale per il lavoratore e la sua famiglia e forma privilegiata di espressione e sviluppo della sua personalità¹⁴.

¹¹ A. De Felice, *op. cit.*, 393 ss.; Z. Baumann, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002; Id., *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.

¹² F. Pergolesi, *Introduzione al diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, I, 232.

¹³ A. De Felice, *op. cit.*, 388 ss.

¹⁴ G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, cit., 51 ss.; E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1996, 302; U. Carabelli, R. Romei, *voce Garanzie dei crediti di lavoro*, in *Digesto disc. Priv., sez. comm.*, vol. VI, Torino, 1991, 384 ss.; F. Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, 1979, Napoli, 99 ss. e 114 ss.; U. Prosperetti, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1971, 17 ss.;

Questa consapevolezza rende oltremodo evidenti i limiti del tipo civilistico. Essa impone di adoperare, per la determinazione della retribuzione, un criterio di misura del tutto “eterogeneo”¹⁵ rispetto a quelli adoperati per determinare l’ammontare del corrispettivo nei contratti sinallagmatici, dove equivale solo a costo o prezzo della prestazione. Vi imprime, inoltre, quel dinamismo legato alla variabilità dei bisogni e delle aspettative del lavoratore, che non troverebbe realizzazione nella corrispettività rigida, espressione piuttosto “di una rigida economia individualistica e del diritto privato”¹⁶.

L’ingresso, per il tramite della norma costituzionale, delle esigenze soggettive del lavoratore e della sua famiglia nel rapporto sinallagmatico, comparabile per taluni¹⁷ ad una vera e propria “irruzione”, ha offerto l’occasione per un’analisi dottrinale e giurisprudenziale particolarmente fertile che, attraverso un percorso non sempre lineare, è giunta ad elaborare una nozione di retribuzione dotata di notevole capacità espansiva, tendenzialmente in grado di includere tutti gli emolumenti erogati dal datore di lavoro in costanza di rapporto, benché in origine configurati con natura e funzioni diverse. Gli esiti del descritto percorso hanno senz’altro concorso al ripensamento del principio di corrispettività nel contratto di lavoro, anche se non sempre sono stati adeguatamente applicati, paventandosi il rischio di un eccessivo incremento dell’automatismo salariale e, per questa via, di quelle componenti retributive che assumono carattere differito o indiretto¹⁸.

A voler indagare le ragioni di un così fecondo contributo, la spinta va ravvisata prima di tutto nell’esigenza di chiarire il significato della norma costituzionale e di colmare le lacune di una definizione che oltre a fissare i principi della proporzionalità e della sufficienza non fornisce, per comprensibili motivi di opportunità, precisazioni ulteriori e, soprattutto, tace sulle modalità e sugli strumenti applicativi della nozione. Il fine dell’analisi interpretativa è dunque quello di individuare in concreto siffatte modalità e strumenti di attuazione¹⁹.

Inoltre, la rinuncia dell’ordinamento (per la difficoltà di affrontare la materia in sede legislativa) a dare attuazione al dettato dell’art. 36 Cost., comma 1, con una legislazione sui minimi salariali, ha di fatto investito tale apporto interpretativo di una chiara funzione creativa, i cui caratteri ed i cui limiti si tenterà qui di seguito di precisare.

3.1. *La qualificazione della retribuzione come diritto assoluto della persona.*

Il contributo della dottrina e della giurisprudenza in materia di retribuzione interessa due prevalenti profili.

Da una parte, esso si propone di determinare la natura (precettiva o programmatica) dell’art. 36 Cost. e, per il suo tramite, qualificare la retribuzione alla

M. Fragali, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 447 ss.; C. Smuraglia, *La persona del prestatore di lavoro*, Milano, 1967, 329 ss; L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol III, Milano, 1957, 133-134.

¹⁵ T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 345; M. Grandi, G. Pera, *Commento all’art. 36 Cost.*, in *Commentario*, Padova, 2005, 39.

¹⁶ G. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, DL, 1948, 278.

¹⁷ A. De Felice, *op. cit.*, 387 ss.

¹⁸ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 72 ss.

¹⁹ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 72 ss.

luce degli indicatori costituzionali di proporzionalità e sufficienza; dall'altra intende, mediante la concreta applicazione di siffatti indicatori, fissare materialmente il contenuto dell'obbligazione retributiva.

Controversa più nel dibattito dottrinale subito successivo all'entrata in vigore della Costituzione che in sede giurisprudenziale, la natura immediatamente precettiva della norma sulla retribuzione è oramai condivisa dalla maggioranza degli studiosi e dalla consolidata giurisprudenza. Essa è funzionale alla successiva evoluzione della riflessione giuridica in questa materia, dal momento che la precettività reca con sé il riconoscimento del diritto alla retribuzione quale diritto della persona, come tale assoluto, anteriore alla formazione del contratto e prevalente, quindi, sulla volontà stessa dei contraenti.

Non va sottaciuto, poi, che proprio da tale carattere si fa derivare l'inderogabilità della norma, con la conseguente nullità di ogni patto concluso in contrasto con quanto da essa previsto. A chiusura del sistema così delineato si pone l'equivalenza tra "nullità" ed "inesistenza" dell'accordo sulla retribuzione, che consente al giudice di decidere non solo nei casi in cui manchi del tutto una misura di retribuzione concordata ma anche ove l'accordo tra le parti vi sia ma contrasti col precetto costituzionale, spianando così la strada anche in questo caso al potere giudiziale di determinazione ai sensi dell'art. 2099 c.c.²⁰.

Il legame tra le due problematiche trova conferma nel fatto che la questione relativa alla qualificazione del diritto alla retribuzione come diritto assoluto si fa strada, durante gli anni '50 e '60, proprio presso gli interpreti favorevoli alla precettività. Essi si fanno latori della convinzione che alla completezza della norma costituzionale ed alla sua immediata applicazione consegua l'indisponibilità, l'inderogabilità e l'imprescrittibilità del diritto alla retribuzione, in quanto diritto assoluto della persona.

Tale orientamento²¹, poi in parte ridimensionato dalle posizioni più moderate inaugurate dalla giurisprudenza costituzionale²², sembra attestarsi invero sulla

²⁰ G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997, 5 ss.; M. Genghini (a cura di), *I rapporti economici nella Costituzione*, Vol. I, *Il lavoro e la previdenza*, Milano, 1989; L. Bonaretti, *La giusta retribuzione*, LPO, 1979, 1141 ss.; A. Buonajuto, V. Frallicciardi, *Il rapporto individuale di lavoro: svolgimento del rapporto*, in D. Napoletano (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale dopo lo statuto dei lavoratori e il nuovo processo del lavoro*, vol. III, Roma, 1977, 277-460; S. Mattone, *La retribuzione*, in D. Napoletano (a cura di), *Il diritto del lavoro nella elaborazione giurisprudenziale*, vol. XI, Roma, 1969, 101 ss.; S. Pugliatti, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, RGL, 1951, II, 1969; G. Vincenzi, *Precettività o non precettività dell'art. 36, I co. della Costituzione*, in *Dir. econ.*, 1960, 791 ss.; F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956, 78; S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, RGL, 1949-50, I, 190.

²¹ In giurisprudenza sulla natura precettiva dell'art. 36 Cost. si segnalano tra le prime pronunce: cass. 12 maggio 1951, n. 1184, MGL, 1951, 157, con nota di A. Sermonti, *Sulla inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, confermativa di A. L'Aquila 28 novembre 1950, DL, 1951, II, 447, con nota di M. Scorza, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*; in FI, 1951, I, 1241, con nota di M. Scorza, *L'art. 36 della Costituzione e la determinazione del salario minimo*; A. L'Aquila 24 ottobre 1950, in RGL, 1951, II, 5, con nota di R. Nicolò, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*; Cass 21 febbraio 1952, n. 461, in DL, 1952, II, 275, con nota di Lega, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*; in MGL, 1952, 128, con nota di A. Sermonti, *L'adeguatezza della retribuzione di fronte al contratto collettivo di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 della Costituzione*; in *Foro pad.*, 1952, I, 518, con nota di M. Pantaleoni, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune e retribuzione minima sufficiente*; in *Giur. cass.*, 1952, 3, 448, con nota di R. Scognamiglio, *Ancora sulla applicabilità immediata*

distinzione tra diritto alla retribuzione, che è diritto della persona e, come tale, indisponibile, imprescrittibile ed antecedente allo stesso contratto di lavoro, e diritto alle prestazioni derivanti dall'obbligazione retributiva (dovere giuridico del datore di lavoro), che va qualificato come irrinunciabile e, quindi, prescrivibile, perché di portata meno ampia rispetto al primo²³.

Pur con le precisate distinzioni, il riconoscimento del diritto alla retribuzione come diritto assoluto della persona assume un valore dirompente nel rapporto sinallagmatico, dal momento che equivale ad ammettere che tale diritto oltrepassi gli angusti confini del contratto di lavoro e dell'autonomia delle parti quale esclusiva fonte di regolazione dei reciproci diritti ed obblighi, per dar vita ad una posizione soggettiva preesistente al singolo rapporto e, per questo, suscettibile di applicazione a tutti i rapporti di lavoro subordinato, a prescindere dalla disciplina collettiva impiegata, dalla durata della singola prestazione, dalla unicità o pluralità ovvero dalla principalità o accessorietà dei rapporti. Ogni norma, sia essa legislativa o contrattuale, deve pertanto conformarsi a tale prescrizione, a pena della sua illegittimità²⁴.

Concludendo, non è secondario ricordare che, per giungere a siffatta definizione, determinante sia stato l'apporto fornito dal dibattito sulla qualificazione della nozione di retribuzione sufficiente.

dell'art. 36 della Costituzione in tema di salario; in Arch. ric. giur., 1952, 627, con nota di N. Crisci, Sulla minima retribuzione sufficiente. Nel merito si vedano anche: T. Genova 3 novembre 1950, T. Genova 7 novembre 1950, entrambe in RGL, 1951, II, 169, con nota di S. Pugliatti, Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori; in Tem. gen., 1951, 373, con osservazioni di S. Visconti Prasca, Sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori.

²² Corte Cost. 10 giugno 1966, n. 63, RGL, 1966, II, 369, in cui la Corte è investita della questione di legittimità costituzionale delle norme codicistiche disciplinanti la prescrizione estintiva del diritto del lavoratore alle indennità di fine rapporto e alla retribuzione e la prescrizione presuntiva delle retribuzioni periodiche (artt. 2948, n. 4; 2955, n. 2; 2956, n.1). A commento della sentenza: S. Lembo, *Garanzia del minimo retributivo e disciplina della prescrizione*, RDL, 1966, II, 549; G. Pera, *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, FI, 1966, I, 1652; C. Stanzani, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in Riv. Trim. dir. proc. civ., 1967, 1109. In giurisprudenza, già Cass. S.U. 18 luglio 1961, n. 1745, MGL, con nota di W. Cesarini Sforza, *L'art. 36 della Costituzione e i poteri del giudice*, 413, sostiene l'irrinunciabilità del diritto sancito nell'art. 36 e la completezza della norma, che pertanto non contiene alcuna riserva di ulteriori precisazioni circa la sua attuabilità. In successive pronunce la Corte Costituzionale ha rivisto il proprio orientamento affermando che la prescrizione del diritto alla retribuzione decorre eccezionalmente tutte le volte che il rapporto di lavoro sia caratterizzato da stabilità reale. In particolare si ricordano: C. Cost. 20 novembre 1969, n. 143, FI, 1969, I, 3017; 29 aprile 1971, n. 86, RGL, 1971, II, 3, con nota di L. Bigliuzzi Geri, *A proposito della legittimità costituzionale dell'art. 2946 cod. civ. con riferimento a diritti nascenti dal rapporto di lavoro subordinato*; 21 maggio 1975, n. 125; GC, 1975, 1250.

²³ Tale distinzione sembra richiamare la distinzione, ad opera di una parte della dottrina, tra obbligazione retributiva e prestazione retributiva, per cui la prima consisterebbe nel comportamento che il debitore deve tenere e che il creditore può pretendere anche in via di esecuzione coattiva in caso di inadempimento; la seconda consiste nel pagamento della somma di denaro o nella dazione dei beni di diversa natura che costituiscono la retribuzione. Si vedano sul punto: F. Guidotti, *La retribuzione*, cit., 21 ss.; L. Riva Sanseverino, *Il contratto individuale di lavoro*, in U. Borsi, F. Pergolesi, *Trattato di diritto del lavoro*, vol II, Padova, 1958, 80; F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1954, 160.

²⁴ G. Pera, *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, MGL, 1961, 420.

3.2. *Il difficile contemperamento tra proporzionalità e sufficienza nel contributo di dottrina e giurisprudenza.*

La problematica presa in esame si articola su due piani logicamente e giuridicamente successivi. Essa presuppone, in primo luogo, l'esatta qualificazione dei principi di proporzionalità e di sufficienza e, in secondo luogo, la considerazione della natura del rapporto tra questi intercorrente.

Se non pone dubbi in dottrina, sull'esempio della giurisprudenza costituzionale²⁵, la possibilità di "segmentare" l'art. 36 Cost. in due distinte obbligazioni retributive, una marcatamente corrispettiva, legata al rapporto di scambio tra datore e prestatore, l'altra caratterizzata in senso sociale, più dibattuta è stata l'affermazione della "coessenzialità" dei due principi ai fini della configurazione del diritto costituzionale alla retribuzione.

Questione quest'ultima non di poco conto laddove si consideri che, al di là delle argomentazioni teoriche, la giurisprudenza ordinaria ha nei fatti preso le distanze da siffatte conclusioni, identificando (come si dirà più ampiamente in seguito) la retribuzione costituzionale con quella fissata dalle tariffe sindacali in sede di contrattazione collettiva.

Alcuni autori²⁶ sostengono sul punto la completa separazione tra proporzionalità e sufficienza, pur sussistendo tra queste un'inevitabile correlazione. A fondamento dell'esistenza di due distinte ed autonome sfere di applicazione, tali autori pongono la diversità di valori cui i due principi si rapportano: nel caso della proporzionalità, il valore considerato sarebbe relativo (dato dalla quantità e qualità del lavoro prestato) ma costante (ovvero sempre presente pure nella sua variabilità in relazione alle caratteristiche dell'attività svolta); nell'altro caso, il valore di riferimento sarebbe assoluto (in funzione delle esigenze imprescindibili del lavoratore e della sua famiglia) ma eventuale (in quanto applicabile solo ove concretamente la retribuzione sia lo strumento di sopravvivenza del lavoratore)²⁷.

Siffatta distinzione reca con sé immancabilmente un giudizio di valore, che si concretizza nell'opinione che i due principi siano in rapporto di gerarchia, in base al quale dovrebbe essere garantita "in via principale, la retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro, e in via subordinata, la retribuzione sufficiente"²⁸.

La scindibilità della norma costituzionale che così viene a determinarsi rischia di produrre una nozione composita di retribuzione, in cui carattere primario

²⁵ M. Grandi, G. Pera, *Commento all'art. 36 Cost.*, cit, 38; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XI, Roma, 1989.

²⁶ S. Grasselli, *Pluralità di rapporti di lavoro e applicazione dell'art. 36 Cost.*, *MGL*, 1971, 61; R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1969, 130; A. Torrente, *I rapporti di lavoro, Parte generale*, Milano, 1966, 110; F. Comito, *Applicabilità dell'art. 36 Cost. ai rapporti di breve durata giornaliera*, *RGL*, 1965, II, 543; A. Aranguren, *A pari lavoro, impari retribuzione: considerazioni in tema di interpretazione dell'art. 36 della Costituzione*, nota a C. Cost. 4 maggio 1960, n. 30, *MGL*, 1960, 306; meno perentorio il giudizio di L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, 189, che ritiene i due principi contenuti nella norma costituzionale operanti su piani differenti e con finalità diverse.

²⁷ A. Gentili, *Proporzionalità della retribuzione e "sfruttamento antisociale" del lavoratore*, in *GI*, 1972, I, 1, 1955; S. Grasselli, *Pluralità di rapporti di lavoro*, cit., 61.

²⁸ S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente*, cit., 192. Nello stesso senso R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978, 79 e 84, il quale afferma che il principio di sufficienza costituisce un limite da verificare in ultima istanza.

è assegnato alla proporzionalità intesa in chiave corrispettiva, in considerazione del fatto che gli indicatori di quantità e qualità del lavoro svolto si prestano maggiormente a fornire un criterio oggettivo di determinazione. Alla sufficienza, ritenuta troppo mutevole in rapporto al singolo lavoratore, al tempo e al luogo della prestazione, viene assegnato un ruolo puramente accessorio, se non è finanche assorbita del tutto dalla proporzionalità.

Riguardo alla descritta elaborazione, va puntualizzato che la stessa fornisce un'interpretazione della norma di cui all'art. 36 Cost. che ne altera il dato testuale incontrovertibile (secondo la dottrina preferibile e la giurisprudenza costituzionale), da cui risulta invece che proporzionalità e sufficienza, lungi dall'essere principi alternativi ovvero gerarchicamente ordinati, concorrono a definire la nozione costituzionale unitaria di retribuzione, quali presupposti complementari e strutturalmente connessi, differenziati solo dalla finalistica specificità di ambito operativo di ciascuno²⁹.

In tal senso la sufficienza introduce senz'altro un fattore di cambiamento. Per dirla con le parole di un noto autore³⁰ la retribuzione in virtù di tale mutamento “non è più considerata come termine di un rapporto di equivalenza o proporzionalità con la quantità-qualità di lavoro, ma in sé stessa, cioè nella sua strumentalità rispetto ad un fine, che è esclusivamente del lavoratore e non anche del datore di lavoro”.

La presa di coscienza di siffatto valore ha portato taluni autori³¹ ad enucleare all'interno dell'obbligazione retributiva una “obbligazione-sociale” e una “obbligazione-corrispettivo”, avendo riguardo alla funzione da realizzare.

La prima è “permeata dalla tutela di interessi che trascendono il piano dell'autonomia negoziale privata” e mira ad assicurare una “garanzia minimale di tipo universalistico” che prescinde dall'utilità del datore di lavoro; la seconda viene individuata “secondo un criterio residuale, per esclusione cioè rispetto alla retribuzione obbligazione sociale” ed è connessa con l'utilità datoriale.

Un differente indirizzo³² sembra invece riproporre la teoria sulla scindibilità invertendone i fattori e rimarcando la prevalenza della sufficienza. Si precisa al riguardo che esiste un rapporto antitetico tra proporzionalità e sufficienza, in base al quale la seconda andrebbe garantita in ogni caso, “indipendentemente dal fatto che sussista la corrispettività in senso oggettivo e l'equivalenza tra le prestazioni scambiate”.

Senza voler cadere nell'estremo opposto di ritenere la sufficienza un principio prevalente e, in un certo senso, il presupposto della proporzionalità, sembra

²⁹ I delatori della coesistenzialità del principio di proporzionalità e del principio di sufficienza sostengono, in particolare, la natura programmatica della norma di cui all'art. 36 Cost. e su tale presupposto negano l'attuabilità della retribuzione finalizzata all'esistenza libera e dignitosa.

³⁰ W. Cesarini Sforza, *L'art. 36 della Costituzione*, cit., 41-416.

³¹ L. Zoppoli, *L'art. 36 della costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. I, Napoli, 1994, 98 e 118; Id., *La retribuzione tra contratto, mercato e diritti sociali*, in *Spaz. impr.*, 1992, n. 24, 85-86; Id., *La corrispettività*, cit. 279 ss., 302 ss. e 345 ss.

³² S. Hernandez, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, *DL*, 1997, I, 160, secondo il quale la sufficienza funge da limite inferiore alla regola della proporzionalità poiché la contrattazione collettiva “ne raggiunge e ne supera ordinariamente la soglia”. Dello stesso autore, *Profili costituzionali*, intervento presentato all'incontro di studi della Confindustria su *Nuove forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali*, Roma 3 febbraio 1997, dattiloscritto.

condivisibile riconoscere la compresenza di una pluralità di funzioni nell'unica nozione di retribuzione.

In base a tale ricostruzione, alla sufficienza spetta incarnare la funzione "promozionale", per cui la retribuzione va intesa quale risorsa vitale per soddisfare i bisogni e le aspettative individuali, al di là della logica della stretta corrispettività che imporrebbe di tener conto, per la quantificazione del compenso, unicamente delle obbligazioni assunte.

Discussa in dottrina è, tuttavia, l'identificazione dei limiti esatti di tale funzione, ritenendosi da taluni che essa coincida con il sostentamento, vale a dire la garanzia del minimo vitale mentre, da parte di altri, che tale soglia sia più elevata, annoverando quanto è necessario ad assicurare un'esistenza dignitosa.

Al riguardo va puntualizzato che non pare esatto identificare la retribuzione sufficiente con il minimo vitale o la sussistenza, atteso che la descritta funzione sociale è da porsi in stretta correlazione con l'art. 2 Cost.

Tale norma conferma la centralità della persona umana come motivo ispiratore dell'intero sistema costituzionale, da realizzarsi tramite il riconoscimento alla persona di diritti inviolabili e l'attribuzione allo Stato del compito di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono lo sviluppo. Essa, al contempo, nel riconoscere al soggetto una serie di diritti rientranti in un'elencazione "aperta" e non esaustiva, pone la dignità come valore prioritario ed indefettibile della persona, da cui far scaturire la titolarità di tutti i diritti in parola.

Orbene, il riferimento dell'art. 36 Cost. alla garanzia dell'esistenza libera e dignitosa per il lavoratore e per la sua famiglia colloca a pieno titolo la retribuzione (e ovviamente, il lavoro) tra gli strumenti finalizzati a tutelare la dignità della persona e a favorirne la crescita.

La funzione promozionale, pertanto, deve esprimersi non solamente nell'assicurare l'esistenza e l'integrità della persona (mediante il sostentamento ed il soddisfacimento dei bisogni minimali) né unicamente nel consentire al lavoratore la reintegrazione delle energie spese nel lavoro e la loro riproduzione, ma principalmente nel garantire un'esistenza consona alla posizione che l'individuo riveste tanto nel contesto familiare quanto nella società, al fine di promuoverne lo sviluppo³³.

4. *Minimi contrattuali ed intervento dei giudici quali strumenti di attuazione del precetto costituzionale.*

La fortuna dell'interpretazione dell'art. 36, comma 1°, Cost. tributaria dell'apporto dei giudici è stata vista da molti - in prospettiva storica - come l'esito di una resa, vale a dire come la conclusione di un percorso che giunge a ritenere l'immediata operatività della norma e la conseguente attribuzione ai giudici del potere di concretizzare gli indicatori in essa rappresentati, come "l'unica via praticabile"³⁴. Ciò per assicurare ai lavoratori una protezione salariale minima di fronte alla carenza di altri strumenti più appropriati allo scopo: la stipulazione dei con-

³³ La sufficienza, dunque, non funge da criterio sussidiario o da correttivo della proporzionalità, ma riveste un valore pari a quella e va assicurata sempre e comunque. Sulla retribuzione sufficiente si vedano: G. Pera, *La giusta retribuzione*, cit., 109; Lega, *Il salario minimo*, cit., 283; M. Grandi, *Sulla provvisoria esecuzione della sentenza in tema di retribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, 736; F. Guidotti, *La retribuzione*, cit., 71.

³⁴ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 79.

tratti collettivi *erga omnes* di cui all'art. 39 Cost., rimasto inattuato, e l'intervento della legislazione a garanzia dei minimi salariali, ad oggi ancora rimandato³⁵.

Siffatta assenza ha legittimato il ricorso alle tariffe contenute nei contratti collettivi di diritto comune, quali parametri di determinazione della retribuzione contrattuale, riconoscendo per tale via all'autonomia collettiva la prerogativa esclusiva della regolazione dei contenuti e della struttura della retribuzione.

Va precisato che un'operazione di tale genere, avallata dalla giurisprudenza ordinaria, ha indotto invero un'equazione di equivalenza tra retribuzione costituzionale e retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva, vale a dire la retribuzione cd. di qualifica (collegata al livello di inquadramento e alla durata della prestazione), che a dire il vero tende piuttosto ad adattarsi a quella obbligazione che l'art. 36 Cost. vuole proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Non può negarsi che la scelta di ricorrere ai minimi sindacali equivalga in un certo senso ad attenuare ovvero a comprimere il principio della sufficienza della retribuzione. I minimi retributivi contrattuali, difatti, hanno tendenzialmente una portata generale, essendo suscettibili di estendersi alla generalità dei prestatori rientranti nella sfera di applicazione del contratto collettivo. Essi, dunque, riflettono l'utilizzo di criteri, per quanto è possibile, obiettivi e costanti che difficilmente sarebbero idonei a soddisfare le esigenze dell'esistenza libera e dignitosa che, contraddistinte da una chiara natura individuale, necessitano di valutazioni soggettive e variabili da individuo a individuo³⁶.

L'opzione prescelta dai giudici, invero, non è priva di pregio sotto certi aspetti purché la si consideri alla stregua di criterio orientativo e tendenziale di determinazione della retribuzione e non quale criterio ermeneutico della nozione costituzionale³⁷. Entro tali limiti, infatti, essa risponde ad un'esigenza di opportunità sociale, fornendo al giudice un parametro di riferimento stabile, fondato sul consenso delle rappresentanze collettive dei datori di lavoro e dei lavoratori.

D'altra parte, va anche riconosciuto che siffatta operazione ha condotto troppo spesso ad attribuire ai minimi contrattuali un carattere di preminenza solo

³⁵ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 75 ss. Secondo questo Autore, pur mancando una espressa subordinazione dell'art. 36, comma I, Cost. all'art. 39 Cost., nella pratica è nella contrattazione *erga omnes* che esso troverebbe la sua migliore attuazione, risolvendosi storicamente proprio nel pieno sviluppo dell'organizzazione sindacale e del sistema contrattuale previsto da quest'ultima norma.

³⁶ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 83; Pace, *Rilievi sulla determinazione giudiziale della retribuzione sufficiente*, in GC, 1961, 278; G. Pera, *La determinazione della retribuzione*, cit., 422.

³⁷ Cass 25 febbraio 1994, n. 1903, *FI*, 1994, I, 3079; *RGL*, 1994, II, 408; *DL*, 1994, II, 146; *RIDL*, 1995, II, 101; *ADL*, 1995, 360; 5 aprile 1990, n. 2835, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1990, n. 1053; 25 luglio 1986, n.4787, *ivi*, 1986, n. 1226; 10 giugno 1986, n. 3840, *ivi*, 1986, n. 1229; 9 marzo 1985, n. 1934, *ivi*, 1985, n. 1254; 26 gennaio 1984, n. 622, in *Riv. not.*, 1984, 925; 28 ottobre 1983, n. 6403, in *Rep. Foro it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1983, 1497; 3 aprile 1982, n. 2049, *RIDL*, 1983, II, 60; 19 febbraio 1982, n. 1066, *MGL*, 1982, 319; 27 giugno 1981, n. 4178, *NGL*, 1981, 465; 5 dicembre 1979, n. 5719, *GI*, 1980, I, 1, 847; 24 aprile 1969, n. 1843, in *Giust. civ.*, 1970, I, 146; 27 giugno 1968, n. 2198, *RDL*, 1969, II, 375; 12 febbraio 1962, n. 308, *ivi*, 1962, II, 386; 5 settembre 1962, n. 2750; *ivi*, 1964, II, 78. Nel merito: Pret. Vallo della Lucania, 16 ottobre 1987, *LPO*, 1988, 863; Pret. Catania, 31 maggio 1986, *DPL*, 1986, 2603; Pret. Legnano, 3 aprile 1982, *OGI*, 1982, 704; T. Lodi, 27 giugno 1980, *ivi*, 1980, 759; A. 2 aprile 1954, in *Giur. tosc.*, 1955, 436, con nota di Secreti, *Sulla precettività dell'art. 36 della Costituzione*; A. Firenze, 19 luglio 1952, *MGL*, 1953, 65, con nota avversa di A. Massart, *l'art. 36 della Costituzione è principio programmatico e non norma precettiva*; A. L'Aquila, 24 ottobre 1950, *RGL*, 1951, II, 1; T. Genova, 3 novembre 1950 e 7 novembre 1950, *ivi*, 1951, II, 169.

indirettamente legittimato, adoperandoli nei fatti quali unici punti di riferimento per quantificare il compenso spettante al lavoratore. Per tale via, è stato avallato in capo ai giudici un potere d'intervento di ampiezza considerevole.

Il limite si siffatta configurazione risiede nella considerazione che non è possibile ravvisare una perfetta identità tra fonte collettiva e precetto costituzionale.

I contratti collettivi, difatti, provvedono a fissare tramite le tariffe unicamente il rapporto proporzionale "minimo" tra prestazione lavorativa e controprestazione retributiva.

In virtù della descritta operazione, invece, tale rapporto finisce per costituire anche il limite "massimo" per la determinazione del corrispettivo in sede giudiziale, rinunciando a quella parte del precetto costituzionale (riconducibile al principio della sufficienza) che per la sua valenza individuale non può essere stabilita dalla contrattazione. La retribuzione sufficiente, in effetti, non s'identifica coi minimi contrattuali, ma si colloca per sua natura oltre la soglia delimitata da questi ultimi, in quanto è funzionale alla garanzia di un'esistenza libera e dignitosa per il lavoratore e, di conseguenza, è latrice di fattori soggettivi dotati di elevato dinamismo e variabilità.

Lo strumento normativo prescelto dai giudici per legittimare il descritto potere d'intervento e rendere, in tal modo, "giustiziabile" il precetto costituzionale è l'art. 2099 c.c., norma destinata ad un sicuro declino in corrispondenza della caduta dell'ordinamento corporativo e, tuttavia, recuperata a nuova vita grazie all'uso fattone dalla giurisprudenza³⁸.

La disposizione in parola da una parte ha ricevuto dall'art. 36 Cost. nuova linfa, dall'altra ha consentito di rendere effettiva la tutela che quest'ultimo riconosce al lavoratore.

In particolare, la natura precettiva e l'imperatività della norma costituzionale hanno permesso di suffragare il potere del giudice di determinare la congruità della retribuzione non solo nei casi in cui manchi qualsiasi accordo in materia retributiva, ma anche ove tale patto già vi sia. In quest'ottica s'inserisce l'estensione di tale potere alle ipotesi in cui il lavoratore o il datore di lavoro non siano iscritti al sindacato stipulante il contratto collettivo, ovvero ancora ai casi in cui manchi l'esplicita richiesta del lavoratore di determinare la misura della retribuzione adeguandola al precetto costituzionale, nonché, infine, alle ipotesi nelle quali l'organo giudicante intenda discostarsi dalle tariffe fissate dalla contrattazione collettiva³⁹, in quanto ritenute meramente tendenziali.

³⁸ G. Perone, *voce Retribuzione*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 56, il quale sottolinea che tale norma, in raccordo con l'art. 36, diviene strumento idoneo a sanzionare la generale tutela di una retribuzione minima sufficiente, pur in un contesto caratterizzato dalla mancanza di strumenti legali e contrattuali deputati al raggiungimento dello scopo. Si vedano pure: G. Ricci, *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse: la visione "socialmente avanzata" della Cassazione*, LD, 1995, 526; M. Dell'Olio, *La retribuzione*, in *Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno*, vol. XV, tomo I, Torino, 1986, 467, Del Giudice, *Retribuzione, salario previdenziale e familiare*, cit., 951, che ritiene l'art. 2099 c.c. una norma strettamente legata, sotto il profilo tecnico e strutturale, con l'ordinamento corporativo e che, tuttavia, è stata salvata dal naufragio.

³⁹ G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, cit., 37 ss. Malgrado in giurisprudenza (A. Milano, 26 giugno 1951, in *Foro pad.*, 1951, I, 1006, con nota contraria di G. Giugni, *Nullità dell'accordo tra datore e prestatore di lavoro per una retribuzione inadeguata alle mansioni esplicate*; T. Parma 3 novembre 1951, T. Parma 3 giugno 1952, entrambe in DL, 1952, II, rispettivamente 277 e 280,

Non vanno sottaciuti, tuttavia, i limiti non secondari dell'intervento giudiziale. L'origine individuale dell'azione per far valere in giudizio il diritto alla retribuzione sufficiente e l'ambito (analogamente circoscritto) del relativo giudicato riescono a garantire una tutela senz'altro più circoscritta di quella che sia la legislazione sui minimi sia la contrattazione *erga omnes*, ove attuati, sarebbero in grado di conseguire⁴⁰.

5. *L'onnicomprendività della retribuzione e l'aspirazione verso una nozione unitaria.*

Intrecciata in varia misura col tema della corrispettività è la tesi dell'onnicomprendività della retribuzione. Siffatta idea, avallata per un certo tempo anche in ambito dottrinale e giurisprudenziale, sostiene la *reductio ad unum* degli elementi retributivi corrisposti dal datore di lavoro nel corso del rapporto, annoverandoli nella base di calcolo per la quantificazione degli istituti retributivi differiti.

A voler individuare un filo conduttore nella pluralità, talora disomogenea, delle ragioni che i sostenitori di tale teorizzazione pongono alla base delle loro riflessioni, è opportuno rilevare che il principio dell'onnicomprendività presuppone la considerazione che la retribuzione è caratterizzata da una struttura fortemente composita, da ritenersi non solo quale conseguenza della eterogeneità delle fonti che la disciplinano (di origine legale e contrattuale), ma prima di tutto quale effetto intrinseco della funzione che progressivamente essa ha assunto.

La retribuzione, infatti, essendo correlata alla prestazione di energie psico-fisiche durante tutta la durata del rapporto di lavoro, viene regolamentata in maniera articolata in relazione alle modalità della prestazione ed alle esigenze del lavoratore. Da ciò scaturisce, ad esempio, la classificazione dei singoli elementi retributivi a seconda che siano o meno frutto di automatismi, oppure siano corrisposti in maniera diretta o differita.

Il principio di onnicomprendività della retribuzione, affermatosi a partire dagli anni '50, costituisce dunque - sul piano storico - la reazione (ritenuta per certi versi necessaria dalla giurisprudenza) al fenomeno della "polverizzazione" degli elementi retributivi in una varietà di voci mobili e variamente occasionali. Tale fenomeno, dapprima incentivato dall'iniziativa imprenditoriale (allo scopo di

con nota di Lega, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*) e in dottrina (M. Scorza, *Il diritto al salario minimo*, cit., 447; G. Petraccone, *Su alcuni problemi fondamentali dell'art. 36 della Costituzione*, in *RDL*, 1963, I, 99) si è stato dedotto che l'accordo delle parti (al limite anche presunto dall'accettazione della retribuzione per molti anni da parte del lavoratore senza obiezioni), la dottrina favorevole all'uso innovativo dell'art. 2099 c.c. ha avuto modo di evidenziare che all'interno del rapporto il lavoratore si trova in una situazione strutturale di subalternità e di soggezione che causa un disequilibrio nel contratto. Pertanto, la percezione della retribuzione da parte sua vale esclusivamente come certezza giuridica che la retribuzione sia stata corrisposta, non certo a dimostrare che su di essa vi sia accordo o che quel compenso sia stato oggetto di accettazione. In generale, inoltre, la natura precettiva e, quindi, inderogabile dell'art. 36 Cost. condiziona inevitabilmente l'autonomia dei contraenti che non possono discostarsi dal dettato costituzionale. Sempre l'imperatività dell'art. 36 Cost. ha consentito di affermare inoltre che la portata del richiamo alle tariffe non può essere circoscritta ai lavoratori e ai datori iscritti alle associazioni sindacali stipulanti i ccnl usati quale parametro di determinazione, atteso che ciò comporterebbe la limitazione dell'operatività della norma mentre l'art. 36 si rivolge ai lavoratori in quanto tali e non in quanto sindacalizzati. Infine, va rilevato che

⁴⁰ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 81 ss.

mantenere il controllo sul lavoratore attraverso erogazioni salariali non contrattate e spesso qualificate come indennità o liberalità), si è poi consolidato grazie alla contrattazione collettiva come espressione di una precisa logica compromissoria che ha visto nella previsione di una pluralità di voci diverse uno strumento per meglio consentire il contemperamento di contrapposti interessi.

Rispetto al descritto fenomeno di polverizzazione, l'onnicomprensività si pone in un primo tempo come tentativo di qualificazione e di stabilizzazione degli elementi aggiuntivi della retribuzione, giungendo ben presto a perseguire la nota aspirazione a divenire principio generale inderogabile dell'ordinamento che ha indotto taluni studiosi a parlare di funzione "creativa" dello stesso. Tale velleità ne ha, al contempo, decretato di lì a poco il radicale ridimensionamento ad opera delle pronunce dei giudici di legittimità.

5.1. *I caratteri tipici per la qualificazione della natura retributiva degli emolumenti corrisposti.*

L'impulso, sotteso a siffatto principio, di qualificare come retributivi i compensi erogati al prestatore avendo riguardo essenzialmente alla posizione strutturale di ciascuno di essi all'interno del rapporto di lavoro, rimanda indubbiamente al concetto di corrispettività inteso come nesso causale che racchiude i profili obbligatori delle erogazioni effettuate.

Tale riconducibilità assume in siffatto contesto, a dire il vero, una valenza peculiare. In altri termini, la corrispettività viene invocata come uno degli strumenti (accanto alla continuità, alla determinatezza o determinabilità) idonei a consentire ai giudici di identificare la natura retributiva di un emolumento. Siffatto concetto, dunque, si sposta dal tradizionale piano della "causa" del contratto a quello della composizione della retribuzione, dando luogo ad una sovrapposizione non sempre chiara tra profili qualificatori e quantificatori.

Sotto altro aspetto, viene avviato un processo di "omogeneizzazione" che determina la dilatazione degli elementi costitutivi della base di calcolo dei diversi istituti retributivi.

Ne deriva l'ampliamento dell'usuale campo di applicazione della corrispettività e la formulazione di una nozione di retribuzione che va oltre la mera equivalenza col valore economico della prestazione ed è intesa piuttosto come equivalenza economica in senso assoluto. Tale equivalenza, comprensiva degli emolumenti che tendono ad assicurare la retribuzione sufficiente (ivi compresi quelli erogati in assenza di prestazione), può essere considerata come un modo di conformarsi alla nozione di derivazione costituzionale⁴¹.

5.2. *L'onnicomprensività da principio generale a regola tendenziale. Gli effetti distorsivi.*

L'elaborazione giurisprudenziale ha tentato di individuare il principio unificatore delle molteplici voci retributive nel ritenere che l'ammontare degli istituti differiti dovesse essere determinato utilizzando come base di computo l'insieme delle erogazioni corrisposte dal datore al lavoratore in dipendenza del rapporto.

A tale scopo ha ritenuto che dal riferimento alla "retribuzione globale di fatto" contenuto nell'art. 2121 c.c., regolante la determinazione dell'indennità di

⁴¹ S. Hernandez, *Indagine critica sulla nozione di retribuzione elaborata dalla giurisprudenza*, in RDL, 1963, 154; T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 110; L. Zoppoli, *La corrispettività*, cit.

anzianità, fosse possibile ricavare un principio a carattere generale da utilizzare per la quantificazione degli istituti retributivi nei casi di incertezza riconducibile al silenzio del legislatore ovvero all'esclusione da parte dell'autonomia contrattuale di talune voci dal computo del trattamento economico.

In particolare, il carattere retributivo o meno di un emolumento è stato identificato di volta in volta, con procedimento invertito, avendo riguardo alla intrinseca struttura di quello, ovvero alla presenza (accanto ai consueti requisiti della obbligatorietà, della determinatezza e determinabilità) anche di una "continuità" nell'erogazione.

Conseguenza diretta di siffatta qualificazione è stata la comminazione della nullità ad ogni clausola collettiva difforme e la sua sostituzione con le norme imperative violate.

Tra gli anni '70 e '80 la tesi dell'onnicomprendività subisce una battuta d'arresto ad opera dei giudici di legittimità. Dopo alcune sentenze che anticipano l'orientamento della Suprema Corte⁴², nel 1984 le S.U. con una serie di pronunce⁴³ (ventiquattro) pervengono alla compiuta negazione del principio di onnicomprensività. "La favoleggiata retribuzione unitaria non esiste"⁴⁴ perché "laddove una norma di legge non imponga, ai fini dell'istituto da essa regolato, di calcolare tutti gli elementi della retribuzione ... e invece rinvii, puramente e semplicemente alla nozione di retribuzione, questa deve essere intesa nella misura e negli elementi già determinati dall'autonomia collettiva o, in difetto, da quella individuale o, in stretta ipotesi, dal giudice (art. 2099 c.c.)"⁴⁵.

Le conclusioni cui giunge la Corte di cassazione (alle quali la giurisprudenza successiva si è conformata in maniera pressoché costante) consentono di restituire all'autonomia delle parti la definizione della misura, delle modalità e dei termini di erogazione degli elementi retributivi di origine contrattuale, entro i limiti della retribuzione proporzionata e sufficiente. Il principio di onnicomprensività viene degradato al ruolo di "tendenziale regola di giudizio in funzione suppletiva ove manchino disposizioni legali o contrattuali", in considerazione del fatto che la disciplina (invocata in un primo momento) dall'art. 2121 c.c. viene opportunamente ritenuta non suscettibile di applicazione generalizzata. Il contenuto di questa, invero, va circoscritto alla situazione particolare ivi dedotta, vale a dire la determinazione dell'indennità da corrispondere al momento della cessazione del rapporto di lavoro⁴⁶.

⁴² Al riguardo va segnalata, in primo luogo, Cass. 11 ottobre 1979, n. 5312, con cui la Corte afferma che non sussiste nell'ordinamento lavoristico italiano una nozione specifica di "onnicomprendività", ma soltanto una tendenziale regola suppletiva; con S.U. 7 novembre 1981, n. 5887, si conduce apertamente all'autonomia delle parti in causa la definizione della natura giuridica degli elementi retributivi aventi fondamento nel contratto collettivo; con Cass. 25 maggio 1982, n. 3210, il principio di "onnicomprendività" viene totalmente negato, dovendosi accertare di volta in volta se gli emolumenti siano normali e permanenti (cioè connaturati alle specifiche mansioni), ovvero solo occasionalmente connessi con le modalità di svolgimento delle mansioni stesse.

⁴³ Cass. 13 febbraio 1984, nn. 1069-1085 e nn. 1087-1089; 4 aprile 1984, nn. 2182-2185, tutte in FI, 1984.

⁴⁴ Cass. 13 febbraio 1984, n. 1081, cit.

⁴⁵ Cass. 13 febbraio 1984, n. 1069, cit.

⁴⁶ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 398 ss.; F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 6-7.

Riguardo alle ragioni che sono alla base di siffatta radicale inversione di tendenza, esse vanno ravvisate nei molteplici effetti “distorsivi” consolidatisi in seguito all’affermarsi del principio di onnicomprensività della retribuzione.

Tra questi, senz’altro di immediata percezione è stata l’accelerazione dei fenomeni di automatismo salariale, a causa del distorto processo di ricalcolo e di reciproca interdipendenza degli elementi dinamici della retribuzione.

In altri termini, l’ampliamento della retribuzione, attraverso l’ingresso di elementi indiretti diversi dalla retribuzione di base, ha indotto un effetto moltiplicatore, in grado di produrre in maniera indiscriminata l’incremento della base di calcolo su cui viene effettuato il computo del trattamento economico.

Non è secondario ricordare, inoltre, che tale effetto è stato considerato il frutto dell’indebita sovrapposizione tra piano qualificatorio e piano quantificatorio della retribuzione.

A questo riguardo, parte della dottrina ha rimarcato il fatto che la giurisprudenza ha fornito una nozione di onnicomprensività per certi aspetti fuorviante, in quanto comprensiva sia della “onniretributività” (per cui retribuzione è tutto ciò che viene erogato dal datore di lavoro in dipendenza del rapporto), sia della “onnirilevanza” (per cui tutto ciò che è riconducibile alla nozione di retribuzione è anche rilevante e computabile ai fini del calcolo degli istituti retributivi). E ciò trascurando di rilevare che non esiste, in mancanza di un’apposita previsione di legge, alcuna identità tra i due piani di analisi, che vanno dunque tenuti distinti.

A ciò va aggiunto, poi, l’uso fuorviante da parte dei giudici dei criteri-indici della continuità, obbligatorietà, determinatezza e determinabilità.

Da un lato, infatti, emerge l’insufficienza di tali indici, in quanto non esaustivi; dall’altro, la preminenza accordata ad uno di essi, vale a dire al carattere della continuità rispetto a quello maggiormente legato al nesso causale, vale a dire il requisito dell’obbligatorietà-corrispettività, lo ha trasformato da criterio probatorio a criterio definitorio. In tal modo, tutti gli emolumenti vengono “appiattiti” nella retribuzione, essendo computati a prescindere dalla loro identità e dal fatto di avere causa nel rapporto di lavoro, bensì per il solo fatto di essere erogati con continuità⁴⁷.

Sul piano dei rapporti tra le fonti e di regolamentazione del sistema di relazioni sindacali, va rilevato che la teoria dell’onniceomprensività ha dato luogo all’indebita intrusione dei giudici in una materia ritenuta vitale per la contrattazione collettiva, limitando di fatto l’indiscussa prerogativa della fonte collettiva di regolazione dei contenuti e della struttura della retribuzione⁴⁸. La previsione dell’annullamento delle clausole contrattuali retributive difformi, in particolare, ha rappresentato principalmente la restrizione dell’autonomia contrattuale per mano dei giudici e delle risultanze ricavabili dalla circoscritta casistica giurisprudenziale⁴⁹, pur se in nome di un assunto principio “generale” (in realtà dimostratosi privo qualsiasi di riscontro normativo).

⁴⁷ G. Roma, *Le funzioni*, cit. 124 ss.; G. Zilio Grandi, *La retribuzione. Fonti Struttura Funzioni*, Napoli, 1996, 193 ss.; G. Perone, *voce Retribuzione*, cit., 76 ss.; L. Angiello, *La retribuzione*, in *Commentario c.c.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990; M. Dell’Olio, *La retribuzione*, cit., 467 ss.; M. Cinelli, *voce Retribuzione*, in NDI, App., VI, Torino, 1986, 665 ss.; F. Bianchi D’Urso, *Omniceomprensività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984.

⁴⁸ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 398 ss.

⁴⁹ G. Roma, *Le funzioni*, cit. 124 ss.

Collegate all'onnicomprendività (e unite dal comune esito) sono la tesi della irriducibilità-indisponibilità della retribuzione ed il principio di parità di trattamento, di cui si parlerà più ampiamente in seguito. Tale complesso di teorie, che ha avuto l'indubbio merito di conservare il valore dei redditi da lavoro in momenti particolari della storia del Paese, è stato, sotto altro profilo, d'ostacolo al consolidamento di un ragionevole rapporto di interdipendenza tra retribuzione e rendimento.

5.3. *La legislazione sui minimi. Spunti per un dibattito.*

Le sintetiche considerazioni or ora tracciate paiono suggerire che, malgrado l'affermarsi di una nozione di retribuzione, desumibile dall'art. 36 Cost., in chiave promozionale e sociale, sconosciuta all'originario concetto di matrice civilistica, la giurisprudenza e la dottrina non siano riuscite realmente ad elaborare un sistema capace di affrancarsi dal modello di retribuzione scambista.

Il parametro di riferimento costituito dai minimi contrattuali, rapportato alla quantità e qualità del lavoro prestato, sembra invero in grado di attuare solo in minima parte il dettato costituzionale, col rischio di frustrarne l'aspetto più innovativo.

In tale contesto è legittimo interrogarsi sulla attualità e sulla utilità di una legislazione sui minimi retributivi.

Sia che si ritenga, da parte di alcuni, positivo un intervento che possa finalmente attuare il criterio della sufficienza ed influire (sia pure in maniera indiretta) sul principio di proporzionalità⁵⁰; sia che si reputi, da parte di altri, che la legislazione sui minimi, riguardando la predisposizione di una tutela minima generalizzata, non assicurerebbe comunque il perseguimento delle finalità promozionali⁵¹ dell'art. 36 Cost., comune sembra essere - a conti fatti - la convinzione che un intervento di tal genere non potrebbe avere il carattere dell'eshaustività.

In altre parole, si ritiene che il Legislatore non potrebbe interferire col libero sviluppo della contrattazione collettiva, alla quale spetta fissare in via prioritaria la retribuzione, perché più adeguata a rapportarla alle molteplici e variabili realtà produttive ed a valorizzarne la natura composita.

Alla determinazione eteronoma dovrebbe spettare, invero, il compito di completare la contrattazione ovvero di supplire alla disciplina pattizia, tramite interventi di ampiezza diversa a seconda delle condizioni di sviluppo del sistema contrattuale (quali, ad esempio, una normativa legale sulle retribuzioni differenziate per qualifiche o per categorie, la riduzione dei differenziali tra i settori, la fissazione di indirizzi generali e di sostegno).

I mutamenti che interessano negli ultimi anni il mercato del lavoro, caratterizzati dalla tendenza ad una maggiore frammentazione e flessibilizzazione dei modelli organizzativi e di lavoro, alimentano un rinnovato interesse nei confronti della legislazione sui minimi, ritenuto da più parti uno strumento necessario ad arginare fenomeni di *dumping* sociale ed economico tra i lavoratori.

Di ciò si parlerà in seguito, nondimeno è opportuno precisare sin d'ora come attualmente risulti riduttivo ritenere la legislazione sui minimi uno strumento di per sé risolutivo delle problematiche connesse alla retribuzione. Una tutela del lavoratore che sia anche effettiva richiede, infatti, l'integrazione e la valoriz-

⁵⁰ T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, cit., 95 ss.

⁵¹ G. Roma, *Le funzioni*, cit. 80 ss.

zazione dei molteplici strumenti e piani di intervento di cui può disporre l'ordinamento.

SECONDO CAPITOLO

LA COMPOSIZIONE DELLA RETRIBUZIONE: STRUMENTI E VICENDE PER LA DETERMINAZIONE DEL TRATTAMENTO ECONOMICO DEL LAVORATORE.

1. *Recenti evoluzioni dei sistemi retributivi e della struttura della retribuzione.*

La rapida ricostruzione compiuta nella prima parte di quest'analisi funge da premessa concettuale alla più attenta riflessione in ordine sia alle modalità di erogazione che alla composizione della retribuzione.

Essa fornisce, invero, il quadro normativo entro cui tale istituto si colloca sviluppandosi, poi, secondo percorsi sottratti in gran parte al controllo dell'ordinamento e dipendenti dal dato reale.

Fermi i limiti normativi, è infatti prima di tutto sul piano concreto che si costruisce e si misura l'adeguatezza del trattamento economico spettante al lavoratore. Le dinamiche economiche, politiche e sociali, frutto delle spinte diversificate e talora contrapposte provenienti dal sistema produttivo e dalla realtà sociale, forniscono di volta in volta le "risposte" alla domanda su cosa sia retribuzione e cosa, invece, ne sia lasciato al di fuori, dando così senso e contenuto alla norma.

Delle trasformazioni riscontrabili in seno all'istituto retributivo si parlerà più diffusamente in seguito; pare opportuno però anticipare sin d'ora che la tendenza attuale suggerisce una crescente propensione del sistema di relazioni industriali verso la valorizzazione delle componenti variabili della retribuzione, sia in forma individuale che in forma collettiva⁵².

Siffatta tendenza, cui corrisponde il declino della predominanza riconosciuta alla retribuzione a tempo irriducibile ed irrevocabile, appare sintomatico di un percorso più ampio, nel quale il lavoro retribuito, sempre più improntato a fattori di flessibilità, tende a poco a poco a coincidere con la prestazione "effettiva". Tale valutazione porta con sé l'esigenza di riconsiderare i confini dell'obbligazione retributiva non solo rispetto al tradizionale concetto di corrispettività, ma anche in rapporto alla funzione sociale che ad essa è riconosciuta dalla Costituzione⁵³.

A questo scopo, preliminare appare la disamina, da un lato, dei sistemi retributivi, dall'altro, della struttura della retribuzione. Gli elementi che contraddistinguono la "forma" ed il "contenuto" del compenso convergono difatti sia pur con modalità diversificate nell'assecondare la cennata tendenza alla valorizzazione dell'effettività del lavoro.

2. *I sistemi retributivi.*

L'art. 2099 c.c., comma 1, dispone che la retribuzione possa essere stabilita a tempo o a cottimo. Il comma 3 del medesimo articolo prevede, inoltre, la possibilità che il prestatore sia retribuito, in tutto o in parte, tramite la sua partecipazione agli utili o ai prodotti dell'impresa, a provvigione o, ancora, in natura.

⁵² Si veda l'inchiesta sulle retribuzioni in *Il Sole-24 ore* del 2 settembre 2005, 19; AA.VV., *Le nuove forme della retribuzione e la partecipazione finanziaria dei lavoratori in Europa*, DRI, 2002, 165 ss.

⁵³ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 386 ss.

Non c'è motivo di dubitare sulla perdurante adeguatezza delle modalità elencate a regolamentare tutti gli aspetti della corresponsione della retribuzione, merito anche della duttilità dei criteri su cui poggiano, vale a dire il tempo ed il rendimento⁵⁴.

Tuttavia, è indiscutibile che i cambiamenti che interessano da ultimo il sistema produttivo e che si riverberano sui processi di organizzazione del lavoro siano vicini ad alterare il reciproco rapporto tra tali sistemi retributivi, sinora contrassegnato dalla predominanza del sistema cd. a tempo⁵⁵. Opportuno appare, pertanto, verificare l'effettiva tenuta del sistema, nonché i modi e i tempi del cambiamento.

2.1. *Il sistema retributivo a tempo.*

Il rapporto di lavoro stabile, a tempo pieno ed indeterminato proprio dei modelli organizzativi dell'impresa fordista induce a valorizzare un sistema che privilegia l'unità temporale (ora, settimana, mese, anno) come misura della relazione oggettivata tra messa a disposizione delle energie psico-fisiche ed utilizzazione di queste all'interno dell'organizzazione aziendale.

Siffatta congruenza di obiettivi si spinge sino al punto di presumere che la modalità retributiva a tempo sussista ogni qual volta non si versi in una delle ipotesi di cottimo obbligatorio (art. 2100 c.c.), ovvero nei casi in cui le caratteristiche della prestazione non consentano di predeterminare criteri basati sul rendimento o sul risultato⁵⁶.

In tal senso, il tempo assume il valore di unità di misura della stessa subordinazione, intesa come estraneità ai mezzi di produzione e ai risultati della messa a disposizione. Privilegiare il fattore temporale è pienamente in linea con un modello di rapporto nel quale si chiede al lavoratore di adempiere, con correttezza e buona fede, un'obbligazione di mezzi, ricadendo unicamente sul datore il rischio di un'inadeguata utilizzazione della prestazione (*mora accipiendi*). Unica eccezione è il caso in cui l'impossibilità di utilizzazione dipenda da forza maggiore o da fatto altrui, anche legittimo, tempestivamente rappresentati al prestatore dal datore di lavoro.

La valorizzazione della prestazione unicamente in rapporto all'unità di tempo, comporta inoltre che da tale sistema esuli ogni considerazione riguardo al rendimento del lavoratore. Esso non può che essere quello medio esigibile nello svolgimento di qualunque prestazione lavorativa. Nessuno spazio viene, dunque, riservato alla sua valutazione e remunerazione oltre i suddetti limiti⁵⁷. Il lavoro straordinario, eccedente la durata massima della prestazione lavorativa, costituisce l'unica eccezione consentita e, in quanto tale, grava il datore di lavoro di un costo superiore a quello della prestazione ordinaria⁵⁸.

⁵⁴ U. Prosperetti, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, 80 ss.

⁵⁵ Cfr. *La retribuzione che cambia*, numero monografico di *DLRI*, 357 ss.

⁵⁶ Così, ad esempio, il lavoro degli impiegati, le attività a prevalente contenuto intellettuale e, in generale, le attività per le quali non sia possibile stabilire il tempo medio di svolgimento di singoli compiti affidati al lavoratore in modo da prefissare un parametro "oggettivo" di rendimento cui collegare la retribuzione. Sul punto A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 401 ss.

⁵⁷ Non sussiste, peraltro, alcun interesse diretto del prestatore al risultato del suo lavoro che lo solleciti ad un rendimento eccedente la media, a differenza di quanto previsto per il cottimo. Cfr. G. Rabaglietti, voce *Cottimo*, in *Enc. dir.*, cit., 272.

⁵⁸ A. Allamprese, *Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro*, *RGL*, 2005, I, 85 ss.

Giova precisare che un sistema così rigidamente strutturato tende a rafforzare ancor di più la stabilità e l'indissolubilità del rapporto di lavoro, rendendo particolarmente gravosa la motivazione di un eventuale recesso unilaterale del datore di lavoro.

Ricadendo, infatti, integralmente sul datore di lavoro l'onere di controllare il modo di svolgimento dell'attività lavorativa sarà particolarmente difficile, in caso di inadempimento ovvero inesatto adempimento della prestazione da parte del lavoratore, la prova della violazione da parte sua di un preteso obbligo di rendimento⁵⁹ (sulla cui natura fortemente si dibatte). Onere della prova questo che, parimenti, grava per intero sul solo datore.

2.2. *Il sistema retributivo a cottimo.*

Il sistema retributivo a cottimo è determinato in funzione di un dato soggettivo, correlato al rendimento o al risultato dell'attività lavorativa.

Diversamente dalla logica dei sistemi retributivi a tempo, il criterio in parola è ancorato unicamente alla requisito della quantità prodotta e, dunque, svincolato dalla immutabilità e dagli automatismi propri del criterio temporale. L'effetto è quello di produrre un mutamento del tenore di vita del lavoratore e del nucleo familiare oltre la soglia contrattuale della retribuzione proporzionata e sufficiente, in funzione del rendimento.

In altri termini, tale sistema comporta per il lavoratore una maggiore intensità nell'erogazione delle sue energie psico-fisiche, cui corrisponde l'impegno per il datore di lavoro di corrispondere una retribuzione più elevata rispetto a quella derivante dall'erogazione delle energie lavorative pagata ad economia⁶⁰.

Giova precisare, tuttavia, che non necessariamente, nel caso del cottimo, la valutazione del rendimento si traduce nell'adeguata compensazione della risorsa umana impiegata. Il cottimo nella sua forma "pura" prevede che la retribuzione venga computata in funzione esclusiva della quantità prodotta. Tale modalità, oggi pressoché scomparsa ad eccezione dell'ambito del lavoro domestico⁶¹ fa ricadere unicamente sul lavoratore il rischio connesso alla prestazione. Nel cottimo misto, invece, ormai generalmente diffuso in quasi tutti i comparti produttivi, ad una base calcolata a tempo si affianca una parte calcolata in relazione a parametri di rendimento o di risultato⁶².

⁵⁹ F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 8.

⁶⁰ F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 9.

⁶¹ Come previsto nella legge n. 877/1973. Il cottimo "puro" ha avuto larga diffusione durante la prima fase della rivoluzione industriale atteso il vantaggio per il datore, svincolato dal rischio della prestazione, ricadente interamente sul lavoratore. Esso risultava particolarmente adatto, inoltre, al sistema produttivo incentrato prevalentemente sull'attività manifatturiera, vale a dire sull'impiego di artigiani che operavano senza vincolo di carattere organizzativo o tecnologico. La scomparsa progressiva del modello puro è da ricondursi alle gravi implicazioni di ordine sociale ad esso connesse, nonché al mutare della struttura produttiva dell'industria moderna. La perdurante applicazione nell'ambito del lavoro a domicilio risponde alle caratteristiche proprie di tale fattispecie, contrassegnata dalla subordinazione solo "tecnica" del datore di lavoro. In tale contesto la retribuzione a cottimo puro presenta l'indubbio vantaggio per il prestatore di verificare l'andamento della retribuzione, per il datore invece di disporre di uno strumento oggettivo cui rapportare il pagamento della retribuzione e, comunque, di un mezzo di controllo della produzione.

⁶² La retribuzione a cottimo può, più precisamente, essere calcolata in funzione della quantità prodotta (cottimo a pezzo) o in funzione del rapporto tra la quantità prodotta e una quantità base prestabilita o, ancora e più comunemente, tra il tempo impiegato per lo svolgimento di una determina-

E' evidente, in tale opzione, l'intento di ridimensionare gli effetti svantaggiosi e maggiormente osteggiati di questo sistema, senza con ciò riuscire realmente ad evitarne le implicazioni maggiormente criticabili, prima tra queste la previsione che il rischio ricada sul lavoratore. Non va sottaciuto, inoltre, il fatto che l'aumento della produzione a parità d'impiego delle stesse energie psicofisiche, presente anche nel meccanismo del cottimo misto, realizza pure in tale ipotesi una forma di sfruttamento intensivo della risorsa umana non adeguatamente compensata dal costo più elevato che comporta al datore di lavoro. Infine, va rilevato l'ulteriore svantaggio che, pur entro i limiti di legge e di contrattazione, la scelta di retribuire il lavoratore a cottimo rientra pur sempre nel potere di organizzazione dell'imprenditore, che resta libero di mutare tale sistema senza che il lavoratore possa pretendere di conservare il maggior guadagno derivante dal cottimo.

Come opportunamente rimarcato in sede giurisprudenziale, il cottimo configura un'obbligazione di rendimento e di risultato destinata a compensare la parte di lavoro che residua da quella retribuita a tempo, affiancandosi in tal modo all'obbligazione di mezzi tradizionalmente a carico del datore⁶³. Siffatto obbligo, in sintesi, costituisce obbligazione accessoria finalizzata a remunerare il rendimento superiore, laddove sia sussistente.

La misurazione dei tempi nel cottimo va ancorata alla predisposizione di apposite condizioni di esecuzione del lavoro che consentano il maggiore rendimento (2101 c.c.). Solo così il lavoratore che produce al di sotto di un certo rendimento potrà ritenersi responsabile dell'inadempimento del contratto accessorio di cottimo.

Malgrado tale sistema retributivo sia ritenuto da più parti il "capostipite" dei sistemi basati sul rendimento, va precisato che gli attuali sistemi che valoriz-

ta operazione e il tempo assegnato al lavoratore, definito secondo parametri tecnici derivanti dall'osservazione empirica di un certo numero di casi di operazioni compiute con mezzi e materiali, analoghi a quelli di cui dispone il prestatore, da lavoratori di normale efficienza e capacità professionale. Tanto sulla base di tecnologie uniformi e ritenute idonee al raggiungimento del miglior risultato produttivo con la minore stanchezza fisica e psichica per il soggetto. Tra i più diffusi criteri di calcolo della retribuzione a cottimo si ricordano il "sistema Bedaux" e il M.T.M. (*Measurement Time Method*).

⁶³ Cfr. la recente SS.UU. 7 marzo 2005, n. 4813, *MGL*, n. 8/9, 2005, 607 ss., con nota di N. De Marinis, *L'equiparazione retributiva tra cottimo e straordinario. Il no delle Sezioni Unite*, che, dirimendo il contrasto insorto in sede giurisprudenziale, esclude una volta per tutte l'equiparazione tra cottimo e lavoro straordinario nell'ipotesi del conseguimento da parte del cottimista nell'ambito dell'orario normale, di un risultato produttivo eccedente il ritmo produttivo risultante dall'assegnazione di un tempo unitario medio per la realizzazione di una predeterminata quantità di prodotto. E ciò sul presupposto della differenza ontologica tra cottimo e lavoro straordinario, il quale può essere riconosciuto esclusivamente ove venga superato il limite temporale costituito dal normale orario di lavoro. Cass. 7 ottobre 1976, n. 3324, *FI*, 1976, I, 2349, in particolare, precisa che il datore di lavoro ha il diritto di pretendere dal cottimista un certo rendimento poiché è da tale previsione che scaturisce l'obbligo per costui di pagare una retribuzione maggiore rispetto ai lavoratori retribuiti a tempo. Cass. 30 ottobre 1984, n. 5558, *NGL*, 1984, 431, fa conseguire da tale stato di cose la conseguenza che possa configurarsi una vera e propria ipotesi di inadempimento ove il lavoratore mantenga sistematicamente un livello produttivo pari a quello della retribuzione corrisposta ad economia. Cass. 9 luglio 1980, n. 4363, *OGL*, 1981, 258, nel riconoscere al datore il diritto di procedere alla riduzione proporzionale delle componenti della retribuzione a cottimo misto quando il rendimento viene portato al di sotto del limite pattuito, enuncia il principio per cui il rendimento non può ritenersi una variabile della retribuzione per la sola parte eccedente il livello minimo di cottimo, dovendosi tenere sempre in considerazione l'unitarietà del trattamento retributivo complessivo.

zano il medesimo presupposto talora si differenziano molto dal cottimo. Essi sono il frutto di un ripensamento a volte radicale dell'originario modello, tanto con riferimento alla struttura quanto alle finalità.

Delle tipologie più diffuse di retribuzione basate sulla misurazione del rendimento, collettivo o individuale, vale a dire il salario di produttività e la retribuzione per obiettivi, i premi, si tratterà in maniera più puntuale in altra parte della presente trattazione.

2.3. I sistemi retributivi residuali.

Le forme residuali espressamente previste nell'art. 2099, comma 3, c.c., pur se contraddistinte da caratteri e finalità tra loro diversificate, soggiacciono al comune limite della retribuzione costituzionale. Il parametro di determinazione della retribuzione in funzione della qualità e della quantità del lavoro, da un lato, e la contrattualizzazione - ormai generalizzata - del trattamento economico corrisposto in virtù della predisposizione, in quella sede, dei minimi salariali, dall'altro lato, hanno comportato il contenimento di tali sistemi residuali dalle originarie forme "pure" alle attuali forme miste, riducendoli al rango di "porzioni" della retribuzione complessiva, posti ad integrazione della quota determinata a tempo sotto forma di incentivi connessi a parametri di efficienza e redditività aziendale.

In tal senso, la fissazione dei minimi contrattuali, correlati unicamente alla categoria di inquadramento ovvero alle mansioni svolte dal lavoratore, esclude qualsiasi riferimento al risultato economico raggiunto dai prestatori (individualmente o collettivamente) e dall'impresa, rendendo difficile ammettere forme di compenso completamente legate al risultato.

Tuttavia, siffatto apparente limite produce l'effetto di rinsaldare i tratti peculiari di tali sistemi che li rendono particolarmente rispondenti alle attuali esigenze del mercato e dell'occupazione, preannunciandone per il futuro un riconoscimento più capillare anche da parte della contrattazione collettiva⁶⁴.

Riguardo alla partecipazione agli utili o ai prodotti dell'impresa, essa prevede che il prestatore possa essere retribuito, in tutto o in parte, con un compenso connesso al risultato economico raggiunto dall'impresa anche grazie al suo contributo.

Tale sistema dunque valorizza il profilo (desumibile dal dettato dell'art. 2094 c.c.) della collaborazione del lavoratore all'attività del datore, che diviene massima nel caso di lavoratori per i quali il legame con le sorti dell'azienda è più intenso in considerazione della posizione assegnata al suo interno⁶⁵. Sarebbe, nondimeno, inesatto ritenere che tale forma di corresponsione comporti un'attenuazione del vincolo gerarchico tra datore e prestatore, sul presupposto che questi non sarebbe più totalmente estraneo all'attività del datore e, quindi, al rischio imprenditoriale.

In mancanza di una forma di controllo da parte dei lavoratori sulla gestione dell'impresa, non può ritenersi mutato, infatti, il vincolo della subordinazione e neppure il potere esclusivo del datore di regolare gli aspetti della vita imprenditoriale.

⁶⁴ F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 10.

⁶⁵ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 407.

La partecipazione in discorso si risolve, dunque, unicamente in una forma di incentivo parametrato agli utili dell'impresa⁶⁶.

Nel sistema a provvigione la retribuzione viene, invece, determinata in proporzione all'importo dell'affare promosso ovvero concluso. In tal caso l'aspetto incentivante, pur essendo funzionale al risultato dell'iniziativa economica (come nel caso dei sistemi retributivi basati sul rendimento), è circoscritto al valore dell'affare. Ciò determina, sul piano organizzativo, una maggiore adattabilità ai rapporti di lavoro caratterizzati da un certo grado di autonomia, assecondando bene l'attuale tendenza a collocare talune prestazioni al confine (se non al di fuori) della linea di demarcazione della subordinazione tipica⁶⁷.

La provvigione si pone, in un certo senso, agli antipodi della richiamata partecipazione agli utili, dal momento che il rendimento del lavoratore risulta del tutto sganciato dal risultato economico dell'impresa e dai riflessi che può arrecare alla gestione di quella, operando quindi in termini prettamente statici.

Va, infine, precisato che il pagamento a provvigione non fa eccezione alla soglia, costituzionalmente stabilita, della retribuzione proporzionata e sufficiente. Il rispetto del dettato costituzionale è affidato in prevalenza alla preferenza per forme "miste" che combinano tempo e provvigione, nonché ad erogazioni quali, a titolo esemplificativo, la "diaria" giornaliera per i lavoratori che svolgano la loro attività fuori sede, la corresponsione di anticipi, la garanzia di un minimo retributivo.

Quanto alla retribuzione in natura, infine, va rilevato che essa consiste nell'erogazione di beni e servizi a compenso della prestazione lavorativa (l'uso del mezzo aziendale, l'abitazione, l'uso gratuito ovvero agevolato di fonti di energia).

Tale sistema, particolarmente diffuso nel lavoro agricolo nella sua forma pura, risulta oggi impiegato in maniera considerevole nella forma di *benefits* che integrano la retribuzione in danaro dei lavoratori che ricoprono qualifiche più elevate, spesso anche col proposito di evadere l'obbligo di versare imposte ed oneri contributivi⁶⁸.

3. *La struttura della retribuzione tra natura polimorfa e ricerca dell'omogeneità.*

⁶⁶ L'art. 2102 c.c. prevede espressamente che la partecipazione agli utili spettante al prestatore di lavoro "è determinata in base agli utili netti dell'impresa e, per le imprese soggette alla pubblicazione del bilancio, in base agli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato". La prudenza emergente da tale enunciazione trova riscontro, peraltro, nella circostanza per cui non si prevede nel sistema italiano di partecipazione agli utili del lavoratore alcun procedimento che gli consenta di controllare i documenti contabili dell'impresa o di accertare la veridicità delle asserzioni del datore circa l'ammontare degli utili.

⁶⁷ Questa forma di calcolo della retribuzione è, infatti, tipica di alcuni contratti classificabili nell'ambito del lavoro autonomo ex art. 2222 c.c., quali il mandato (art. 1703 ss. c.c.) e l'agenzia (art. 1742 ss. c.c.).

⁶⁸ La giurisprudenza prevalente si è orientata nel senso di attribuire a queste prestazioni carattere retributivo a tutti gli effetti ove non ricomprese nell'elenco dei *benefits* collettivi per i quali la legge esclude il versamento dei contributi e laddove esse abbiano perso il carattere gestionale di strumenti finalizzati ad incentivare la produttività della risorsa umana presente in azienda, entrando a far parte dell'oggetto specifico dello scambio contrattuale. Si ricordano Cass. 13 giugno 2002, *RGL*, 2004, 1999; 5 dicembre 1985, n. 6118, *OGL*, 1986, 1074, riguardo alla concessione in uso dell'autovettura.

Di struttura retributiva si discute essenzialmente con l'intento di puntualizzare gli elementi di cui si compone la retribuzione. Comunemente gli emolumenti sono graduati in base al loro livello di prossimità al contenuto della prestazione lavorativa, secondo criteri predeterminati. Tra siffatti criteri si distingue ad esempio quello che, valorizzando le modalità di svolgimento della prestazione in rapporto alle vicende del contratto di lavoro nei diversi momenti, suddivide la retribuzione diretta dalla retribuzione differita. Ma altrettanto diffuso è il criterio che considera il profilo promozionale, variabile a seconda del carattere individuale ovvero collettivo dell'attività svolta. Giova citare, inoltre, il parametro che dà valore ai minimi tabellari ovvero ancora quello che premia la specifica professionalità del lavoratore.

Nel complesso si avverte la sensazione che, mentre da una parte i tentativi di classificazione mostrano sempre attuale l'esigenza di ricercare un'unitarietà concettuale della nozione di retribuzione, dall'altra tale bisogno (come ha mostrato l'arenarsi del principio di onnicomprensività) sembra destinato a restare una semplice aspirazione.

La natura polimorfa della retribuzione ed il suo rifiuto, oserei dire quasi fisiologico, verso ogni forma di statica univocità, lungi dal costituire il frutto di eventi contingenti, rappresentano un fenomeno in costante rafforzamento a seguito della progressiva proliferazione delle voci che compongono il trattamento retributivo⁶⁹.

La struttura del compenso corrisposto al lavoratore è oggi più che mai la combinazione di una molteplicità di elementi, che sfuggono ad ogni proposito di sistematizzazione. Essi trovano fondamento nel delicato e complesso rapporto tra fonti legali e contrattuali, incarnando il punto d'arrivo tra il tipo o i tipi di derivazione normativa (2099-2121 c.c.) e le scelte operate dall'autonomia collettiva ai suoi vari livelli - nazionale, di categoria e aziendale - per dare concretezza a questi.

L'intreccio tra fonti legali e contrattuali è ulteriormente complicato dalla tensione alimentata nel sistema di relazioni industriali da antitetiche esigenze, quali la salvaguardia, da un lato, del potere di acquisto della moneta e il mantenimento, dall'altro, del costo della manodopera.

Il bilanciamento tra tali spinte appare teso, negli ultimi anni, al perseguimento dell'obiettivo macroeconomico di contenere l'inflazione e comprimere il costo del lavoro per assicurare la competitività delle imprese e, quindi, il raggiungimento di specifici livelli occupazionali.

In tale contesto s'inserisce, invero, la presa di coscienza che la tutela del potere di acquisto della retribuzione (corrisposta prevalentemente in danaro è sottoposta, quindi, all'erosione del potere d'acquisto della moneta) costituisce scopo primario per il soddisfacimento del diritto all'esistenza libera e dignitosa. L'equilibrio tuttavia si presenta difficile da conseguire ed ancor più da mantenere, in ragione sia del divario tra le contrapposte forze sia della mutevolezza delle stesse.

⁶⁹ M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, *Noviss. Dig. It.*, Appendice, VI, 1986; M. Roccella, *I salari*, Bologna, 1986; M. D'Antona, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, *DLRI*, 1984, 269; T. Treu, *Problemi giuridici della retribuzione*, *DLRI*, II, 1980, 1 ss.; V. Foa, *La struttura del salario*, Roma, 1976; E. Gorrieri, *La giungla retributiva*, Bologna, 1972.

L'eclittismo della struttura retributiva è la diretta conseguenza - sul piano pratico - di tale realtà. I singoli elementi che compongono il trattamento economico risultano di volta in volta dalla preponderanza dell'una piuttosto che dell'altra spinta. Tali elementi poi si amalgamano tra di loro ovvero si rapportano ad altri presi a parametro, originando potenziali combinazioni pressoché illimitate.

Tale stato sembra scoraggiare qualunque interprete intento a ricercare una nozione unitaria di retribuzione, a tutto vantaggio di indagini maggiormente attente a considerare invece la funzione di ciascuna voce. Ciò non ha impedito, tuttavia, di portare a termine l'unificazione delle due nozioni legali di retribuzione esistenti nel nostro ordinamento, vale a dire la retribuzione rilevante a fini fiscali e quella, coincidente con la retribuzione contrattuale, rilevante a fini contributivi, che resta invariata ove il lavoratore percepisca un compenso inferiore a quello contrattuale.

3.1. *La retribuzione base.*

La nozione di retribuzione imponibile accolta con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 314/1997, per il calcolo tanto dei contributi previdenziali che dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, è comprensiva di tutte le somme e i valori in genere, a qualunque titolo percepiti in relazione al rapporto di lavoro nel periodo d'imposta, anche sotto forma di erogazioni liberali.

Pur essendo innegabile l'approdo ad una nozione unitaria da parte del Legislatore, l'esito di tale percorso si presenta del tutto peculiare. Al riguardo, giova precisare che l'intento della norma di cui all'art. 6 del citato decreto non è fornire una definizione di retribuzione (che - come si è detto - manca nel nostro ordinamento) quanto piuttosto quello (più modesto) di individuare gli emolumenti costitutivi della base di calcolo per la determinazione del prelievo fiscale e previdenziale.

Nondimeno tale nozione è in grado di suggerire interessanti implicazioni. Prima tra tutte la considerazione per cui la ricercata omogeneità sfocia nell'attenuazione del vincolo di corrispettività tra prestazione lavorativa e compenso erogato, consolidando così una tendenza già ravvisabile nelle due definizioni di retribuzione previdenziale e fiscale, poi unificate. Ed infatti, è agevole rilevare come la rilevanza dell'elemento retributivo nel settore fiscale e previdenziale costituisce già di per sé riprova di una sua significatività che oltrepassa i limiti del rapporto di lavoro e si riversa su fattori extra contrattuali, non valutati in funzione del nesso sinallagmatico.

L'imponibile previdenziale e fiscale, invero, prescinde dall'attenta selezione degli emolumenti in base al vincolo causale, dal momento che il compenso rilevante è quello erogato *in dipendenza* del rapporto e, dunque, semplicemente *occasionato* da quello.

Non è secondario ricordare a tale riguardo che l'estensione del principio che regola l'assoggettamento al prelievo fiscale anche all'ipotesi di prelievo contributivo affievolisce il legame tra rapporto previdenziale e rapporto di lavoro⁷⁰.

L'innovazione non è meramente terminologica, ma incide sulla composizione degli elementi costitutivi della base di calcolo, comportando che la qualificazione retributiva sia correlata al solo fatto che le somme e i valori in generale

⁷⁰ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 412 ss.

siano *in relazione* al rapporto di lavoro e, quindi, siano meramente riconducibili a tale rapporto.

Non va sottaciuto, poi, che l'identificazione della retribuzione imponibile con quella fiscale riveste anche una valenza paradigmatica. Non a caso infatti la retribuzione è qualificata dall'art. 6 del d.lgs. n. 314/1997 quale *reddito* del lavoratore. Essa sembra assumere così un rilievo autonomo, presumendosi che rappresenti l'unica fonte di reddito o, comunque, quella prevalente del lavoratore, confermando ancor di più la sua funzione esistenziale⁷¹.

La retribuzione presa a riferimento è la retribuzione base (o retribuzione-parametro) che in genere coincide con i minimi fissati in sede di contrattazione collettiva quale corrispettivo alla prestazione svolta, seconda l'inquadramento giuridico del lavoratore. Essa si compone di istituti legali quali il t.f.r., l'indennità sostitutiva del preavviso, l'indennità per morte del lavoratore (artt. 2120-2122 c.c.) e contrattuali (che costituiscono la maggioranza) e varia in funzione dei singoli istituti di cui si compone, delle categorie fissate dalla contrattazione collettiva ed, infine, dei livelli di contrattazione (nazionale, aziendale) concretamente considerati.

Ciò impone all'interprete (stante la mancanza di un principio generale di onnicomprensività) di provvedere caso per caso a valutare la riconducibilità di un elemento nella retribuzione-parametro; mentre sotto diverso profilo riconosce la costante possibilità per l'autonomia collettiva di derogare alla retribuzione contrattuale adattando i criteri di valutazione ai differenti contesti⁷².

3.2. *Due tecniche antagoniste: gli automatismi retributivi ...*

Malgrado spetti alla retribuzione base, intesa come corrispettivo della prestazione lavorativa, il compito di dare concreta attuazione - nei limiti anzidetti - al trattamento economico costituzionale garantito, occorre ammettere che essa incarna di regola solo una parte del trattamento economico corrisposto al lavoratore e di rado ne costituisce la porzione più rilevante.

Alla quantificazione del compenso complessivamente erogato al prestatore, vale a dire la retribuzione cd. globale, concorrono in misura variabile una pluralità di voci aggiuntive, indennità accessorie, maggiorazioni ecc., in funzione integrativa della retribuzione parametro. Considerate nell'insieme, esse costituiscono una componente considerevole del trattamento economico, in costante crescita.

Varietà delle forme, diversità delle fonti d'origine di ciascuna di esse ed, infine, incidenza determinante sull'ammontare spettante ai lavoratori ne sollecitano l'attenta valutazione da parte dell'interprete per uno scopo, se non classificatorio (alquanto difficoltoso da realizzare) perlomeno di qualificazione. Opportuno appare, difatti, tentare di individuarne la natura giuridica e, al contempo, fissare taluni criteri idonei a decretarne l'inserimento o meno nella nozione di retribuzione globale.

⁷¹ G. Roma, *Le funzioni*, cit., 167 ss. Va segnalata, tuttavia, la sussistenza di sensibili differenze di regime tra istituto e istituto che escludono il raggiungimento di una completa omogeneità nella composizione della base imponibile a fini contributivi e a fini fiscali. Da un lato, invero, si pensi al tfr, non soggetto a contribuzione ma a tassazione separata (art. 12, comma 4, lett. b), l.n. 153/1969); dall'altro, alle somme corrisposte in occasione della cessazione del rapporto al fine di incentivare l'esodo dei lavoratori, soggette a tassazione agevolata (art. 17, d.p.r. n. 917/1986).

⁷² A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 413.

La tematica s'interseca, per la verità, con quella più generale attinente alla scelta delle tecniche possibili per attuare percorsi integrativi del trattamento economico di base. L'opzione tra meccanismi automatici, da una parte, e sistemi basati sulla valutazione discrezionale del datore di lavoro, dall'altra, assume infatti un significato che oltrepassa i limiti del singolo rapporto di lavoro per coinvolgere questioni di politica economica e salariale, a diretta incidenza sul sistema macroeconomico. Per questa via, pare corretto affermare che la centralità dei cd. automatismi retributivi tra le voci integrative contraddistingue una particolare fase del sistema di relazioni industriali nel nostro Paese, ove l'incremento della retribuzione associato a fattori automatici è stato ritenuto il rimedio più adeguato a contenere, tra l'altro, gli effetti dell'inflazione sui salari. E ciò in quanto considerato maggiormente rispondente alle caratteristiche di stabilità ed indissolubilità proprie del modello di lavoro subordinato predominante in quel momento.

Tale fase che, almeno per quanto attiene all'indennità di contingenza, può ritenersi conclusa con l'approvazione del Protocollo del 23 luglio 1993, cede il passo ad un sistema in cui il modello di lavoro subordinato tradizionalmente inteso si va lentamente, ma in maniera inesorabile, disgregando in favore di numerose tipologie contrassegnate da modalità flessibili di svolgimento della prestazione lavorativa, più rispondenti alle mutate esigenze del mercato.

In siffatto contesto, trattamenti incentivanti rimessi alla valutazione del singolo datore consentono senza dubbio di assecondare in modo più sollecito tali esigenze, ora premiando il rendimento e le capacità professionali dei lavoratori (singolarmente, come gruppi ovvero complessivamente), ora incentivando processi di fidelizzazione tramite la partecipazione dei lavoratori ai risultati positivi di mercato conseguiti dall'azienda nel suo complesso⁷³. Si pone, tuttavia, in tutta la sua evidenza all'attenzione dell'interprete la questione dell'adeguamento o, per meglio dire, dell'assestamento di tali erogazioni in un contesto ancora legato sotto molti aspetti ai retaggi di un forte garantismo poco consono alle nuove esigenze.

Passando ad esaminare i più noti meccanismi automatici applicati al lavoro subordinato, giova precisare che all'indennità di contingenza va riconosciuta un'importanza senz'altro determinante.

L'indennità di contingenza ha costituito, per lungo tempo, uno strumento tendenzialmente finalizzato a produrre un vero e proprio aumento della retribuzione nominale attraverso un meccanismo automatico, fissato in sede di contrattazione, in funzione dell'andamento dei prezzi di acquisto al minuto di un "paniere" di prodotti di consumo immediato per soddisfare la famiglia tipo, la cui principale fonte di reddito fosse costituita dal salario di un lavoratore subordinato operante nel comparto industriale.

Malgrado la questione, dibattuta in dottrina, sulla natura giuridica dell'indennità in parola sia stata risolta - in un primo momento - dalla giurisprudenza ultraventennale di legittimità nel senso del suo carattere retributivo, la pro-

⁷³ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 413 ss. Sul punto si vedano anche M. D'Antona, *Il protocollo sul costo del lavoro e l' "autunno freddo" dell'occupazione*, RIDL, 1993, I, 422; F. Carinci, *Scala mobile, sì o no (storia tormentata senza eredità)*, GI, 1993, IV, 193; P.G. Alleva, *Il tramonto degli automatismi salariali*, Pol. dir., 1982, 423; Id., *Automatismi e riassorbimenti salariali*, RGL, 1979, I, 59 ss.; AA.VV., *Il problema dei cd. "automatismi retributivi", questioni giuridiche e orientamenti sindacali*, RGL, 1977, I, 439 ss.

nuncia della Corte costituzionale n. 43 del 1980⁷⁴ giunge infine a negare definitivamente che l'indennità svolga la funzione di forma necessaria di adeguamento delle retribuzioni ai sensi dell'art. 36 Cost. Le conclusioni cui perviene la Corte s'inseriscono in un contesto già caratterizzato da divisioni tra i rappresentati dei lavoratori e quelli degli imprenditori, ed apre la strada alla definitiva soppressione dell'istituto da parte del Legislatore.

A voler indagare sulle ragioni del malcontento, emerge che queste ultime dipendono prima di tutto dall'insoddisfazione per il mancato conseguimento degli obiettivi associati all'impiego di tale strumento, vale a dire tanto il mancato contenimento del costo del lavoro (che ha registrato, al contrario, effetti espansivi) quanto il mancato effetto di "redistribuzione retributiva" attestatosi al contrario su valori modesti⁷⁵. Malgrado l'esito fallimentare dell'indennità di contingenza, non può dirsi accantonata la ricerca di un rimedio per regolare i rapporti tra inflazione e retribuzione. Tale aspirazione, come sostenuta dalla giurisprudenza⁷⁶, sembra attualmente alla base della regola della cumulabilità tra interessi e rivalutazione monetaria dei crediti di lavoro di cui all'art. 429 c.p.c.

Tra gli automatismi vanno annoverati anche gli aumenti periodici di anzianità (cd. "scatti") che mettono in collegamento l'anzianità di servizio nell'impresa con la retribuzione reale⁷⁷. Previsti dalla contrattazione collettiva di categoria, tali

⁷⁴ C. Cost. 14 aprile 1980, n. 43, *FI*, 1980, I, c. 1261.

⁷⁵ Dopo una parziale modifica dell'art. 2121 c.c., che ha escluso i punti di indennità di contingenza scattati dopo il 1° febbraio 1977 dalla retribuzione utile per il computo di essa, e dopo le clausole dei contratti collettivi che hanno prescritto di eliminare l'indennità medesima dal calcolo di altri istituti (ad es. gli aumenti periodici di anzianità), per evitare anomalie del meccanismo di adeguamento, la legge n. 297 del 29 maggio 1982 ha riportato l'indennità di contingenza fra gli elementi utili ai fini del computo del trattamento di fine rapporto, seppure con alcune limitazioni. Per lungo tempo sono rimasti i dubbi sulla sua natura "ibrida", atteso che tale automatismo sembrerebbe finalizzato in via principale ad assicurare la sufficienza della retribuzione. La contrattazione collettiva sin dal 1975 ha proposto la unificazione, così snaturandone la funzione di difesa del potere d'acquisto dei salari senza incidere sulle differenze retributive stabilite dalla contrattazione in rapporto all'inquadramento professionale dei lavoratori. Nel 1982 l'accordo confederale sull'indennità di contingenza è stato disdetto, fino al 1983, anno della conferma del punto unico. Nel 1986 viene introdotta la nuova disciplina che prevede un adeguamento automatico con cadenza semestrale. In tale anno, il sistema di indicizzazione salariale ha avuto una nuova disciplina sperimentale con la legge n. 38 del 26 febbraio 1986, per il periodo 31 gennaio 1986-31 dicembre 1989, poi prorogato al 31 dicembre 1991 con la legge n. 191 del 13 luglio 1990. La legge n. 38 ha infatti esteso a tutte le categorie produttive che applicano per accordo confederale un sistema di scala mobile le modalità di calcolo dell'indennità integrativa speciale per il pubblico impiego introdotta dal d.p.r. 1° febbraio 1986, n. 13. Con tale provvedimento si è perseguito l'intento di fissare con legge l'indennità di contingenza sottraendola per il periodo considerato alla disponibilità delle parti. Il mancato raggiungimento degli obiettivi connessi a tale sperimentazione induce nel 1990 la Confindustria a bloccare le trattative per la sottoscrizione di un accordo in materia salariale con chimici e metalmeccanici e a disdettare la sottoscrizione dell'accordo sulla scala mobile. La legge n. 191, interviene a sedare le polemiche prorogando le disposizioni di adeguamento automatico fino al 31 dicembre 1991. Nel frattempo il Governo, in veste di mediatore, promuove senza nessun esito l'inizio delle trattative per la riforma della struttura della retribuzione e la definizione di un nuovo sistema di indicizzazione dei salari. Dal 1991 l'istituto viene utilizzato in maniera progressivamente più ridotta fino alla sua scomparsa col Protocollo del 1993.

⁷⁶ C. Cost. 2 novembre 2000, n. 459, *LG*, 2000, 1131.

⁷⁷ G. Perone, *voce Retribuzione*, cit. 74 ss. Nel settore privato l'istituto degli scatti trova la sua fonte nell'accordo interconfederale 30 marzo 1946 per gli impiegati dell'Italia settentrionale e al concordato 23 maggio 1946 per il Centro sud, recepiti, ai sensi della l.n. 741 del 1959, rispettivamente dai d.p.r. 28 luglio 1960, nn. 1097 e 1098. Nel settore pubblico, invece, aumenti periodici dello

aumenti⁷⁸ sono poi oggetto di specifica disciplina in sede di contrattazione aziendale, ove se ne determina l'ammontare e i tempi di maturazione.

In particolare, si prevede che l'ammontare sia determinato in rapporto percentuale ai minimi contrattuali della categoria o sottocategoria cui appartiene il lavoratore al momento della maturazione del diritto, con cadenza in genere biennale, oppure in cifra fissa aggiornata in occasione del rinnovo contrattuale. Si prevede, inoltre, l'inoperatività dopo un limite massimo (in genere consistente in cinque aumenti), nonché in caso di passaggio a categoria superiore il loro assorbimento nella nuova retribuzione, da cui decorrere per il lavoratore un nuovo periodo di maturazione.

Non pone dubbi la qualificazione dell'istituto degli scatti come retributivo, dal momento che esso costituisce corrispettivo della prestazione lavorativa. Esso, pertanto, è rilevante e va calcolato ai fini del computo degli elementi retributivi indiretti e differiti. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare al riguardo la sua natura "accessoria", che lo colloca al di fuori della retribuzione base e, quindi, esclude che possa concorrere alla determinazione della retribuzione costituzionalmente garantita⁷⁹.

L'affidamento degli aumenti di anzianità a meccanismi automatici trova la sua *ratio* sia nella funzione premiale connessa alla "fedeltà" aziendale mostrata dal lavoratore negli anni di lavoro alle dipendenze dell'azienda, sia nella maggiore professionalità che si presume abbia acquisito durante tale periodo. Tale *ratio* non ha mancato di suscitare un acceso dibattito in dottrina, tra la fine degli anni '70 e i primi anni '80, sulla legittimità di siffatte motivazioni e sulla reale possibilità che esse fossero ottenibili con gli automatismi retributivi. Dibattuta è stata, inoltre, la questione sulla possibilità che gli scatti di anzianità progredissero non solamente in relazione agli anni di anzianità maturati, bensì anche in virtù del ricalcolo effettuato dagli altri meccanismi automatici operanti nel rapporto di lavoro. In tal modo, a detta degli studiosi, si sarebbero determinati effetti moltiplicatori difficilmente controllabili e tali, nel concreto, da togliere spazio alla contrattazione sindacale in materia. Tali considerazioni, pur conducendo ad un ripensamento critico dell'intero istituto e, conseguentemente, ad un suo ridimensionamento, non hanno dato luogo sinora alla sua integrale soppressione.

Alla base della perdurante applicazione del descritto meccanismo nei rapporti di lavoro è da porre, invero, l'atteggiamento non sempre coerente mostrato dai sindacati che, da un lato, hanno tentato di frenare tale istituto al pari degli altri automatismi, per il timore di limitare il potere di determinazione retributiva riconosciuto alle parti sociali; mentre dall'altro, ben consci dell'impopolarità di qualunque tentativo di sopprimerli, hanno provveduto ad ampliarli e migliorarli in sede di contrattazione collettiva⁸⁰.

stipendio in funzione dell'anzianità di servizio erano già stati introdotti e disciplinati precedentemente, fin dal secolo scorso.

⁷⁸ Cfr. L. Zoppoli, *Aumenti periodici di anzianità*, in *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, a cura di F. Liso, M. Rusciano, Napoli, 1987; M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, cit., 669 ss.; M. Dell'Olio (a cura di), *Diritto del lavoro*, Milano, 1981, 439 ss.; C. Russo, *Scatti di anzianità*, in *Dizionario del diritto privato* (a cura di N. Irti), II, Milano, 1980.

⁷⁹ Cass. 12 novembre 1984, n. 5709; 11 marzo 1983, n. 1845, *NGL*, 1985, 277; 29 agosto 1980, n. 5026, *DL*, 1981, 11, 74; 11 novembre 1976, n. 4177, *NGL*, 1977, 114.

⁸⁰ F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 15.

Tra le erogazioni ad applicazione automatica integrative della retribuzione base va annoverata anche l'indennità di vacanza contrattuale, che monetizza il prolungarsi delle trattative per il rinnovo del contratto collettivo.

3.3. ... e i trattamenti *ad personam*.

Ispirati ad una logica antitetica rispetto a quella propria degli automatismi retributivi, gli elementi integrativi di tipo incentivante prendono a riferimento come unità di misura della subordinazione i sistemi basati non sul tempo ma sul rendimento del singolo o del gruppo di appartenenza.

Tale logica li rende particolarmente capaci di recepire e tradurre in atto le esigenze del mercato, atteso che il parametro del rendimento e i prefissati obiettivi di effettività ed efficienza si coniugano meglio con la flessibilità che contraddistingue oggi il rapporto di lavoro.

A ben vedere i descritti obiettivi vengono perseguiti mediante l'esercizio da parte datoriale del potere di attribuire trattamenti economici *ad personam*. Tale potere (anche quando è oggetto di contrattazione con le parti sociali) è, e resta, in sostanza discrezionale, nel suo significato tipico di attribuire l'autorità di decidere in maniera unilaterale il conferimento, ai dipendenti, di emolumenti collegati a fattori variabili (quali il rendimento individuale o collettivo) ovvero ai risultati aziendali. Unico condizionamento, è in tal caso il rispetto dei principi generali di ordine pubblico e buon costume, il divieto di atti discriminatori nonché, ovviamente, l'ottemperanza ai *minimi* di contrattazione collettiva.

L'indubbio vantaggio di tale sistema consiste, per l'appunto, nella libertà per l'imprenditore di rendere flessibile una parte della retribuzione corrisposta, ancorandola a mere valutazioni del mercato della mano d'opera o a considerazioni sulla capacità professionale e di rendimento del lavoratore ovvero, ancora, al finalità premiali verso comportamenti del lavoratore considerati positivi per l'attività aziendale.

Ciò produce un duplice effetto positivo per la forza lavoro occupata, che va ad aggiungersi all'incremento di profitto per l'imprenditore. Da una parte, infatti, gli strumenti anzidetti consentono di meglio distribuire i salari e di adattare la situazione dell'azienda alle caratteristiche della congiuntura economica corrente. Essi permettono di fare delle scelte avendo riguardo esclusivamente alle peculiari esigenze dell'impresa e senza incorrere nelle limitazioni derivanti dalle fasi di decisione contrattata.

Dall'altra parte, poi, essi intervengono sul grado di soddisfazione del lavoratore, quindi sul piano psicologico. Più precisamente, consentono la valorizzazione dell'apporto dei lavoratori nel contesto aziendale, mediante l'individuazione delle unità più meritevoli, e permettono al contempo di sollecitare il consolidarsi dei loro comportamenti "virtuosi", vantaggiosi per il datore. Tale effetto è connesso alla circostanza che, accanto e al di là dell'effettivo incremento economico, i lavoratori percepiscono la misura premiale come una forma di personale coinvolgimento e di partecipazione alle sorti dell'impresa, aumentando così la componente motivazionale connessa allo svolgimento della loro prestazione⁸¹.

Le medesime ragioni che rendono tali misure particolarmente apprezzate dai datori di lavoro, determinano l'avversione da parte dei sindacati, che si mo-

⁸¹ G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, cit., 674. In giurisprudenza, Cass. 30 ottobre 1984, n. 5553, *OGL*, 1985, 492; 25 maggio 1982, n. 3210, *ivi*, 1983, n. 2, 630 ss.

strano da sempre refrattari al consolidamento delle stesse. E ciò non solo con riguardo agli aumenti retributivi che rientrano nell'ambito di competenza della contrattazione collettiva (cd. superminimi) ma anche con riferimento a quelli che non sono indicati negli accordi collettivi e rimessi esclusivamente alle scelte imprenditoriali.

E' da ritenere che i motivi di tale avversione rimandino a tre sostanziali argomentazioni. In primo luogo e sotto un profilo prettamente storicistico, va considerata la contrarietà delle organizzazioni sindacali alla coesistenza di maestranze inquadrare allo stesso livello contrattuale ma con retribuzione globale non identica; oltre a ciò, occorre tener conto del timore che, specie in occasione di trattamenti *ad personam* unilaterali, il potere datoriale possa eccedere i limiti della discrezionalità trasformandosi in uno strumento di gestione arbitraria del personale e in una fonte di ingiustificata divisione tra lavoratori.

Nondimeno, giova precisare che tali motivazioni sottendono la comune urgenza di riaffermare il ruolo e la centralità del sindacato, disincentivando quei poteri datoriali che sottraggono vasti spazi retributivi al potere di controllo sindacale. E ciò anche laddove tale centralità non sembrerebbe immediatamente apprezzabile, ovvero in caso di voci non direttamente previste dai contratti collettivi⁸² e, come tali, esuli dall'intervento sindacale .

3.4. *L'esclusione dell'obbligo di trattamento economico paritario tra lavoratori a parità di lavoro prestato.*

La diffidenza mostrata dalle parti sociali s'intreccia, invero, con la dibattuta questione in ordine alla sussistenza o meno, nel nostro ordinamento, di una regola generale che imponga la parità retributiva⁸³, vale a dire il pagamento ai lavoratori di eguale retribuzione a lavoro uguale. Conseguenza ne sarebbe la preclusione per l'autonomia collettiva e individuale, di applicare all'interno della stessa impresa trattamenti retributivi diversi a lavoratori subordinati in possesso di pari qualifica e mansioni.

Varie sono state le norme invocate dai giuslavoristi nel comune intento di trovare fondamento giuridico alla tesi in parola.

In sintesi, da parte di taluni si è ritenuto che la menzionata parità s'imporrebbe in virtù del principio costituzionale di uguaglianza all'interno di comunità caratterizzate dalla presenza di una posizione personale di supremazia. Nell'opinione di altri, essa sarebbe legittimata dal combinato disposto dell'art. 2087 c.c. (posto a tutela dell'integrità psico-fisica del lavoratore) e dell'art. 41, comma 2, Cost. Altri ancora si sono rifatti, in maniera più o meno generica, ai

⁸² F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 13. In materia di superminimi va ricordato il principio della loro generale riassorbibilità nel trattamento globale più favorevole dovuto ad un aumento dei minimi contrattuali o a passaggio a qualifica superiore, a meno che il contratto, collettivo o individuale, disponga diversamente, oppure il superminimo sia attribuito dalle parti come aumento di merito fondato sull'*intuitus personae*, nella quale ipotesi il riassorbimento è possibile soltanto in caso di espressa disposizione in tal senso ad opera delle parti.

⁸³ Sul tema si vedano G. Zilio Grandi, *Nozione di retribuzione, parità uomo-donna e regimi professionali di sicurezza sociale. La "parità di trattamento" tra ordinamento comunitario e nazionale*, OGL, 2000, 48 ss.; L. Isenburg, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984; L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984, 270 ss.; T. Treu, *Commento*, cit., 100 ss.; S. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1972, I, 247 ss.; C. Smuraglia, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 345 ss.

principi di buona fede e correttezza *ex art.* 1375 c.c., ovvero al principio di proporzionalità della retribuzione sancito dall'art. 36 Cost. o, infine, alla tutela della dignità e dei diritti inviolabili della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove esplica la sua personalità (tutela che si estende, ovviamente, alla persona che lavora e che esplica la sua prestazione in quel particolare contesto sociale che è l'azienda).

Malgrado i tentativi da parte della dottrina di avvalorare la sussistenza di tale principio, la risposta della giurisprudenza è stata di netta chiusura⁸⁴.

Lungo la scia tracciata dalla Corte Costituzionale con la pronuncia n. 103 del 1989, i giudici di legittimità ne hanno infatti in modo pressoché costante escluso l'esistenza sul presupposto che l'art. 36, comma 1, Cost. investe unicamente il rapporto tra il singolo lavoratore ed il datore di lavoro, senza comportare alcuna valutazione comparativa intersoggettiva del trattamento. Irrilevante, a questo fine, risulta infatti il richiamo al principio di uguaglianza di cui all'art. 3, comma 1, Cost. dal momento che la norma si limita a fissare il principio di uguaglianza dinanzi alla legge, lasciando da parte i rapporti interpretati. Da questa premessa scaturisce, secondo i giudici di legittimità, la decisione della Consulta che "non esclude la possibilità dell'imprenditore di adottare, pur con riguardo a mansioni eguali, trattamenti economici differenziati, sempreché tale diversità di trattamento non derivi dalla mera discrezionalità e dall'arbitrio del datore di lavoro, né da ragioni discriminatorie"⁸⁵. Tutt'al più, una limitazione alla discrezionalità dell'imprenditore è ravvisabile quando l'elemento integrativo della retribuzione - in origine riconosciuto per ragioni di opportunità aziendale - venga erogato in misura generalizzata ed uniforme, in assenza di valutazione di merito. In tal caso, l'emolumento presenta i caratteri propri della retribuzione ed è fatto divieto al datore di modificarlo unilateralmente.

Si sostiene però, da parte di alcuni, che il trattamento individuale più favorevole non sia tale da assorbire i compensi accessori non richiamati nel patto individuale e previsti nel contratto collettivo, quasi fosse un'esigenza di riequilibrio rispetto ai lavoratori che non percepiscono il superminimo. Nondimeno, nulla impedisce il cumulo tra il superminimo fissato in sede di contrattazione aziendale e l'emolumento aziendale previsto nel contratto collettivo nazionale.

Concludendo, va precisato che, una volta rispettati i contratti collettivi e le disposizioni di legge (divieto di discriminazione) è ammissibile per l'imprenditore adottare trattamenti economici differenziati pur senza dichiarare i criteri seguiti per determinarli. Ciò per il datore rappresenta l'equo corrispettivo del rischio sostenuto nella gestione dell'iniziativa economica, per il lavoratore è il premio ricevuto per la pienezza della sua partecipazione all'attività produttiva ovvero per l'adesione a particolari politiche o alla cultura aziendale oppure, con riferimento ai lavoratori dotati di più elevata professionalità, è il premio da pagare per la scelta di lavorare per l'impresa⁸⁶.

⁸⁴ Cass. 25 febbraio 1988, n. 2027, *NGL*, 1988, 344; 24 marzo 1987, n. 2853, *ivi*, 391; 16 dicembre 1985, n. 6392, *ivi*, 1986, 600; 29 gennaio 1985, n. 513, *RDL*, 1985, II, 732; 27 marzo 1982, n. 1909, *ivi*, 1983, II, 75 ss., con nota di Sala Chiri, *Sull'inesistenza di un principio "giurisprudenziale" di parità retributiva a parità di qualifica e di mansioni*; 28 giugno 1978, n. 3235, *RGL*, 1979, II, 153, con nota di U. Natoli, *Ritorno a Carlo Alberto?*.

⁸⁵ Cass. 18 maggio 1991, n. 5590, su *www.dejure.it*.

⁸⁶ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 415-416. Correlato alla tesi sulla parità retributiva è il dibattito sulla irriducibilità della retribuzione a seguito dell'esercizio del potere di variazione delle man-

3.5. *Premi, gratifiche ed erogazioni una tantum.*

Rientrano in tale categoria i compensi aventi funzione sussidiaria rispetto a quelli immediatamente diretti a soddisfare la corrispettività. Essi hanno lo scopo di stimolare il lavoratore a fornire una migliore prestazione lavorativa in quantità e qualità, tramite l'incentivo di natura psicologica di una maggiore partecipazione all'andamento dell'impresa.

I premi di produzione sono in genere previsti dai contratti collettivi nazionali, salvo poi essere disciplinati specificamente ad opera della contrattazione aziendale, cui spetta il compito di fissarne i parametri di produttività.

D'altronde, la difficoltà da parte datoriale nel fissare gli indici di produttività e l'avversione dei sindacati verso ogni forma retributiva legata ai risultati dell'impresa hanno condotto, negli anni '60, a determinare i premi in parola in cifra fissa (vale a dire in misura forfettaria), trasformandoli a tutti gli effetti in elementi integrativi della retribuzione minima. Ciò ha determinato di fatto lo snaturamento di tali forme retributive, che cedendo la loro componente variabile hanno perso in buona parte gli obiettivi originari.

Riguardo poi alle gratifiche⁸⁷ (prima tra tutte la tredicesima mensilità), va precisato che anch'esse hanno perso oramai il carattere originario di atti di liberalità e risultano attualmente regolate in base agli usi e alla contrattazione, assumendo chiaramente natura di corrispettivo anche se pagate a cadenza annuale o trimestrale.

Restano estranei al rapporto di lavoro solo quei premi e quelle gratificazioni di varia denominazione concessi *una tantum* dal datore (caso classico di "evento eccezionale e non ricorrente") che per il loro carattere occasionale connesso alla connotazione liberale che le contraddistingue, non rivestono natura retributiva⁸⁸.

3.6. *Le componenti retributive determinate in funzione del rendimento.*

Le tipologie legate al rendimento e a parametri di efficienza si fondano - come già detto - sul riconoscimento e la valorizzazione del contributo assicurato

sioni. La ricerca di criteri di selezione per poter individuare gli elementi irriducibili della retribuzione dovrebbe fondarsi non soltanto sull'inerenza dell'emolumento alle qualità soggettive (indennità intrinseche) ovvero a modalità connesse all'ambiente ovvero al rischio della prestazione (indennità estrinseche), bensì selezionando tra gli elementi retributivi con funzione di scambio e quelli che non hanno funzione corrispettiva. Cfr. F. Bano, *La retribuzione tra conformità ai parametri costituzionali e autonomia collettiva*, RIDL, 1999, II, 3 ss.; G. Conte, *La nozione di retribuzione irriducibile a norma dell'art. 2103 c.c.*, RIDL, 1998, II, 259 ss.; S. Ciucciovino, *Autonomia collettiva e funzioni della retribuzione*, ADL, 1995; 207 ss.

⁸⁷ Diffusa è la previsione, nei contratti di categoria, di mensilità supplementari ulteriori rispetto alla tredicesima, dovute talora in conformità di accordi ed usi aziendali. Tali mensilità, insieme con le gratifiche, i premi, l'indennità di anzianità e il trattamento di fine rapporto, e cioè con gli altri istituti retributivi differiti, maturano anche nei periodi di sospensione del rapporto di lavoro ex art. 2110 e art. 2111 c.c. e negli altri periodi di sospensione per motivi sindacali, di cariche pubbliche, di studio, per cassa integrazione, secondo la relativa disciplina legale e contrattuale. La giurisprudenza prevalente ammette la decurtazione delle gratifiche e mensilità aggiuntive in relazione a periodi di sciopero. Il cosiddetto "terzo elemento" nel settore dell'agricoltura spetta agli operai a tempo determinato ed è pari alla tredicesima e quattordicesima mensilità e ad altri istituti retributivi riconosciuti agli operai a tempo indeterminato.

⁸⁸ F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 14.

dai dipendenti e costituiscono, allo stesso tempo, uno strumento per migliorare e mantenere costante la loro attenzione.

I criteri di determinazione presi a parametro sono molteplici, spaziando dalla produttività qualitativa e quantitativa del singolo, della categoria o della collettività nel suo complesso, alla redditività o competitività nel mercato dell'impresa o gruppo d'impresе cui il lavoratore appartiene.

Quale che sia il parametro prescelto, la natura retributiva è indiscutibile, attesa la finalità di assicurare una remunerazione più elevata e meglio rapportata alla qualità e quantità di lavoro prestato.

Malgrado il riconoscimento di tale natura, non muta il carattere precario e variabile di tali tipologie, con la conseguenza che non è possibile consolidare in capo al lavoratore un vero e proprio diritto all'erogazione del premio, né in misura fissa nè tantomeno in misura media. E' legittima, pertanto, la deroga *in pejus* da parte del datore che può giungere alla sua riduzione ovvero ancora alla sua cessazione, ove non venga conseguito il risultato atteso.

In altri termini, la continuità dell'erogazione non costituisce una garanzia per il loro riconoscimento in maniera stabile, per cui essi non sono rilevanti per calcolare gli istituti di retribuzione indiretta o differita (quali 13a, 14° mensilità, indennità varie, permessi retribuiti), ad eccezione del tfr che di questi tiene espressamente conto salvo diverso accordo tra le parti.

In particolare, salva l'ipotesi di espressa clausola di assorbibilità, il superminimo va ritenuto alla stregua di una voce retributiva riservata alla completa signoria del contratto individuale di lavoro⁸⁹.

3.7. *Le voci aggiuntive della retribuzione.*

Si qualificano voci aggiuntive della retribuzione base quelle erogazioni che intendono compensare particolari cause che rendono al lavoratore più gravosa o disagiata rispetto al normale la prestazione. Più precisamente, esse possono essere integrative o sostitutive di erogazioni in natura corrisposte dal datore con lo scopo, in genere, di rendere più agevole l'adempimento da parte del prestatore delle obbligazioni preparatorie ed accessorie per l'adempimento dell'obbligazione principale del contratto di lavoro.

Sono voci mobili e, pertanto, non rientrano nella retribuzione base. La loro corresponsione solo in presenza e per la durata delle condizioni che la giustificano, le rende altresì elastiche. In conseguenza, non possono essere computate nella base di calcolo per la retribuzione corrisposta in maniera indiretta rispetto alla prestazione lavorativa (ferie, gratifiche e altro).

Avallate dalla contrattazione collettiva, che tende a diventare (in considerazione del loro carattere "accidentale") la sede d'elezione per la loro determinazione, si caratterizzano per una varietà che è l'effetto diretto della diversificazione di situazioni contingenti cui sono applicabili.

Siffatta eterogeneità non ne rende facile la classificazione, pur dovendosi riconoscere un certo pregio all'intento di sistemazione sotteso alla diffusa distinzione in indennità risarcitorie e indennità sostitutive.

L'indennità è risarcitoria quando compensa le particolari condizioni di tempo o di luogo in cui viene posta in essere l'attività del prestatore o il "modo"

⁸⁹ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 418 ss.; F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 15.

con cui la prestazione viene svolta. Casi tipici sono le indennità erogate quando il lavoratore compie prestazioni che lo espongono al rischio di malattie professionali, lo pongono a contatto con sostanze nocive o ancora lo costringono ad esporsi a fonti eccezionali di calore oppure vengono disimpegnate in zone geografiche caratterizzate da condizioni climatiche particolarmente gravose o in posti di lavoro particolarmente disagiati dal punto di vista psichico e fisico. La natura risarcitoria va intesa nel senso di “compensazione” al disagio avvertito dal prestatore. Al riguardo un autore giunge a parlare di vero e proprio “corrispettivo del maggior disagio o sforzo o rischio od impegno richiesto ad uno o più lavoratori che forniscano ... la medesima prestazione”⁹⁰.

A tale *ratio* rispondono sia il lavoro notturno o articolato su più turni, sia il lavoro straordinario. In tale ultimo caso, pare piuttosto ravvisabile una natura “mista” dell’indennità percepita dal lavoratore che presti il suo lavoro oltre l’orario normale stabilito dalla legge e dalla contrattazione collettiva. Ed infatti, si ritiene che componente propriamente risarcitoria conviva con quella incentivante volta a sollecitare il lavoratore a considerare la convenienza di un prolungamento dell’attività giornaliera. All’uopo, giova precisare che la contrattazione collettiva fissa delle maggiorazioni spesso superiori a quelle previste dalla legge, senza dimenticare che il maggior costo ha anche un effetto dissuasivo per il datore di lavoro.

La natura risarcitoria, quindi, non va intesa in senso tecnico in quanto non presuppone un inadempimento del datore di lavoro ovvero un danno ingiusto causato dal terzo. Le clausole che condizionassero le indennità in discorso a fattispecie di tal genere sarebbero, infatti, nulle di diritto (in particolare, per violazione dell’art. 2087 c.c.). Quanto al carattere retributivo, esso va riconosciuto almeno tutte le volte in cui l’indennità va rapportata ad una continuità temporale nel contesto organizzativo imprenditoriale. In tali casi, consolidandosi nel lavoratore la legittima aspettativa del conseguimento della stessa, non può non ritenersi la natura retributiva. Se tale argomentazione è limpida con riguardo alle indennità previste dalla legge, non lo è alla stessa maniera per quelle fissate dalla contrattazione collettiva. Qualora le parti contraenti non abbiano diversamente disposto, dunque, è rimessa di volta in volta al giudice la valutazione del carattere accidentale o meno dell’emolumento considerato. Ad ogni modo, viene in soccorso a tale scopo il principio a carattere generale per cui, ove corrisposto in maniera continuativa di modo da essere collegato alla prestazione lavorativa al di là della mera situazione contingente, l’emolumento andrà valutato alla stregua di componente utile al computo della retribuzione differita.

L’indennità è ritenuta, invece, di natura “sostitutiva” quando svolge la funzione di surrogare con un’equivalente corresponsione in denaro una prestazione in natura o un servizio riconosciuto al prestatore dal datore di lavoro.

Frutto di una valutazione di ordine pratico, demandata a seconda dei casi ad una previsione unilaterale ovvero all’accordo delle parti, gli emolumenti che comunemente si fanno rientrare in tale categoria presentano un collegamento più intenso con la prestazione lavorativa, conseguente al fatto che “sostituiscono” un bene o un servizio erogati dal datore in funzione diretta di questa⁹¹.

⁹⁰ F. Guidotti, *La retribuzione*, in *Nuovo tratt. dir. lav. Riva Sanseverino-Mazzoni*, Padova, 1971.

⁹¹ Nell’ambito delle indennità corrisposte ai prestatori di lavoro, inizialmente è stata riconosciuta natura retributiva all’indennità di mensa a seguito dell’accordo interconfederale 20 aprile 1956,

3.8. *Le indennità per ferie, festività e permessi.*

La retribuzione corrisposta al lavoratore nei casi di ferie, festività e permessi è l'ipotesi in cui risulta meglio apprezzabile il superamento del rigido nesso sinallagmatico tra retribuzione e lavoro, sancito dalla Costituzione. Essa s'intreccia con le ragioni che hanno determinato nel nostro ordinamento il riconoscimento di cause di sospensione del rapporto di lavoro senza che il lavoratore subisca il pregiudizio economico conseguente all'interruzione temporanea della sua prestazione.

Il suo fondamento è da rinvenirsi, per quanto attiene le ferie e le festività infrasettimanali e nazionali, nell'esigenza di assicurare la salute e l'equilibrio psico-fisico del lavoratore attraverso il recupero delle energie impiegate nel lavoro nell'esclusivo interesse del datore, sul quale pertanto viene "traslato" il rischio della sospensione. Esso trova espresso riconoscimento in sede costituzionale, nel disposto di cui all'art. 36 Cost. che, al comma 3, riconosce appunto il diritto del lavoratore a ferie retribuite e riposo settimanale.

Relativamente ai permessi, la *ratio* va identificata piuttosto nella prevalenza, rispetto all'interesse del datore, dell'esercizio di taluni diritti di rango costituzionale invocati come motivi della richiesta (ad esempio, l'art. 39 Cost. in caso di permessi sindacali, l'art. 34 Cost. in caso di permessi per motivi di studio, ecc.).

In entrambe le ipotesi descritte, non si pongono dubbi in ordine alla natura retributiva "diretta" del compenso corrisposto per la durata della sospensione. E ciò atteso che non solo esso ha causa nel contratto di lavoro, ma dipende altresì dall'esistenza stessa del rapporto, costituendo un tutt'uno con la retribuzione corrisposta in funzione della prestazione. In tal senso, siffatta corresponsione non dipende da quote accantonate durante il rapporto ed utilizzate ad un fine determina-

recepito con d.p.r. 14 luglio 1960, n. 1026. Quanto al servizio mensa (la cui mancanza è appunto compensata con la relativa indennità) la giurisprudenza in conformità con la dottrina (G. Pera, *Mensa e retribuzione*, GI, 1975, I, 2, 91) nega il carattere di retribuzione in natura quando all'organizzazione di questo servizio non si accompagni la previsione di un'equivalente indennità sostitutiva in favore di tutti i dipendenti che non vogliono o non possano fruirne (Cass. 23 luglio 1982, n. 4314, *Giust. civ.*, 1983, I, 514, con nota di C. Zoli; 19 dicembre 1981, n. 6726, *RGL*, 1982, II, 354; 26 gennaio 1983, n. 718, ha ritenuto che l'indennità di mensa non abbia natura retributiva quando il lavoratore sia libero di usufruire o non del servizio mensa). Infine, il Legislatore ha previsto che in linea di principio il servizio di mensa istituito dal datore non costituisce una forma di retribuzione (in natura) e che l'indennità sostitutiva non entra in alcun modo a far parte della retribuzione. Quanto all'indennità di trasporto, la natura retributiva è da escludere qualora l'indennità serva a compensare effettivamente il costo straordinario che il lavoratore deve affrontare per recarsi sul luogo di lavoro, usando di necessità mezzi propri anziché quelli pubblici o essendo obbligato a servirsi di mezzi speciali. Assume invece carattere retributivo quando compensi le spese che il lavoratore dovrebbe affrontare per recarsi al lavoro utilizzando normali mezzi in partenza da una località inserita nella rete dei pubblici trasporti (in tal senso, Cass. 13 marzo 1984, n. 1716, *NGL*, 1984, 511; 13 aprile 1981, n. 2194, *FI Mass.*, 1981). Con riguardo, infine, all'indennità di trasferta, il legislatore è intervenuto ad escludere la natura retributiva dell'indennità di diaria e di trasferta corrisposte anche ai lavoratori che contrattualmente sono tenuti a svolgere l'attività in luoghi diversi dalla sede aziendale, anche se corrisposte con continuità. Tali somme hanno perciò natura parzialmente risarcitoria e su di esse i contributi sono pagati nella misura imponibile del 50% dell'ammontare dell'indennità (art. 9^{ter}, d.l. n. 103/1991, conv. l.n. 166/1991). L'indennità di trasferimento, invece, tende a ristorare il lavoratore dell'aggravio di spesa conseguente al cambiamento (provvisorio o definitivo) di sede. Ha solo in parte natura retributiva ed è liquidata forfetariamente o col rimborso delle spese documentate. Anche per tale indennità i contributi sono versati nella misura del 50%.

to (si veda, ad esempio, l'ipotesi delle gratifiche garantite, le erogazioni stagionali) bensì è retribuzione che continua ad essere corrisposta anche ove si verificano le particolari condizioni che danno diritto alla sospensione del rapporto.

Connessa a tale questione è la problematica inerente la natura del trattamento previsto (specie sotto forma di maggiorazione) dalla legge e dalla contrattazione collettiva per i casi in cui il lavoratore non usufruisca dei diritti anzidetti. Tale problematica investe per la verità solo una parte delle situazioni descritte sopra, non trovando applicazione nel caso dei permessi retribuiti. Con riguardo a ferie e festività, per le quali la legge riconosce la corresponsione di apposite indennità, la tematica va temperata, da un lato, con la dibattuta questione circa la natura da riconoscere alle predette indennità (parlando taluni di indennità di tipo sostitutivo, altri di indennità risarcitorie), dall'altro, con la questione dell'irrinunciabilità per il lavoratore di tali diritti⁹².

4. *Profili di evoluzione del trattamento di fine rapporto.*

Il trattamento di fine rapporto⁹³, introdotto dalla legge n.297/1982, è una indennità spettante al lavoratore alla cessazione del rapporto di lavoro, determinata in funzione della sua anzianità di servizio. In precedenza, la funzione indennitaria del t.f.r. è stata assicurata dall'indennità di anzianità, disciplinata dagli artt. 2120 e 2121 c.c. nella loro originaria formulazione. Tale erogazione, tuttavia, presentava caratteri indotti da un'impostazione del rapporto di lavoro subordinato in chiave fortemente fiduciaria e paternalistica e che sono stati definitivamente superati con la Legge del 1982⁹⁴.

⁹² F. Mortillaro, *voce Retribuzione*, cit., 19.

⁹³ Sul trattamento di fine rapporto si vedano, in particolare E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2000, 383; P. Alleva, *Trattamento di fine rapporto*, *Enc. giur.*, XXXI, Roma, 1994, 1; A. Vallebona, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984; G. Santoro Passarelli, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984; M. Persiani, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Relazione al seminario svolto a Roma il 24-25 marzo 1983, 18 – dattiloscritto;

⁹⁴ Sull'indennità di anzianità si vedano, tra gli altri, G. Giugni, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, 1984; R. De Luca Tamajo, *Il trattamento di fine rapporto*, *DLRI*, 1984, 429 ss.; E. Ghera, G. Santoro Passarelli, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982; E. D'Avossa, *Il trattamento di fine rapporto*, *Lav '80*, 1983, 34; A. Vallebona, *Il trattamento di fine lavoro per i lavoratori*, *Giust. civ.*, 1982, II, 376 ss. Tale indennità era una misura di natura "premierale", riconosciuta solo agli impiegati ad eccezione dei lavoratori licenziati "per giusta causa", ai dimissionari, ai lavoratori in prova ed a coloro che svolgessero attività lavorativa di durata inferiore all'anno. Tale esclusione, in linea con l'anzidetta natura premierale, costituiva una forma indiretta di punizione e di ammonimento nei confronti dei soggetti che si trovassero in una delle situazioni descritte. Solo con l'entrata in vigore della legge n.604/1966 ed a seguito delle molteplici pronunce della Corte Costituzionale sul punto (cfr. C. cost. 26 febbraio-5 marzo 1987, n. 73, *FI*, 1987, I, c. 1685; 16 dicembre 1980, n. 189, *ibidem*, 1981, I, c. 308; 20 giugno 1968, n. 75, *ibidem*, 1968, I, c. 2054), si riconobbe all'indennità natura di retribuzione "differita" con finalità latamente previdenziali, da riconoscersi in tutti i casi di cessazione del rapporto di lavoro, compreso il contratto a termine le prestazioni lavorative di fatto ex art.2126 c.c. Il meccanismo di calcolo dell'indennità di anzianità rispondeva alla finalità di estendere l'efficacia dell'ultima e più elevata retribuzione percepita dal lavoratore all'intera vita lavorativa, prevedendo all'uopo la moltiplicazione dell'ultima retribuzione per un coefficiente proporzionale alla durata del rapporto. Residui della originaria natura premierale, comunque, erano ravvisabili nelle disposizioni che prevedevano per i soli impiegati la determinazione, in via legale del coefficiente di calcolo, in misura pari ad un mese per ogni anno di servizio, mentre per gli operai la misura era lasciata alla discrezionalità della contrattazione collettiva e, quasi sempre, risultava inferiore a quella riconosciuta agli impiegati. La funzione dell'indennità comportava la presunzione di "fraudolenza" ogni qual volta la cessazione del rap-

La legge n. 297/1982 chiarisce definitivamente la natura retributiva del t.f.r., costituito da accantonamenti di una quota pari alla retribuzione annua complessiva divisa per il coefficiente 13,5 e rivalutati annualmente con applicazione di un tasso costituito dall'1,5 % in misura fissa e dal 75% dell'aumento dell'indice dei prezzi al consumo. Il criterio di calcolo è evidentemente correttivo degli effetti distorsivi propri del vecchio regime⁹⁵ ("superliquidazioni", fittizie interruzioni del rapporto di lavoro), ancorando la retribuzione utile ai fini del calcolo del t.f.r. alle scadenze annuali delimitanti ciascun singolo accantonamento e rapportandola esclusivamente alla normativa legale o contrattuale in vigore in quell'intervallo temporale⁹⁶. Ne consegue che su ogni singola quota non incidono successivi in-

porto di lavoro fosse il frutto di un suo "fittizio" frazionamento, volto ad evitare il prodursi dell'effetto positivo della retribuzione finale (ad esempio in caso di trasferimento d'azienda in cui al licenziamento da parte dell'alienante seguiva immediatamente la riassunzione dell'acquirente, oppure di "passaggio" del lavoratore da una società all'altra del medesimo gruppo), salva la prova contraria sull'esistenza di obiettive esigenze che giustificassero tali meccanismi. Essendo l'anzianità di servizio una situazione di fatto (come tale imprescrittibile) solo il diritto all'indennità, che sorgeva al momento della cessazione del rapporto, era ritenuto sottoposto alla prescrizione quinquennale ex art.2948 n.5 c.c. Pertanto, secondo l'orientamento prevalente, non erano consentite azioni di accertamento nella vigenza del rapporto lavorativo. L'ultima retribuzione era determinata dall'art.2121 c.c., originaria formulazione, con riguardo ad ogni compenso percepito dal lavoratore avente carattere "continuativo, con esclusione dei rimborsi spese e delle erogazioni non aventi natura retributiva". Tale definizione consentiva alla dottrina ed alla giurisprudenza di far rientrare nella suddetta definizione tanto il compenso per il lavoro straordinario (purché tendenzialmente continuativo) quanto il corrispondente valore monetario delle prestazioni in natura, compresa l'indennità "estero". Il sistema così delineato entra in crisi nel corso degli anni Settanta, allorché con il d.l. n. 12/1977 (convertito in l.n. 91/1977), si tenta di contenerne il costo e la rigidità moltiplicatoria (il noto fenomeno delle cd. "liquidazioni d'oro") escludendo dalla sua base di calcolo gli aumenti di contingenza scattati dopo il 31 gennaio 1977. La nuova previsione viene ritenuta costituzionalmente legittima (v. C. cost. n. 142/1980, *FI*, 1980, I, c.2641), sia pure con il contestuale monito al Legislatore affinché intervenisse una volta per tutte sulla materia. In un quadro economico caratterizzato da alta inflazione tuttavia, l'indennità ha subito un progressivo quanto inesorabile svuotamento. Il referendum abrogativo sulla disciplina dell'indennità di anzianità (ritenuto ammissibile in quanto non attinente a materia tributaria, v. C. Cost. n. 26/1982, *Giust. civ.*, 1982, I, 871), non viene espletato per improcedibilità, dal momento che l'approvazione della l.n. 297/1982 sul t.f.r. è considerata sostanzialmente innovativa della precedente (v. Cass. Ufficio centrale per il referendum, *ord.* 3 giugno 1982, *FI*, 1982, I, c.1545). Il carattere innovativo della nuova disciplina determina l'esigenza per il Legislatore di predisporre degli accorgimenti in via transitoria per quei lavoratori che, alla data di entrata in vigore della l.n.297/82 (1° giugno 1982), già lavoravano. Tra questi, la previsione che per tali lavoratori l'indennità di anzianità maturata fino a quella data deve essere calcolata secondo la vecchia disciplina ed accantonata, con la relativa periodica rivalutazione, insieme con le future quote del nuovo trattamento di fine rapporto (v. Cass. n. 2765/1990). Inoltre, la previsione che per i rapporti lavorativi (anche successivi all'entrata in vigore della nuova legge) esistenti nel periodo iniziale di vigenza della legge e fino a tutto il 1995, sia disposta una decurtazione decrescente delle nuove quote di t.f.r., mediante l'esclusione dalla base di calcolo degli aumenti di contingenza maturati dall'1.2.1977 al 31.5.1982, già sterilizzati secondo la vecchia disciplina dell'indennità di anzianità. Ancora, la previsione di una corresponsione aggiuntiva per i soli rapporti di lavoro cessati prima del 1986, contestata in quanto ritenuta "irragionevole" ma conservata a fronte della sua esiguità. Infine, la previsione per cui la completa parificazione tra impiegati ed operai ai fini dell'applicazione dei coefficienti di calcolo del nuovo t.f.r. inizi ad operare solo dal 1° gennaio 1990, salva la facoltà degli accordi collettivi di anticipare tale equiparazione.

⁹⁵ M. Grandi, G. Pera, *Commento*, cit.

⁹⁶ cfr. Cass., 1 ottobre 2003, n.14657, *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 10: "... l'individuazione della retribuzione annua utile ai fini del calcolo del t.f.r. deve operarsi, ai sensi dell'art.2120 c.c., facendo

crementi retributivi ed è possibile un controllo sulla dinamica delle quote pregresse⁹⁷.

Il trattamento di fine rapporto costituisce retribuzione differita, ravvisandosi il carattere “differito” nel fatto che la sua erogazione avviene in maniera posticipata rispetto al periodo di maturazione, vale a dire alla fine del rapporto di lavoro. Esso si differenzia così dalla retribuzione cd. “diretta”, che è corrisposta immediatamente al lavoratore nei singoli periodi di durata del rapporto. L’incremento prodotto da tale indennità, inoltre, avviene secondo meccanismi automatici che collegano l’aumento in relazione al solo parametro della anzianità di servizio⁹⁸. Opera, in tal caso, il meccanismo proprio degli “automatismi retributivi”.

La retribuzione-base rilevante ai fini del calcolo dell’indennità in parola comprende tutte le somme corrisposte in dipendenza del rapporto di lavoro a titolo non occasionale, compreso l’equivalente delle prestazioni in natura e con esclusione di tutto quanto corrisposto a titolo di rimborso spese. La definizione della base di calcolo viene, dunque, affidata (a differenza di quanto accade per gli altri istituti retributivi) espressamente alla norma. Tale circostanza ha contribuito a coinvolgere in modo diretto il t.f.r. nelle principali questioni dibattute in dottrina e giurisprudenza sulla retribuzione. Di ciò si è già discusso, pare opportuno tuttavia puntualizzare in questa sede che la posizione assunta dagli interpreti rispetto al t.f.r. ha concorso ad avvalorare la conclusione che principi quali l’onnicomprendività o la parità retributiva costituiscono una mera “tendenza”⁹⁹ dell’ordinamento.

riferimento alla normativa legale o contrattuale in vigore al momento dei singoli accantonamenti e non a quella in vigore al momento della cessazione del rapporto”.

⁹⁷ Il diritto a ricevere il t.f.r. sorge all’atto della cessazione del rapporto di lavoro. Tale momento costituisce, pertanto, elemento della fattispecie costitutiva e non mero termine di adempimento (Cass. 28 gennaio 2002, n.1040, *DL*, 2002, 407 con nota di Muggia; Cass. 21 maggio 2004, n.9748, *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 5). Le singole quote accantonate nel corso del rapporto costituiscono dei semplici “accantonamenti contabili”, i quali però, creando quanto meno delle “aspettative di diritto”, consentono di esperire azioni di accertamento sull’entità delle stesse, mentre la prescrizione estintiva, di durata quinquennale, decorre solo dalla fine del rapporto.

⁹⁸ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 2005, 353 ss. La natura retributiva del t.f.r. trova piena conferma nelle disposizioni normative che prevedono la sua assoggettabilità alla cessione di credito ai sensi dell’art.1260 e ss. c.c., la possibilità di agire per l’accertamento sugli accantonamenti effettuati, l’applicazione del termine breve di prescrizione *ex art.2948 c.c.* a partire dalla data di cessazione del rapporto, nonché l’adozione di un particolare regime di garanzia dei crediti. Le indennità dovute a causa della cessazione del rapporto di lavoro, tra le quali sono comprese le somme dovute a titolo di t.f.r., sono coperte infatti da privilegio generale su tutti i beni mobili del debitore, al pari di quanto previsto per la garanzia dei crediti retributivi in senso stretto. Al riguardo la l.n. 297/1982 ha modificato la gerarchia interna dei crediti lavorativi “privilegiati”, antepoendo i crediti da t.f.r. e da indennità sostitutiva del preavviso a tutti gli altri crediti della categoria, e posponendoli esclusivamente ai crediti ipotecari. Si segnalano, tuttavia, delle lacune nel sistema, dal momento che tale tutela è stata quasi del tutto sostituita dalla operatività del Fondo di Garanzia. Tale Fondo è stato istituito con la stessa legge n. 297/82 al precipuo scopo di assicurare il soddisfacimento dei crediti retributivi in caso di insolvenza del datore di lavoro. E’ finanziato con un contributo datoriale dello 0,20% calcolato sulla retribuzione imponibile ai fini previdenziali. In caso di trasferimento d’azienda, opera poi la traslazione completa della titolarità del relativo debito (anche con riguardo ad ogni quota già maturata e rivalutata), escludendosi la responsabilità “solidale” che sussiste con riguardo agli altri trattamenti retributivi.

⁹⁹ C. Cost. 9 marzo 1989, n.103, *RIDL*, 1989, II, 389, con nota di G. Pera.

I criteri per la quantificazione dell'indennità di fine rapporto evidenziano sul piano pratico un'attenuazione del requisito della rigida corrispettività che trova riscontro nel riconoscimento di un generale potere "derogatorio" anche *in pejus* della disciplina legale, da parte della contrattazione collettiva¹⁰⁰. Nell'esercizio del potere derogatorio, in particolare, sarebbe consentito includere nella base di calcolo "voci" meramente occasionali ovvero, all'opposto, erogazioni con carattere rigidamente stabile. Il contributo della contrattazione collettiva e della giurisprudenza ha consentito di ricomprendere di regola nella base di calcolo l'indennità di mancato preavviso, le erogazioni ordinarie corrisposte *una tantum*, il compenso per lavoro straordinario non occasionale¹⁰¹, l'indennità estero¹⁰², l'indennità per ferie non godute, le somme corrisposte per il periodo di vacanza contrattuale, il risarcimento del danno per il periodo dal licenziamento illegittimo alla reintegra¹⁰³.

Anche a voler prescindere dal contributo anzidetto, appare evidente che la formulazione normativa, riferendosi a somme corrisposte *in dipendenza* del rapporto di lavoro e *non occasionali*, introduce delle innovazioni rispetto all'indennità di anzianità non meramente terminologiche. Siffatte espressioni consentono, invero, di individuare parametri molto più elastici, che comprendono voci retributive altrimenti escluse dall'applicazione di criteri strettamente corrispettivi¹⁰⁴.

L'attenuazione della corrispettività trova ulteriore conferma nel fatto che al verificarsi di ipotesi di sospensione legale della prestazione lavorativa (malattia, infortunio, gravidanza, puerperio e collocamento in Cassa integrazione), nella base di calcolo del t.f.r. vada computata una retribuzione figurativa pari a quella "...cui il lavoratore avrebbe avuto diritto in caso di normale svolgimento del rapporto", costituendo oggetto di dibattito unicamente la questione sulla tassatività o meno delle ipotesi elencate nonché sull'ammissibilità di deroghe *in melius* da parte della contrattazione collettiva¹⁰⁵. L'applicazione rigorosa del vincolo sinallagmatico imporrebbe in tal caso l'esclusione della controprestazione retributiva, e la risoluzione del contratto¹⁰⁶.

¹⁰⁰ Mentre il meccanismo di calcolo del t.f.r. introdotto dalla legge n. 297/82 è inderogabile, la determinazione delle componenti utili al calcolo del t.f.r. può essere diversamente regolata dalla contrattazione collettiva. Tuttavia, in caso di contestazioni, stabilire se il trattamento di fonte contrattuale erogato dal datore di lavoro abbia o meno natura e funzione diverse da quelle proprie del t.f.r. (e sia quindi da includere o meno nelle categorie delle indennità fatte salve dalla legge) si risolve in un accertamento riservato al giudice di merito (v. Cass. 11 aprile 2005, n.7352, *Giust. civ. mass.*, 2005, f. 4; 21 febbraio 2005, n.3479, *ibidem*, 2005, f. 25 settembre 2003, n.13010, *ibidem*, 2003, f. 9). Dall'analisi della contrattazione collettiva e delle pronunce dei giudici sul punto è possibile enucleare alcuni principi di fondo ai fini della inclusione o meno di taluni emolumenti nella base di calcolo del t.f.r. Diversamente dall'indennità di anzianità, in ogni caso, gli attuali criteri "legali" si presentano molto più elastici.

¹⁰¹ Cfr. Cass. 26 giugno 2004, n.11946, *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 6.

¹⁰² Cfr. Cass. 22 ottobre 2003, n.15841, *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 10.

¹⁰³ Pera

¹⁰⁴ Cfr. Cass. 22 gennaio 2004, n.1124, *Giust. civ. mass.*, 2004, f. 1.

¹⁰⁵ F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, cit., 353 ss.

¹⁰⁶ Si rammenta che il tfr è dovuto "in ogni caso" di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, prevedendosi l'arrotondamento al mese delle frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni, ma non quello della irrilevanza delle frazioni di mese inferiori a quindici giorni. V. Cass. 25 settembre 2002, n.13934, *Giust. civ. mass.*, 2002, 1718.

La legge n.297/82 riconosce, inoltre, al lavoratore un diritto (autonomo rispetto all'erogazione del t.f.r. alla cessazione del rapporto) a percepire una parte delle quote accantonate in ragione di specifiche esigenze del lavoratore, quali spese sanitarie per terapie o interventi straordinari, l'acquisto della prima casa di abitazione per sé o per i figli, le spese durante la fruizione dei congedi per la formazione e quelle durante l'astensione facoltativa dal lavoro dei genitori nei primi otto anni di vita del bambino¹⁰⁷. Tale diritto è riconosciuto se concorrono determinati requisiti, vale a dire l'anzianità di servizio presso lo stesso datore pari almeno ad 8 anni, la richiesta di anticipazione non superiore al 70% dell'ammontare complessivo del trattamento di fine rapporto, la possibilità che l'erogazione venga concessa per una sola volta. Peraltro, la richiesta di anticipazione può essere avanzata solo da un numero di beneficiari pari al 10% degli aventi titolo ed al 4% del numero totale dei dipendenti, salva la possibilità della contrattazione collettiva di introdurre condizioni di migliore favore, ovvero criteri di priorità tra gli aventi diritto.

Il particolare regime delle anticipazioni conferma l'estensione dell'istituto del t.f.r. oltre gli obiettivi strettamente retributivi ed al confine con la previdenza sociale. In tal senso, esso apre la strada ad un percorso che solo negli ultimi anni sembra trovare la sua compiuta attuazione.

4.1. *Il tfr dalla natura retributiva alla funzione previdenziale.*

Le modalità di corresponsione del tfr, vale a dire la maturazione del diritto nel corso del rapporto e la sua esigibilità solo alla cessazione di questo, hanno spesso fatto sì che nella prassi operativa tale emolumento venisse adoperato per il perseguimento di finalità non coincidenti con quelle tradizionalmente ritenute tipiche dell'istituto¹⁰⁸.

¹⁰⁷ L'art. 2120 c.c., ultimo comma, affida ai contratti collettivi i criteri di priorità per l'accoglimento delle richieste di anticipazione. Dall'esame delle specifiche esigenze che consentono la richiesta emerge che per spese sanitarie debbano intendersi sia quelle occorrenti per un intervento sia quelle meramente terapeutiche. Straordinarietà dell'intervento non significa però che esso non possa essere coperto dal Servizio Sanitario Nazionale, ma solo in termini di importanza e di delicatezza, nel senso di una difficoltà dell'intervento o di un suo costo ingente. Quanto, poi, all'acquisto della prima casa di abitazione, essa è solo quella destinata alla dimora stabile della famiglia con esclusione di qualsiasi residenza secondaria. Il diritto peraltro non è escluso dalla proprietà di altro immobile in luogo diverso da quello di residenza. Vi è ricompreso l'acquisto della casa al figlio che esce dalla famiglia d'origine nonché l'acquisto della casa a nome del coniuge in regime di comunione di beni. L'art. 7 della l.n. 53/2000, attuata con d.lgs. n. 151/2001 ha introdotto come nuova causa giustificativa le spese relative a congedi parentali e formativi. I primi riguardano l'ipotesi di astensione facoltativa dei genitori o per malattia del bambino di età inferiore agli otto anni; i secondi sono richiesti per il conseguimento di titoli di studio o per la partecipazione ad attività formative extra-aziendali o per la cd. formazione continua. Alcuni di tali congedi non sono retribuiti o lo sono parzialmente. La data d'inizio dell'erogazione coincide per disposizione di legge, con il pagamento della retribuzione relativa al mese precedente la data d'inizio del congedo. Tali disposizioni si estendono al pubblico impiego previa specificazione con decreto ministeriale.

¹⁰⁸ Le imprese, infatti, hanno proceduto spesso alla definizione puramente contabile degli accantonamenti e delle rivalutazioni, utilizzandoli di fatto come fonte di "autofinanziamento" o, comunque, come sistema di compensazione finanziaria d'impresa. Lo stesso meccanismo di rivalutazione degli accantonamenti (basato sul coefficiente fisso dell'1,5% e su quello variabile del 75% degli Indici Istat) ha comportato, in periodi di forte riduzione del costo del denaro e di basso rendimento degli interessi sui titoli di credito, l'utilizzo effettivo del t.f.r. come forma d'investimento dotata di maggiore redditività rispetto agli strumenti dei mercati finanziari

Con la legge delega n. 243/2004 e relativo decreto di attuazione n.252/2005¹⁰⁹, il tfr diviene la fonte privilegiata di finanziamento della previdenza complementare. Associare il destino dell'istituto a quello del Secondo Pilastro previdenziale non è un'opzione priva di implicazioni riguardo la natura e le funzioni di tale indennità. Essa consente, invero, di portare a termine il processo di "previdenzializzazione" del tfr, determinandone la graduale trasmigrazione dall'obbligazione retributiva alla prestazione pensionistica erogata dai fondi di previdenza complementare.

In tal modo, la garanzia di sostegno economico del lavoratore viene perseguita includendo le finalità proprie del sistema previdenziale enunciate dall'art. 38 Cost., accanto a quelle tipicamente retributive di cui all'art. 36 Cost. Allo stesso tempo, si pongono le basi per un utilizzo del tfr svincolato dalle rigidità del modello tradizionale di rapporto lavorativo e adattabile a bisogni ulteriori e non predeterminati che potrebbero manifestarsi in ragione della segmentazione (volontaria o involontaria) del percorso lavorativo individuale.

Il conferimento del tfr al sistema della previdenza complementare riveste un ruolo determinante nel ridefinire la posizione del Secondo Pilastro all'interno del sistema previdenziale. Di tali implicazioni si tratterà in seguito. Nondimeno giova rilevare che la nuova disciplina affida la devoluzione del tfr maturando a meccanismi "semi-obbligatori" di conferimento espresso o tacito. In particolare, si prevede che a partire dal 1° gennaio 2007 ciascun lavoratore dipendente, in possesso dei requisiti di legge possa decidere di destinarlo al fondo pensionistico complementari da lui prescelto ovvero di mantenerlo presso il datore di lavoro. Per i lavoratori già assunti alla data del 31 dicembre 2006 il termine per effettuare la scelta è già scaduta alla data del 30 giugno 2007; mentre per i lavoratori assunti in data successiva, la scadenza del termine si ha dopo sei mesi dall'assunzione.

Nella nuova disciplina, la predilezione per il conferimento ai fondi si evince dalla possibilità per il lavoratore che abbia deciso di mantenere il tfr presso il proprio datore di lavoro, di revocare in seguito la sua scelta (e non viceversa).

Nella medesima direzione si colloca la previsione per cui, ove il lavoratore nei sei mesi dall'assunzione non esprima alcuna preferenza, il datore di lavoro - a decorrere dal mese successivo - trasferisce il tfr maturando, nell'ordine, alle forme pensionistiche previste dai contratti collettivi nazionali o aziendali ovvero all'apposito Fondo istituito presso l'Inps (cd. silenzio-assenso).

Fermi i passaggi salienti della nuova disciplina, appare opportuno riflettere sull'effettiva congruenza dei meccanismi prescelti agli obiettivi prefissati dalla legge n. 234/2004 e dal relativo decreto di attuazione. In tal senso la considerazione della riforma del tfr non può andare disgiunta dal fine prioritario di incrementare il ricorso ai trattamenti pensionistici complementari per supplire alle carenze della previdenza di base.

Non è secondario ricordare, inoltre, come gli strumenti complementari presentino pur sempre l'alea tipica dei prodotti finanziari, carattere questo che si è andato accentuando a seguito della riforma, che ha ulteriormente avvicinato le due discipline.

Pertanto, occorrerà verificare la reale capacità del nuovo sistema sotto un duplice profilo. Da una parte, cioè, valutarne la tenuta rispetto all'obiettivo prima-

¹⁰⁹Con il decreto legge 13 novembre 2006, n. 279, convertito, è stata anticipato al 1° gennaio 2007 l'avvio della riforma della previdenza complementare.

rio della previdenza complementare che resta quello di garantire la tutela dal bisogno ai sensi dell'art. 38 Cost., evitando di cadere in logiche esclusivamente di mercato. Dall'altra, verificare l'effettivo vantaggio acquisibile attraverso meccanismi (spesso alquanto vischiosi) di "semi-obbligatorietà" i quali, nella sostanza, sottraggono al lavoratore la titolarità del suo diritto al tfr.

La considerazione del quadro di riferimento normativo induce a concludere che esso non sia dei più rassicuranti. La possibilità che i fondi di previdenza complementare contemplino linee di investimento prudenziali, capaci cioè di assicurare rendimenti comparabili al tasso di rivalutazione del tfr, non costituisce una garanzia soddisfacente se rapportata al corrispondente sacrificio della certezza di ricevere alla cessazione del rapporto un risparmio accantonato annualmente presso il datore. Gli incentivi e le detrazioni fiscali¹¹⁰, inoltre, se riescono in qualche modo a compensare i datori di lavoro per la perdita di una loro fonte di autofinanziamento, dall'altra non accrescono la solidità e le garanzie d'investimento del lavoratore, specie in caso di insolvenza del datore, a causa dell'inapplicabilità alle prestazioni erogate dai fondi di previdenza complementare del Fondo di Garanzia¹¹¹. Non paiono, poi, adeguatamente garantite la parità concorrenziale tra i diversi fondi e la portabilità del credito da un fondo ad un altro, aspetto d'importanza primaria per i lavoratori sempre più caratterizzati da carriere discontinue.

Infine, la scarsa trasparenza delle informazioni relative a tipologie, condizioni di recesso, rendimenti costituiscono il maggiore limite all'esercizio della libertà di scelta del lavoratore, impedendo una decisione veramente consapevole.

5. *Le cause di sospensione del rapporto di lavoro.*

Specifiche considerazioni nell'ambito della struttura del rapporto di lavoro merita il riconoscimento di talune vicende che pur determinando - al loro verificarsi - una temporanea interruzione del rapporto non producono le conseguenze

¹¹⁰ Più precisamente l'art.10 del decreto di attuazione prevede: a) la deduzione dal reddito d'impresa di un importo pari al 4% dell'ammontare del t.f.r. annualmente destinato a forme pensionistiche complementari; per le imprese con meno di 50 addetti tale importo è elevato al 6%; b) l'esonero dal versamento del contributo al Fondo di Garanzia, nella stessa percentuale di t.f.r. maturando conferito alle forme pensionistiche complementari; c) cospicue facilitazioni per l'accesso al credito grazie ad un apposito Fondo di Garanzia istituito dall'art.8, comma 1, del decreto legge 30 settembre 2005, n.203, le cui modalità di funzionamento sono stabilite nel rispetto delle prescrizioni contenute in un apposito accordo; d) una ulteriore compensazione dei costi per le imprese mediante una riduzione del costo del lavoro, attraverso una riduzione degli oneri impropri, correlata al flusso del t.f.r. maturando conferito.

¹¹¹ Tale Fondo, infatti, istituito con l'art.2 della legge n.297/82, garantisce il pagamento del t.f.r. tanto in ipotesi di datori sottoposti a procedure concorsuali, quanto in ipotesi di datori non soggetti, compresi i soci di cooperative di produzione e lavoro. E lo fa con il meccanismo dell'accollo *ex lege*, sussistendo uno specifico vincolo di solidarietà tra datore e Fondo, salva la surroga di diritto da parte del Fondo nei privilegi del lavoratore sui beni del datore. Al contrario, la riforma cerca di sostituire le garanzie della tutela con la convenienza degli incentivi e delle detrazioni che, inevitabilmente svolgono la funzione, puramente *ex ante*, di "attrattiva", cui spesso non corrispondono solidità e garanzia nel trattamento. Tali incentivi, in particolare, si sostanziano per il datore di lavoro, ex art.10 del decreto di attuazione del 2005, oltre che nelle deduzioni e nelle facilitazioni nell'accesso al credito, anche nell'esonero dal versamento datoriale proprio del contributo al Fondo di Garanzia¹¹¹.

tipiche dell'inadempimento contrattuale, ma una sospensione dello stesso con permanenza del vincolo giuridico¹¹².

Esse, in particolare, hanno alimentato il dibattito da parte di studiosi e giudici in ordine all'inquadramento del contratto di lavoro nello schema dei contratti di durata a prestazioni corrispettive ovvero sulla sua peculiarità rispetto allo schema civilistico.

La riflessione giuridica si è incentrata sulla compatibilità di tali eventi con il nesso di corrispettività tra reciproche prestazioni, che impone in assenza di una di esse la risoluzione del rapporto o, in ogni caso, la mancata erogazione della controprestazione retributiva per tutta la durata dell'inadempimento. A tale questione ha avuto accesso l'altra, relativa alla riconducibilità del trattamento economico - riconosciuto in molti casi al verificarsi di queste vicende - all'obbligazione retributiva.

Per l'esito del dibattito è stata decisiva l'impostazione personalistica inaugurata dalla Costituzione.

Le vicende in discorso, difatti, sorte come limitazioni all'autonomia negoziale a seguito della presa di coscienza di un'effettiva disparità tra i contraenti del rapporto di lavoro che rende il lavoratore un "contraente debole", sono state successivamente permeate dalla logica personalistica dell'art. 36 Cost. In sintesi, si è motivato lo scostamento dagli effetti tipici del sinallagma considerando che il lavoratore investe nel rapporto di lavoro prima di tutto le sue energie psico-fisiche e, per tale motivo, va considerato come "persona" esprimente interessi e valori di rilevanza costituzionale. Seppur tra loro diversificate, dunque, siffatte circostanze sono accomunate dalla finalità di tutelare l'interesse dei lavoratori all'occupazione ove sorretto da giustificazioni sociali rispondenti a peculiari esigenze ascrivibili - in fondo - all'interesse generale.

I cennati eventi possono verificarsi nel corso del rapporto in modo più o meno imprevedibile e riguardare la persona del lavoratore oppure il substrato oggettivo della prestazione (vale a dire l'organizzazione del lavoro). L'elemento caratterizzante va ravvisato nel fatto che accadono indipendentemente dalla volontà delle parti, dovendosi poi solo distinguere tra "impossibilità" ovvero "inesigibilità" dell'adempimento della prestazione lavorativa. Nondimeno, tale distinzione è tutt'altro che marginale, specie ove si consideri che è in stretta correlazione con il tipo di fonte da cui proviene la qualificazione.

Non tutti gli eventi, invero, sono tipizzati dal Legislatore, essendo ammesse l'intervento della contrattazione collettiva sia al fine di prevedere ulteriori tipologie, sia di migliorare il regime giuridico predisposto dalla legge.

L'intervento della contrattazione si giustifica come espressione del principio per cui è sempre possibile alle parti di un contratto decidere il concreto assetto dei propri interessi "meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" (art. 1322, co. 2, c.c.). Esso, quindi, non crea particolari problemi di qualificazione, ec-

¹¹² Sulle cause di sospensione del rapporto, Senatori, *Concorso tra cause sospensive della prestazione di lavoro: profili giurisprudenziali*, RIDL, 2002, II, 566; M. Rusciano, *Sospensione del rapporto di lavoro*, Enc. giur.; M. Dell'Olio, *Sospensione del rapporto di lavoro*, D. civ., 1998, XV; R. Santucci, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino, 1993; R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992; Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983; G. Branca, *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Padova, 1971; Torrente, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, RGL, 1950, 1950.

cezion fatta per la questione della computabilità della sospensione nell'anzianità di servizio. Maggiori perplessità sembra creare, al contrario, l'ipotesi di cause non previste neppure in sede di contrattazione¹¹³.

Riguardo alle cause di impossibilità temporanea della prestazione tipizzate dall'ordinamento (malattia, infortunio, gravidanza, puerperio, richiamo alle armi...) il fondamento della tutela è strettamente connesso alla circostanza per cui il prestatore non è fisicamente in grado di lavorare.

Diversamente nei casi di inesigibilità, ove tale fondamento risiede nel riconoscimento da parte dell'ordinamento del diritto del lavoratore alla realizzazione della sua personalità.

In entrambe le ipotesi appare indiscutibile lo scostamento dal nesso di corrispettività inteso in senso tradizionale, sebbene sia opportuna cautela nel parlare di vero e proprio "superamento" del nesso di corrispettività.

Rispetto a tali considerazioni si registra, tuttavia, una chiara tendenza a riconsiderare gli elementi tipici dello schema civilistico; in particolare la "continuità" (che di regola esprime il carattere di durata del rapporto sinallagmatico), da intendersi in termini giuridici e non rigidamente materiali, e la "corrispettività", da stimarsi come valore relativo e non come stretta equivalenza tra prestazioni legate da vincolo di reciprocità.

Per effetto di siffatta impostazione, il lavoratore può conservare il suo posto di lavoro ovvero essere retribuito pur non disimpegnando concretamente la prestazione.

La considerazione dei casi di inesigibilità è di particolare interesse, dal momento che comprende le ipotesi in cui la componente personalistica può essere apprezzata in maniera più agevole.

In tali casi, la tutela scaturisce dalla comparazione tra interesse del datore e del lavoratore, condotta secondo il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c. Talora, l'ordinamento valuta come prevalente rispetto all'inadempimento della prestazione l'esercizio da parte del prestatore d'opera di diritti fondamentali della personalità, tanto da rendere inesigibile la prestazione (come in caso di sciopero, di impegno nell'attività sindacale, di svolgimento di funzioni pubbliche, ...). Tal'altra valuta prevalente rispetto al dovere di lavorare l'adempimento di diritti/doveri parimenti inderogabili, quali l'assistenza al figlio malato.

Il risultato di tale operazione è l'assimilazione delle cause di inesigibilità a quelle di impossibilità in senso tecnico.

5.1. Effetti della sospensione e natura retributiva dell'indennità erogata nei periodi di non lavoro.

A volersi soffermare sulle ipotesi inerenti la persona del lavoratore, va ribadito che l'effetto riconosciuto dall'ordinamento è la sospensione del rapporto di

¹¹³ In tal caso, il principio a carattere generale per cui "l'obbligazione rimane ... sospesa qualora ... la soddisfazione dell'interesse del creditore non sia possibile se non attraverso un'attività ... incompatibile con gli interessi 'più alti' del debitore, nel senso di interessi che in buona fede non possono ritenersi subordinati al rapporto obbligatorio in questione" va temperato con il diffuso riconoscimento della portata eccezionale dei casi di sospensione del rapporto e, quindi, con la difficoltà di un'estensione analogica.

lavoro, assicurando la conservazione del posto di lavoro e, dunque, la permanenza del vincolo contrattuale per un certo periodo di tempo variamente determinato (di solito dalla contrattazione collettiva) nonché, talvolta, la conservazione di tutti (o solo alcuni) gli effetti del contratto, tramite la traslazione del rischio sul datore quale soggetto “creditore” della prestazione.

Il descritto regime si qualifica speciale rispetto al diritto comune dei contratti di scambio (art. 1218 c.c., art. 1265 c.c. e art. 1463 c.c.). E ciò con riguardo al profilo della responsabilità che, di regola, imporrebbero al debitore (vale a dire il lavoratore) di assumere su di sé il rischio dell'impossibilità di adempiere la prestazione, mentre in tal caso soggiace – come già detto – al meccanismo della traslazione del rischio sul datore.

Riguardo, poi, al profilo probatorio, spetta al lavoratore unicamente la prova della sussistenza dello “stato di impossibilità” e non anche che essa sia dovuta a “causa a lui non imputabile” (come invece richiesto dall'art. 1218 c.c. in materia di obbligazioni). Ricade sul datore di lavoro l'eventuale controprova dell'inesistenza della causa di impossibilità o anche - in caso di malattia e infortunio - la prova del dolo del lavoratore nel procurarsi o nel peggiorare lo stato di impossibilità.

Eventuali problemi di imputabilità della causa vanno risolti in tal caso alla stregua del diritto comune delle obbligazioni, tenendo però presente che la diligenza richiesta al lavoratore (ivi compresa la cd. “diligenza preparatoria” di cui all'art. 1175 c.c.) va collocata sul punto di equilibrio fra “l'osservanza del dovere di correttezza nei confronti della controparte ed il godimento dei diritti irrinunciabili del lavoratore inerenti alle pause di lavoro”.

La permanenza del contratto comporta prima di tutto che esso continui a produrre tutti o - il più delle volte - taluni dei suoi effetti in capo sia all'imprenditore che al lavoratore (ad esempio, per il lavoratore, gli obblighi accessori che nascono dal contratto e non presuppongono l'effettiva esecuzione della prestazione, quali l'obbligo di fedeltà di cui all'art. 2105 c.c.). Tale continuità si concretizza nel divieto per il datore di recedere dal contratto, eccezion fatta per l'ipotesi di giusta causa motivata sia da fatti precedenti la sospensione (e venuti a conoscenza del datore durante il periodo di compimento) sia sopraggiunti durante il periodo di sospensione.

Malgrado questo effetto sia comune a tutte le ipotesi di sospensione, non altrettanto omogeneità si ritiene sussistere riguardo alla permanenza dell'obbligo datoriale di corrispondere la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo stabiliti dalla legge, dai contratti, dagli usi o dall'equità. L'assenza nell'ordinamento di una fattispecie generale di sospensione del rapporto di lavoro disciplinata unitariamente e la sussistenza, al contrario, di tante ipotesi ciascuna in relazione a peculiari interessi circoscrivono la regola della corresponsione del trattamento economico ai soli casi in cui ciò sia espressamente previsto.

Ulteriore conferma deriva dalla norma di cui all'art. 2120 c.c. che dispone che in caso di sospensione per infortunio, malattia, gravidanza e puerperio ai fini del calcolo del tfr l'accantonamento deve essere ragguagliato all'equivalente di quanto il lavoratore avrebbe percepito nel caso di normale svolgimento del rapporto. Tale previsione conferma, da un lato, la natura retributiva delle indennità corrisposte e, d'altro, l'esclusione dei casi (aspettativa sindacale, pubbliche funzioni e sciopero ecc.) non richiamati nella formulazione normativa.

La problematica inerente la natura, retributiva o previdenziale, dei trattamenti corrisposti, trova oggi concordi dottrina e giurisprudenza nel senso del riconoscimento della natura retributiva¹¹⁴. La portata di tale riconoscimento, affermatosi tra gli anni Sessanta e Settanta, non è di poco conto dal momento che costituisce la riaffermazione della funzione sociale della retribuzione, senza tuttavia rinunciare ad ammettere la permanenza di uno stretto legame (che sarà oggetto di riflessione in altra parte della presente trattazione), tra le finalità perseguite dall'istituto retributivo e gli obiettivi propri del sistema della previdenza sociale.

In tale contesto un'ipotesi di recente costituzione tra i casi di inattività lavorativa nei quali permane l'obbligo retributivo è ravvisabile nella normativa originariamente prevista per il lavoro temporaneo di cui alla l.n. 196/1997 ed oggi confluita nella materia del lavoro somministrato e del contratto di lavoro intermittente di cui al D.lgs. n. 276/2003¹¹⁵. Al riguardo, costituisce oggetto di dibattito la qualificazione retributiva dell'emolumento, ritenendosi da parte di taluni che essa

¹¹⁴ Sul punto si vedano E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 2002, 288 ss.; T. Treu, *Onerosità*, cit., 240 ss.; Roccella, *I salari*, Bologna, 1986, 184; G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, 153. La persistenza dell'obbligazione retributiva anche in assenza di controprestazione lavorativa viene ricondotta all'operatività dell'art. 36 Cost., ma non manca chi ritiene al contrario che essa sia espressione di una corresponsività da valutarsi non con riguardo alla singola prestazione bensì alla relazione complessiva tra retribuzione e collaborazione. In giurisprudenza, in particolare Cass. 9 aprile 1998, n. 3691, *FI*, 1998, I, 2150; 1 agosto 1986, n. 4957, *RGL*, 1986, II, 266; 20 novembre 1985, n. 6570, *I Prev.*, 1986, 583. I giudici sono assolutamente concordi nel riconoscere la natura retributiva del trattamento economico di malattia erogato dal datore di lavoro. Da tale qualificazione discende, altresì, l'assoggettabilità a contribuzione delle somme corrisposte ed il riconoscimento del ruolo prioritario della contrattazione collettiva nella determinazione del suo ammontare, sempre nel rispetto dell'art. 36 Cost. A tal proposito la giurisprudenza ha chiarito che il contratto collettivo può escludere alcune voci accessorie dalla base di calcolo del trattamento in parola, stante l'assenza nel nostro ordinamento di un principio di omnicomprensività della retribuzione (Cass. 13 febbraio 1992, n. 1786; 7 aprile 1987, n. 3407; S.U. 13 febbraio 1984, n. 1069, *FI*, 1984, I, 680 e *GI*, 1984, I, 1, 1557, con nota di M. Persiani. Alla luce degli orientamenti della giurisprudenza e della contrattazione collettiva va anche esclusa una stretta corrispondenza tra trattamento di malattia ed i minimi retributivi garantiti per effetto dello svolgimento della prestazione lavorativa (Cass. 24 novembre 1995, n. 12146, *RIDL*, 1996, II, 600, con nota di Vitale). Rientra invece nell'obbligazione previdenziale il trattamento riconosciuto alla donna lavoratrice in occasione della maternità e degli eventi ad essa equiparati (adozione, affidamento, interruzione di gravidanza) in quanto posto a carico dell'Inps e solo anticipato dal datore di lavoro.

¹¹⁵ In particolare, l'art. 22, comma 3, del D.lgs. n. 276/2003 in tema di somministrazione prevede che “*nel caso in cui il prestatore di lavoro sia assunto con contratto stipulato a tempo indeterminato, nel medesimo è stabilita la misura dell'indennità mensile di disponibilità divisibile in quote orarie, corrisposta dal somministratore al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso rimane in attesa di assegnazione. La misura di tale indennità è stabilita dal contratto collettivo applicabile al somministratore e comunque non inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali. La predetta misura è proporzionalmente ridotta in caso di assegnazione ad attività lavorativa a tempo parziale anche presso il somministratore. L'indennità di disponibilità è esclusa dal computo di ogni istituto di legge o di contratto collettivo*”. Con riferimento al lavoro intermittente disciplinato dagli artt. 33 ss. dello stesso decreto legislativo, invece, l'art. 36, comma 1, stabilisce che “*nel contratto di lavoro intermittente è stabilita la misura della indennità mensile di disponibilità, divisibile in quote orarie, corrisposta al lavoratore per i periodi nei quali il lavoratore stesso garantisce la disponibilità al datore di lavoro in attesa di utilizzazione. La misura di detta indennità è stabilita dai contratti collettivi e comunque non è inferiore alla misura prevista, ovvero aggiornata periodicamente, con decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sentite le associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale*”.

sia piuttosto di natura risarcitoria, come compensazione del pregiudizio derivante al lavoratore dalla limitazione di disponibilità del proprio tempo. tuttavia, l'orientamento prevalente riconosce la natura retributiva sul presupposto della sua sottoposizione a contribuzione previdenziale, ma soprattutto perché maggiormente plausibile è la sua configurazione quale corrispettivo della messa a disposizione in favore del datore. Ciò la rende quantificabile al di sotto della ordinaria retribuzione, anche se va segnalato un diverso orientamento che ritiene estensibile alla fattispecie i limiti fissati dall'art. 36 Cost.

Degna di rilievo è, ad ogni modo, la considerazione in ordine alla possibilità che le nuove tipologie contrattuali forniscano lo spunto per innovative applicazioni di modelli già noti nell'ordinamento.

6. *La retribuzione nel pubblico impiego: peculiarità del sistema.*

Il processo di privatizzazione e di contrattualizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione ha favorito l'avvicinamento della struttura retributiva pubblica alla retribuzione nell'impiego privato. Tuttavia le peculiarità che permangono, di tipo strutturale, ne impongono la trattazione separata.

Ai fini della presente sommaria indagine, pare opportuno concentrare le diversificazioni ravvisabili nel pubblico impiego a due principali componenti, vale a dire l'interesse pubblico - che incide tramite i meccanismi di controllo e la limitazione della spesa pubblica - e la contrattazione collettiva - alla quale è riconosciuto un ruolo prioritario nell'ambito delle fonti di determinazione della retribuzione.

Partendo dall'ultimo dei due fattori considerati, giova precisare che la disciplina trova attualmente collocazione nel d.lgs. n. 165 del 2001 (cd. Testo Unico sul pubblico impiego). L'art. 45 di tale decreto (riproducendo l'art. 49 del d.lgs. n. 29 del 1993), ribadisce che il trattamento economico del dipendente pubblico “... fondamentale ed accessorio è definito dai contratti collettivi”.

Si conferma, per tale via, il ruolo pressoché esclusivo della contrattazione collettiva nell'attribuire i trattamenti economici, sia riguardo alla componente di base che a quella accessoria¹¹⁶. Siffatto espresso riconoscimento normativo non trova equivalente nell'impiego privato, ad eccezione - come s'è visto - del sistema di contrattazione *erga omnes* previsto dall'art. 39 Cost., che allo stato nessuna attuazione ha trovato presso il nostro ordinamento.

Corollario di tale riconoscimento è la garanzia della “... parità di trattamento contrattuale e comunque trattamenti non inferiori a quelli previsti dai rispettivi contratti collettivi” per il dipendente pubblico.

¹¹⁶ C. Zoli, *Il trattamento economico*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, 2000, 1405; G. Natullo, *Commento all'art. 45*, in A. Corpaci Corpaci, M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche, NLCC*, Padova, 1999, 1300; C. Romeo, *Il trattamento economico nel rapporto di lavoro pubblico “privatizzato”*, Torino, 1998; F. Panariello, *Retribuzione ed incentivi: riserva di contrattazione collettiva e residualità delle determinazioni unilaterali*, in M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *Lo “spazio negoziale” nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, 1995, 337; L. Zoppoli, *Sub art. 11*, in M. Rusciano, T. Treu (a cura di), *La legge-quadro sul pubblico impiego*, Padova, 1985, 66. Cugini A., *Nuovi incentivi retributivi nella pubblica amministrazione*, DRI, 2002, 623.

La parità contrattuale¹¹⁷, la cui esistenza nell'impiego privato è stata - lo si ribadisce - definitivamente esclusa dalla giurisprudenza, comporta l'impegno dell'Amministrazione a non adottare criteri di valutazione differenziati ed ingiustificati per lavori identici, salvo che essi risultino fondati su ragioni oggettive. La contrattazione collettiva ha, dunque, l'ulteriore compito di fornire il parametro cui rapportare siffatta parità. La finalità sottesa a tale previsione è apertamente garantista, dal momento che il prestatore è messo al riparo non solo dal rischio di comportamenti esplicitamente pericolosi, quali trattamenti economici discriminatori o, comunque, tali da creare una discrepanza rispetto all'inquadramento risultante dal contratto collettivo, ma è anche tutelato in caso di elargizione che di fatto possano semplicemente differenziare la sua posizione economica rispetto ai dipendenti che svolgono uguale lavoro¹¹⁸.

Nondimeno, la finalità garantista trova riscontro anche nell'interesse preminente della Pubblica Amministrazione ad assicurare l'efficienza e l'imparzialità della propria azione.

Riguardo alla possibilità che l'Amministrazione introduca trattamenti differenziati tra dipendenti, la problematica s'intreccia con il tema dei rapporti tra contratto collettivo e individuale. Il D.lgs. n. 165 del 2001 prevede, invero, che l'attribuzione dei trattamenti economici al lavoratore possa avvenire "... alle condizioni previste, mediante contratti individuali"¹¹⁹. Malgrado i margini esatti d'intervento del contratto individuale siano tuttora oggetto di dibattito, è fuor di dubbio che esso non possa aggirare la regola, di derivazione legale, della parità di trattamento dei dipendenti pubblici. Nondimeno, il limite della parità posto a garanzia del lavoratore contro qualsiasi arbitrario esercizio del potere datoriale, non è di carattere assoluto ed ammette l'eventualità di differenziazioni.

In altri termini, la differenziazione retributiva (ammessa, come detto, laddove fondata su ragioni oggettive) può trovare applicazione - in virtù della riserva di cui all'art. 45 del decreto - solo ad opera della contrattazione collettiva, cui spetta la fissazione tanto del trattamento economico fondamentale che di quello accessorio, entro i parametri indicati dalla legge.

¹¹⁷ M. Rusciano, *Sulla parità di trattamento nel lavoro pubblico*, in Chiero (a cura di), *Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, 2004; Idem, *Contratto Collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003; C. Zoli, *Il trattamento economico*, cit., 1445. L'autore sottolinea come discriminazione e parità di trattamento siano dotati di affinità ma vanno nettamente distinti. V. Luciani, R. Santucci, *Sub art. 49*, in A. Corpaci, M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione*, cit., 1348.

¹¹⁸ La regola della parità di trattamento è oggetto di discussione anche in sede giurisprudenziale. A proposito della disciplina contrattuale dell'indennità di amministrazione (elemento della struttura della retribuzione nel comparto Ministeri) il T. Roma, con sentenza del 17 dicembre 2001 (su www.formez.it) pur rilevando che il principio di parità di trattamento non si è affermato nel settore privato (da ultimo Cass. 8 gennaio 2002, n. 1326, *RGL*, 2003, II, 566, con nota di M. G. Greco) ne afferma l'esistenza nel lavoro pubblico in base all'art. 45, comma 2, d.lgs. n. 165, ritenendo che anche attraverso di esso l'Amministrazione pubblica garantisce efficienza ed imparzialità alla propria azione. La clausola contrattuale contraria alla regola paritaria deve, dunque, dichiararsi nulla ai sensi dell'art. 1418 c.c. Tuttavia la nullità parziale del contratto non comporta che l'Amministrazione sia condannata al pagamento delle differenze retributive, commisurate al maggior trattamento corrisposto ad alcuni dipendenti, perché il giudice non può sostituirsi alle parti negoziali per determinare il contenuto del contratto. Pertanto la questione va rimessa alla contrattazione collettiva.

¹¹⁹ V. art. 2, comma 3, d.lgs. n. 165/2001.

6.1. *Ruolo dominante della contrattazione collettiva e trattamenti economici accessori.*

Il profilo da ultimo considerato consente di affrontare la questione della differenziazione retributiva sotto la differente prospettiva del suo impiego quale strumento di valutazione e valorizzazione del personale. Al riguardo è fondamentale evidenziare come, diversamente dall'impiego privato, laddove il potere datoriale di fissare trattamenti *ad personam* è relativamente libero ed unilaterale, nell'impiego pubblico tale potere è affidato alla contrattazione collettiva.

L'art. 45, comma 3, del D.lgs. n. 165, in particolare, dispone che spetti ai contratti collettivi fissare la retribuzione accessoria "... secondo criteri obiettivi di misurazione" collegati alla produttività individuale, alla produttività collettiva tenendo conto dell'apporto di ciascun dipendente e, infine, all'effettivo svolgimento di attività particolarmente disagiate ovvero pericolose o dannose per la salute. Ai dirigenti è attribuito il compito di valutare l'apporto partecipativo di ciascun dipendente, entro tali criteri di massima.

Questione dibattuta in dottrina è il carattere tassativo dei criteri suindicati. Quale che sia l'interpretazione corretta del dettato normativo, il dato reale mostra per le tornate contrattuali successive alla sua entrata in vigore la tendenza ad una certa elasticità nell'applicazione. E ciò affidando per buona parte la previsione di trattamenti accessori alla contrattazione integrativa e, sotto altro profilo, introducendo - accanto agli elementi rispondenti ai criteri normativi - ulteriori emolumenti conformi a causali differenti¹²⁰.

Riguardo, poi, ai cennati parametri di valutazione va precisato che essi combinano criteri di tipo obiettivo e, quindi, controllabili e non discriminatori, ed elementi soggettivi (tramite la valutazione dell'apporto partecipativo di ciascun dipendente), la cui presenza risponde tanto all'esigenze di una maggiore attenzione al caso concreto quanto al bisogno di assicurare l'efficienza e l'efficacia del servizio pubblico, mediante l'adozione di modelli di tipo manageriale, mutuati dal settore privato.

Nondimeno, il ruolo centrale della contrattazione collettiva incontra il proprio limite nel controllo di spesa cui è tenuta la Pubblica Amministrazione in funzione del perseguimento del superiore interesse pubblico.

6.2. *Contrattazione collettiva e limiti di spesa.*

A livello macroeconomico, il controllo della spesa pubblica si realizza mediante la fissazione in sede ministeriale delle risorse disponibili per la contrattazione, prevedendosi un contestuale obbligo di inserire nel testo dei contratti clausole di salvaguardia, regolanti la proroga dell'efficacia temporale degli accordi nonché la sospensione dell'esecuzione totale o parziale degli stessi ove l'accertata esorbitanza dai limiti di spesa ne impedisca l'applicazione.

A ciò va aggiunto che, in linea di principio, secondo la dottrina prevalente la riserva alla contrattazione del trattamento economico fondamentale e accessorio dei lavoratori abbia una valenza circoscritta, e cioè vada intesa unicamente come obbligo legale dell'Amministrazione "a trattare" o "a negoziare", e non anche "a

¹²⁰ A. Cugini, *Nuovi incentivi retributivi nella pubblica amministrazione*, DRI, 2002, 623; R. Santucci, *La retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche tra riforme legislative e rinnovi contrattuali del 2000*, LPA, 2000, 491; C. Zoli, *Il trattamento economico*, cit., 1424; V. Luciani, R. Santucci, *Sub art. 49*, cit.

concludere” o “contrarre” necessariamente il contratto collettivo (con la conseguenza che - in tal caso - ai dipendenti pubblici spetterebbe la sola indennità di vacanza contrattuale).

Malgrado tali vincoli paiano a prima vista ridimensionare il potere contrattuale, essi non sono tale da incidere sulla centralità del ruolo della contrattazione collettiva. I condizionamenti derivanti dalla preminenza dell’interesse pubblico incontrano a loro volta, invero, il limite a carattere generale dell’art. 36 Cost., la cui applicazione al lavoro pubblico, dopo iniziali tentennamenti, pare oramai accettata¹²¹. Pertanto, in nessun caso esigenze connesse alla spesa pubblica potrebbero comportare la rinuncia del lavoratore alla retribuzione proporzionata e sufficiente.

Sotto altro profilo, la previsione per cui “... le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall’entrata in vigore dal relativo rinnovo contrattuale” costituisce una disposizione posta espressamente a salvaguardia del ruolo della contrattazione dalle ingerenze della politica e, al contempo, dai possibili condizionamenti provenienti dalle fonti unilaterali “pubblicistiche” (leggi, regolamenti, atti amministrativi).

6.3. *La disciplina del tfr nel pubblico impiego privatizzato.*

Con riguardo, infine, al trattamento di fine rapporto¹²², la disciplina applicabile è il risultato della considerazione congiunta dell’art. 69, comma 2, del D.lgs. n. 165 del 2001, che prevede - in attesa di una nuova regolamentazione contrattuale - della materia, la perdurante applicazione per i dipendenti pubblici della disciplina vigente in materia di trattamento di fine rapporto, e l’art. 2, comma 5 ss., della l.n. 335 del 1995.

Quest’ultima ha disposto che, per i lavoratori assunti dal 1° gennaio 1996 alle dipendenze delle Amministrazioni pubbliche, “i trattamenti di fine servizio, comunque denominati, sono regolati in base a quanto previsto dall’art. 2120 c.c. in materia di trattamento di fine rapporto” demandando alla contrattazione collettiva nazionale il compito di definire le modalità di attuazione della disciplina privatistica.

La scelta del Legislatore è stata dunque di sollecitare l’applicazione ai dipendenti pubblici della disciplina del tfr prevista nel settore privato. Di fatto tale estensione ha dato luogo a numerose difficoltà di adeguamento, specie in fase di transizione dal precedente sistema. In via temporanea si è così fatto ricorso ad un sistema di fonti e di scadenze alquanto articolato, basato altresì su un complesso sistema di calcolo dagli esiti non sempre convincenti. Solo con l’Accordo quadro nazionale in materia di trattamento di fine rapporto e di previdenza complementare per i dipendenti pubblici del 29 luglio 1999 si è provveduto a dare una disciplina definitiva alla materia. Tale Accordo ha anche individuato le voci retributive utili per il calcolo del t.f.r. ai sensi dell’art. 2120 c.c., vale a dire l’intero stipendio tabellare, la retribuzione individuale di anzianità, l’intera indennità integrativa

¹²¹ Va pacificamente respinta la tesi della giurisprudenza amministrativa secondo cui i dipendenti pubblici possono invocare il rispetto da parte del datore di lavoro pubblico dei principi costituzionali di proporzionalità e sufficienza solo subordinatamente alla disponibilità delle risorse finanziarie. Cfr. Tar Lazio, sez. III, 23 ottobre 1997, n. 2351, *LPA*, 1998, con nota di Leardini, 571)

¹²² C. Zoli, *Il trattamento economico*, cit., 1414.

speciale, la retribuzione individuale di anzianità, la tredicesima mensilità, gli altri emolumenti considerati utili ai fini del calcolo dell'indennità di fine servizio comunque denominata ai sensi della preesistente normativa. Si è, inoltre, consentito alla contrattazione di comparto di considerare ulteriori voci retributive non espressamente previste, nei limiti dei vincoli di spesa. In altre disposizioni viene presa in esame la posizione dei lavoratori a tempo determinato, per i quali si prevede una peculiare disciplina.

Attualmente, l'applicazione al settore pubblico della disciplina privatistica del tfr è ben lungi dal dirsi conclusa. L'inspiegabile esclusione del pubblico impiego dalla riforma del tfr attuata con la legge delega n. 243 del 2004 e relativo decreto di attuazione rende tuttora evidenti le diversità tra i due settori e la difficoltà del coordinamento.

Non per questo meno urgente ed auspicabile può ritenersi l'esigenza di raggiungere una compiuta omogeneizzazione nell'ambito di tale disciplina e, insieme ad essa, nell'intera materia retributiva.

TERZO CAPITOLO
LA RILEVANZA DELL'EFFETTIVITA' NELLA NOZIONE EVOLUTIVA DI RETRIBUZIONE

1. *Recenti evoluzioni nelle dinamiche retributive.*

Il percorso argomentativo sin qui articolato ha tentato di enucleare i fattori di maggior incidenza sulla regolamentazione dell'istituto retributivo. Essi sono riconducibili alle vicende del modello di lavoro subordinato e sono determinati, da un lato, dalle esigenze di mercato e, dall'altro, dall'impostazione fortemente personalistica e solidaristica dell'ordinamento costituzionale.

In tal senso, la retribuzione è il prodotto dell'interazione di numerose forze, il cui equilibrio in un dato momento fornisce le coordinate del sistema di relazioni industriali. Su di esso agiscono poi le molteplici fonti di regolazione del modello di organizzazione del lavoro, che intervengono su livelli diversificati e tra loro variamente temperati. Esse, come si è avuto modo di evidenziare, rilevano sia con riferimento alla composizione e alle modalità di erogazione della retribuzione, sia in relazione alle vicende che interessano il rapporto lavorativo nella sua durata, nella specie gli eventi che rendono impossibile la prestazione del lavoratore.

All'interno del quadro così delineato si colloca il processo di graduale scostamento del contratto di lavoro dal rigido nesso sinallagmatico tra prestazione lavorativa e retribuzione, in favore di una crescente attenzione alla dignità della persona del lavoratore quale parametro di determinazione della retribuzione, da valutarsi accanto ed in posizione paritetica rispetto alla corrispondenza alla quantità e qualità del lavoro prestato.

Tale considerazione costituisce la doverosa premessa concettuale per spiegare le attuali dinamiche retributive. Le ragioni del cambiamento traggono origine dall'affermarsi di nuove regole nel mercato, le quali impongono ai datori di lavoro scelte organizzative ispirate a principi originali, per mantenere alta la competitività delle imprese. Le linee direttrici, come sarà meglio precisato nel paragrafo che segue, chiedono maggiore flessibilità sia del "tipo" del lavoro subordinato che del modo di atteggiarsi della prestazione lavorativa rispetto alle esigenze datoriali. In tale contesto, si riconferma il ruolo degli studiosi e dei giudici, quali recettori privilegiati del mutamento in corso, così come quello del legislatore di consolidare e formalizzare quest'ultimo tramite lo strumento normativo. Nondimeno, tale ruolo assume attualmente, molto più che in passato, un dovere non solamente di adeguamento delle modalità e dei tempi di lavoro alle problematiche occupazionali e alle nuove esigenze produttive, ma specialmente di controllo e di salvaguardia delle garanzie minime ed irrinunciabili dei lavoratori. Le ricadute sul modello tradizionale di lavoro subordinato, infatti, danno vita ad una forte destrutturazione, che si accompagna alla disarticolazione e alla variabilità dei tempi e delle modalità di lavoro, rispetto alle quali le priorità dell'ordinamento giuridico diventano sia la difesa dei valori personalistici che la loro estensione ai "nuovi" lavori, sorti al di fuori di quel percorso meglio tracciato nei due precedenti capitoli e non immediatamente combacianti con le modalità e i requisiti di quell'*iter*.

In tal senso, il d.lgs. n. 276 del 2003 e il d.lgs. n. 66 del 2003 (nonché, limitatamente all'impiego pubblico, il d.lgs. n. 165 del 2001) rappresentano senz'altro strumenti finalizzati a temperare la durata e la collocazione della

prestazione lavorativa con le dinamiche occupazionali e le scelte produttive. Non è, però, secondario ricordare come la fonte eteronoma tende progressivamente a cedere il passo alla contrattazione collettiva. Quest'ultima, invero, da tipico strumento di monitoraggio periodico delle tendenze sociali, politiche, economiche entro i confini fissati dalla legge, pare divenire la fonte principale cui il Legislatore espressamente demanda il potere di regolare, anche in senso peggiorativo, taluni aspetti del rapporto di lavoro sino a poco prima reputati intangibili. E ciò in considerazione del fatto che l'autonomia contrattuale è la fonte più vicina alle problematiche occupazionali e quella maggiormente in grado di adeguare le disposizioni legislative alle specificità settoriali o aziendali, tramite il continuo confronto sindacale.

Rispetto a tale contesto, la retribuzione attraversa una fase di cambiamento che solo in minima parte riesce ad essere colta dalla disciplina normativa. Si avverte, in particolare, l'esigenza di individuare un rinnovato parametro di determinazione del compenso che sia, al contempo, comune a tutti i lavoratori a prescindere dalla tipologia e dalle modalità del rapporto. Tale parametro, identificabile con la prestazione effettivamente resa, si candida a diventare il nuovo strumento d'elezione per il confronto tra le problematiche occupazionali ed i mutamenti intervenuti nel mercato consentendo, per il suo tramite, il rinnovamento del modello tradizionale di lavoro subordinato.

1.1. *La frammentazione del modello di subordinazione nell'età della globalizzazione.*

Le logiche del mercato globale hanno indotto negli ultimi anni la trasformazione dell'impresa, imponendo con forza modelli organizzativi e di produzione che si misurano non più con una base di mercato circoscritta ai confini nazionali, ma di carattere accentuatamente transnazionale. A ciò s'aggiunge una forte competitività, indotta e potenziata dalle opportunità assicurate dall'applicazione di innovativi strumenti tecnologici e dalla disponibilità - in tempo reale - di informazioni nonché dalla circolazione di ingenti risorse finanziarie.

Il modello d'impresa di tipo fordista¹²³ mostra, nel mutato contesto, tutti i propri limiti di adeguamento. Le ragioni di tale impedimento vanno ravvisate nel carattere fortemente rigido di questo modello, che si contraddistingue per il suo solido attaccamento al contesto geografico, per la struttura strettamente gerarchica e burocratizzata dell'organizzazione con accentramento delle decisioni unicamente nelle mani delle figure di vertice. Elementi tutti questi che si pongono in antitesi rispetto ai processi attualmente predominanti nell'impresa transnazionale i quali al contrario, pur nella varietà di forme, sono accomunati dalla forte disarticolazione dei momenti decisionali, dal pluralismo dei soggetti coinvolti nell'andamento dell'impresa, dalla molteplicità delle capacità e delle risorse coinvolte.

Le ricadute sul mercato del lavoro e sul rapporto lavorativo paiono inevitabili. Da una parte, infatti, il sistema economico globalizzato determina la segmentazione del mercato del lavoro, che - a sua volta - induce dall'altra parte la frammentazione del rapporto di lavoro tradizionale stabile, indissolubile e a tempo

¹²³ A. Accornero, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, 2002; Coriat, *La fabbrica e il cronometro*, Feltrinelli, 1979. A Ford si deve la *assembly line*, che sostituisce le macchine industriali al lavoro prevalentemente manuale, riducendone i tempi e subordinando ad essi il rendimento della prestazione individuale.

pieno ed indeterminato per l'intera vita lavorativa, in una molteplicità di fattispecie a struttura flessibile e a tempo determinato, dando luogo per taluni ad una vera e propria "polverizzazione" del tipo tradizionale.

In conseguenza, la posizione e la "forza" del prestatore di lavoro nel mercato muta rispetto al passato. Sfumate le certezze derivanti dal modello tradizionale, le aspettative occupazionali del lavoratore sono oggi affidate ad una pluralità di forme contrattuali di breve durata e connotate da condizioni che ripetono solo parzialmente le condizioni e le garanzie del rapporto di lavoro tipico. In siffatto contesto il fattore realmente differenziale diventa il capitale umano. La professionalità acquisita dai dipendenti, attraverso l'esperienza e la riqualificazione professionale, costituisce per le imprese l'unico vero elemento su cui puntare per incrementare la produttività, e dunque, per il lavoratore, l'unica scriminante per essere indispensabile e competitivo sul mercato ed aspirare, così, a forme migliori d'impiego.

Ulteriore conseguenza è il ridimensionamento delle cennate aspettative occupazionali, che non sono più proiettate nella direzione di una stabilità a lungo termine. In sintesi, la vita lavorativa del soggetto risulta caratterizzata mediamente da carriere discontinue, in cui a fasi di lavoro si alternano periodi, anche lunghi, di inattività, percependo salari spesso bassi e non regolari, cui corrisponde una scarsa capacità contributiva. Tale sistema interessa in modo particolare talune categorie più deboli, quali i giovani e le donne.

Le esigenze di tutela, nel caso delle fattispecie di lavoro flessibile, necessitano di essere indirizzate dunque ad evitare prima di tutto l'uso distorto di tali forme contrattuali, spesso al limite con il precariato. Di fronte a questo impegno emerge, tuttavia, nella sua totalità l'inadeguatezza del tipo tradizionale di subordinazione, dal momento che la disciplina applicabile al rapporto di lavoro subordinato è rigida, vale a dire plasmata sulla sua struttura stabile e duratura e non tollerare alcun adattamento. Essa, pertanto, non è in grado di contemperare le esigenze dei lavoratori atipici, i quali sono lasciati privi di tutela riguardo ad aspetti fondamentali della regolamentazione del rapporto di lavoro, in un conteso caratterizzato da un evidente quanto intollerabile vuoto normativo. Dal canto suo, il sistema previdenziale appare tuttora modellato sulle esigenze dei lavoratori subordinati di lunga durata, palesando così un'ulteriore profilo di frattura con il mercato del lavoro e con le fattispecie lavorative discontinue ed intermittenti che il mercato impone¹²⁴. La scelta del modello contributivo, introdotto dalla legge n. 335/1995 (cd. riforma Dini)¹²⁵ adoperando come parametro per il calcolo delle prestazioni previdenziali i contributi versati per l'attività prestata durante la propria vita lavorativa, costituisce un limite penalizzante alla tutela previdenziale dei lavoratori atipici. La discontinuità delle forme contrattuali e la saltuarietà dei corrispettivi determinano, infatti, in capo a questi una scarsa capacità contributiva che si riflette, in maniera inevitabile, sul livello di copertura pensionistica, che è inopinatamente basso. Notevole, poi, è il prezzo da pagare in termini di effettività ed efficacia normativa, non solo con riguardo all'art. 36 Cost., ma anche all'art. 38, comma secondo, Cost. Tale norma, nel porre la prestazione "adeguata" come livello mi-

¹²⁴ Si veda sul punto M. CINELLI, "Nuovi lavori" e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?, *RIDL*, 2005, I, 226.

¹²⁵ Legge 8 agosto 1995, n. 335, recante "Riforma del sistema pensionistico obbligatorio e complementare" e pubblicata sulla G.U. n. 190 del 16 agosto 1995.

nimo di tutela da assicurare ai lavoratori in stato di bisogno, non riduce il sostegno garantito alla stretta corrispettività con l'attività lavorativa prestata, né pone distinzioni fondate sulla natura e sulle modalità del rapporto¹²⁶. Le riforme in materia di previdenza e sicurezza sociale si trovano, invece, nei fatti ad escludere dal loro ambito di applicazione proprio le fasce di lavoratori che, nell'attuale congiuntura, costituiscono una significativa percentuale della forza lavoro occupata, destinata a crescere ulteriormente nei prossimi anni.

1.2. *Aspetti economici delle nuove forme contrattuali, tra flessibilità e precarietà.*

In linea con i propositi della presente sommaria trattazione, giova mettere in evidenza i profili di disciplina delle forme contrattuali flessibili che direttamente interessano il trattamento economico del lavoratore atipico, compreso l'aspetto propriamente relativo all'accesso alle prestazioni previdenziali in virtù del versamento di un certo numero di contributi. Data per acquisita, dunque, la conoscenza della regolamentazione delle nuove fattispecie atipiche, ciò che interessa qui rilevare è la tendenza in esse al complessivo arretramento della soglia di corrispettività. La problematica, invero, investe in maniera diretta la componente della retribuzione rapportata alla qualità e quantità del lavoro prestato, ponendo - anche in sede giudiziale - questioni di compatibilità e di conformità alla retribuzione cd. proporzionata di cui all'art. 36 Cost.

La garanzia retributiva è affidata, in particolare, nel contratto a tempo determinato¹²⁷, al principio di non discriminazione e di parità di trattamento enunciato dall'art. 6 del D.lgs. n. 368/2001, per cui al lavoratore spettano "le ferie e la gratifica natalizia o la tredicesima mensilità, il trattamento di fine rapporto e ogni altro trattamento in atto nell'impresa per i lavoratori con contratto a tempo indeterminato comparabili, intendendosi per tali quei lavoratori inquadrati nello stesso livello in forza dei criteri di classificazione stabiliti dalla contrattazione collettiva, e in proporzione al periodo lavorativo prestato, sempre che non sia obiettivamente incompatibile con la natura del contratto a termine".

Anche con riguardo al trattamento economico del lavoratore part-time¹²⁸, va precisato che trova applicazione il principio di non discriminazione rispetto al

¹²⁶ M. GRANDI, G. PERA, *Commento all'art. 38*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005.

¹²⁷ Sul contratto a tempo determinato, G. Ferraro, *Il contratto di lavoro a tempo determinato, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, Guida al lavoro*, n. 2, 2008, 66 ss.; A. Miscione, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali*, *ADL*, 2006, 662 ss.; L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, *DRI*, 2006, 109 ss.; L. Nannipieri, *La riforma del lavoro a termine. Una prima analisi giurisprudenziale*, *RIDL*, 2006, I; P. Passalacqua, *Autonomia e mercato del lavoro*, Torino, 2006; M. Quaranta, *Il contratto a tempo determinato: autonomia individuale e contrattazione collettiva*, in M. Rusciano M., C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, 487 ss.; M. Ranieri, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, *DLM*, 2006, 335 ss.; M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2005; V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, *DRI*, 2003, 225 ss.; A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001.

¹²⁸ Sul contratto di lavoro part-time, F. M. Putaturo Donati, *Le novità in materia di part-time, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, cit.*, 71; L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Bari, 2007; M. Delfino, *La contrattazione collettiva sul part-time dopo il d.lgs. n. 276/2003: profili teorici e applicativi*, *RGL*, 2006, 133 ss., R. Del Punta, *Diritto della per-*

lavoratore a tempo pieno comparabile, come previsto dal d.lgs. n. 276/2003. Per l'effetto, il lavoratore beneficia dei medesimi diritti di un lavoratore a tempo pieno riguardo all'importo della retribuzione oraria; alla durata del periodo di prova e delle ferie annuali; alla durata del periodo di astensione obbligatoria e facoltativa per maternità; alla durata del periodo di conservazione del posto di lavoro a fronte di malattia, infortuni sul lavoro, malattie professionali; all'applicazione delle norme di tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro; all'accesso ad iniziative di formazione professionale organizzate dal datore di lavoro ovvero ai servizi sociali aziendali. Il calcolo delle competenze indirette e differite avviene, infine, secondo i criteri previsti dai contratti collettivi di lavoro per il tempo pieno. Tale trattamento va, comunque, riproporzionato in ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. E ciò opera con riguardo all'importo della retribuzione globale e delle singole componenti di essa; all'importo della retribuzione feriale; all'importo dei trattamenti economici per malattia, infortunio sul lavoro, malattia professionale e maternità.

Sempre ai sensi del d.lgs. n. 276/2003, i lavoratori somministrati¹²⁹, dipendenti dal somministratore, hanno diritto alla parità di trattamento economico e normativo rispetto ai dipendenti di pari livello dell'utilizzatore, a parità di mansioni svolte.

L'utilizzatore è obbligato in solido con il somministratore a corrispondere ai lavoratori i trattamenti retributivi e i contributi previdenziali: pertanto se il somministratore non dovesse versare il dovuto al lavoratore questo può richiederlo all'utilizzatore, che è obbligato a corrisponderlo. In caso di contratto di lavoro a tempo indeterminato è previsto da parte del somministratore il pagamento di una peculiare indennità, la cui misura viene determinata dal contratto collettivo di riferimento e non può essere inferiore alla misura di 350 euro mensili, secondo quanto previsto da apposito decreto del Ministro del lavoro e delle politiche sociali. Il contratto a tempo indeterminato è soggetto alla disciplina generale dei rapporti di lavoro prevista dal codice civile e dalle leggi speciali e può essere stipulato anche a tempo parziale. Laddove, poi, esso sia stipulato a tempo determinato si applicano al lavoratore somministrato - in quanto compatibile - le disposizioni del contratto a termine.

Nelle fattispecie contrattuali anzidette, il riconoscimento di un'astratta parità di trattamento convive con modalità di svolgimento della prestazione di tipo discontinuo e frammentato. Siffatte modalità in taluni casi, evidenti ad esempio nel part-time verticale e nella somministrazione di manodopera a tempo indeter-

sona e contratto di lavoro, GDLRI, 2006, 195 ss.; R. Santucci, Il part-time nella nuova disciplina: dalla "flessibilità limitata" alla "precarietà"?, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema, Napoli, 2004, 33 ss.; M. Brollo, La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale, ADL, 2002, 723 ss.

¹²⁹ Sulla somministrazione di manodopera, M. Lamberti, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, cit., 74*; M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, 2006; M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in AA.VV., *Commentario al Dlgs 10 settembre 2003, n. 276*, (coordinato da F. Carinci), vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004, 5 ss.; P. Ichino, *La somministrazione di lavoro*, in AA.VV. (coordinato da Pedrazzoli), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al Dlgs 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, 2004, 257 ss.

minato, sono finanche *interne* al rapporto di lavoro, che risulta così caratterizzato da fasi di attività alternate a fasi di inattività in cui permane in capo al lavoratore il vincolo di disponibilità pur in assenza di una vera e propria retribuzione. Il concorso dei cennati tratti determina una retribuzione scarsa e, comunque, non adeguata ai bisogni del lavoratore.

I limiti di tutela delle fattispecie atipiche sono ancor più tangibili nel caso dei contratti a contenuto formativo¹³⁰. Il d.lgs. n. 276/2003 prevede, difatti, sia per i lavoratori assunti con contratto di apprendistato che per quelli assunti con contratto di inserimento, la facoltà del datore di lavoro di inquadrare gli stessi in una categoria inferiore di due livelli a quella spettante ai lavoratori che svolgono analoghe mansioni (art. 53, comma 1, e art. 59, comma 1, del decreto in parola), con attribuzione del trattamento economico corrispondentemente più basso. Le motivazioni poste a fondamento di tale previsione sono oggetto di dibattito da parte della dottrina e della giurisprudenza. Al riguardo paiono poco convincenti i riferimenti alla presenza di una causa mista nel contratto di lavoro ovvero la presenza di agevolazioni contributive o, ancora, l'obiettivo di agevolare la formazione e l'inserimento (o reinserimento) nel mercato del lavoro. Si dubita, in particolare, che questi elementi possano integralmente giustificare l'erogazione una retribuzione inferiore, pur quando il datore riceva dal lavoratore una prestazione di rendimento non inferiore rispetto a quella del lavoratore qualificato¹³¹.

Le vicende retributive incidono, tramite l'obbligo contributivo, sul godimento delle prestazioni previdenziali, determinando per i lavoratori flessibili livelli di protezione sociale assai modesti, quando non del tutto assenti.

Si riscontra, difatti, la generale tendenza ad escludere tale tipologia di lavoratori da talune prestazioni. Non diversa è la conclusione laddove il diritto alla prestazione sia astrattamente riconosciuto, dal momento che difficilmente i prestatori di lavoro flessibile riescono a soddisfare i requisiti per l'accesso al relativo trattamento; ed anche se fosse, esso risulterebbe d'importo alquanto modesto¹³².

Per meglio comprendere la drammaticità del fenomeno, pare opportuno precisare, per ciascuna delle forme contrattuali indicate, l'estensione del trattamento per malattia, maternità, disoccupazione e carichi familiari¹³³.

¹³⁰ Sui contratti a contenuto formativo, A. De Felice, *Contratti con finalità formativa e mercato del lavoro*, in L. Zoppoli, M. Delfino, *Flexicurity e tutele*, Roma, 2008, 17 ss.; M. M. Mutarelli, *La riforma degli incentivi all'occupazione e del contratto di inserimento, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, cit., 50; G. M. Monda, *Le novità in materia di apprendistato, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, cit., 55; G. G. Balandi, *Formazione e contratto di lavoro, GDLRI*, 2007, n. 1, 135; M.V. Ballestrero, *A proposito di inserimento al lavoro e contratti a contenuto formativo*, in L. Mariucci (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa? Le nuove politiche del lavoro*, Bologna, 2006, 75; L. Zoppoli, P. Saracini, *I contratti a contenuto formativo tra "formazione e lavoro" e "inserimento professionale"*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 3 ss.

¹³¹ R. Santagata, *Contratti a contenuto formativo e costo del lavoro*, in L. Zoppoli, M. Delfino, *Flexicurity*, cit., 157.

¹³² C. Lagala, *Lavoro non-standard e nuovo welfare: le alternative per la XV legislatura, LD*, 2007, n. 1, 7 ss.; Id., *Precariato e welfare in Italia*, Roma, 2005; K. J. Biebak, *La tutela sociale dei rapporti di lavoro "atipici" in Germania, LD*, 2003, 441; M. Cinelli, *Politiche dell'occupazione e flessibilità previdenziale, RIDL*, 2000, I, 41 ss.

¹³³ I. Madama, S. Sacchi, *Le tutele sociali degli occupati in nuove forme di lavoro, RDSS*, 2007, n. 3, 557; M. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, 1993.

Fermo restando che per i lavoratori a termine l'indennità di mobilità è espressamente esclusa e l'indennità di malattia non viene corrisposta dopo la cessazione del rapporto, va precisato che per quanto riguarda i lavoratori somministrati, essi hanno diritto alle prestazioni di disoccupazione ordinaria, che - come noto - richiedono il requisito contributivo di 52 settimane accumulate nel biennio precedente la disoccupazione. Un primo limite trova conferma nel dato reale che attesta l'impiegabilità dei lavoratori somministrati in media per circa 14 settimane l'anno (e quindi al di sotto di tale limite). Riguardo l'adeguatezza della prestazione, poi, l'applicazione del principio della neutralizzazione limita l'entità della stessa, giacché esclude dal computo della retribuzione di riferimento per determinare l'indennità di disoccupazione i periodi non lavorati. Pertanto, ove il lavoratore somministrato non riesca a soddisfare i requisiti richiesti, è costretto a richiedere l'indennità a requisiti ridotti, la quale tuttavia soggiace a sua volta al citato principio di esclusione dal computo dei giorni non effettivamente lavorati, dando così diritto a somme alquanto esigue. I lavoratori somministrati, inoltre, non hanno diritto né alla cassa integrazione guadagni né all'indennità di mobilità. In caso di malattia, il prestatore ha diritto alla relativa indennità. Laddove la somministrazione sia a tempo determinato, invero, l'indennità viene corrisposta per un periodo non superiore alle giornate lavorate nei 12 mesi precedenti la malattia e mai dopo la cessazione del rapporto. Per la quantificazione dell'indennità si applica il principio delle giornate effettivamente lavorate. L'applicazione dell'indennità di maternità è pacifica e spetta anche dopo la cessazione del rapporto purché non siano intercorsi più di 60 giorni. Tale prolungamento è, tuttavia, applicato unicamente ove le lavoratrici siano nell'effettivo (e non solo teorico) godimento di un'indennità di disoccupazione, di mobilità o di cassa integrazione guadagni (entrambi questi ultimi esclusi per i lavoratori somministrati), oppure quando non siano trascorsi più di 180 giorni dalla risoluzione del rapporto e le lavoratrici possano vantare almeno 26 contributi settimanali per maternità nel biennio precedente l'inizio del congedo. Quanto alla misura dell'indennità, essa si calcola nella percentuale dell'80% della retribuzione media giornaliera del mese precedente l'inizio del congedo, computando però i soli giorni di effettivo svolgimento della prestazione. In aggiunta all'indennità di maternità, si applica l'assegno di maternità per i lavoratori atipici e discontinui introdotto dalla Legge Finanziaria per il 2000 (L.n. 488 del 1999), che presuppone almeno 3 mesi di contributi nel periodo compreso tra i 18 e i nove mesi antecedenti la nascita (o l'ingresso in famiglia) del bambino; nonché l'assegno di maternità di base, introdotto dalla Legge Finanziaria per il 1999 (l.n. 448 del 1998) per tutte le madri che in generale non beneficiano di alcun trattamento di maternità. I lavoratori anzidetti hanno, infine, titolo per ottenere l'assegno al nucleo familiare. Tuttavia, il fatto che la prestazione possa essere erogata solo in corso di rapporto o in caso di disoccupazione indennizzata penalizza questi lavoratori (specie se a tempo determinato). Ove, poi, si riesca a superare tale requisito, l'entità della prestazione corrisposta resta, comunque, fortemente esiguo.

I lavoratori part-time hanno diritto all'indennità di disoccupazione, che nel caso della modalità "orizzontale" va riproporzionata in ragione del più ridotto numero di ore lavorate. Maggiori problemi sussistono, tuttavia, con riguardo alla modalità "verticale". Ad esempio, in caso di part-time verticale con ciclicità almeno settimanale, le settimane non lavorate non verranno computate ai fini dei

contributi per l'indennità ordinaria di disoccupazione. A parità di ore lavorate, dunque, i part-timers verticali sono svantaggiati rispetto a quelli orizzontali, a causa del riconoscimento di un numero di contributi settimanali inferiore. Oggetto di un vivace dibattito in sede dottrinale e giurisprudenziale, invero, è la questione della possibilità per i lavoratori occupati in part-time ciclico (ad esempio semestrale, con sei mesi di lavoro e sei di riposo) di richiedere la corresponsione dell'indennità di disoccupazione nel periodo di riposo. Una storica sentenza delle S.U. del 2003 ha negato tale possibilità sul presupposto che "la stipulazione di un contratto a tempo parziale su base annua dipende dalla libera volontà del lavoratore contraente e perciò non dà luogo a disoccupazione involontaria, nei periodi di pausa". Nel 2006 la Corte Costituzionale ha fatto proprio tale principio, affermando che "nel tempo parziale verticale il rapporto di lavoro perdura anche nei periodi di sosta, assicurando al lavoratore una stabilità ed una sicurezza retributiva, che impediscono di considerare costituzionalmente obbligata una tutela previdenziale (integrativa della retribuzione) nei periodi di pausa della prestazione".

Quando ne ricorrono le condizioni, i part-timers godono dei cd. "ammortizzatori sociali (cassa integrazione guadagni, indennità di mobilità). Riguardo all'indennità di malattia, occorre nuovamente distinguere tra modalità orizzontale e verticale. Posto che l'indennità spetta anche ove la malattia insorga nei 60 giorni successivi alla cessazione del rapporto (salvo sia a tempo determinato), va precisato che nel part-time verticale la malattia insorta durante la fase di attività viene riconosciuta in misura intera, comprendendo anche le giornate inquadrante nei periodi di pausa lavorativa. All'opposto, in caso di malattia insorta durante la pausa lavorativa, se essa si presenta entro 60 giorni dall'ultimo lavoro, la malattia è indennizzata per la sua intera durata ma in misura ridotta, oltre il suddetto termine - invece - l'indennità spetta in misura intera per i soli giorni effettivamente lavorati.

Alle lavoratrici a tempo parziale spetta il trattamento di maternità. Tuttavia, in ipotesi di part-time verticale, va precisato che ove la maternità abbia inizio in corso di lavoro oppure entro 60 giorni dall'ultimo lavoro il congedo spetta per intero ma la retribuzione presa a riferimento è quella media mensile riproporzionata sui 12 mesi precedenti e non sulla paga quadrisettimanale o mensile pregressa. Ove abbia inizio oltre il suddetto termine, l'indennità spetta solo per i giorni di astensione ricadenti in periodi di prevista ripresa lavorativa, dando luogo ad evidenti carenze di tutela. Quanto all'assegno per il nucleo familiare, riconosciuto in misura intera solo ove la prestazione di lavoro settimanale sia almeno pari a 24 ore, si ripropongono le disparità nel caso del part-time verticale ciclico almeno settimanale, dal momento che il lavoratore non avrà diritto alla prestazione per le settimane ricadenti nella fase di pausa lavorativa.

Ne consegue, pertanto, un quadro complessivo che tende a penalizzare in special modo il tempo parziale verticale, e ciò in misura tanto maggiore quanto più si accresca l'alternanza tra lavoro e pausa lavorativa.

Per concludere, gli apprendisti non hanno diritto all'indennità di disoccupazione, non essendo soggetti al versamento dei contributi per l'assicurazione contro la disoccupazione. Possono, tuttavia, godere dell'indennità in misura ridotta ove raggiungano le 78 giornate lavorative. Parimenti, tali lavoratori non godono dell'indennità di mobilità e della cassa integrazione guadagni. Quanto all'indennità di malattia, essa è riconosciuta solo a partire dal 1° gennaio 2007, in

virtù della Legge Finanziaria per il 2007 (l.n. 298/2006). Il trattamento di maternità è riconosciuto nelle forme e modalità previste per i lavoratori subordinati, così come la disciplina generale del T.U. sulla maternità, così come l'assegno al nucleo familiare. Quest'ultimo, però, trova applicazione unicamente in costanza di rapporto, diversamente da quanto previsto per i lavoratori subordinati. Nel caso dei contratti a contenuto formativo, dunque, si registra una maggiore vicinanza con la disciplina dei lavoratori subordinati ordinari, fermo restando che le modalità di svolgimento del lavoro e la possibilità del sottoinquadramento riducono fortemente l'entità della tutela.

2. *L'effettività quale nuovo parametro di determinazione della retribuzione.*

La diffusione delle forme di lavoro flessibile sprona ad interrogarsi sulla perdurante validità dell'equilibrio tra i fattori retributivi così come affermatosi nel modello di lavoro stabile.

Il problema del costo del lavoro e del livello dei salari è, invero, oggi più che mai un problema strutturale che va affrontato prendendo atto dei cambiamenti desunti dal dato reale, in base a due ordini di considerazioni.

Da un lato, la riflessione sul declino della predominanza riconosciuta al fattore retributivo fisso ed eccessivamente garantista a vantaggio della retribuzione flessibile. Dall'altro lato, l'osservazione di una minore capacità remunerativa del fattore retributivo stesso. Riguardo al primo profilo, la flessibilità salariale è tale da introdurre un elemento di dinamismo nel rapporto di lavoro, in corrispondenza con la flessibilità dei modelli organizzativi. Con riferimento al secondo, si ritiene che il ricorso al lavoro flessibile realizzerebbe un abbassamento della soglia di corresponsività, dal momento che ridurrebbe le garanzie operanti per i lavoratori subordinati a tempo indeterminato in nome del superiore intento di fornire un incentivo all'occupazione¹³⁴.

La problematica - tratteggiata nel corso della presente disamina - in ordine all'esatta ricostruzione dell'obbligazione retributiva, e cioè in termini meramente quantitativi e, quindi, rigidamente rispettosi del nesso sinallagmatico oppure secondo criteri attenti a considerare la dignità del lavoratore e della sua famiglia, si ripropone nel caso delle nuove fattispecie contrattuali con esiti del tutto originali. Essa rifiuta recisamente qualunque ricostruzione dell'obbligazione retributiva in senso strettamente sinallagmatico e si presenta, piuttosto come il risultato di due tendenze. Da una parte, l'attenzione alla prestazione effettivamente resa dal lavoratore quale nuovo parametro di determinazione della retribuzione, dall'altra il rafforzamento della funzione sociale di questa, a sostegno e ad integrazione della funzione strettamente compensativa.

L'effettività¹³⁵, in particolare, è capace di disancorare il compenso erogato dai meccanismi vischiosi della subordinazione tradizionale, specie quelli legati agli automatismi, recuperando la valorizzazione dell'apporto del lavoratore, singolarmente o collettivamente considerato, da valutarsi secondo criteri che premiano la produttività. In tal senso l'effettività non intende riprodurre la logica della stretta corresponsività, pur proponendo l'idea di una corrispondenza tra retribuzione e lavoro effettivo, e neppure cedere agli eccessi della teoria omnicomprensiva, di

¹³⁴ A. Supiot, *Au delà de l'employ*, Parigi, 1999.

¹³⁵ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 397 ss.

cui al contrario costituisce l'antitesi. Essa incarna piuttosto la misura di una disponibilità soggettiva, vale a dire di una collaborazione che, all'interno di una struttura sempre più precaria ed instabile, tende ad assumere caratteri non distanti da quelli di un'obbligazione di risultato. Come tale, la retribuzione di riferimento, non più schiava di meccanismi di tipo automatico, pare in grado di correlarsi in maniera determinante col rendimento e con la partecipazione del lavoratore.

Tale ricostruzione pone evidenti e delicati problemi in ordine al rispetto del precetto della sufficienza della retribuzione, posto a salvaguardia della dignità del lavoratore. Rispetto che, se è irrinunciabile nell'ipotesi del lavoro stabile, risulta a maggior ragione indispensabile nel lavoro flessibile, ove più urgente è il bisogno di tutela e più palese l'assenza di uno strumento adeguato. Entro tale ambito, dunque, accanto alla valorizzazione della retribuzione variabile, si registra un rafforzamento della funzione sociale che estende i suoi effetti verso aree sempre più collocate al confine col sistema previdenziale. In tal senso, le problematiche propriamente retributive, che danno luogo ad erogazione finalizzate al rispetto della dignità umana, tendono a confondersi con le tematiche di derivazione pubblicistica, finalizzate all'inclusione sociale, facendone propri gli obiettivi. E ciò pur se è opportuno precisare che risulta tuttora affidato in maniera prevalente al sistema previdenziale e (in generale) alle politiche per il contenimento del costo de lavoro, il compito di integrare ovvero di soddisfare le esigenze del lavoratore e della sua famiglia.

In sintesi, sono evidenti i segnali di un mutamento in atto nel modo di intendere il fattore retributivo nel rapporto di lavoro, che s'arricchisce di un valore aggiunto. Esso, invero, diviene progressivamente uno strumento in grado di incentivare una maggiore partecipazione del lavoratore ai processi sia decisionali che operativi dell'impresa.

In altre parole, la flessibilità retributiva viene sollecitata come strumento in grado di ridurre il costo del lavoro senza dover rinunciare alla garanzia del lavoratore, cui viene assicurata - in relazione al suo apporto - una retribuzione ulteriore rispetto a quella conseguibile in base ai normali parametri dell'orario di lavoro o dell'inquadramento.

Presenta, dunque, una qualche utilità il tratteggiare in maniera più dettagliata le vicende e le tendenze che caratterizzano la retribuzione nell'attuale compagine. A tale scopo, è opportuno tentare di enucleare i fattori e le condizioni che maggiormente "premiano" il lavoro. La mobilità, l'articolazione dei tempi di lavoro, il ricorso a parametri di valutazione della prestazione che valorizzano la produttività ed il rendimento, la flessibilità delle forme contrattuali, sono tutti elementi che paiono avvalorare la prestazione effettivamente resa dal lavoratore. Resta tuttora dubbia, invero, la possibilità di ricorrere all'influsso di differenti condizioni, come ad esempio quelle ambientali. Quale che sia la scelta in ordine ai fattori su cui puntare, appare chiaro che la valorizzazione dell'effettività della prestazione lavorativa costituirà in misura crescente l'obiettivo prioritario del confronto in materia retributiva, teso tra le esigenze del mercato e la salvaguardia dei livelli di tutela.

In tale seconda direzione si colloca, in particolare la convinzione della necessità di coniugare i profili economici con gli obiettivi della sicurezza sociale per incrementare i livelli occupazionali. Tale coscienza pare a poco a poco consolidarsi nel nostro Paese, in ottemperanza agli *standards* comunitari, come risulta dal

programma di riforma culminato nel cd. “Protocollo Welfare” e, perlomeno sul piano teorico, dal programmatico “Libro Verde sul futuro del modello sociale” varato dal nuovo Governo il 25 luglio 2008. Maggiori sono le difficoltà quando dal piano dei principi si passa a quello della concreta fattibilità dei programmi di riforma, condizionata inevitabilmente dalla disponibilità di risorse finanziarie. Emblematica di siffatta condizione è la situazione di *impasse* in cui grava negli ultimi anni la pur necessaria riforma degli ammortizzatori sociali.

Degna di attenzione è, invero, anche la vicenda del reddito minimo, la cui valenza, anche se spesso messa in discussione riguardo agli esiti raggiunti, mostra come l'esigenza di livelli di tutela economica minimi non siano sopiti successivamente alla mancata attuazione della legislazione sui minimi, benché risulti “recuperata” all'interno di un diverso ambito, vale a dire il sistema di sicurezza sociale.

3. *Le forme di incentivazione nel modello di lavoro stabile e a tempo.*

Tra gli strumenti che tradizionalmente consentono di incentivare il lavoro, contemperando le esigenze aziendali con le aspettative dei lavoratori, si collocano la mobilità ed il lavoro straordinario. Entrambi, sotto il profilo economico, sono computati dalle imprese come componenti dei Costi non variabili, atteso che vengono corrisposti in correlazione a scadenze retributive o di calendario ed in misura fissa. I benefici prodotti da tali sistemi concernono la soddisfazione delle aspettative dei lavoratori sia nel breve che nel medio-lungo periodo, determinando un aumento stabile della retribuzione. Ne consegue uno stimolo motivazionale molto efficace sull'intensità della prestazione lavorativa, adoperato specie per disincentivare gli esodi e controllare il *turn-over* aziendale. La stabilità che caratterizza tali misure, che ne ha consentito l'applicazione all'interno di un modello tendenzialmente molto rigido come quello post-fordista, ne costituisce attualmente anche il limite. Da un lato, infatti, le erogazioni periodiche determinano degli svantaggi il datore sotto forma di costi fissi e difficilmente riassorbibili se non dopo un certo lasso di tempo; dall'altro lato, l'effetto incentivante per i lavoratori tende a snaturarsi a lungo andare, in corrispondenza col consolidarsi in capo ai lavoratori dell'affidamento sulla stabile corresponsione dell'emolumento, che finisce per divenire press'a poco automatico¹³⁶.

Quanto detto spiega in parte la propensione delle imprese a fare leva sulle componenti della retribuzione rientranti tra i Costi variabili quali, prima di tutto, i premi.

E' opportuno, invero, puntualizzare i caratteri e le modalità dei due strumenti anzidetti, a fine di valutarne la compatibilità coi nuovi sistemi produttivi.

3.1. *Benefici e svantaggi della mobilità del personale.*

Il sistema d'inquadramento dei lavoratori prevede l'attribuzione di specifiche categorie e livelli (variamente denominati a seconda dei settori di appartenenza) in relazione alle mansioni effettivamente svolte. A ciascun livello corrisponde un trattamento retributivo minimo fissato nelle tabelle concordate tra le parti contrattuali in occasione dei rinnovi biennali dei contratti collettivi nazionali. Tale sistema si basa, in particolare, sul cd. inquadramento “unico”, che prevede

¹³⁶ S. Malandrini, *I sistemi di incentivazione retributiva individuale*, DPL, 2004, n. 39, III ss.

l'attribuzione del medesimo trattamento retributivo minimo a tutti i dipendenti che rientrano nella medesima scala classificatoria generale a parità di categoria e livello, indipendentemente dalla qualifica giuridica (operaio, impiegato, quadro) o contrattuale (intermedio, funzionario).

Il quadro così delineato mostra che i mutamenti di categoria e di livello, comportanti l'attribuzione del corrispondente trattamento minimo contrattuale, sono strettamente vincolati all'effettivo mutamento delle mansioni disimpegnate¹³⁷. Nondimeno, la mobilità costituisce da sempre un modo per valorizzare il dipendente meritevole, spesso come alternativa all'applicazione di superminimi. I modi attraverso i quali il datore può incentivare il lavoratore riguardano l'attribuzione di una categoria o di un livello superiore; la previsione - in base ad accordi con le parti sociali a livello aziendale - di alcune categorie o livelli di inquadramento intermedi ed integrativi di quelli previsti dai contratti nazionali, da attribuire ai lavoratori inseriti in ruoli che implicano una particolare professionalità individuale che l'azienda ha intenzione di valorizzare; l'attribuzione, poi, di superiori categorie d'inquadramento in corrispondenza con l'assegnazione al lavoratore di mansioni plurime, per premiare la polifunzionalità mostrata; il riconoscimento, infine, di talune indennità direttamente correlate alle mansioni svolte, in funzione di situazioni di particolare onerosità o difficoltà nello svolgimento della prestazione¹³⁸ ed erogate sotto forma di maggiorazioni computate in misura percentuale della retribuzione tabellare ovvero sotto forma di quote retributive fisse, orarie o giornaliere.

In tutte le ipotesi considerate, il fattore incentivante consiste nel soddisfacimento delle aspettative dei lavoratori, che tendono a percepire il riconoscimento della loro professionalità spesso come più gratificante dei benefici economici. Gli svantaggi di tali meccanismi, tuttavia, sono ben noti. Accanto alla considerazione per cui i passaggi di categoria comportano per l'azienda un costo fisso, non riasorbibile come in caso di superminimi, si pone quella riguardante il rischio che l'alterazione degli schemi classificatori faciliti le rivendicazioni, individuali e collettive, dei lavoratori sulla correttezza degli inquadramenti. Queste ultime, poi, vanno intese sia con riguardo a problemi di sotto-inquadramento che di sovra-inquadramento del dipendente¹³⁹. In entrambi i casi, il rischio economico derivante all'azienda dalle vertenze attivabili dai lavoratori è correlato all'estrema ambi-

¹³⁷ Ai fini dell'inquadramento del lavoratore e dell'attribuzione del relativo trattamento economico, le mansioni effettivamente svolte vengono definite secondo un procedimento logico che prevede: 1. la verifica delle mansioni attribuite al lavoratore; 2. la verifica delle voci riportate nel mansionario del contratto collettivo nazionale di riferimento e dei relativi inquadramenti contrattuali; 3. l'operazione di raffronto tra i riferimenti così emersi.

¹³⁸ Questo è il caso, ad esempio, dell'indennità di trasferta per compensare situazioni di disagiata sede, dell'indennità di turno in caso di orari particolarmente gravosi, dell'indennità di reperibilità per risarcire la disponibilità continua del lavoratore, dell'indennità di cassa per compensare particolari responsabilità connesse alla funzione ricoperta.

¹³⁹ A dire il vero, nell'ipotesi di sotto-inquadramento, ovvero di una effettiva variazione delle mansioni valorizzata dal datore non con l'attribuzione della categoria superiore contrattualmente spettante in base al contratto collettivo, bensì attraverso la sola erogazione di un superminimo, l'azienda può dirsi tutelata rispetto a rivendicazioni retributive del lavoratore solo ove l'importo erogato corrisponda o superi la riduzione del trattamento economico complessivo individuale derivante dal sotto-inquadramento, in riferimento agli effetti indotti sugli istituti contrattuali indiretti e differiti. A ciò va aggiunto che l'attribuzione dell'inquadramento inferiore determina una minore gratificazione professionale del lavoratore, producendo fenomeni di disaffezione.

guità della nozione di professionalità, che risulta fondata in misura determinante su elementi discrezionali difficili da verificare.

In controtendenza rispetto al settore privato, si registra nell'ambito dell'impiego pubblico un crescente propensione allo spostamento di risorse verso istituti come le progressioni orizzontali, le posizioni organizzative e le indennità di responsabilità, le quali - pur essendo di recente costituzione - richiamano forme di incentivazione legate alla posizione professionale del lavoratore e alle mansioni svolte. Si riduce, al contempo, la quota di risorse destinata ad un istituto tradizionalmente importante nel settore pubblico, quale la produttività, e scarsamente innovativa si presenta in generale la disciplina contrattuale in materia di trattamenti accessori ad essa correlati¹⁴⁰.

4. *La flessibilizzazione dell'orario di lavoro e la prestazione di lavoro straordinario.*

L'opportunità di articolare in maniera flessibile la distribuzione dei tempi di lavoro costituisce uno degli strumenti più rilevanti in grado di stimolare la flessibilità salariale. In tal senso, il lavoro straordinario costituisce il primo esempio di flessibilità nel rapporto di lavoro ed il solo ad essere tollerato all'interno del modello tradizionale di subordinazione, giacché reputato compatibile col sistema retributivo a tempo. Esso ha rappresentato, per lungo tempo, l'unico tramite per introdurre nel rapporto stabile ed indissolubile una componente di dinamismo¹⁴¹.

Siffatta componente coincide con la deroga alla durata massima della prestazione lavorativa cui corrisponde - per il datore - un costo superiore della prestazione svolta oltre il limite orario normale, che viene erogato a beneficio del lavoratore sotto forma di maggiorazione della retribuzione ordinaria.

Attualmente la problematica del lavoro straordinario s'inserisce nel più ampio contesto delle modifiche della disciplina dell'orario lavorativo ad opera del D.lgs. n. 66/2003, attuativo della Direttiva n. 1993/104/Ce (come modificata dalla Direttiva n. 2000/34/Ce) e della l.n. 39/2002 (legge comunitaria 2001). Entro tali limiti si registra una minore propensione verso l'impiego al lavoro straordinario, in corrispondenza con l'intensificarsi dell'utilizzo di altre forme di flessibilità oraria, comportanti minori costi sia per il datore in termini di maggiorazioni economiche che per il prestatore, in termini di eccessivo impegno delle energie psichiche¹⁴².

¹⁴⁰ G. Bolego, *Recenti evoluzioni contrattuali in materia di retribuzione e orario di lavoro*, in M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli, *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, cit., 351 ss. Va, comunque, sottolineato che sussistono notevoli differenze tra i vari comparti. Ad esempio, nei Ministeri la quota degli straordinari e della produttività è rimasta sostanzialmente immutata e quest'ultima è addirittura aumentata, mentre poche sono le risorse assegnate alle posizioni organizzative. Analogamente nell'ambito degli Enti Locali, dove però gli straordinari sono diminuiti. Riguardo alla retribuzione accessoria legata alla produttività, i contratti collettivi ne determinano spesso una distribuzione a pioggia e generalizzata, di regola differenziata per livelli d'inquadramento e presenza. In altri casi, il Fondo per il trattamento accessorio viene distinto in due parti, di cui una assegnata coi criteri poco selettivi anzidetti, l'altra effettivamente destinata ad incentivare progetti specifici di miglioramento della produttività e della qualità dei servizi offerti, a vantaggio di un numero limitato di dipendenti.

¹⁴¹ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 419.

¹⁴² Tra i primi commenti sul d.lgs. n. 66/2003, A. Casotti, *Organizzazione dell'orario di lavoro e tutela del lavoratore*, *DPL*, 2003, 1953; P. G. Soprani, *Orario di lavoro: alcuni spunti da sciogliere*, *DPL*, 2003, 1955; A. Millo, *Nuova definizione dell'orario di lavoro*, *DPL*, 2003, 2585; A. Ma-

Ciò non significa che il lavoro straordinario non sia stato direttamente interessato dalla riforma dell'orario di lavoro. Nell'ambito della tendenza alla flessibilizzazione della gestione oraria, infatti, anche per la prestazione straordinaria si registra l'aumento delle prerogative riconosciute alla contrattazione collettiva in chiave derogatoria (operante non solo *in melius*, ma anche *in pejus* rispetto alla norma). In materia di straordinario, in particolare, siffatti poteri incidono su tre profili determinanti della disciplina, sino ad ora appannaggio esclusivo delle disposizioni normative, vale a dire la fissazione di limiti quantitativi allo svolgimento del lavoro straordinario anche oltre il limite delle 250 ore annuali¹⁴³; la facoltà di aggirare il vincolo della "volontarietà" del lavoro straordinario sostituendo il consenso del lavoratore con la previsione contrattuale¹⁴⁴; ed, infine, la libertà di determinare l'esistenza e l'ammontare della maggiorazione per la prestazione svolta in misura eccedente all'orario normale¹⁴⁵.

Da ultimo, va segnalato che con d.l. n. 93 del 27 maggio 2008 (convertito con modificazioni nella l.n. 126 del 24 luglio 2008), al fine conclamato di salvaguardare il "potere d'acquisto delle famiglie", si è disposta tra l'altro la detassazione in via sperimentale delle prestazioni di lavoro straordinario e supplementare, oltre che dei premi di produttività¹⁴⁶.

resca, *Durata massima dell'orario di lavoro e contrattazione collettiva*, DPL, 2003, 2999; R. Del Punta, *La riforma dell'orario di lavoro. D.Lgs. 8 aprile 2003 n. 66*, DPL, 2003, 22 (inserto), IV; L. Tartaglione, *La riforma dell'organizzazione dell'orario di lavoro*, MGL, 2003, 429; M. Viceconte, *La nuova organizzazione dell'orario di lavoro*, LPO, 2003, 1150; A. Allamprese, *Osservazioni sul decreto 66/2003 di attuazione della direttiva sull'orario di lavoro*, su www.unicz.it/lavoro/allamprese.htm.

¹⁴³ G. Bolego, *Recenti evoluzioni contrattuali*, cit., 364 ss. L'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 66/2003 prevede che lo svolgimento di lavoro straordinario, in mancanza di disciplina contrattuale applicabile, potrà essere effettuato "previo accordo tra datore di lavoro e lavoratore, per un periodo che non superi le 250 ore annuali". Tuttavia, dall'esame dei rinnovi contrattuali emerge che il limite delle 250 ore è stato confermato dalla maggior parte dei contratti. In proposito, il CCNL Tessili abbigliamento (Confapi) del 4 maggio 2004 prevede all'art. 33 un doppio limite annuo, vale a dire il limite massimo pari a 180 ore per ogni singolo lavoratore e quello annuo aziendale pari a 130 ore per dipendente. L'Accordo Metalmeccanici (Confindustria) del 22 gennaio 2004 ha invece previsto un limite diversificato a seconda delle dimensioni aziendali, ovvero 250 ore annue per le imprese fino a 200 dipendenti, 200 ore per tutte le altre. Il Protocollo d'Intesa per le cooperative relativo al CCNL Assologistica del 20 luglio 2004 ha previsto al contrario un tetto massimo pari a 300 ore.

¹⁴⁴ Si ritiene che non sia sufficiente l'introduzione di qualsiasi disciplina dello straordinario per stabilire l'obbligatorietà del lavoro straordinario. Come chiarito dalla circolare del Ministero del lavoro n. 8 del 2005 perché possa essere superato il limite della volontarietà "è necessario che esista un contratto collettivo applicato ovvero applicabile, inoltre è necessario che il contratto collettivo disciplini il ricorso al lavoro straordinario".

¹⁴⁵ Al riguardo, il d.lgs. n. 66/2003, abrogando l'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923, ha fatto venire meno la maggiorazione legale pari ad almeno il 10% della retribuzione per il lavoro ordinario. I rinnovi contrattuali hanno di regola previsto il riconoscimento di maggiorazioni superiori al 10%.

¹⁴⁶ Le modifiche apportate, in sede di conversione in legge, al d.l. 93/2008 hanno confermato l'applicazione dell'imposta sostitutiva delle imposte sul reddito, pari al 10%, nel limite di 3.000 euro lordi, per i titolari di redditi di lavoro dipendente che non abbiano superato, nel periodo d'imposta 2007, 30.000 euro lordi. Essa viene riconosciuta, in via sperimentale (dal 1° luglio al 31 dicembre 2008), sulle somme relative alle prestazioni di lavoro straordinario, ai sensi del D.Lgs. n. 66/2003, effettuate dal 1° luglio al 31 dicembre 2008 (art 2, comma 1, lett. a, del d.l. 93/2008); alle prestazioni di lavoro supplementare, ovvero prestazioni rese in funzione di clausole elastiche effettuate dal 1° luglio al 31 dicembre 2008, e con esclusivo riferimento a contratti di lavoro a tempo

La normativa introdotta in sede di sperimentazione non ha tardato a suscitare accesi dibattiti incentrati sui rischi di tale manovra. Anche a voler soprassedere sul timore di ingiustificate disparità di trattamento, insito nel fatto che la detassazione sembra avvantaggiare più gli uomini che le donne (notoriamente meno impegnate nello svolgimento di lavoro straordinario), favorisce solo i lavoratori che appartengono ai settori produttivi che fanno maggiore ricorso allo straordinario ed, infine, esclude dal suo campo di applicazione i dipendenti pubblici, numerosi restano i punti dibattuti. Tra questi, la considerazione per cui tale disciplina determinerebbe delle distorsioni nel funzionamento del mercato a vantaggio dei lavoratori più forti, ma soprattutto delle imprese, non più assoggettate all'azione deterrente data dal maggior costo del lavoro straordinario. Sotto altro profilo, viene messo in evidenza che la normativa, al di là dei danni arrecati all'erario, tende ad incentivare meccanismi di sollecitazione al super-lavoro dannosi per il benessere sia individuale che della società¹⁴⁷. Tali considerazioni sono probabilmente alla base della scelta del Governo, in sede di decreto-legge cd. "anticrisi" varato il 28 novembre 2008, di non rinnovare anche per il 2009 la sperimentazione della detassazione degli straordinari, diversamente da quanto disposto per i premi aziendali.

4.1. *Flessibilità oraria, variabilità salariale e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.*

Il legame tra flessibilità oraria e variabilità salariale, come anticipato, trova puntuale ed attenta considerazione nel d.lgs. n. 66/2003. Tale decreto ha inciso sulla materia dei tempi di lavoro non solo intervenendo sulla disciplina sostanziale, ma anche sul rapporto tra legge ed autonomia collettiva (nella nota mettere il progresso).

Si conferma la centralità del ruolo della contrattazione collettiva nella gestione dei tempi di lavoro, al punto da derogare anche *in melius* alle norme di legge. Nondimeno, s'avverte nell'esperienza dei contratti rinnovati successivamente al decreto una certa propensione a recuperare il potere sindacale in chiave non più solo derogatoria dei vincoli legali, ma piuttosto di protezione, tramite la fissazione se necessario di appositi limiti contrattuali all'eccessiva liberalizzazione, anche se di fatto meno restrittivi di quelli eteronomi. Peraltro, giova precisare che la contrattazione riveste in tema di orario una posizione peculiare.

Da una parte, difatti, la mancanza nel dettato normativo di una specifica ripartizione della materia tra i vari livelli di contrattazione apre la strada per la prima volta anche alla contrattazione aziendale, pur nei limiti del raccordo con quella nazionale.

Dall'altra parte, la contrattazione collettiva giunge a racchiudere in sé le due anime che contraddistinguono la disciplina del tempo in cui il prestatore lavora, vale a dire sia quella propensa a valorizzare la gestione flessibile di

parziale, stipulati prima del 29 maggio 2008, data di entrata in vigore del Decreto Legge (art 2, comma 1, lett. b, del d.l. 93/2008).

¹⁴⁷ M. R. Gheido, A. Casotti, *Imposta sostitutiva per straordinari e premi di risultato*, DPL, 2008, n. 24, 1397 ss.; P. Ichino, Intervento su *La Repubblica*, 25 maggio 2008; M. Richiardi, Intervento su *www.lavoceinfo.it*, 13 maggio 2008.

quest'ultimo, che quella garantista volta a provvedere alla tutela dei tempi di non lavoro.

Sono in linea con la prima considerazione, le disposizioni normative che hanno previsto l'abrogazione dei limiti di durata alla prestazione giornaliera, con riguardo sia all'orario normale che a quello straordinario¹⁴⁸ ricavabile dal combinato disposto degli artt. 1 e 5 del r.d.l. n. 692/1923¹⁴⁹. Al suo posto, hanno fornito una definizione di orario di lavoro, inteso come "qualsiasi periodo in cui il lavoratore sia a lavoro, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle funzioni"¹⁵⁰. Sotto altro profilo, le nuove disposizioni hanno radicalmente modificato la disciplina legale dell'orario settimanale¹⁵¹. Abrogando la disciplina previgente, che prevedeva un limite massimo di 52 ore settimanali, comprensive di 40 ore settimanali di orario normale¹⁵² e dell'orario massimo straordinario¹⁵³ il decreto ha delegato alla contrattazione collettiva la facoltà di stabilire la durata massima, nel rispetto del limite medio delle 48 ore per ogni periodo di sette giorni, da calcolarsi come media rispetto ad un arco temporale di 4 mesi, elevabile a 6 o a 12 mesi dalla contrattazione collettiva di qualsiasi livello (cd. "orario multiperiodale")¹⁵⁴.

Le disposizioni in discorso mostrano, dunque, come la determinazione dell'orario di lavoro sia uno strumento in grado di imprimere grande flessibilità al rapporto, capace di contemperare la presenza della forza lavoro nell'impresa alle esigenze della produzione, in assenza dell'aggravio di costi dato dal ricorso allo straordinario. Alla luce di siffatte considerazioni, pare corretto affermare che, in

¹⁴⁸ 8 ore di orario normale più 2 ore di straordinario.

¹⁴⁹ Tale innovazione ha suscitato dubbi in dottrina sulla legittimità costituzionale rispetto all'art. 36, comma 2, Cost., nonché di violazione della clausola di non regresso contenuta nell'art. 18, par. 3, della direttiva Ce n. 104/1993 (ora confluito nell'art. 23 della direttiva Ce n. 88/2003). Tuttavia, le parti sociali non sembrano aver mostrato interesse per la problematica. Nondimeno, sono pochi i contratti che hanno previsto un limite di durata massima assoluta della giornata lavorativa, concentrati specialmente nel settore dell'edilizia; ad esempio il CCNL Edili (Confindustria) del 20 maggio 2004 ha previsto un massimo di 10 ore giornaliere, cos' come il CCNL Edili (Cooperative) del 24 maggio 2004.

¹⁵⁰ Art. 1, co. 2, lett. a) del d.lgs. n. 66/2003.

¹⁵¹ Art. 4 del d.lgs. n. 66/2003.

¹⁵² Ai sensi dell'art. 13, comma 1, l.n. 196/97.

¹⁵³ Ai sensi dell'art. 5 del r.d.l. n. 692/1923.

¹⁵⁴ G. Bolego, *Recenti evoluzioni contrattuali*, cit., 361 ss. I recenti rinnovi contrattuali si sono mostrati attenti alle potenzialità dell'orario multi periodale. Nel CCNL Studi Professionali del 9 luglio 2003 le parti sociali hanno realizzato due modelli alternativi, caratterizzati da una diversa disciplina a seconda della distribuzione scelta. In base al primo modello, si ammette il superamento dell'orario normale sino al limite delle 44 ore settimanali per un massimo di 24 settimane l'anno, cui corrisponde un incremento del monte ore annuo di permessi retribuiti pari a 30 minuti per ciascuna settimana. In base al secondo, si prevede una flessibilità massima in particolari periodi dell'anno sino al limite delle 48 ore settimanali per un massimo di 24 settimane, con una compensazione maggiore rispetto alla precedente, pari a 60 minuti per ogni settimana. Tale soluzione pone una duplice limitazione allo svolgimento dell'orario flessibile, vale a dire - da un lato - un numero massimo di settimane durante le quali è possibile superare l'orario normale - dall'altro - il riconoscimento del periodo di riposo compensativo che rende più oneroso per il datore il superamento delle 40 ore di orario normale di lavoro. Nel CCNL Occhiali (Confindustria) si prevede una maggiorazione oraria del 20% per le opere prestate in eccesso rispetto all'orario normale, mentre il CCNL Cemento, calce e gesso (Confindustria) ha previsto una maggiorazione del 10%. I contratti del settore pubblico risultano, invece, scarsamente innovativi, limitandosi in genere a confermare la disciplina precedente.

generale, gli orari flessibili consentono di gestire la prestazione di lavoro in relazione alle reali esigenze dell'impresa, realizzando in altre parole una gestione “*su misura*” della forza lavoro. La tendenza a liberalizzare l'accesso alla flessibilità oraria è rivolta, in combinazione con gli altri fattori di cambiamento indotti dal nuovo contesto economico, a determinare la graduale marginalizzazione del lavoro straordinario quale fonte di retribuzione maggiorata rispetto a quella spettante per la prestazione ordinaria. A tale tendenza si ricollega, tuttavia, il duplice vantaggio di sgravare il datore di lavoro dal maggior costo connesso all'utilizzo del lavoro straordinario¹⁵⁵ e di garantire al lavoratore un beneficio non direttamente quantificabile in termini di economici¹⁵⁶, bensì nelle forme della conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro.

Tale ultima problematica investe propriamente il profilo “garantista” della normativa in materia di orario di lavoro. In siffatto ambito, rientra la disciplina dei riposi, sia settimanali pari a 24 ore consecutive che giornalieri nella misura delle 11 ore consecutive che, infine, delle pause giornaliere¹⁵⁷, e delle ferie, tutte derogabili a determinate condizioni ad opera della contrattazione collettiva.

Le finalità di tutela, al centro dell'interesse sia comunitario che nazionale, aspirano al raggiungimento di un equilibrio migliore tra la vita professionale e la vita privata della lavoratrice e del lavoratore sul presupposto per cui moduli flessibili di organizzazione consentono di lavorare senza trascurare le responsabilità familiari ed esorcizzando una volta per tutte il timore che la cura della famiglia e della persona si accompagni necessariamente (specie per le lavoratrici) alla penalizzazione della carriera, alla perdita delle competenze acquisite o, nel peggiore dei casi, alla totale estromissione dal mercato¹⁵⁸.

Tale profilo s'intreccia in maniera diretta col sostegno assicurato dagli strumenti promozionali di un moderno modello di *Welfare state*. Ma di questo si tratterà più ampiamente in seguito.

5. *Le nuove forme di retribuzione variabile.*

Nel 1957, Ludovico Barassi nel prendere in esame la problematica della retribuzione variabile concluse ritenendo che la questione non riguardasse la sfera dei problemi giuridici del diritto ma avesse il sapore “*di spicciola prassi aziendale*”¹⁵⁹.

Da allora, il peso della componente variabile del trattamento economico del lavoratore (che neppure il noto autore aveva potuto fare a meno di considerare, pur concludendo per l'irrelevanza giuridica) non solo si è accresciuto trovando

¹⁵⁵ Senza, dunque, dover rinunciare ad una gestione maggiormente rispondente ai bisogni dell'impresa.

¹⁵⁶ Come nel caso della maggiorazione da lavoro straordinario.

¹⁵⁷ 10 minuti se si superano le 6 ore di lavoro.

¹⁵⁸ R. Santucci, *Flexicurity e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro*, *DLM*, 2007, n. 3, 581. Si vedano pure L. Calafà (a cura di), *Paternalità e lavoro*, Bologna, 2007; Biancheri, *Mercato del lavoro, famiglia e politiche sociali: un'analisi sociologica delle carriere femminili*, *LD*, 2006, 580 ss.; Trifiletti, *Il concetto di conciliazione e le pratiche quotidiane: un'analisi comparata in cinque paesi europei*, in Simonazzi (a cura di), *Questioni di genere, questioni di politica*, Carocci, 2006; 27 ss.; S. Scarponi, *Il quadro normativo relativo alla “conciliazione tra lavoro professionale e lavoro di cura”*, *ibidem*, 51 ss.; Villa, *Famiglia, impresa, società: gli effetti delle politiche di conciliazione*, *ibidem*, 63 ss.; Da Roit, Sabatinelli, *Il modello mediterraneo di welfare tra famiglia e mercato*, *SM*, 2005, n. 2, 173 ss.

¹⁵⁹ L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, III, Milano, 1957, 42.

spazio in ambito normativo, ma vede progressivamente aumentare la sua incidenza nella struttura della retribuzione complessivamente erogata al lavoratore.

La riconfigurazione dei processi organizzativi dell'impresa (di cui si è detto poco sopra) porta a privilegiare obiettivi legati al perseguimento della maggiore efficienza produttiva, tramite la valorizzazione delle capacità professionali espresse dalle risorse umane disponibili. Il superamento in atto dei modelli organizzativi rigidamente gerarchici e verticistici ed il contestuale consolidarsi di nuovi assetti complessi e dinamici, che coinvolgono i lavoratori in una pluralità di rapporti e di processi, sia decisionali che operativi, rendono quindi opportuno il ricorso a strumenti incentivanti. Questi, infatti, sono capaci di adeguare il costo del lavoro a tipologie di rapporti con la forza lavoro sempre più dinamiche e destrutturate e, al contempo, di puntare alla valorizzazione economica delle prestazioni, adoperandola come leva motivazionale per gratificare l'apporto individuale e collettivo dei lavoratori.

Tali aspetti - secondo recenti analisi - comportano un incremento massiccio degli elementi aggiuntivi legati all'incentivazione nell'ambito del costo complessivo del lavoro, attualmente valutabile intorno al 6,33%, vale a dire in percentuale maggiore rispetto a quella di ogni singolo elemento retributivo diretto (ad eccezione del minimo tabellare) e indiretto (ad eccezione di ferie, gratifica natalizia e tfr)¹⁶⁰.

La conseguenza della rilevanza (sia in termini percentuali che in valore assoluto) riconosciuta a tali componenti della retribuzione è la presa di coscienza del fatto che nessuna politica retributiva che intenda incidere sul tessuto più profondo delle dinamiche salariali può oggi prescindere dalla loro attenta considerazione.

5.1. *Nuove forme incentivanti ed istanze partecipative.*

Il dibattito in ordine alle implicazioni della variabilità salariale nella materia retributiva nasce nell'ambito della dottrina economica, come tentativo di risolvere la questione dell'opportunità di coinvolgere i lavoratori, individualmente e collettivamente, nell'andamento dell'impresa.

In ambito giuridico, la tematica si sviluppa con il diverso intento di fornire una risposta e, al contempo, uno sfondo ai mutamenti del modello di relazioni industriali, contrassegnato dal passaggio da un sistema tradizionale di tipo rigido ad uno flessibile, di cui gli strumenti retributivi variabili finiscono per divenire l'emblema. Tale obiettivo prospetta, in particolare, la collocazione del dinamismo retributivo quale opportunità di superamento del tipico rapporto conflittuale tra lavoratore e imprenditore. Sul piano del rapporto tra le fonti, esso sollecita altresì un maggiore dinamismo dell'autonomia collettiva (spesso ferma su posizioni meramente difensive) incentivandone l'intervento a livello aziendale.

Gli elementi retributivi variabili attualmente richiamati dai contratti collettivi rappresentano, invero, la maturazione e la ridefinizione di strategie retributive già note in passato nella gestione d'impresa, quali - a livello collettivo - i premi di produzione degli anni '80 e - a livello individuale - le diffuse prassi aziendali di concedere premi di fine anno o agevolazioni ai lavoratori più meritevoli. I criteri

¹⁶⁰ In base alle rilevazioni nazionali di Federmeccanica del 2002, *Ventiseiesima indagine annuale sull'industria metalmeccanica*.

invocati sono stati, ad esempio, il minor assenteismo, l'accrescimento della professionalità, la maggiore disponibilità alla flessibilità oraria¹⁶¹.

L'orientamento più recente tende alla progressiva formalizzazione di tali approcci, in origine sorti in un contesto discrezionale e circoscritto. Si registra, infatti, un loro impiego sempre più sistematico che, partendo dalle qualifiche dirigenziali si estende a quelle propriamente impiegatizie, secondo due direttrici: da un lato, attraverso sistemi fortemente articolati promossi a livello internazionale, dall'altro, con sistemi strettamente correlati alla particolare realtà aziendale cui ineriscono e, quindi, difficilmente estensibili ad altre realtà.

L'idea sottesa a tale scelta di fondo è quella di razionalizzare il costo del lavoro rispetto alle nuove dinamiche del mercato e, ad un tempo, indurre la fidelizzazione dei dipendenti sostituendo il soddisfacimento del lavoratore basato sulla stabilità del rapporto e del relativo compenso con la gratificazione derivante dal riconoscimento, anche economico, del personale apportato dato, individualmente o attraverso il lavoro di gruppo, all'azienda¹⁶².

La direzione anzidetta viene inaugurata con il Protocollo del 23 luglio 1993 che, riconsiderando i livelli di contrattazione collettiva, affida agli accordi aziendali il compito di vincolare una parte del trattamento economico "agli incrementi di produttività, di qualità ed altri elementi di competitività ... nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa". In particolare, mentre alla contrattazione nazionale viene riconosciuta la funzione di definire procedure, tempi e contenuti degli accordi sui premi, compito della contrattazione decentrata è fissare le concrete modalità degli stessi. Preliminare a tale attività è, nelle intenzioni del documento, la previsione di una fase di confronto con le parti sociali¹⁶³.

Nell'esperienza contrattuale aziendale successiva al Protocollo non è agevole ritrovare la bipartizione che la dottrina prevalente ritiene di desumere dal testo del 1993, tra sistemi "incentivanti" (caratterizzati da una quota variabile del salario collegata ai risultati quantitativi e qualitativi del singolo lavoratore o dell'intera impresa) e sistemi "partecipativi" (contrassegnati da una frazione di salario collegata a indicatori di redditività aziendale quali il profitto, l'utile lordo, l'utile netto, ovvero alla *performance* finanziaria dell'impresa).

Nella prassi aziendale si riscontra piuttosto un uso promiscuo¹⁶⁴ degli indici di produttività e di redditività (più ricorrenti rispetto a quelli di qualità e di effi-

¹⁶¹ A. Alaimo, *Sistemi partecipativi e incentivi di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, DRI, 1991, 21 ss.

¹⁶² A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 403 ss.

¹⁶³ V. art. 3 del Protocollo del 23 luglio 1993. M. D'Antona, *Il Protocollo sul costo del lavoro e "l'autunno freddo" dell'occupazione*, RIDL, i, 1993, 411, ora in *Opere*, Giuffrè, 2000, 359; Ricci, *Il Protocollo del 23 luglio 1993 sul costo del lavoro, vero l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali*, RGL, I, 1993, 279; T. Treu, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetti contrattuali e struttura della retribuzione*, RGL, I, 1993, 215; U. Romagnoli, *Il sindacato dopo l'accordo: la partecipazione possibile*, Bologna, 1993, 5; A. Maresca, *Contrattazione e concertazione*, ADL, 2000, 187. Per un approccio teorico, Bellardi, *Concertazione e contrattazione: soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Bari, 1999.

¹⁶⁴ Una sommaria disamina dei contratti collettivi mette in evidenza che i premi vengono oramai - di regola - correlati "all'andamento economico della impresa ed al conseguimento degli obiettivi di incremento della produttività, di miglioramento della qualità e della competitività complessiva dell'azienda" (tra gli altri, Contratto collettivo aziendale Adivar, 2000, settore commercio, Contratto collettivo aziendale Ikea, 2001). E' pur vero che gli indici di redditività e produttività posso-

cienza), che danno luogo ad un unico tipo di erogazione a struttura composta capace, in quanto tale, di rispecchiare e di modularsi variamente in funzione dei bisogni dell'impresa. Siffatta combinazione, se da una parte conduce a prevedibili difficoltà di classificazione degli emolumenti di volta in volta adottati dal datore di lavoro, dall'altra spinge ad interrogarsi in ordine alle finalità e, in particolare, sulla permanenza degli obiettivi inizialmente previsti per ciascuno dei due "tipi" indicati nel Protocollo.

Al riguardo, pare corretto affermare che alla formale ripartizione degli obiettivi vada sostituita la valorizzazione della prevalente funzione, comune alla pluralità delle erogazioni in discorso, che valorizza la capacità dello strumento retributivo variabile di rendere il lavoratore partecipe dell'andamento economico dell'azienda in cui collabora. In altri termini, l'uso congiunto degli indicatori disponibili rende la prestazione del singolo funzionale non soltanto al suo eventuale impegno aggiuntivo rispetto al normale adempimento né semplicemente ai risultati raggiunti dall'azienda a prescindere dal suo particolare apporto, bensì al complesso dei fattori di produzione.

In sintesi, la funzione prestabilita trascende le finalità connesse ai singoli indicatori economici per concentrarsi sul ruolo che assume il lavoratore rispetto alla definizione del trattamento economico che gli spetta. In tal senso, essa può definirsi "partecipativa".

Occorre, d'altronde, precisare che sotto il profilo terminologico siffatta partecipazione è da intendersi solo in senso economico e non va, quindi, assimilata a forme di partecipazione "forte". Queste ultime concretizzano un diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge, alla gestione delle aziende in armonia con le esigenze della produzione e trovano fondamento normativo nel disposto di cui all'art. 46 Cost. Esse, dunque, sono espressione di un coinvolgimento del lavoratore molto più penetrante, realizzabile attraverso un modello tuttora inattuato dall'ordinamento, non avendo il Legislatore mai provveduto ad emanare quelle norme cui la disposizione costituzionale ha subordinato l'avviamento di siffatto modello.

Nondimeno, il coinvolgimento del lavoratore nell'andamento economico d'impresa quale risulta dall'utilizzo degli elementi variabili della retribuzione non esclude che esso possa essere letto come rinnovato interesse, almeno in via tendenziale, verso i sistemi partecipativi¹⁶⁵, finora invero scarsamente rilevanti ma non per questo del tutto privi di spunti stimolanti.

L'azionariato dei dipendenti (art. 2349 c.c.), ad esempio, ha avuto una certa diffusione in Italia tra gli anni '80 e '90, sulla scorta di analoghe manifestazioni d'interesse diffuse nel resto dell'Europa. In tale tipologia la dimensione partecipativa caratterizzante la retribuzione incentivante va oltre la posizione soggettiva rivestita dal lavoratore singolo in azienda, mettendo in rilievo il profilo della sua appartenenza al gruppo omogeneo dei lavoratori, interessato in quanto tale alla

no avere un peso diverso all'interno della struttura del premio e la stessa denominazione di questo potrebbe essere indicativa dell'obiettivo perseguito in via principale.

¹⁶⁵ L. Zoppoli, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, DLRI, 2005, 373; Weiss, *La partecipazione del lavoratori alla società europea*, DRI, 2003, 132; Baglioni, *Lavoro e decisioni nell'impresa*, Bologna, 2001, 31; B. Veneziani, *Vimercati, La partecipazione in Europa tra Costituzione, legge e contrattazione collettiva*, L'impresa al plurale, in *Quaderni della partecipazione*, 1999, 3-4; Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

stabilità aziendale. In tal senso, l'azionariato recupera taluni aspetti proprio della partecipazione agli utili e del salario di produttività, collocandoli in un contesto partecipativo di tipo collettivo, in cui l'obiettivo finale è la realizzazione di un modello organizzativo d'impresa di tipo integrato. A tale scopo, essenziale è il ruolo del sindacato, cui viene affidato l'esercizio di una funzione di controllo, informazione e consultazione fortemente intrecciato nelle maglie del contesto aziendale, determinando una rigida procedimentalizzazione delle scelte aziendali e arginando così la discrezionalità dell'imprenditore. Il modello dell'azionariato dei dipendenti induce più che mai a riconsiderare l'utilità di forme partecipative nell'attuale contesto di destrutturazione del tradizionale modello d'impresa rigido e gerarchizzato. Tuttavia, qualsiasi riflessione esige preliminarmente di verificare le ragioni per le quali l'azionariato dei dipendenti non ha avuto esiti significativi nel nostro sistema, non riuscendo realmente a radicarsi nel contesto produttivo¹⁶⁶.

Da tutto quanto precisato in ordine alla retribuzione variabile, emerge che i tempi non siano maturi per verificare la validità e l'eshaustività di tali forme, certo è che gli elementi aggiuntivi rappresentano il paradigma di un diverso modo di intendere la struttura retributiva. Allo stesso modo, essi costituiscono un elemento sintomatico di una differente prospettiva nel modo di concepire nel suo complesso il sistema di relazioni industriali, il quale proprio nell'equilibrio tra le componenti della retribuzione trova oggi il suo terreno di massimo confronto.

5.2. *Due sistemi per valorizzare l'apporto del lavoratore all'andamento economico dell'impresa a confronto: il salario di produttività e la retribuzione per obiettivi.*

All'interno della quota retributiva legata a parametri di produttività, qualità e competitività, il salario di produttività e la retribuzione "per obiettivi" costituiscono due sistemi in grado di valorizzare l'apporto del lavoratore all'andamento economico dell'impresa¹⁶⁷.

Nondimeno, diverse sono nei due casi le modalità di applicazione, la fonte di regolamentazione e la tipologia di destinatari. Il salario di partecipazione è la quota di retribuzione negoziata al secondo livello di contrattazione e determinata in base alla valutazione del rendimento complessivo di un gruppo di lavoratori, secondo parametri di efficienza e redditività aziendale. La retribuzione per obiettivi è espressione della discrezionalità del datore di lavoro - anche laddove tale discrezionalità si collochi all'interno di accordi - ed ha come principale destinatario il singolo lavoratore.

Il salario legato alla produttività, dunque, costituisce applicazione delle previsioni formalizzate nel Protocollo del luglio 1993 sulla ripartizione della contrattazione collettiva in livelli non sovrapponibili. L'Accordo, in particolare, affida la quantificazione del salario di produttività (che in ipotesi potrebbe anche coincidere con l'intero ammontare del trattamento economico da corrispondere)

¹⁶⁶ A. De Felice, *La retribuzione*, cit., 407; A. Pizzoferrato, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governante e democrazia economica*, RIDL, I, 2005, 243; A. Alaimo, *Gli effetti della partecipazione azionaria dei lavoratori sul governo dell'impresa: il caso italiano*, LD, 2003, 616.

¹⁶⁷ M. Marazza, *Lavoro e rendimento*, ADL, 2004, 539, nonché in *Studi in onore di M. Persiani*, Padova, 2005, 713 ss.; C. Cester, *Profili di scarso rendimento del lavoratore*, *ibidem*, 619 ss.; A. Niccolai, *Retribuzione variabile, minimi salariali e autonomia individuale*, LD, 1998, 350-352; R. Pessi, *Retribuzione variabile e fattispecie di lavoro subordinato*, ADL, 1997, 48 ss.

alla contrattazione collettiva aziendale, sul presupposto che tale livello, per la sua maggiore prossimità alla realtà produttiva, consenta di meglio valutare i criteri per determinare la retribuzione variabile. A ciò s'accompagna generalmente un trattamento previdenziale e contributivo più favorevole. Nel complesso, pertanto, tale sistema tenta di realizzare l'obiettivo della flessibilità retributiva per ridurre il costo del lavoro senza rinunciare alla tutela del lavoratore, al quale viene garantita - secondo il suo apporto - una retribuzione ulteriore rispetto a quella conseguibile in base all'orario di lavoro o all'inquadramento.

Tale obiettivo si realizza mediante il meccanismo dell'incentivazione. La misura descritta, infatti, è finalizzata a premiare il rendimento complessivo di un gruppo di lavoratori, che concorrono a realizzare un obiettivo condiviso. L'apporto del singolo è preso in considerazione solo in un successivo momento, vale a dire quando - conseguito il risultato - si provvede alla distribuzione del beneficio conquistato dal gruppo.

Diversamente dal salario di produttività, la retribuzione per obiettivi viene corrisposta su base individuale ai soggetti che rivestono posizioni professionali ritenute, in un dato momento, di peculiare interesse per i risultati economici dell'impresa. La finalità contingente di tale strumento, ovvero far fronte a priorità di settore di volta in volta emergenti nel contesto aziendale, caratterizza tale emolumento per l'ampia discrezionalità del datore, sia riguardo all'obiettivo da perseguire che all'ammontare del compenso, in genere proporzionato al grado di perseguimento dello scopo prefisso. Si tratta, dunque, di uno strumento dove la componente di variabilità è ancor più forte, stante la possibilità pressoché incondizionata del datore di determinarne la durata della misura, di sopprimerla e poi ripristinarla in forme e con modalità diversificate, di destinarla infine a posizioni professionali ogni volta diverse.

Malgrado la retribuzione per obiettivi, collocandosi oltre la soglia di sufficienza ed in perfetta rispondenza con la nozione di proporzionalità, non ponga più dubbi rispetto alla sua conformità all'art. 36 Cost., ciò non esime dal valutare le implicazioni nascenti dai nuovi equilibri tra le vicende del lavoratore e quelle dell'impresa¹⁶⁸.

In quest'ottica s'inseriscono agli antipodi la previsione, da una parte, che in caso di mobilità orizzontale il lavoratore possa perdere il trattamento erogato e, dall'altra, che il datore non possa sopprimere il trattamento in discorso in presenza di atti negoziali o comportamenti concludenti idonei a determinare nel lavoratore l'affidamento sulla stabilità della corresponsione. Entrambe tali previsioni sono coerenti con il carattere variabile dell'erogazione, che ne giustifica tanto la modificazione incondizionata quanto la stabilità ove tale carattere venga meno.

5.3. *I premi e i benefits nelle strategie gestionali dell'impresa.*

Tra le forme retributive che compongono la quota legata al rendimento il premio resta quella d'utilizzo più diffuso.

E ciò in considerazione dei tratti caratterizzanti che ne evidenziano la considerevole flessibilità. Basti tener presente il riconoscimento su base individuale, l'erogazione in un'unica soluzione per comprendere il perché costituisca uno strumento particolarmente adatto ad interventi mirati e temporalmente circoscritti.

¹⁶⁸ Sulla questione F. Leardini, *Obbligazione retributiva, flessibilità salariale e posizioni giuridiche soggettive*, LD, 2000, 189 ss.

Diversamente dai trattamenti a carattere continuativo, il premio consente di adeguare il costo aziendale (ed il conseguente effetto incentivante) a valutazioni condotte in prossimità dell'evento di effettiva erogazione, vale a dire in corrispondenza dell'acquisizione di una maggiore chiarezza sulla situazione aziendale e può essere rimosso al sopirsi delle esigenze che l'avevano determinato. E ciò in assenza di vincoli, ad eccezione di quelli fissati da eventuali accordi con le parti sociali oppure di quelli scaturenti dalle discipline che consentono - in cambio - la fruizione di peculiari agevolazioni fiscali e contributive. Nondimeno, il limite del premio è da ravvisarsi nella necessaria limitazione del suo impiego a pochi casi e per periodi circoscritti, per evitare che un uso ripetuto legittimi il consolidamento in capo ai lavoratori del diritto a percepirlo (secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente) e ne snaturi così il carattere flessibile.

I descritti benefici permettono di differenziare gli attuali premi da quelli adoperati a partire dagli anni '80 ed entrati a far parte della contrattazione collettiva. L'odierna tendenza è, difatti, nel senso della scomparsa, da una parte, dei premi in cifra fissa e, dall'altra, dei premi rapportati a singoli requisiti considerati individualmente, ad esempio la gratificazione del prestatore per la presenza al lavoro. Riguardo al primo profilo si sottolinea il rafforzamento della natura variabile dei nuovi premi mira proprio ad evitare ogni rischio di alterarne la genuina ed originaria natura; con riferimento al secondo, si tende sempre di più a considerare il premio in funzione di molteplici requisiti (produttività, rendimento, presenza, ecc.) in combinazione tra loro¹⁶⁹.

A seconda dell'obiettivo, i premi possono essere variamente denominati, anche se - come già detto - tale denominazione ha solo carattere indicativo, dal momento che ciascun emolumento nasce dalla combinazione di più indici. Si ricordano, a titolo esemplificativo, i premi concessi per motivi di merito, quelli riferiti all'anzianità aziendale, quelli ancora derivanti dal buon andamento economico/produttivo dell'azienda o legati ad episodi particolarmente significativi della vita aziendale e, infine, quelli volti al contenimento dell'assenteismo aziendale.

I premi beneficiano, come gli straordinari, dell'applicazione in via sperimentale - ai sensi del d.l. n. 93/2008, convertito con modificazioni - dell'imposta sostitutiva delle imposte sul reddito, pari al 10%, nel limite di 3.000 euro lordi, applicabile ai titolari di redditi di lavoro dipendente che non abbiano superato, nel periodo d'imposta 2007, 30.000 euro lordi. Ai fini dell'operatività della decontribuzione, tuttavia, occorre che i premi abbiano le caratteristiche "incentivanti", vale a dire che vengano erogati in relazione ad incrementi di produttività, ad innovazione ed efficienza organizzativa, e ad altri elementi di competitività e redditività legati all'andamento economico dell'impresa¹⁷⁰. Da ultimo, in data 28 novembre

¹⁶⁹ G. Bolego, *Recenti evoluzioni contrattuali*, cit., 348 ss. L'uso promiscuo trova conferma, ad esempio, nel CCNL Metalmeccanici (Confindustria) del 7 maggio 2003, nel CCNL Occhiali (Industria) del 27 maggio 2004, nel CCNL Tessili del 28 maggio 2004, nel CCNL Commercio del 2 luglio 2004, nel CCNL Cooperative sociali del 26 maggio 2004. Fa eccezione l'Accordo siglato il 15 giugno 2005 dall'Ente Poste S.p.A. che, per contenere il fenomeno dell'assenteismo, prevede un *bonus* di 100 euro per chi non fa assenze, ridotto a 60 in caso di assenze da uno a tre giorni, fino ad annullarsi all'aumentare delle assenze. In tal caso è assente il riferimento ad ulteriori requisiti.

¹⁷⁰ In tal ambito, si ricorda che la Circolare congiunta dell'Agenzia delle Entrate e del Ministero del Lavoro n.49/2008, fornendo i primi chiarimenti in ordine alle modalità applicative di tale agevolazione fiscale, ha chiarito che l'imposta sostitutiva del 10% si applica, altresì sulle somme cor-

2008, è stato approvato il d.l. cd. “anticrisi” che prevederà la proroga della detassazione del salario di produttività, vale a dire premi e incentivi, per redditi fino a 35mila euro l'anno (dai 30mila attuali) per tutto il 2009. E' stata, inoltre, raddoppiata la parte di reddito su cui applicare gli sgravi, che passa da 3mila euro l'anno a 6mila euro. Non è stata, invece, prorogata la detassazione sugli straordinari. La tassazione agevolata dei premi è stata estesa, infine, anche ai lavoratori pubblici del comparto sicurezza (che riguarderà un bacino di circa 500 mila persone).

Diversi dai premi sono i *benefits*, che stanno avendo una crescente diffusione nelle aziende e trovano il loro antecedente nei compensi in natura erogati in origine specie nell'ambito del lavoro agricolo.

La prassi dei *benefits* trova nel mutato contesto economico d'impresa nuove applicazioni, incarnando uno strumento di riduzione del costo del lavoro (stan- te l'esenzione dai relativi oneri contributivi) e di fidelizzazione dei dipendenti¹⁷¹.

Destinati ai lavoratori con qualifiche più elevate, essi si presentano come integrazioni della retribuzione corrisposta sia in forma individuale sia in forma collettiva.

Non in tutti i casi, tuttavia, è possibile applicare il trattamento più favorevole consistente nell'esenzione contributiva¹⁷². Tra quelli ricompresi, si annoverano, all'esito di un annoso contrasto giurisprudenziale, i rimborsi spese e l'indennità di trasferta ad eccezione del caso dei trasfertisti abituali.

5.4. *Vecchie e nuove modalità di incentivazione: un confronto.*

La rapida disamina dei compensi anzidetti, se da un lato rivela il collegamento con sistemi e strumenti retributivi variabili del passato, dall'altro fa affiorare le dissomiglianze con questi ultimi e induce a domandarsi in che termini essi possano dirsi ancora attuali.

Riguardo al cottimo, sistema considerato dalla maggioranza degli studiosi quale antecedente dell'attuale retribuzione variabile, i limiti di compatibilità con l'attuale contesto economico sono evidenti. In tale sistema, invero, il rendimento risulta legato (a differenza dei premi) ad un unico parametro, vale a dire l'intensità o ritmo lavorativo che condiziona l'*an* e il *quantum* della retribuzione.

risposte dal datore di lavoro in relazione ad incrementi di produttività, innovazione ed efficienza organizzativa ed altri elementi di competitività, determinati in ambito territoriale, sulla base di indicatori correlati all'andamento congiunturale ed ai risultati conseguiti dalle imprese di uno specifico settore a livello territoriale. Pertanto, tale precisazione della C.M. n.49/2008 comporta che possano essere assoggettati al regime fiscale agevolato anche gli incrementi di produttività riconducibili, per il settore edile, all'elemento economico territoriale, di cui all'art. 38 del CCNL dei lavoratori edili.

¹⁷¹ E ciò, considerata la natura dei beni riconosciuti, quali l'uso del mezzo aziendale, l'abitazione, le spese sostenute dal datore per i figli dei dipendenti, per circoli aziendali ricreativi, per spacci o bar aziendali.

¹⁷² Sul punto si segnala l'orientamento giurisprudenziale consolidato che, interpretando restrittivamente l'elencazione contenuta nella legge n. 335/1995, esclude la contribuzione unicamente per i *benefits* - espressamente elencati o meno - che sono rivolti alla collettività ovvero a specifiche categorie di lavoratori - che non hanno natura retributiva in quanto rivestono natura di servizio sociale, mentre la riconosce per tutte le erogazioni (quali quelle non previste nell'elenco della legge) che sono finalizzate ad incentivare la produttività della risorsa umana in azienda, entrando così a tutti gli effetti nell'oggetto dello scambio.

L'erogazione è dunque funzionale al problema dei tempi di lavoro e alla necessità di incrementare il ritmo produttivo nel contesto aziendale¹⁷³.

L'entità di tale incremento, tuttavia, correlata in modo incisivo ai tempi e ai rendimenti del ciclo produttivo e non influenzabile dall'attività del lavoratore, tende oggi a ridursi, cosicché il cottimo - anziché essere uno strumento d'integrazione effettiva della retribuzione percepita - viene confinato piuttosto nel ruolo di limite "negativo" della produzione, vale a dire di incentivo a non rallentare il processo produttivo. Ed invero gli indici caratteristici di tale sistema, fondati sulla rilevazione dei tempi, dei coefficienti di maggiorazione e dei metodi di calcolo dell'utile, suscitano un interesse sempre minore nelle imprese.

Non va sottaciuto d'altra parte che un indice comune sia a vecchi che nuovi strumenti incentivanti esiste ed è dato dalla valorizzazione dell'assiduità del lavoratore. Tale criterio, tuttavia, ha gradualmente mutato il suo significato superando la valenza di mero indicatore dell'intensità lavorativa. Esso diventa, piuttosto, un indice idoneo a fornire, tramite la verifica della continuità nell'adempimento del lavoro, la "misura" della partecipazione del lavoratore.

In conclusione, giova precisare che malgrado da più parti si riconosca al cottimo di aver costituito l'antecedente dei moderni sistemi di retribuzione variabile, va ammesso che lo stesso è rimasto legato a parametri propri di un modello in via di superamento, come il tempo, la qualità e la quantità del lavoro. All'opposto, esso pare ignorare i fattori che maggiormente rilevano oggi nella determinazione della componente variabile della retribuzione.

Con riferimento al sistema retributivo della partecipazione agli utili il confronto coi nuovi strumenti mette, invece, a nudo un modello in cui la prevalenza degli aspetti finanziari - contrassegnata dal fatto che il lavoratore partecipa alla ripartizione degli utili netti conseguiti dall'impresa - costituisce il principale limite ad un suo impiego in chiave "moderna", rendendolo invero meno attuale rispetto alle forme di "azionariato dei dipendenti", in ragione delle quali il lavoratore acquista la proprietà dell'impresa seppur in maniera parcellizzata.

Sotto altro profilo, poi, non v'è spazio sufficiente per il rimando ad indicatori economici di redditività, atteso che gli utili da ripartire sono quelli netti d'impresa e, per le società soggette all'obbligo di pubblicazione del bilancio, sono quelli risultanti dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato.

Tuttavia, il carattere suppletivo della disposizione di cui all'art. 2102 c.c., sulla determinazione del compenso nella partecipazione, comporta l'applicabilità di questa solo nel caso in cui sia assente una regolamentazione della materia da parte della contrattazione collettiva e individuale. Ciò, dunque, dà alle disposizioni collettive la possibilità di determinare diversamente l'utile. In tal caso è possibile utilizzare gli indicatori di redditività tipici dei premi come parametro più adeguato per determinare anche l'utile da ripartire¹⁷⁴.

¹⁷³ Nel passaggio dal lavoro autonomo al lavoro subordinato, tale sistema ha subito oltretutto la perdita graduale di buona parte della sua carica incentivante per diventare una componente fissa della retribuzione. Nella specie, essa ha costituito per lungo tempo l'unica modalità di incremento della paga-base.

¹⁷⁴ Ad ogni modo, il potere collettivo di stabilire cosa sia utile e cosa non lo sia attiene a profili meramente economici legati al risultato ed è lungi dal consentire la partecipazione dei lavoratori alle scelte gestionali che si collocano a monte del risultato conseguito.

Quanto, infine, alla differenza tra i nuovi premi e i tradizionali premi di produzione nati dall'esperienza sindacale, va rilevato che questi ultimi - come già anticipato - sono incrementi in cifra fissa e non contengono differenziazioni quantitative tra lavoratori, attenendo all'unico profilo della consistenza dei beni prodotti. Nel caso dei premi attualmente applicati, al contrario, si è visto come gli indici di produttività e redditività hanno riguardo ad un momento successivo rispetto alla produzione, ovvero all'effettivo risultato conseguito dall'impresa. Tale circostanza fa sì che l'erogazione sia correlata al conseguimento di un obiettivo finale e, quindi, non sia prevista in caso di mancato raggiungimento di questo.

6. *Il connubio necessario tra mercato e Welfare quale punto di partenza per la riforma del sistema di relazioni industriali.*

La funzione sociale della retribuzione, mutuata dall'art. 36 Cost. e concretizzata nel dare copertura ad una serie di eventi non rientranti nella relazione di stretta corrispettività, mostra una tendenza espansiva dell'istituto retributivo al confine con il sistema previdenziale. Ciò rende talora difficoltoso riconoscere la natura (retributiva o previdenziale) di taluni istituti ove se ne considerino le modalità di finanziamento ovvero la finalità - si pensi tra tutti all'assegno al nucleo familiare, che valorizza la funzione familiare e sociale della retribuzione da lavoro dipendente. Questo è il caso anche dell'inclusione all'interno della composizione e struttura retributiva del trattamento di fine rapporto e dei cd. ammortizzatori sociali.

Lo stretto legame tra retribuzione e prestazione previdenziale trova giustificazione nell'opportunità di adoperare il rapporto contributivo, cardine del sistema previdenziale, per redistribuire la quota necessaria a riportare alla soglia della sufficienza quelle retribuzioni che altrimenti non la raggiungerebbero. In tal senso, esso è espressione, da una parte, della più generale correlazione tra lavoro e sistema previdenziale (di cui costituisce un aspetto senz'altro dominante) e, dall'altra, della presa di coscienza del bisogno di un'adeguata politica sociale per colmare i limiti dell'obbligazione retributiva nell'attuale contesto economico.

In altri termini, l'obiettivo è quello di riconoscere al sistema previdenziale una funzione compensativa al fine di estendere e rendere effettivo il diritto alla giusta retribuzione, attraverso politiche volte ad erogare sussidi e finalizzate a tutelare il lavoratore, la sua famiglia, il *Welfare* del lavoro. In questo contesto s'inseriscono misure come cassa integrazione, mobilità, indennità corrisposte per lavori socialmente utili, assegni al nucleo familiare rivolti a persone prossime alla fascia dell'esclusione sociale, che intervengono a colmare un'insufficienza grave del reddito da lavoro e delle tutele occupazionali, troppo spesso inadeguate.

Siffatta corrispondenza d'intenti assume i caratteri di un'esigenza improcrastinabile nel nuovo contesto politico-economico.

L'espandersi di forme di occupazione "*non-standard*"¹⁷⁵ e la connessa frammentazione delle carriere dimostrano che lo sviluppo economico non può prescindere da interventi finalizzati a garantire una tutela sociale in grado di renderlo sostenibile. La sicurezza sociale dev'essere, anzi, lo strumento principale per accelerare il progresso economico ed incrementare l'occupazione. Non sfugge ad un'attenta considerazione l'intento ambizioso sotteso alla decisione di trattare

¹⁷⁵ C. Lagala, *Lavoro non-standard*, cit., 7.

congiuntamente le problematiche inerenti il mercato del lavoro e gli aspetti strettamente previdenziali, vale a dire temi che, in un sistema fortemente settorializzato come il nostro, sono ritenuti inconciliabili a causa della loro eterogeneità. Tale scelta è, invero, il risultato della presa di coscienza sulla necessità di superare il presupposto che esista un invalicabile *trade-off* tra progresso economico e Stato sociale. Convinzione questa che ha condotto in passato a reputare efficienza ed eguaglianza obiettivi tra loro incompatibili, confinando il *Welfare State* al ruolo residuale di garante di sussidi economici per far fronte alla situazione di bisogno di chi è escluso dal processo produttivo¹⁷⁶.

Occorre, al contrario, promuovere una crescita economica duratura, equilibrata e sostenibile, sia dal punto di vista finanziario che sociale, in quanto crescita ed equità possono essere letti come obiettivi che si rinforzano a vicenda. Una crescita economica sostenuta, difatti, genera risorse che possono essere utilizzate per interventi miranti a sviluppare una maggiore competitività, generare occupazione di qualità, assicurare equità e pari opportunità per tutti i cittadini¹⁷⁷.

6.1. *Mercato e Welfare: prospettive di riforma.*

Riguardo ai modi di attuazione del connubio tra mercato del lavoro e *Welfare*, due sono le direzioni programmate. Sul piano della competitività e dell'occupazione, occorre puntare principalmente sul capitale umano e sulla riqualificazione professionale. Sul piano sociale, è indifferibile la ridefinizione del sistema di *Welfare State* italiano verso il modello, d'ispirazione britannica, del *Welfare to work*, cioè verso uno Stato che, in linea con la formula *to make the work pay*, stimoli l'integrazione dei lavoratori nella società e nel mondo del lavoro, non limitandosi più ad un sostegno esclusivamente *passivo* bensì sollecitando interventi propulsivi di tipo *attivo* che operano su livelli diversificati, quali la prevenzione, l'informazione, la formazione, l'inserimento e/o reinserimento sociale¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Sul punto, v. M. CINELLI, *Riforma del mercato del lavoro e welfare*, RDSS, 2006, 17; M. LAI, *Flessibilità e tutele nelle trasformazioni del lavoro*, Tutela, 2006, 1; P. DIANA, *Logiche e dimensioni della globalizzazione: sviluppo e trasformazione del legame sociale*, Affari sociali internazionali, 2002, n. 4; G.G. BALANDI, *Dove va il diritto del lavoro? Le regole e il mercato*, LD, 2002, n. 2; A. FUMAGALLI, *Flessibilità e gerarchie nel mercato del lavoro: il potere dell'economia sul diritto*, RGLPS, 2001, n. 3; M.P. MONACO, *Mercato, lavoro, diritti fondamentali*, RGLPS, 2001, n. 4; M. FERRERA, *Nuova Europa e nuovo welfare*, Bari, 2001; T. BOERI, *Uno Stato asociale. Perché è fallito il Welfare in Italia*, Editori Laterza, 2000; A.B. ATKINSON, *Rischi della nuova economia e ruolo del welfare nell'inclusione sociale*, QRS, 2000, n. 4; M. FERRERA, E. GUALMINI, *Salvati dall'Europa?*, Bologna, 1999.

¹⁷⁷ V. la Premessa al Protocollo su previdenza, lavoro e competitività per l'equità e la crescita sostenibili, del 23 luglio 2007, su www.lavoro.gov.it.

¹⁷⁸ A. DE FELICE, *La previdenza tra sicurezza sociale e mercato*, PAPP, 2006, 455; M. CINELLI, *Ristrutturare il welfare*, Tutela, 2006, n. 1; A. CIARINI, *Il welfare alla prova delle riforme in Europa*, *ibidem*; G. PROSPERETTI, *Perché va fiscalizzata la previdenza nella società postindustriale*, *ibidem*; M. COLASANTO, *Il nuovo welfare tra lavoro e formazione*, *ibidem*; L. PESENTI, *Welfare e sussidiarietà: una strada ancora da costruire*, *ibidem*; E. BONFANTI, *La nuova domanda sociale e la riforma del welfare*, *ibidem*; G. CAZZOLA, *Lo stato sociale alla ricerca dell'innovazione*, *ibidem*; T. TREU, *Le politiche del welfare: le innovazioni necessarie*, PAPP, 2004, n. 1; G. VILLANI, *Modelli di welfare, assetti pensionistici e ordinamento italiano*, *Democrazia e diritto*, 2004, n. 3; A. DE FELICE, *Dal Welfare « classico » al Welfare to work: il contributo dell'esperienza laburista inglese alle politiche dell'Unione Europea*, RPPP, 2001, n. 3; A. DE FELICE (a cura di), U. CARABELLI, B. VENEZIANI, *Argomenti di legislazione sociale*, Bari, 2001; G. GIACCARDI, *Le politiche del tipo "Welfare to Work" e il caso del New Deal britannico*, SL, 2001, n. 84.

Entro questi termini, la convergenza di obiettivi tra previdenza sociale, mercato del lavoro, competitività ed inclusione sociale consente ed, anzi, impone anche al Legislatore una trattazione trasversale, nonostante le difficoltà - sul piano dell'effettiva praticabilità - di individuare un modello organico ed unitario. Ogni tentativo di armonizzazione è, infatti, complicato dalla presenza, per ciascuno degli ambiti delineati, di piani di intervento compositi, i quali a loro volta devono coordinarsi coi quadri normativi di afferenza di ciascuna materia, tutti previgenti alla riforma in atto.

L'obiettivo di incrementare il tasso di occupazione, nel connubio tra crescita economica ed equità, si compendia nella ricerca di un'occupazione di qualità o "buona" occupazione che, senza rinunciare alle esigenze di flessibilità sollecitate dal mercato, si ponga come modello virtuoso rispetto ai rischi di una liberalizzazione condotta al limite del precariato.

Le considerazioni per cui non è sufficiente assicurare lavoro, se non accompagnato da un adeguato corredo di garanzie e che, a questo fine, occorre puntare non solo all'aumento dell'occupazione, ma anche ad un incremento di posti di lavoro migliori, rappresentano il perno attorno a cui si snoda il principio della *flexicurity*¹⁷⁹, principio ispiratore di un sistema che intende stimolare il ricorso a forme contrattuali flessibili ed affidabili, integrate da un programma di politiche attive del lavoro e da un moderno apparato di sicurezza sociale.

Aspirare all'equilibrio tra flessibilità e sicurezza non è impresa da poco. Essa racchiude in sé tanto l'esigenza di armonizzare ambiti di disciplina diversificati, quanto quella di individuare e riformare dall'interno norme ed istituti ostativi a tale percorso di reciproca integrazione, cercando di valorizzare al contempo quelle misure che, invece, ne agevolino il consolidarsi.

Su questa linea occorre procedere all'innalzamento dei livelli di tutela riconosciuti ai lavoratori assunti con le nuove forme contrattuali.

In tal senso, opportuna appare la riscoperta di un certo rigore operante attraverso il recupero di alcune rigidità formali per assicurare, da una parte, una maggiore protezione del proprio posto di lavoro contro il rischio di comportamenti fraudolenti e, dall'altra, per agevolare il passaggio a rapporti di lavoro stabile. Siffatti obiettivi rientrano tra le misure finalizzate a garantire una maggiore sicurezza *nel* rapporto di lavoro, intervenendo sui meccanismi che di fatto falsano ovvero eludono la disciplina sull'utilizzo dei contratti flessibili, per mascherare veri e propri rapporti a tempo indeterminato privi di controllo.

Gli interventi correttivi devono accompagnarsi, nelle intenzioni del legislatore e di tutti gli attori sociali, a misure di più ampio respiro volte a garantire che i lavoratori assunti con forme contrattuali atipiche godano indistintamente di un adeguato livello di tutela *nel* mercato. Tali misure attengono, invero, al quel profilo della *flexicurity* che mira a conciliare flessibilità e sicurezza attraverso la protezione e la promozione di tali categorie di lavoratori nel nuovo contesto occupazionale.

¹⁷⁹ Principio fatto proprio dal diritto comunitario, la *flexicurity* trova attuazione nelle disposizioni del Libro Verde su "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo" Com (2006) 708 del 22.11.2006. Essa è, inoltre, al centro della Comunicazione della Commissione del 27 giugno 2007 "Verso principi comuni di flessisicurezza: posti di lavoro più numerosi grazie alla flessibilità e alla sicurezza" e della Risoluzione dell'11.7.2007 "Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo".

Le politiche del lavoro non possono oggi prescindere dalla considerazione della ricaduta che la diffusione dei contratti atipici ha sul sistema previdenziale e, più in generale, di sicurezza sociale¹⁸⁰. I dibattiti in tema di sostenibilità sociale, infatti, sono concomitanti e non alternativi a quelli di ordine strettamente finanziario¹⁸¹. Nonostante i molti profili d'incertezza, in parte già tratteggiati in precedenza, quella del *Welfare* si conferma la principale strada da percorrere per aumentare il livello di tutela dei lavoratori atipici e ridurre, così, il divario tra equità sociale e mercato.

Tuttavia, ciò richiede un profondo ripensamento del modello di sicurezza sociale. Occorre, infatti, predisporre un programma sistematico che, all'esterno, interagisca con le politiche strettamente occupazionali, e al suo interno dia luogo ad un articolato piano di interventi diversificati ma tra loro coordinati.

In tale contesto, senz'altro prioritario diventa individuare strumenti di sostegno predisposti a tutela del reddito nei periodi di non lavoro, per sopperire alla situazione di bisogno derivante dalla perdita ovvero, in taluni casi, dalla sospensione del rapporto lavorativo.

Ciò impone di intervenire in due direzioni: da una parte, adeguare il sistema contributivo alla ridotta capacità dei lavoratori discontinui; dall'altra, intervenire sulle misure operanti in caso di disoccupazione.

Sotto il primo profilo, se è vero che l'ammontare contributivo è condizionato pur sempre dalla esigua entità delle retribuzioni percepite dai lavoratori discontinui, è altrettanto vero che è possibile predisporre delle misure in grado di rafforzare la posizione contributiva di tali lavoratori garantendo un'adeguata copertura contributiva nei periodi di inattività tra un lavoro ed un altro (ad esempio il riscatto, la totalizzazione, la prosecuzione volontaria, la contribuzione figurativa, che in parte sono già previsti dall'ordinamento).

La Legge n. 247/2007, attuativa del cd. "Protocollo Welfare" ha già avuto modo di disporre in tal senso, prevedendo modifiche al sistema contributivo (in riferimento ai coefficienti di trasformazione), che tengano conto, tra l'altro, delle dinamiche delle grandezze macroeconomiche, demografiche e migratorie che incidono sulla determinazione dei coefficienti previdenziali; dell'incidenza dei percorsi lavorativi, specie discontinui¹⁸²; del rapporto intercorrente tra l'età media attesa di vita e quella dei singoli settori di attività. Tali disposizioni sono state coordinate nel testo normativo con altre misure prettamente indirizzate ai lavoratori maggiormente invischiati in carriere discontinue, vale a dire i giovani e le donne. Oltre alla decontribuzione delle somme erogate a favore dei lavoratori nelle forme dei premi di risultato, si evidenziano quelle norme che disciplinano la totalizzazione dei periodi contributivi, in attesa di una riforma che riassorba e superi la ricongiunzione. In proposito, si prevede la predisposizione di un meccanismo che consente di cumulare i versamenti effettuati presso qualunque fondo, computabili sia al fine dell'accesso alla pensione sia per la determinazione del suo ammontare.

¹⁸⁰ F. VALLACQUA, *Previdenza complementare e flessibilità nel mercato del lavoro*, RDSS, 2006, 3, 779 ss.

¹⁸¹ INPDAP, *Rapporto Annuale sullo Stato Sociale*, Roma, 2001, 25.

¹⁸² E ciò anche al fine di verificare l'adeguatezza degli attuali meccanismi di tutela delle pensioni più basse e di proporre meccanismi di solidarietà e garanzia per tutti i percorsi lavorativi, nonché di proporre politiche attive che possano favorire il raggiungimento di un tasso di sostituzione al netto della fiscalità non inferiore al 60 per cento, con riferimento all'aliquota prevista per i lavoratori dipendenti.

Tale misura, che attiene ai lavoratori del sistema contributivo e, quindi, ai più giovani, si accompagna a quella, prevista per i lavoratori del sistema retributivo e misto, che riduce da sei a tre anni il limite minimo di anzianità contributiva per cumulare i contributi versati nelle varie gestioni¹⁸³. Nuove norme hanno riguardato anche l'istituto del riscatto degli anni di laurea¹⁸⁴.

Gli interventi descritti vanno bilanciati con i provvedimenti che mirano, secondo un'ottica preventiva e positiva, al rafforzamento degli ammortizzatori sociali, da coordinarsi con le politiche attive del lavoro attraverso il rafforzamento delle reti dei Servizi per l'impiego, l'offerta di percorsi formativi, la rimodulazione degli incentivi economici.

Infine, si avverte l'esigenza di misure finalizzate a rafforzare i servizi per l'infanzia e per gli anziani non autosufficienti, nonché l'apporto di risorse per finanziare percorsi formativi e la creazione di banche dati, allo scopo di favorire l'integrazione delle donne nel mercato e la conciliazione dei tempi di lavoro con le esigenze familiari.

Rispetto a tali interventi, ci s'interroga su quali saranno le scelte del nuovo Governo. Ad una sommaria considerazione appare chiaro, sul piano della disciplina dei rapporti di lavoro, l'intento di promuovere una maggiore flessibilizzazione del mercato attraverso l'ulteriore deregolazione e semplificazione del lavoro atipico. In tale contesto s'inseriscono le misure di cui al d.l. n. 112/2008 (definitivamente convertito dalla legge n. 133 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 195 del 21 agosto e in vigore dal giorno successivo), specie con riguardo all'eliminazione di taluni limiti previsti nella disciplina del contratto a termine e del contratto di apprendistato (che erano stati - al contrario - rafforzati dal precedente Governo), ovvero quelle che reintroducono il lavoro intermittente, abolito dalla precedente Legislatura. Tali misure sembrano costituire il primo passo - già nelle intenzioni programmatiche - verso interventi a più ampio raggio, finalizzati ad incidere ben oltre la struttura delle singole tipologie di lavoro, e a rivedere i momenti più rilevanti di gestione del modello di rapporto di lavoro subordinato, dal momento dell'assunzione al momento della sua risoluzione (licenziamento e dimissioni), passando per l'articolazione dell'orario lavorativo.

¹⁸³ V. comma 76 della legge n. 247/2007.

¹⁸⁴ In proposito, si veda il comma 77 della legge n. 247/2007, che modifica il D.lgs. n. 184/1997. Il riscatto della laurea diventa più conveniente e meno oneroso. Gli oneri da riscatto per periodi in relazione ai quali trova applicazione il sistema retributivo ovvero contributivo possono essere, infatti, versati ai regimi previdenziali di appartenenza in unica soluzione ovvero in 120 rate mensili senza l'applicazione di interessi per la rateizzazione. Tale disposizione si applica esclusivamente alle domande presentate a decorrere dal 1° gennaio 2008. La facoltà di riscatto, inoltre, è ammessa anche per i soggetti non iscritti ad alcuna forma obbligatoria di previdenza che non abbiano iniziato l'attività lavorativa. In tale caso, il contributo è versato all'INPS in apposita evidenza contabile separata e viene rivalutato secondo le regole del sistema contributivo, con riferimento alla data della domanda. Il montante maturato è trasferito, a domanda dell'interessato, presso la gestione previdenziale nella quale sia o sia stato iscritto. L'onere dei periodi di riscatto è costituito dal versamento di un contributo, per ogni anno da riscattare, pari al livello minimo imponibile annuo di cui all'articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233, moltiplicato per l'aliquota di computo delle prestazioni pensionistiche dell'assicurazione generale obbligatoria per i lavoratori dipendenti. Il contributo è fiscalmente deducibile dall'interessato; il contributo è altresì detraibile dall'imposta dovuta dai soggetti di cui l'interessato risulti fiscalmente a carico nella misura del 19 per cento dell'importo stesso. I periodi di studio così riscattati sono utili a tutti gli effetti per il raggiungimento del diritto a pensione.

Sotto diverso profilo, pare che il nuovo Governo voglia porsi lungo una linea di continuità col precedente per quanto riguarda il riconoscimento del connubio tra mercato e *Welfare*. A tale scopo, viene coniata l'espressione «vita buona» nella «società attiva» che dovrebbe costituire - nelle intenzioni del potere centrale - l'obiettivo del nuovo *Welfare delle opportunità*. Finito il tempo della contrapposizione, tutta ideologica, tra Stato e mercato ovvero tra pubblico e privato, tale modello si propone di realizzare una “virtuosa alleanza” tra mercato e solidarietà. In tal senso, viene sottolineata la necessità del concorso tra politiche lavorative, politiche sociali e politiche sanitarie. Ciò dovrebbe tradursi, sul piano delle relazioni sindacali e della *governance*, nell'adozione di un sistema che sostiene la bilateralità ed incentiva l'applicazione di forme partecipative nell'impresa, riconoscendo come centrale il contributo dalle parti sociali, chiamate a “... riprogettare, in chiave cooperativa e maggiormente partecipativa, il sistema delle relazioni industriali quale vera leva strategica per la competitività e lo sviluppo”¹⁸⁵.

Al di là delle dichiarazioni programmatiche che, all'infuori dei cambiamenti terminologici, nulla di nuovo paiono introdurre nei caratteri del modello di sicurezza sociale sinora auspicato, si attende di vedere in che modo verrà data concreta attuazione agli obiettivi prefissati. Certo è che l'incremento delle forme di deregolamentazione, da una parte, e la promozione di misure meramente “sussidiarie” quali la controversa *social card*, dall'altra, suscitano più d'una perplessità sull'effettivo perseguimento di questi obiettivi.

7. Funzionalità degli strumenti di sostegno al reddito.

La protezione sociale del lavoratore e del suo diritto alla giusta retribuzione può essere perseguita principalmente tramite gli strumenti di sostegno al reddito. Lungo tale direzione s'inserisce il ruolo e la funzione dei cd. “ammortizzatori sociali”.

Cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, mobilità, trattamenti di disoccupazione, costituiscono sistemi di protezione del reddito del lavoratore che coinvolgono - a diversi livelli di responsabilità - l'adempimento dell'obbligazione retributiva da parte del datore di lavoro.

La finalità dell'istituto della Cassa integrazione, in particolare, è quella di prevedere erogazioni in favore del lavoratore al verificarsi di determinati eventi oggettivi che incidono sul suo rapporto in periodi di trasformazioni produttive. In caso contrario tali eventi, che coinvolgono direttamente l'impresa e determinano il venir meno - temporaneamente - del substrato della prestazione, renderebbero lecito per il datore di lavoro evitare la sua *mora credendi* procedendo al licenziamento dei dipendenti. Pertanto, gli istituti finalizzati ad integrare il reddito del lavoratore subentrano nei casi di oggettiva difficoltà dell'impresa, una volta che il datore, in adempimento del suo obbligo di cooperazione, abbia sopportato il rischio d'impresa utilizzando tutti gli strumenti a sua disposizione.

Diversa è, tuttavia, la struttura e le modalità delle due tipologie di Cassa¹⁸⁶. Più precisamente, il contributo della cassa ordinaria è di tipo indennitario-

¹⁸⁵ V. *Libro Verde sul futuro del modello sociale* varato dal nuovo Governo il 25 luglio 2008, su www.lavoro.gov.it.

¹⁸⁶ La Corte Costituzionale ha sempre ribadito la non comparabilità dei due trattamenti anche se finalizzati a contrastare la disoccupazione, per diversità di presupposti e di funzione (cfr. Cass. N. 337/1992).

risarcitorio e finanziato principalmente dagli imprenditori; mentre la cassa straordinaria presenta una natura più spiccatamente mutualistico-assistenziale come dimostra il fatto che essa è finanziata quasi per intero dallo Stato, ad eccezione di un limitato contributo delle imprese.

Differenti sono anche le finalità connesse ai due modelli, atteso che la cassa ordinaria è diretta a fronteggiare situazioni temporanee di mercato ovvero situazioni dovute ad eventi transitori e non imputabili al datore di lavoro o ai lavoratori; mentre quella straordinaria (specie a seguito della riforma attuata con legge n. 223 del 1991) costituisce uno strumento d'intervento temporaneo in caso sospensione o contrazione dell'attività produttiva (quali le ipotesi di ristrutturazione, riorganizzazione, riconversione aziendale, crisi aziendale di particolare rilevanza territoriale o settoriale, procedure di fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria e concordato preventivo), che presuppone la mera sospensione del rapporto di lavoro e la sussistenza di concrete opportunità di ripresa della attività. In caso contrario l'unico istituto applicabile risulterebbe l'indennità di mobilità¹⁸⁷, che tuttavia comporta un costo più elevato per il datore, oltre al fatto che presuppone l'estinzione del rapporto di lavoro. La cassa straordinaria, dunque, rappresenta uno strumento di protezione del reddito e, al contempo, di prevenzione della disoccupazione attraverso il mantenimento in vita del rapporto di lavoro.

L'esigenza di riforma degli ammortizzatori sociali¹⁸⁸ passa attraverso la presa di coscienza che il sostegno al reddito in molte zone del Paese si riduce a mero strumento passivo, tale da incentivare processi di dipendenza che, da un lato, scoraggiano i beneficiari dalla ricerca di un lavoro per uscire dallo stato di inattività e, dall'altro, alimentano spirali di lavoro sommerso. Ciò in quanto tali istituti si riferiscono ad un modello di *Welfare* oramai datato, proprio di una fase (il primo dopoguerra) in cui la disoccupazione aveva effettivamente una durata breve ed ogni famiglia poteva contare su almeno un componente con un reddito da lavoro.

¹⁸⁷ La durata dell'indennità di mobilità varia in rapporto ai differenti bisogni del lavoratore in relazione all'età, alle caratteristiche occupazionali del territorio di appartenenza. Inoltre, la misura può essere conservata in caso di rioccupazione con contratti a termine. La struttura dell'indennità è scalare nel senso che il suo ammontare diminuisce con il trascorrere del tempo. L'intero periodo di corresponsione è coperto da contribuzione figurativa. La *ratio* di tale misura è differente da quella della cassa integrazione, sia ordinaria che straordinaria. Il suo funzionamento rivela l'attitudine a costituire un utile strumento per una strategia di *workfare* che voglia incrementare il vantaggio relativo delle retribuzioni rispetto a quello dei sussidi (*to make the work pay*), soprattutto in considerazione dell'insostenibilità, sotto il profilo economico, delle misure di *welfare* tradizionali.

¹⁸⁸ Sul tema della riforma degli ammortizzatori sociali cospicua è la letteratura. Cfr. C. Sunna, *Ammortizzatori sociali in deroga: significati e ricadute di una trasformazione in atto*, PAPP, 2006, 2 ss.; T. Treu, *Le politiche del Welfare: le innovazioni necessaria*, PAPP, 2004, 1 ss.; F. Liso, *La tutela per la mancanza di lavoro tra vecchi e nuovi ammortizzatori sociali*, in *Part-time e disoccupazione nella riforma degli ammortizzatori sociali*, 2004, 32 ss.; E. Balletti, *Funzionalità e riassetto delle misure di sostegno al reddito e degli ammortizzatori sociali*, DL, 2004, I, 957 ss.; C. Treves, *La proposta della Cgil sulla riforma degli ammortizzatori sociali*, Aas, 2003, 179; F. Liso, *Il problema della riforma degli ammortizzatori sociali nell'iniziativa del Governo*, in *Tutela del lavoro e riforma degli ammortizzatori sociali*, 2002, 105; E. Balletti, *Disoccupazione e lavoro. Profili giuridici della tutela del reddito*, Torino, Giappichelli, 2000; G. De Caprariis (a cura di), *Mercato del lavoro e ammortizzatori sociali*, Bologna, 1999; G.G. Balandi, S. Renga, *Disoccupazione nel diritto della sicurezza sociale*, DG, V, Torino, 1990, 42 ss.

ro. In tale contesto il trattamento di disoccupazione consistente nell'indennità di disoccupazione riusciva ad adempiere in maniera sufficiente alla sua funzione¹⁸⁹.

Nel nuovo contesto caratterizzato dalla crescita della disoccupazione strutturale e dalla diffusione della flessibilità del lavoro e del salario, gli ammortizzatori sociali devono farsi portavoce di una nuova "flessibilità previdenziale", vale a dire diventare strumenti in grado di assecondare le molteplici forme contrattuali applicabili assicurando maggiori livelli di protezione.

In ciò, il trattamento di Cassa integrazione ha le potenzialità per divenire lo strumento cardine cui ricorrere nelle fasi congiunturali dei processi produttivi; mentre l'indennità di disoccupazione, opportunamente ancorata alla condizione che il beneficiario si attivi alla ricerca di occupazione, può divenire il fulcro di un sistema finalizzato ad incrementare l'occupazione.

Un congruo programma riformatore deve procedere almeno su tre livelli d'intervento. In primo luogo, la previsione di un primo strumento di tutela in caso di sospensione dei rapporti di lavoro, poi la disciplina di un secondo strumento che intervenga in maniera progressiva in caso di perdita di lavoro, infine un terzo - di tipo assistenziale - residuale rispetto ai primi due ed applicabile in caso di fallimento di questi.

Malgrado non manchino già adesso nel nostro ordinamento strumenti in grado di operare in ciascuno dei passaggi anzidetti, qualsiasi riforma del sistema di ammortizzatori sociali in Italia incontra due limiti difficili da superare. Da un lato, provvedere ad un riassetto organico della congerie di strumenti spesso sovrapposti previsti nell'ordinamento, fissando criteri comuni che prescindano dalla considerazione dell'appartenenza settoriale del lavoratore, dalla dimensione dell'impresa datrice e dalla tipologia di contratto stipulato; dall'altra, sostenere costi attualmente troppo elevati per il Paese.

7.1. *Esigenze di riforma dei cd. "ammortizzatori sociali"*.

La risposta che è stata tratteggiata dalla legge 24 dicembre 2007, n. 247 sembra muoversi in questa direzione, lungo la scia tracciata già nel 1997 dalla Commissione Onofri nella sua "Relazione finale". L'intero percorso riformatore, la cui attuazione è stata demandata ad ampia delega legislativa, ha subito una battuta d'arresto a seguito dell'insediamento del nuovo Governo.

Le linee tratteggiate nella legge n. 247/2007 ruotano intorno all'idea di un riconoscimento generalizzato delle tutele sociali, vale a dire la predisposizione di uno strumento unico di tutela contro la disoccupazione che si muova nella duplice direzione del sostegno al reddito e del reinserimento lavorativo.

A tal fine, si propone di superare le differenziazioni determinate dall'appartenenza settoriale, dalle dimensioni dell'impresa, dalla diversa tipologia dei contratti di lavoro che rilevano solo per distinguere i diversi trattamenti ma non per precludere ai lavoratori il riconoscimento del diritto relativo. Rilevanti risultano unicamente le variabili sociali ed economiche quali l'età anagrafica, le difficili condizioni occupazionali, specie per il Mezzogiorno e per l'occupazione femminile. Quale che sia il trattamento prescelto, inoltre, opera in ogni caso la

¹⁸⁹ Di scarso rilievo è la riforma dell'indennità di disoccupazione attuata dal cd. decreto sulla competitività (d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla l. 14 maggio 2005, n. 80). Sul punto, M. Ferraresi, *Decreto competitività e ammortizzatori sociali: la politica dei "piccoli passi"*, PAPP, 2005, 579.

piena copertura contributiva figurativa calcolata sulla base della retribuzione corrispondente e non sulla misura dell'indennità percepita in sostituzione.

Con riguardo alla Cassa integrazione ordinaria e straordinaria si persegue l'obiettivo di una complessiva armonizzazione pur conservando delle peculiarità nelle relative discipline in ragione degli interventi da attuare.

Infine, la riforma degli ammortizzatori viene inserita in un contesto più ampio caratterizzato dal coinvolgimento delle imprese e degli Enti bilaterali nella fase di ricollocazione dei lavoratori, dal collegamento con le politiche attive del lavoro e col potenziamento dei servizi per l'impiego¹⁹⁰.

Concludendo, pare opportuno rimarcare la congruenza delle intuizioni del legislatore nazionale, senza però sottacere le mancanze, come ad esempio la circostanza che la legge, pur fissando gli obiettivi, non spiega adeguatamente né il percorso da seguire né le modalità per realizzarli; la mancanza di un'adeguata copertura finanziaria e, non meno rilevante, il fatto che l'attuazione del programma è quasi per intero oggetto di delega. In modo particolare tale ultima circostanza ren-

¹⁹⁰ In ordine ai singoli interventi, e per quanto rileva ai fini della tematica qui trattata, va rilevato che il comma 25 della legge n. 247/2007 ha previsto, per i trattamenti di disoccupazione in pagamento dal 1° gennaio 2008, l'elevazione della durata dell'indennità ordinaria di disoccupazione con requisiti normali, ad otto mesi per i soggetti con età anagrafica inferiore a cinquanta anni e a dodici mesi per i soggetti con età anagrafica pari o superiore a cinquanta anni. È stata riconosciuta la contribuzione figurativa per l'intero periodo di percezione del trattamento nel limite massimo delle durate legali previste dal presente comma. La percentuale di commisurazione alla retribuzione della predetta indennità è stata elevata al 60 per cento per i primi sei mesi ed è fissata al 50 per cento per i successivi due mesi e al 40 per cento per gli ulteriori mesi. L'indennità di disoccupazione, sempre secondo il disposto del comma 25, non è stata ritenuta spettante nelle ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione disciplinate dalla normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro. Il comma 27 ha poi previsto, con effetto dal 1° gennaio di ciascun anno, a partire dal 2008, l'aumento della perequazione relativa ai tetti delle indennità dall'80% al 100% dell'inflazione. In base al comma 28, poi, il Governo è stato delegato ad adottare, entro il termine di dodici mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi finalizzati a riformare la materia degli ammortizzatori sociali per il riordino degli istituti a sostegno del reddito, nel rispetto dei principi e criteri specificati dal successivo comma 29, ovvero: la graduale armonizzazione dei trattamenti di disoccupazione e la creazione di uno strumento unico indirizzato al sostegno del reddito e al reinserimento lavorativo dei soggetti disoccupati senza distinzione di qualifica, appartenenza settoriale, dimensione di impresa e tipologia di contratti di lavoro; la modulazione dei trattamenti collegata all'età anagrafica dei lavoratori e alle condizioni occupazionali più difficili presenti nelle regioni del Mezzogiorno, con particolare riguardo alla condizione femminile; la previsione, per i soggetti che beneficiano dei trattamenti di disoccupazione, della copertura figurativa ai fini previdenziali calcolata sulla base della retribuzione; la progressiva estensione e armonizzazione della cassa integrazione ordinaria e straordinaria con la previsione di modalità di regolazione diverse a seconda degli interventi da attuare e di applicazione anche in caso di interventi di prevenzione, protezione e risanamento ambientale che determinino la sospensione dell'attività lavorativa; il coinvolgimento e partecipazione attiva delle aziende nel processo di ricollocazione dei lavoratori; la valorizzazione del ruolo degli enti bilaterali, anche al fine dell'individuazione di eventuali prestazioni aggiuntive rispetto a quelle assicurate dal sistema generale; la connessione con politiche attive per il lavoro, in particolare favorendo la stabilizzazione dei rapporti di lavoro, l'occupazione, soprattutto giovanile e femminile, nonché l'inserimento lavorativo di soggetti appartenenti alle fasce deboli del mercato, con particolare riferimento ai lavoratori giovani e a quelli in età più matura al fine di potenziare le politiche di invecchiamento attivo; il potenziamento dei servizi per l'impiego, al fine di collegare e coordinare l'erogazione delle prestazioni di disoccupazione a percorsi di formazione e inserimento lavorativo, in coordinamento con gli enti previdenziali preposti all'erogazione dei relativi sussidi e benefici anche attraverso la previsione di forme di comunicazione informatica dei dati relativi ai lavoratori percettori di trattamento di sostegno al reddito.

de oltremodo improbabile (specie alla luce della mutata compagine politica) sperare nel compimento del delineato percorso di riforma.

La problematica degli ammortizzatori sociali, non indicata tra le priorità dei primi interventi - anche solo programmatici - del nuovo Governo, entra da ultimo nel testo del d.l. approvato il 28 novembre 2008 dal Governo (cd. “decreto anti-crisi”) sulla scia della crisi finanziaria mondiale. In particolare¹⁹¹, l’art. 19 del

¹⁹¹ L’art. 19 del d.l. varato il 28 novembre 2008 dal Governo prevede il potenziamento e l’estensione degli strumenti di tutela del reddito in caso di sospensione dal lavoro o di disoccupazione, nonché la disciplina per la concessione degli ammortizzatori in deroga. In particolare, si prevede che “1. Nell’ambito del Fondo per l’occupazione di cui all’articolo 1, comma 7, del decreto legge 20 maggio 1993, n. 148, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 luglio 1993, n. 236 sono preordinate le somme di 289 milioni di euro per l’anno 2009, di 304 milioni di euro per ciascuno degli anni 2010 e 2011 e di 54 milioni di euro a decorrere dall’anno 2012, nei limiti delle quali è riconosciuto l’accesso, secondo le modalità e i criteri di priorità stabiliti con il decreto di cui al comma 3, ai seguenti istituti di tutela del reddito in caso di sospensione dal lavoro, ivi includendo il riconoscimento della contribuzione figurativa e degli assegni al nucleo familiare, nonché all’istituto sperimentale di tutela del reddito di cui al comma 2: a) l’indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti normali di cui all’articolo 19, primo comma, del regio decreto-legge 14 aprile 1939, n. 636, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 luglio 1939, n. 1272, e successive modificazioni per i lavoratori sospesi per crisi aziendali o occupazionali e che siano in possesso dei requisiti di cui al predetto articolo 19, primo comma e subordinatamente a un intervento integrativo pari almeno alla misura del venti per cento a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva compresi quelli di cui all’articolo 12 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni. La durata massima del trattamento non può superare novanta giornate di indennità nell’anno solare. Quanto previsto dalla presente lettera non si applica ai lavoratori dipendenti da aziende destinatarie di trattamenti di integrazione salariale, nonché nei casi di contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale. L’indennità di disoccupazione non spetta nelle ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione disciplinate dalla normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro; b) l’indennità ordinaria di disoccupazione non agricola con requisiti ridotti di cui all’articolo 7, comma 3, del decreto legge 21 marzo 1988, n. 86, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 maggio 1988, n. 160, ai dipendenti da imprese del settore artigianato ovvero ai dipendenti di agenzie di somministrazione di lavoro in missione presso imprese del settore artigiano sospesi per crisi aziendali o occupazionali che siano in possesso dei requisiti al predetto articolo 7, comma 3, e subordinatamente a un intervento integrativo pari almeno alla misura del venti per cento a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva compresi quelli di cui all’articolo 12 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni. La durata massima del trattamento non può superare novanta giornate di indennità nell’anno solare. Quanto previsto dalla presente lettera non si applica ai lavoratori dipendenti da aziende destinatarie di trattamenti di integrazione salariale, nonché nei casi di contratti di lavoro a tempo indeterminato con previsione di sospensioni lavorative programmate e di contratti di lavoro a tempo parziale verticale. L’indennità di disoccupazione non spetta nelle ipotesi di perdita e sospensione dello stato di disoccupazione disciplinate dalla normativa in materia di incontro tra domanda e offerta di lavoro; c) in via sperimentale per il triennio 2009-2011 e subordinatamente a un intervento integrativo pari almeno alla misura del venti per cento a carico degli enti bilaterali previsti dalla contrattazione collettiva un trattamento, in caso di sospensione per crisi aziendali occupazionali ovvero in caso di licenziamento, pari all’indennità ordinaria di disoccupazione con requisiti normali per i lavoratori assunti con la qualifica di apprendista alla data di entrata in vigore del presente decreto e con almeno tre mesi di servizio presso l’azienda interessata da trattamento, per la durata massima di novanta giornate nell’intero periodo di vigenza del contratto di apprendista. Con riferimento ai lavoratori di cui alle lettere da a) a c) del presente comma il datore di lavoro è tenuto a comunicare, con apposita dichiarazione da inviare ai servizi competenti di cui all’articolo 1 del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, come modificato e integrato dal decreto legislativo 19 dicembre 2002, n. 297, e alla sede dell’Istituto nazionale della previdenza sociale territorialmente competente, la sospensione della attività lavorativa e le relative motivazioni, nonché i nominativi dei lavoratori interessati, che devono aver reso dichiara-

decreto prevede per la prima volta un sostegno “in deroga” al reddito di talune categorie finora escluse dal sistema degli ammortizzatori, vale a dire i lavoratori a tempo indeterminato delle aziende o dei settori per i quali non sono previsti gli ordinari ammortizzatori sociali; i lavoratori assunti con contratto a termine; gli apprendisti; i lavoratori assunti con contratto di somministrazione; i collaboratori a progetto. Tale sostegno al reddito dei lavoratori sospesi o licenziati è garantito attraverso il ricorso alla cassa integrazione “in deroga” (pari all’ammontare della Cassa integrazione guadagni straordinaria e, dunque, all’80 per cento della retribuzione, con un massimale rivalutato di anno in anno); all’indennità di mobilità “in deroga” (pari anch’essa all’ammontare della cassa per i primi dodici mesi e all’80 per cento della stessa per i periodi successivi); all’indennità di disoccupazione (per un ammontare pari a circa il 60 per cento della retribuzione per i primi sei mesi, a scalare nei mesi successivi); a una specifica indennità *una tantum* rivolta ai collaboratori a progetto che abbiano un rapporto di monocommittenza (pari a un ammontare variabile tra i 700 e i 1.200 euro, a seconda della durata e del valore del contratto originario). La misura in discorso, per quanto innovativa,

zione di immediata disponibilità al lavoro al locale centro per l’impiego. Il centro per l’impiego comunica tempestivamente, e comunque non oltre cinque giorni, ai soggetti autorizzati o accreditati ai sensi degli articoli 4, 5, 6 e 7 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 i nominativi dei lavoratori disponibili al lavoro o a un percorso formativo finalizzato alla ricollocazione nel mercato del lavoro ai sensi della normativa vigente. Con riferimento ai lavoratori di cui alle lettere a) e b) del presente comma, l’eventuale ricorso nell’anno 2009 all’utilizzo di trattamenti di cassa integrazione guadagni straordinaria o di mobilità in deroga alla normativa vigente è in ogni caso subordinato all’esaurimento dei periodi di tutela di cui alle stesse lettere a) e b) del presente comma. 2. In via sperimentale per il triennio 2009-2011, nei limiti delle risorse di cui al comma 1, è riconosciuta una somma liquidata in un’unica soluzione pari al 10 per cento del reddito percepito l’anno precedente, ai collaboratori coordinati e continuativi di cui all’articolo 61, comma 1, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276 e successive modificazioni, iscritti in via esclusiva alla gestione separata presso l’Inps di cui all’articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335 con esclusione dei soggetti individuati dall’articolo 1, comma 212, della legge 23 dicembre 1996, n. 662, i quali soddisfino in via congiunta le seguenti condizioni: - operino in regime di monocommittenza; - abbiano conseguito l’anno precedente un reddito superiore a 5.000 euro e pari o inferiore al minimale di reddito di cui all’articolo 1, comma 3, della legge 2 agosto 1990, n. 233 e siano stati accreditati presso la predetta gestione separata di cui all’articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, un numero di mensilità non inferiore a tre; - con riferimento all’anno di riferimento siano accreditati presso la predetta gestione separata di cui all’articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335, un numero di mensilità non inferiore a tre; - svolgano nell’anno di riferimento l’attività in zone dichiarate in stato di crisi ovvero in settori dichiarati in crisi; - non risultino accreditati nell’anno di riferimento almeno due mesi presso la predetta gestione separata di cui all’articolo 2, comma 26, della legge 8 agosto 1995, n. 335. 3. Con decreto del ministro del Lavoro, della salute e delle politiche sociali, di concerto con il ministro dell’Economia e delle finanze, da adottarsi entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono definite le modalità di applicazione del presente articolo, nonché le procedure di comunicazione all’Inps anche ai fini del tempestivo monitoraggio da parte del medesimo Istituto di cui al comma 4. Lo stesso decreto può altresì effettuare la ripartizione del limite di spesa di cui al comma 1 del presente articolo in limiti di spesa specifici per ciascuna tipologia di intervento di cui alle lettere da a) a e) del comma 1 e del comma 2 del presente articolo. 4. L’Inps provvede al monitoraggio dei provvedimenti autorizzativi dei benefici di cui al presente articolo, consentendo l’erogazione dei medesimi nei limiti dei complessivi oneri indicati al comma 1, ovvero, se determinati, nei limiti di spesa specifici stabiliti con il decreto di cui al comma 3, comunicandone le risultanze al ministero del Lavoro, della salute e delle politiche sociali e al ministero dell’Economia e delle finanze. 5. Con effetto dal 1° gennaio 2009 sono soppressi i commi da 7 a 12 dell’articolo 13 del decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla legge 14 maggio 2005, n. 80...”, su www.ilsole24ore.it.

non manca di destare delle perplessità, motivate innanzitutto dal carattere straordinario e temporaneo della previsione e dal fatto che essa non s'inserisce all'interno di un più ampio (ed auspicato) riassetto organico della disciplina degli strumenti di sostegno al reddito¹⁹².

8. *Il reddito minimo quale modello di protezione sociale.*

La vicenda del reddito minimo è il punto d'incontro tra diversificati approcci al sistema di protezione sociale, vale a dire tra quello di tipo tradizionale fondato sulla cittadinanza in quanto tale e quello più moderno che riscopre la logica lavoristica in chiave proattiva. Espressione, al pari della legislazione sui minimi salariali, di analogo bisogno di fissare una soglia minima di tutela per tutti, il reddito minimo è stato solo in parte interessato da quel conservatorismo prudente e forse pigro che ha portato a rimandare indefinitamente l'attuazione della prima. A conti fatti, il bilancio sul reddito minimo non sembra tuttavia attestarsi fino ad ora su risultati pienamente entusiasmanti.

Al riguardo si registra una propensione a favore di misure di sostegno al reddito maggiormente selettive ed una crescente sfiducia degli interpreti verso quelle forme di reddito minimo a carattere universalistico interamente disancorate da obblighi lavorativi. E ciò in quanto queste ultime risultano più esposte al rischio di determinare dipendenze assistenziali e disincentivare alla propensione lavorativa attiva¹⁹³. Ciò non significa, tuttavia, caldeggiare la centralità del lavoro come condizione unica, o almeno prioritaria, per usufruire di tutti gli strumenti di tutela sociale, sia se legati al rapporto di lavoro sia se correlati allo *status* di cittadino.

Al contrario, tale impostazione "ergocentrica" ha costituito a lungo il "limite concettuale e funzionale alla costruzione di sistemi di sicurezza sociale più avanzati"¹⁹⁴.

Il moderno sistema di sicurezza sociale impone, pertanto, di riconsiderare il ruolo del lavoro all'interno dello stesso, attribuendogli quel valore che merita quale principale mezzo di inclusione sociale. Solo così è possibile davvero valorizzare il nesso tra sussidio e prestazione lavorativa, evitando di eccedere in meccanismi impositori di stampo paternalistico ovvero, all'opposto, in misure di mero assistenzialismo.

In tale contesto, risulta apprezzabile in pieno la funzione di sostegno svolta dal reddito minimo, che costituisce la risposta necessitata a ben precise istanze provenienti dal basso, vale a dire la previsione di una misura legale che fissi la soglia minima del reddito tramite parametri di determinazione che prescindano da condizioni fisiche, età anagrafica dei beneficiari e, soprattutto, dallo *status* di lavoratore.

A tale ultimo criterio si sostituisce infatti il diverso obiettivo della "laboriosità"¹⁹⁵, che è cosa ben diversa tanto dal sostegno rivolto a chi abbia già lavora-

¹⁹² V. Relazione di accompagnamento al decreto, su www.lavoro.gov.it.

¹⁹³ Sul punto, S. Giubboni, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione sociale in Italia*, GDLRI, 2003, 563; N. Negri, C. Saraceno, *Le politiche contro la povertà in Italia*, Bologna, 1996; M. Ferrera, *Il welfare state in Italia*, Bologna, 1984.

¹⁹⁴ L. Zoppoli, *Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali*, DLM, n. 1, 2007, 76.

¹⁹⁵ Quello della laboriosità è un corollario indispensabile nell'ambito dei requisiti per la selezione dei soggetti beneficiari, che completa, unitamente alla temporaneità del godimento dei benefici in

to o, comunque, svolga attività lavorativa (vale a dire il mero “previdenzialismo”) quanto dalla logica puramente assistenziale. Essa, in particolare, si realizza secondo due direttrici.

Da un lato, v'è l'intervento di integrazione al reddito che si attua tramite la corresponsione dell'erogazione economica. In tal senso il trattamento corrisposto contribuisce a fornire un livello minimo di tutela tale da assicurare la sufficienza della retribuzione, pur operando dall'esterno e collocandosi oltre la soglia che la norma costituzionale fissa per la retribuzione “giusta”.

Dall'altro vi è il sostegno al reddito che si realizza - in senso più ampio - mediante lo svolgimento dell'attività lavorativa ovvero di attività comunque finalizzate all'inserimento lavorativo.

A ciò deve accompagnarsi un modello d'intervento mirato, vale a dire l'attenzione prioritaria a talune figure cruciali nella lotta alla povertà, come ad esempio i giovani inoccupati, le donne giovani con figli, i soggetti con storie contributive insufficienti, gli immigrati, i lavoratori del sommerso.

I lavoratori atipici rientrano a pieno titolo all'interno di tali categorie a rischio. In tal senso il reddito minimo può incarnare un impareggiabile strumento di sostegno ai nuovi lavoratori che si muovono nell'attuale mercato del lavoro, fortemente destrutturato¹⁹⁶.

8.1. *Il reddito di cittadinanza tra obiettivi di Workfare e limiti di Welfare.*

A voler ripercorrere le tappe della vicenda del reddito minimo nel nostro Paese, si coglie il graduale passaggio dalle originarie forme embrionali alle attuali nozioni di “cittadinanza industriosa” ovvero di “laboriosità”. Con d.lgs. n. 237 del 1998 viene introdotto il cd. Reddito Minimo di Inserimento (R.M.I.), che troverà più compiuta disciplina con la legge n. 328 del 2000. La misura è finalizzata al reinserimento dei soggetti beneficiari (appartenenti a fasce sociali impossibilitate ad entrare nel mercato del lavoro) tramite il collegamento fra erogazione economica a carico del Fondo Nazionale per le Politiche Sociali e adesione a programmi d'inserimento, organizzati a livello comunale.

Il *Libro bianco sul Welfare* del 2003 e la Finanziaria per il 2004 (l.n. 350/2003) interrompono di lì a poco tale misura, sostituendola con il cd. Reddito di Ultima Istanza (R.U.I.), previsto solo a beneficio dei soggetti disoccupati non coperti da altri ammortizzatori sociali. E' evidente che la sostituzione assume il carattere di una manovra fittizia.

L'intento del Legislatore è quello di vincolare la misura del Reddito in parola allo *status* di lavoratore. Nondimeno, l'individuazione dei beneficiari e le modalità di attuazione della misura vengono lasciate alla discrezionalità delle Regioni, prevedendosi da parte dello Stato un minimo contributo relativamente al suo finanziamento.

parola, l'approccio di *workfare* agli strumenti economici di sussidio al reddito. Sul punto, P. Bozao, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo*, Torino, 2005, 167; S. Toso (a cura di), *Selettività e assistenza sociale*, Milano, 2002.

¹⁹⁶ V. Castiglione, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritti sociali e riforme costituzionali*, Padova, 2007; F. Pizzolato, *L'incompiuta attuazione del minimo vitale nell'ordinamento italiano*, RDSS, 2005, 243 ss.; Idem, *Il minimo vitale*, Milano, 2004.

In tale contesto s'inserisce l'esperienza del Reddito di cittadinanza introdotto in via sperimentale in Campania in virtù della Legge regionale n. 2/2004 e del successivo Regolamento di attuazione. Tale misura, va precisato sin d'ora, non sarà rinnovata per il 2009 dalla Regione ed è, dunque, destinata ad esaurirsi con il pagamento degli ultimi ratei rimasti in sospeso (pari a circa due semestralità).

Appare opportuno, tuttavia, approfondire gli aspetti di quella che si è distinta negli ultimi anni come una scelta coraggiosa, ma che ineluttabilmente ha ceduto dinanzi ai retaggi di un sistema ancora legato alla logica assistenzialistica, nonché alla difficoltà di reperire strumenti finanziari adeguati.

Il Reddito di cittadinanza in Campania¹⁹⁷ consiste in un'erogazione monetaria (che non supera i 350 euro mensili) che viene qualificata come "diritto" per i soggetti titolari, selezionati sulla base di requisiti predeterminati. A tale erogazione s'accompagna, poi, una serie di servizi integrativi (servizi sociali e socio-sanitari, attività legate all'istruzione, alla formazione, al lavoro e all'autoimpiego), con il compito per i Comuni di progettare interventi personalizzati per i beneficiari.

Due considerazioni appaiono evidenti dalla comparazione del testo normativo con la valutazione dei risultati finora raggiunti dalla sperimentazione.

Sotto un primo profilo, emerge la volontà del Legislatore regionale di non vincolare rigidamente tra loro erogazione economica e svolgimento di attività promozionali. Ciò risulta dal fatto che l'attuazione dei servizi integrativi non è ben definita dalla legge, assumendo i caratteri quasi di una "promessa di prestazione"¹⁹⁸ da demandare a separati interventi normativi e regolamentari della Regione, rimasti per la maggior parte inattuati. Sotto altro profilo, non può porsi in dubbio che l'erogazione monetaria (data la chiara esiguità) in assenza dei servizi integrativi non consente da sola di realizzare e rendere effettiva alcuna inclusione sociale.

Va salutata senz'altro con favore (come evidenziato da taluni studiosi) l'assenza nella legge di un intento "costrittivo" ad accettare *qualsiasi* lavoro imposto al beneficiario. A ciò si sostituisce la volontà di "sostenere" - tramite i servizi integrativi - il beneficiario nella scelta di un impiego o di percorsi occupazionali che siano *di qualità* e rispondano (per quanto possibile) alle sue attitudini e capacità. E', però, altrettanto vero che gli esiti insoddisfacenti della misura - rispetto agli obiettivi prefissati - inducono a riflettere sui limiti di una normativa circoscritta all'ambito regionale. La garanzia di livelli minimi di prestazione, infatti, non può che attenersi a tutto il territorio nazionale (dal momento che sono coinvolti i diritti sociali dell'individuo).

Non va poi sottaciuto il limite della carenza di un solido sostegno finanziario per attuare le misure di sostegno a corredo dell'erogazione economica, necessità queste che solo un intervento partecipativo più consapevole da parte dello Stato può e sarebbe stato in grado di assicurare compiutamente.

¹⁹⁷ Sul punto, P. Saracini, *Il contratto di attività*, in L. Zoppoli (a cura di), *La legislazione regionale in materia di lavoro*, Quaderno Arlav, 2007, 151 ss.; A. Durante, *Il reddito di cittadinanza: verso un nuovo modello di protezione sociale?*, in Musella, Falciatore (a cura di), *Dignità sociale tra povertà e diritti*, 2005, 33 ss; in *RGL*, 2006, I, 403 ss.; Buffardi, *Conclusioni*, *ibidem*, 213; Morlicchio, *La povertà familiare in Campania: problemi di stima e di analisi del fenomeno*, *ibidem*, 78.

¹⁹⁸ L. Zoppoli, *Reddito di cittadinanza*, cit., 89.

Suscita perplessità il fatto che, da ultimo, il *Libro Verde sul futuro del modello sociale* del 25 luglio 2008 definisca “fallimentare”¹⁹⁹ l’esperienza del reddito minimo, nonostante che per farlo si appelli all’idea che nel nuovo modello sociale di tipo proattivo l’erogazione dei sussidi andrebbe esclusa per le persone in età da lavoro. Perplessità accresciute dalla scelta effettuata dal nuovo Governo di misure (quali la *social card*) che paiono proporre come alternativa tipologie che richiamano il puro assistenzialismo basato sull’erogazione dei sussidi.

9. Omogeneità retributiva e condizioni territoriali.

Un cenno merita la problematica relativa alla legittimità e all’opportunità di modificare il trattamento spettante al lavoratore in funzione di talune variabili economiche collegate al territorio o alla fascia sociale di appartenenza è da lungo tempo oggetto di dibattito in dottrina²⁰⁰ e in giurisprudenza. Essa pare destinata a rivestire un’incidenza non secondaria nel sistema retributivo che si viene delineando, in cui la retribuzione variabile è decisa a livello di contrattazione collettiva aziendale e, quindi, ad un livello decentrato rispetto alla contrattazione nazionale.

La tematica ha fatto sorgere evidenti perplessità principalmente in relazione alla sua compatibilità con la nozione costituzionale di retribuzione sufficiente.

La questione prende le mosse sostanzialmente dal riconoscimento delle tariffe salariali fissate dalla contrattazione collettiva come parametro per la determinazione della retribuzione adeguata. Quest’ultima, infatti, si attesta in via tendenziale sui valori fissati ogni due anni dalla parte economica dei contratti collettivi nazionali ed è comprensiva della paga base, dell’adeguamento al costo della vita, dell’eventuale indennità di vacanza contrattuale.

Si comprende dunque la delicatezza del tema, non solo perché l’attuale nozione di retribuzione minima, legata com’è al variare delle politiche salariali e dei contratti collettivi è già di per sé caratterizzata da intrinseca variabilità; ma anche perché far entrare nella determinazione della retribuzione le condizioni territoriali, diversificate a seconda delle aree geografiche significa determinare potenzialmente differenze di trattamento significative, difficili da giustificare alla luce della disposizione costituzionale.

Non può negarsi, poi, che la questione s’arricchisce di una valenza che trascende lo stretto ambito della disciplina dei rapporti di lavoro per coinvolgere l’intero settore delle relazioni industriali, dal momento che mette in gioco - da una parte - quello che appare come il principale strumento di controllo del sindacato per valutare il suo effettivo potere rappresentativo e la perdurante validità dei parametri determinati al trascorrere del tempo. Dall’altra parte, consente ai giudici di esprimere al massimo quel “soggettivismo” più volte mostrato riguardo alla materia retributiva, che sottende in realtà la loro esigenza di svolgere una vera e propria funzione normativa, al di là della semplice applicazione della retribuzione minima²⁰¹.

¹⁹⁹ V. *Libro Verde sul futuro del modello sociale* su www.lavoro.gov.it.

²⁰⁰ L. Del Vecchio, *Retribuzione sufficiente e condizioni territoriali: gli orientamenti della giurisprudenza*, *ADL*, 2003, 317 ss.

²⁰¹ La pratica giurisprudenziale di determinare la giusta retribuzione prescindendo dalle determinazioni dell’autonomia collettiva è considerata illegittima, oltre che “superba”. In tal senso G. Leotta, *Alcuni appunti per una rilettura del comma 1 dell’art. 36 della Costituzione*, *RGL*, 2002, 697, il

Non ultima è la considerazione per cui la possibilità di variare la retribuzione in funzione delle condizioni territoriali coinvolge esigenze più generali quali quelle occupazionali connesse alle difficili condizioni economiche di zone del territorio.

La problematica in discorso è di chiara matrice giurisprudenziale, anche se ha determinato in breve tempo accesi dibattiti in dottrina.

In alcune sentenze, invero, i giudici si sono trovati a pronunciare in ordine all'ammissibilità di trattamenti economici fissati dalla contrattazione collettiva al di sotto della soglia della sufficienza, motivati dal ricorrere di variabili economiche rapportate ad un determinato territorio ovvero ad una specifica fascia sociale.

Molto più frequente il caso in cui i giudici, specie di merito, hanno ammesso una retribuzione inferiore ai limiti contrattuali sul presupposto che tali limiti siano meramente tendenziale e solo facoltativi per il giudice.

I giudici di merito, in particolare, hanno adoperato di volta in volta come "oggettivi" fattori di determinazione retributiva, criteri inerenti la dimensione dell'impresa; la natura dell'attività svolta; il numero dei dipendenti; il volume d'affari; il carico familiare; lo standard medio di vita; le condizioni socio economiche dell'area dove viene svolta la prestazione lavorativa. Tutti fattori, insomma, solitamente ignorati dalla contrattazione collettiva per riguardo ad un valore almeno tendenziale di parità di trattamento tra i lavoratori. Rispetto ad essi la Cassazione non ha mancato di limitare il potere di discostarsi dai contratti collettivi, pur dovendo riconoscere che, ove correttamente motivate, le pronunce dei giudici di merito sono insindacabili²⁰².

Riproporre nell'attuale situazione la realtà delle cd. zone salariali invalsa nel corso degli anni '90 può sembrare per certi versi anacronistico, non riscontrandosi così marcate differenziazioni del costo della vita per aree territoriali. Non è, però, meno rischioso, atteso che le differenze permangono, così come i rischi connessi all'utilizzo di criteri evanescenti e tendenziali.

E ciò specie alla luce della nuova formulazione dell'art. 117 Cost.²⁰³ che, riconoscendo in sede di riparto di competenze in materia legislativa tra Stato e

quale, riportando l'opinione di F. Liso, attribuisce all'autonomia sindacale il ruolo di espressione ma anche di forza di controllo delle dinamiche di mercato, anche di quelle caratterizzate da condizioni territoriali o costo della vita differenziati.

²⁰² V. Cass. 10 agosto 2001, n. 11027; *MGL*, 2001, 1142; 26 luglio 2001, n. 10260 e 15 novembre 2001, n. 14211, *RIDL*, 2002, 299 ss., con nota di F. Stolfa, *La retribuzione minima ex art. 36 Cost. e i limiti (sempre più evidenti) della supplenza giurisprudenziale*. In particolare, la Cassazione precisa che il potere di discostarsi dai minimi salariali stabiliti dal contratto collettivo è soggetto al limite generale del divieto di legittimare situazioni dalle quali derivi un maggiore sfruttamento del lavoratore. Essa pone, a tal fine, tre condizioni: l'utilizzazione di dati statistici ufficiali sul potere di acquisto della moneta, la necessità di tener conto del potere già riduttivo della retribuzione contrattuale, il procurare che la riduzione non leda il calcolo legale della contingenza stabilita dalla l.n. 38/1986. La sentenza di merito annullata aveva determinato la retribuzione calcolandola al 70% del minimo retributivo contrattualizzato. Cfr Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, cit.

²⁰³ Sul punto si vedano, tra gli altri, G. Garofalo, *Federalismo, devolution e politiche dell'occupazione*, in *LD*, 2001, n. 3, 463; A. Lassandari, *La disciplina del mercato del lavoro nel nuovo disegno costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2002, 2, 265; M. Dell'Olio, *Mercato del lavoro, decentramento, devoluzione*, in *ADL*, 2002, 1, 175; A. Di Stasi (a cura di), *Diritto del lavoro e federalismo*, Milano, 2004; S. Scagliarini, *Principi fondamentali in materia di potestà concorrente e delegazione legislativa: una conferma dalla Consulta*, in *Giur. cost.*, 2005, 486; S. Scagliarini, *Competenza dello Stato e competenza delle Regioni in tema di regolazione del mercato del lavoro*, in *DRI*, 2006.

Regioni la competenza esclusiva dello Stato nella “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale” (ai sensi dell’art. 117, comma 2, lettera *m*), ha voluto rimarcare l’esistenza di diritti, che vanno considerati “aterritoriali”, tra i quali si annovera sia la retribuzione che i molteplici diritti civili e sociali cui essa inerisce, per consentire lo sviluppo della persona umana.

Tali diritti costituiscono, cioè, patrimonio di ogni individuo a prescindere dal luogo in cui si trova e sono vevoli in tutto il territorio nazionale. occorre, pertanto, conservare in capo al potere centrale il compito di garantire la superiore unità degli stessi, pur nelle possibili differenziazioni locali. L’esistenza di una base comune, infatti, rappresenta l’unico deterrente di fronte al rischio di fenomeni di “*dumping* sociale” o di “corsa al ribasso” in materia retributiva.

Nondimeno, la possibilità di intervenire a livello territoriale in materia salariale non va esclusa del tutto. Il modello della programmazione negoziata²⁰⁴, a tal fine, può costituire un utile parametro di riferimento per l’attivazione di un sistema di intese operanti a livello territoriale. In tal modo, la garanzia di un confronto e di una negoziazione bilaterale, con la partecipazione delle parti sociali consentirebbe di assicurare quelle tutele che la discrezionalità dei giudici non può fornire.

10. *Retribuzione e previdenza complementare.*

Il legame tra retribuzione e previdenza complementare poggia su più livelli. Il secondo pilastro previdenziale, invero, è partecipe del ruolo “compensativo” e redistributivo che il sistema previdenziale nel suo complesso riveste rispetto ai limiti dell’istituto retributivo. E ciò atteso che, come riconosciuto dalla Corte Costituzionale, esiste un nesso strutturale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, per cui quest’ultima concorre, insieme alla prima, al perseguimento dei fini di cui all’art. 38, comma 2, Cost. ovvero ad assicurare ai lavoratori - in caso di bisogno - “mezzi adeguati alle loro esigenze di vita”.

La previdenza privata, inoltre, è chiamata negli ultimi anni a porre rimedio alla crisi strutturale del sistema previdenziale, erogando prestazioni che permettano ai lavoratori di raggiungere livelli adeguati di tutela, altrimenti difficili da realizzare.

²⁰⁴ La metodologia in parola si avvale di patti territoriali e contratti d’area, nonché contratti di riallineamento, tutti accomunati dalla considerazione della dimensione territoriale come paradigma delle politiche di sviluppo. Tra esse un peso elevato è conferito alla possibilità di applicare una regolamentazione consensuale “... che affidi alla contrattazione collettiva la negoziazione di uno statuto protettivo dei lavoratori non più uniforme ma differenziato in funzione delle flessibilità spaziali e temporali richieste dalle imprese e dagli stessi lavoratori”. Cfr. E. Ghera, *Promozione dell’occupazione, flessibilità, rapporti atipici (Note sulla l. 24 giugno 1997, n. 196)*, MGL, 1998, 950. I rimedi propri di tali strumenti, finalizzati a combattere il lavoro sommerso, contemplano sottoinquadramenti, fiscalizzazioni, benefici contributivi e salariali per le nuove assunzioni effettuate da imprese aderenti all’intesa nelle zone interessate dagli accordi, ma soprattutto misure di flessibilità salariale. Nei contratti di riallineamento, in particolare, i trattamenti retributivi inferiori ai minimi contrattuali forniscono un modello di legalità differenziata, legittimata dalla sua temporaneità e la presenza, a monte, di intese confederali a livello nazionale. Nel contratto d’area l’intesa tra le organizzazioni sindacali e le imprese assume la natura di contratto derogatorio. L’interferenza con il contratto aziendale è evidente e si manifesta sul piano dell’efficacia soggettiva dell’intesa. Le disposizioni, difatti, si applicano solo ai neo assunti e solo ai datori che hanno sottoscritto l’intesa.

A tale scopo, la riforma inaugurata con la l.n. 234/2004 e disciplinata dal d.lgs. n. 252/2005 ha previsto, come già detto, la destinazione del tfr al finanziamento del sistema previdenziale privato, portando a compimento così il processo di “previdenzializzazione” di tale istituto retributivo.

Nondimeno, tali presupposti non limitano la natura delle forme complementari, che resta privata ed in più, legata alla logica del rendimento propria dei prodotti finanziari.

La coesistenza di una “doppia anima”²⁰⁵, pubblica e privata, nella previdenza complementare, se da una parte trova riscontro nello stesso art. 38 Cost. (che riconosce, infatti, un sistema di sicurezza sociale aperto, senza porre limiti agli strumenti - pubblici o privati - per il perseguimento dei fini suoi propri²⁰⁶), non è priva di conseguenze ai fini dell’impiego di tale strumento come misura di sostegno al reddito del lavoratore.

Il carattere volontario dell’adesione ai fondi previdenziali, la progressiva liberalizzazione favorita dalla libera circolazione del lavoratore tra i fondi stessi, la parificazione sempre più evidente con le forme commerciali, sono tutti fattori che suscitano l’interesse di quei lavoratori penalizzati dal sistema previdenziale pubblico. L’adozione di sistemi gestionali di mercato, inoltre, può assicurare più alti livelli di rendimento al risparmio accumulato sotto forma di quote accantonate di tfr.

D’altra parte, concreto è il rischio connesso all’aleatorietà dei prodotti previdenziali privati, alimentato dai molti profili di incertezza che ancora caratterizzano la nuova disciplina.

Al riguardo è innegabile che la previdenza privata sia strutturalmente contraddistinta da caratteri ispirati alla logica di mercato. Ciò attenua l’effettività del nesso tra previdenza pubblica e privata che, secondo taluni autori, sarebbe niente di più che il suggestivo indice di “... una tendenza di fatto esistente, ma giuridicamente indeterminata”²⁰⁷.

Già nel disegno tracciato dal d.lgs. n. 124/1993 la preferenza per un sistema di gestione finanziaria a capitalizzazione, la facoltatività dell’accesso al trattamento, la limitazione soggettiva a coloro che possano contare su risorse finanziarie aggiuntive, la speculare riduzione dello *standard* di protezione assicurato dalla previdenza di base rappresentano, per la verità, coefficienti difficilmente conciliabili con la tutela previdenziale.

I contenuti della riforma persuadono i giuristi a rimarcare siffatta inconciliabilità ed a sostenere l’incombere di una più marcata svolta verso una direzione mercantilistica, ipotizzando “... un più plateale “cedimento”, per così dire, alla forza attrattiva del mercato”²⁰⁸. Tanto emergerebbe, prima di tutto, dall’affermarsi di un processo opposto a quello dell’omogeneizzazione tra previdenza pubblica e privata, che vede il graduale avvicinamento tra le forme di previdenza complementare e le forme commerciali. Esso trova le sue tappe preliminari nella previ-

²⁰⁵ M. CINELLI, *Alcune riflessioni*, cit., p. 414.

²⁰⁶ M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2006; M. GRANDI, G. PERA, *Commento all’art. 38*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005.

²⁰⁷ T. TREU, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in *Diritto del lavoro, Commentario diretto da F. CARINCI*, IV, *La previdenza complementare*, a cura di M. BESSONE, F. CARINCI, Torino, 2005, p. 5.

²⁰⁸ M. CINELLI, *Alcune riflessioni sulla previdenza complementare riformata*, in *MGL*, 2007, n. 5, p. 406 ss.

sione (art. 10, l. 8 agosto 1995, n. 335) per cui la trasmigrazione a fondi aperti è ammissibile dopo soli 5 anni di permanenza nei fondi sindacali, e soprattutto nella disciplina del d.lgs. 18 febbraio 2000, n. 47, che introduce la parificazione fiscale tra le suddette forme.

Con il d.lgs. n. 252/2005, l'obiettivo fissato dalla legge delega (art. 1, comma 2, lett. e), n. 1, l. n. 243/2004) di assicurare "... misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento ... prevedendo a tal fine il conferimento, salva diversa esplicita volontà espressa dal lavoratore, del trattamento di fine rapporto maturando", porta siffatto percorso a compimento attraverso due operazioni. Dapprima, dar vita ad un contesto caratterizzato dal pluralismo e dall'equivalenza delle forme di previdenza complementare, accomunando quelle sindacali a quelle individuali ed introducendone nuove, d'istituzione regionale. Tale pluralismo, necessitato dall'esigenza di più elevati livelli di finanziamento, è reso possibile dall'individuazione del trattamento di fine rapporto (sinora lasciato all'esclusiva disponibilità delle imprese), quale nuova fonte di investimento. Esso, inoltre, è rafforzato dalla previsione della possibilità per l'iscritto di trasferire ad un nuovo fondo, anche aperto, l'intera posizione previdenziale dopo soli due anni (anziché 5) di permanenza nel fondo d'origine. Il "... regime binario a concorrenza competitiva tra previdenza complementare collettiva (fondi pensione chiusi ed aperti) ed individuale (i nuovi piani di previdenza individuale, da attuarsi mediante adesione a fondi pensione aperti o la stipula di contratti di assicurazione sulla vita)"²⁰⁹ che così viene delineandosi, è totalmente antitetico a qualunque omogeneità tra previdenza pubblica e previdenza complementare.

La realizzazione dell'obiettivo del pluralismo previdenziale è condizione indispensabile per realizzare l'altro proposito del Riformatore, vale a dire il potenziamento dell'autonomia individuale. L'elemento volontaristico, che ha contraddistinto dal principio la previdenza complementare, sotto forma della libertà del soggetto di aderire o meno ai fondi, si espande così fino a ricomprendere l'attuale libertà di "scelta" ovvero l'autonomia del soggetto, una volta accettata la forma previdenziale privata, di optare tra le numerose combinazioni prospettate dalla nuova disciplina.

La riforma conferma l'esistenza di appositi spazi alla contrattazione collettiva²¹⁰. In riferimento a tali ambiti, all'autonomia individuale è riconosciuto però un potere decisionale più ampio rispetto al passato, che si estrinseca nella possibilità di scegliere modalità di finanziamento alternative a quelle individuate dalla contrattazione collettiva.

Il lavoratore può, invero, decidere se conferire o meno il tfr; determinare liberamente la misura della propria contribuzione; trasferire la sua posizione individuale ad altro fondo dopo soli due anni di permanenza in quello di provenienza; trasferire, in ogni momento, la sua posizione individuale dal Fondo residuale costituito presso l'Inps a qualunque altra forma pensionistica senza il predetto limite dei due anni; chiedere l'erogazione del trattamento a lui spettante in conto capitale fino ad un massimo del 50 per cento; trasferire la propria posizione agli eredi;

²⁰⁹ S. ZAMPINI, *La previdenza complementare nella giurisprudenza* cit., p. 319 ss.

²¹⁰ Tra questi, la previsione per cui solo l'adesione al fondo sindacale consenta di usufruire della contribuzione datoriale prevista dal contratto collettivo (art. 8, co. 2, d.lgs. n.252/2005); la rimessione al contratto collettivo della gestione in ordine alla "portabilità" del contributo datoriale (art. 8, co. 1; art. 14, co. 6); la possibilità che gli accordi collettivi aziendali indirizzino le modalità di conferimento tacito, selezionando i fondi ritenuti più meritevoli (art. 8, co. 7, lett. b), n. 1 e 2).

proseguire volontariamente la contribuzione al fondo, in modo da determinare autonomamente il momento della fruizione della prestazione.

Siffatte previsioni superano l'ottica dei giudici di legittimità, accentuando l'impronta commerciale, con tutti i rischi che comporta il lasciare finalità sociali nella morsa della logica mercantilistica.

Sarebbe affrettato, però, valutare la riforma della previdenza complementare unicamente come svolta verso il mercato. Ad un esame più approfondito, non sfugge invero la presenza di numerose "cautele" che inducono a pensare, se non altro in prospettiva futura, alla rivalorizzazione della logica protezionistica. Espressione di questa tendenza è costituita dal conferimento del tfr maturando quale nuovo strumento di finanziamento della previdenza privata ed è insita nel fatto stesso della scelta di sottrarre i relativi accantonamenti, sinora tenuti nell'esclusiva disponibilità delle imprese, per destinarli a finalità previdenziali. Le modalità del suddetto finanziamento, inoltre, solo in parte possono ritenersi orientate al principio volontaristico tipico della previdenza complementare, essendo legate a meccanismi di conferimento tacito e, quindi, non ad una vera libertà di scelta incondizionata. In quest'ottica rientra anche la previsione per cui l'investimento nelle forme previdenziali private debba avvenire nella linea, tra quelle a disposizione, a contenuto più prudenziale, in modo da garantire la restituzione del capitale e rendimenti comparabili, nei limiti previsti dalla normativa statale e comunitaria, al tasso di rivalutazione del tfr, ed evitare il rischio che il capitale investito non renda secondo le attese. Ulteriori condotte prudenziali attengono, inoltre, alla scelta di attribuire il tfr al fondo residuale attivato presso l'Inps nel solo caso in cui il contratto collettivo non contenga previsioni diverse (ad esempio riguardo alla preferenza per un fondo regionale) oppure l'accordo aziendale non selezioni talune forme complementari prevalenti sulle altre; nonché alla possibilità (in caso di concorrenza tra più fondi negoziali) di aderire al fondo col maggior numero di iscritti; infine, all'opportunità di adoperare il finanziamento al Fondo Inps per promuovere interventi di utilità collettiva.

Le considerazioni riportate consentono di concludere nel senso che la previdenza complementare, ancora al bivio tra rischio e bisogno²¹¹, è destinata ad aumentare la sua incidenza come strumento di tutela del lavoratore. Permangono tuttavia dei limiti, riconducibili al fatto che l'accesso alle prestazioni complementari è tuttora condizionato ai requisiti per il riconoscimento dei trattamenti pubblici, determinando così le medesime distorsioni che escludono talune categorie di lavoratori dalla previdenza obbligatoria. Ed invero, il finanziamento dei fondi complementari presuppone pur sempre una regolarità e continuità del compenso percepito, anche ai fini della maturazione del tfr e, quindi, una stabilità del lavoro che non è dato rinvenire nelle nuove forme contrattuali. Ciò spiega la ragione per cui, malgrado sia il *Protocollo Welfare* del 2007 e la Legge attuativa n. 247/2007 che il *Libro Verde sul futuro del modello sociale* del luglio 2008 richiama lo strumento della previdenza complementare, manchino diretti interventi di raccordo.

²¹¹ G. SANTORO PASSARELLI, *La previdenza complementare tra rischio e bisogno*, in *MGL*, 2006, n. 12, p. 976 ss; R. PESSI, *La previdenza complementare tra funzione costituzionale e concorrenza*, in *MGL*, 2005, p. 489.

OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

A conclusione dell'analisi compiuta nel presente contributo, pare opportuno enunciare talune riflessioni con l'intento di tirare le fila di un percorso che ha richiesto la considerazione di più profili d'indagine.

A tal proposito, senz'altro prioritaria è la presa di coscienza del fatto che la retribuzione sembra non rivestire più il ruolo di componente intangibile del rapporto di lavoro.

Il problema del costo del lavoro e del livello dei salari è più che mai oggi un problema strutturale che sollecita interventi diretti sul trattamento economico dei lavoratori al fine di garantire maggiori margini di competitività alle imprese.

Nell'ambito delle politiche gestionali adottate allo scopo di garantire maggiore flessibilità nel mercato, la retribuzione tende a divenire a sua volta un fattore (almeno in parte) variabile, in grado cioè di adeguarsi alle mutevoli esigenze organizzative. Tale fenomeno procede di pari passo, da un lato, con la predominanza che va assumendo la contrattazione collettiva nella disciplina del lavoro subordinato; dall'altro, con la preferenza riconosciuta alla contrattazione di livello aziendale.

Riguardo al primo profilo, va precisato che la tradizionale coesistenza di fonti eteronome e fonti autonome nella determinazione della retribuzione sembra attualmente propendere verso le seconde. I recenti interventi normativi mostrano, invero, il massiccio riconoscimento di un potere di regolamentazione contrattuale, talora anche in assenza di specificazione riguardo al livello (nazionale o aziendale) di contrattazione predestinato. Si riconosce, ad esempio, un ampio potere di deroga non solo *in melius* ma anche *in pejus* della normativa in materia di retribuzione sia in maniera diretta (nel caso della determinazione della quota variabile della retribuzione) sia in maniera indiretta (incidendo sulla disciplina dei rapporti di lavoro flessibile e sull'articolazione dei tempi di lavoro). E ciò quando non si giunge a prevedere, addirittura, che la disciplina del rapporto venga fissata in via principale dai contratti collettivi, collocandosi la legge in posizione residuale o essendo del tutto assente. Del resto la predominanza della fonte collettiva, che attualmente coinvolge gli aspetti fondamentali del rapporto di lavoro, è sempre stata evidente nella determinazione delle tariffe salariali adoperate per la quantificazione della retribuzione cd. di qualifica.

La conseguenza di tale sbilanciamento è l'incremento della flessibilità, atteso che la disciplina della retribuzione è sempre di più il frutto di meccanismi di autoregolamentazione (eventualmente formalizzati in intese nazionali, territoriali, aziendali) che hanno natura meramente civilistica.

Riguardo al secondo profilo connesso, si precisa che l'incremento delle forme retributive legate al rendimento non può andare disgiunta dalla circostanza che, in virtù della ripartizione individuata dal Protocollo del luglio 1993, tali forme sono di competenza della contrattazione di secondo livello, la quale è portavoce - di volta in volta - di esigenze, problemi e strategie circoscritte a specifici settori o aziende.

A sua volta, il fattore retributivo subisce il condizionamento delle nuove forme contrattuali di lavoro. La discontinuità, la facoltà di attribuire livelli d'inquadramento inferiori a quelli spettanti in corrispondenza delle mansioni prestate, la ridotta capacità contributiva inevitabilmente collocano la retribuzione al

di sotto della soglia costituzionale della proporzionalità e della sufficienza, atteso che la qualità e la quantità del lavoro prestato sembra non essere più - nella sostanza - il parametro di misurazione della stessa.

In tale contesto, dunque, ad essere rimessa in discussione è la portata della norma costituzionale di cui all'art. 36 Cost.

E' lecito, infatti, interrogarsi sul significato attuale o, ancor meglio, sull'attualità o meno del precetto costituzionale rispetto alle tipologie di lavoro flessibile. E ciò specie considerando che la contrattazione collettiva e la prassi aziendale ormai sembrano propendere sempre più per la flessibilità salariale.

Non va dimenticato, in proposito, che l'effettività di una norma non può andare disgiunta dalla corrispondenza con le istanze provenienti dal dato reale, vale a dire dalla Costituzione cd. materiale.

Nondimeno, appare precipitoso ritenere nell'attuale contesto non più operante la garanzia costituzionale. Ed invero, ad una più attenta considerazione emerge piuttosto l'esigenza di individuare un nuovo parametro di determinazione della retribuzione, che da una parte sia disancorato dai sistemi del modello tradizionale (non più ripetibili nel mercato globalizzato) e dall'altra riesca ad armonizzare le categorie di lavoratori a prescindere dai settori di appartenenza e dalle tipologie contrattuali applicate. In altri termini, occorre ricondurre la proporzionalità della retribuzione ad una diversa e, al contempo, condivisa dimensione.

Riguardo a tale profilo, si registra la tendenza a valorizzare il piano dell'effettività della prestazione resa. Tale criterio è capace di disancorare il compenso erogato dai meccanismi vischiosi della subordinazione tradizionale, specie quelli legati agli automatismi, recuperando la valorizzazione dell'apporto del lavoratore, singolarmente o collettivamente considerato, da valutarsi secondo criteri che premiano la produttività. In tal senso l'effettività non intende riprodurre la logica della stretta corrispettività, pur proponendo l'idea di una corrispondenza tra retribuzione e lavoro effettivo, e neppure intende cedere agli eccessi della teoria omnicomprensiva, di cui al contrario costituisce l'antitesi.

Essa incarna piuttosto la misura di una disponibilità soggettiva, vale a dire di una collaborazione che, all'interno di una struttura sempre più precaria ed instabile, tende ad assumere caratteri non distanti da quelli di un'obbligazione di risultato.

La funzione di tutela che la Costituzione riconosce alla retribuzione deve, quindi, essere "ripensata" in modo che la flessibilità applicata al trattamento economico corrisposto al lavoratore costituisca fonte di nuove garanzie e non solo espressione del precariato.

Il fattore retributivo rapportato all'effettività s'arricchisce, invero, di un valore aggiunto. Esso diviene progressivamente uno strumento in grado di incentivare una maggiore partecipazione del lavoratore ai processi sia decisionali che operativi dell'impresa. In altre parole, la flessibilità retributiva viene sollecitata come strumento in grado di ridurre il costo del lavoro senza dover rinunciare alla garanzia del lavoratore, cui viene assicurata - in relazione al suo apporto - una retribuzione ulteriore rispetto a quella conseguibile in base ai normali parametri dell'orario di lavoro o dell'inquadramento. A tale scopo, è opportuno valorizzare i fattori e le condizioni che maggiormente "premano" il lavoro. La mobilità, l'articolazione dei tempi di lavoro, il ricorso a parametri di valutazione della prestazione che valorizzano la produttività ed il rendimento, la flessibilità delle forme

contrattuali, sono tutti elementi in grado di avvalorare la prestazione effettivamente resa dal lavoratore.

La funzione incentivante è particolarmente apprezzabile nel caso dei premi. L'indubbio vantaggio di erogazioni consiste, per l'appunto, nella libertà per l'imprenditore di rendere flessibile una parte della retribuzione corrisposta, ancorandola a mere valutazioni del mercato della mano d'opera o a considerazioni sulla capacità professionale e di rendimento del lavoratore ovvero, ancora, al finalità premiali verso comportamenti del lavoratore considerati positivi per l'attività aziendale.

Ciò produce un duplice effetto positivo per la forza lavoro occupata, che va ad aggiungersi all'incremento di profitto per l'imprenditore. Da una parte, infatti, gli strumenti anzidetti consentono di meglio distribuire i salari e di adattare la situazione dell'azienda alle caratteristiche della congiuntura economica corrente. Essi permettono - in particolare - di fare delle scelte avendo riguardo esclusivamente alle peculiari esigenze dell'impresa.

Dall'altra parte, poi, essi intervengono sul grado di soddisfazione del lavoratore, quindi sul piano psicologico. Più precisamente, consentono la valorizzazione dell'apporto dei lavoratori nel contesto aziendale, mediante l'individuazione delle unità più meritevoli, e permettono al contempo di sollecitare il consolidarsi dei loro comportamenti "virtuosi", vantaggiosi per il datore. Tale effetto è connesso alla circostanza che, accanto e al di là dell'effettivo incremento economico, i lavoratori percepiscono la misura premiale come una forma di personale coinvolgimento e di partecipazione alle sorti dell'impresa, aumentando così la componente motivazionale connessa allo svolgimento della loro prestazione.

Non va sottaciuto, inoltre, che lo strumento retributivo variabile rende il lavoratore partecipe dell'andamento economico dell'azienda in cui collabora. In altri termini, l'uso congiunto degli indicatori disponibili rende la prestazione del singolo funzionale non soltanto al suo eventuale impegno aggiuntivo rispetto al normale adempimento né semplicemente ai risultati raggiunti dall'azienda a prescindere dal suo particolare apporto, bensì al complesso dei fattori di produzione.

In sintesi, la funzione prestabilita trascende le finalità connesse ai singoli indicatori economici per concentrarsi sul ruolo che assume il lavoratore rispetto alla definizione del trattamento economico che gli spetta. In tal senso, essa può definirsi "partecipativa".

Malgrado tale espressione non vada intesa in senso tecnico, essendo ben diversa dai modelli di partecipazione alla gestione aziendale (che non hanno trovato finora accoglimento nel nostro ordinamento), non va trascurato di considerare che l'attuale propensione al coinvolgimento del lavoratore nell'andamento economico d'impresa quale risulta dall'utilizzo degli elementi variabili della retribuzione possa essere letto come rinnovato interesse, almeno in via tendenziale, verso i sistemi partecipativi.

L'attuazione di forme di partecipazione non sarebbe priva di rilievo nell'attuale contesto, giacché - da un lato - potrebbe assicurare quel controllo delle scelte datoriali che sembra sotto molti profili essere venuto meno, mentre - dall'altro lato - attribuirebbe la titolarità di tale potere di controllo alle parti sociali. Spetterebbe, dunque, ai sindacati assumere quel ruolo di garanti tipico del legislatore.

Alle anzidette considerazioni si aggiunge la considerazione per cui la valorizzazione di sistemi retributivi incentivanti va completata con un adeguato sistema di protezione sociale.

Lo stretto legame tra retribuzione e prestazione previdenziale trova giustificazione nell'opportunità di adoperare il rapporto contributivo, cardine del sistema previdenziale, per redistribuire la quota necessaria a riportare alla soglia della sufficienza quelle retribuzioni che altrimenti non la raggiungerebbero. In tal senso, esso è espressione, da una parte, della più generale correlazione tra lavoro e sistema previdenziale (di cui costituisce un aspetto senz'altro dominante) e, dall'altra, della presa di coscienza del bisogno di un'adeguata politica sociale per colmare i limiti dell'obbligazione retributiva nell'attuale contesto economico.

In altri termini, l'obiettivo è quello di riconoscere al sistema previdenziale una funzione compensativa al fine di estendere e rendere effettivo il diritto alla giusta retribuzione, attraverso politiche volte ad erogare sussidi e finalizzate a tutelare il lavoratore, la sua famiglia, il *Welfare* del lavoro. In questo contesto s'inseriscono misure come cassa integrazione, mobilità, indennità corrisposte per lavori socialmente utili, assegni al nucleo familiare rivolti a persone prossime alla fascia dell'esclusione sociale, che intervengono a colmare un'insufficienza grave del reddito da lavoro e delle tutele occupazionali, troppo spesso inadeguate.

Tale connubio, peraltro, va inteso, invero, in maniera dinamica e non limitata al solo sostegno del reddito. Esso tende sempre di più a valicare i limiti della sola tutela *nel* rapporto, intesa quale sicurezza e garanzia del posto di lavoro, e ad affermarsi quale tutela *nel* mercato.

In tal senso, esso si confronta con la posizione del lavoratore atipico nel contesto occupazionale, contrassegnata da carriere discontinue in conseguenza di una pluralità di rapporti di lavoro di breve durata e retribuiti in maniera non adeguata. Prioritario diventa, in tal caso, facilitare la ricerca di un nuovo lavoro che si associ ad un incremento della professionalità del soggetto, atteso che solo in questo modo egli può essere competitivo sul mercato ed aspirare ad un'occupazione migliore. Le politiche occupazionali che a tanto aspirano mediante un sistema articolato di rafforzamento dei Servizi per l'impiego, sgravi alle imprese, facilitazioni nell'accesso al credito e percorsi di perfezionamento, necessitano del sostegno della sicurezza sociale. Ma non si tratta di un ausilio passivo, teso cioè a costituire un cuscinetto per potenziare gli effetti delle misure in materia di occupazione, piuttosto di uno strumento attivo capace di generare nuova e migliore occupazione. La promozione dell'inclusione sociale sia all'atto dell'accesso al mondo del lavoro sia lungo l'intero percorso lavorativo, attraverso le opportunità formative, la previsione di servizi in grado di favorire la conciliazione tra i tempi di vita e i tempi di lavoro, nonché l'organizzazione di un sistema di trattamenti di disoccupazione e di contribuzione figurativa, permettono di sostenere i lavoratori nel passaggio da un lavoro ad un altro, compensando le cadute di reddito collegate ad un'attività discontinua, e di intervenire sui casi di esclusione, temporanea o definitiva, dal mercato del lavoro.

L'intento di far convergere gli obiettivi della flessibilità e della sicurezza mostra che, per evitare di giungere all'aberrante conclusione di ritenere il diritto del lavoro come strumento di regolazione del mercato piuttosto che di tutela dei lavoratori, occorre l'impegno di recuperare le garanzie e le tutele messe a disposizione dal sistema di sicurezza sociale. Su questa linea le tipologie flessibili, da

forme di manifestazione del rapporto di lavoro individuale, possono diventare a loro volta incentivo alla “buona” occupazione e la retribuzione conservare la sua funzione di tutela.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Le nuove forme della retribuzione e la partecipazione finanziaria dei lavoratori in Europa*, DRI, 2002, 165.
- AA.VV., *Il problema dei cd. "automatismi retributivi", questioni giuridiche e orientamenti sindacali*, RGL, 1977, I, 439.
- A. Accornero, *Era il secolo del lavoro*, Il Mulino, 2002.
- A. Alaimo, *Gli effetti della partecipazione azionaria dei lavoratori sul governo dell'impresa: il caso italiano*, LD, 2003, 616.
- A. Alaimo, *Sistemi partecipativi e incentivi di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, DRI, 1991, 21.
- A. Allamprese, *Una riflessione sulla recente riforma dell'orario di lavoro*, RGL, 2005, I, 85.
- P. Alleva, *Trattamento di fine rapporto*, Enc. giur., XXXI, Roma, 1994, 1.
- P.G. Alleva, *Il tramonto degli automatismi salariali*, Pol. dir., 1982, 423.
- P.G. Alleva, *Automatismi e riassorbimenti salariali*, RGL, 1979, I, 59.
- L. Angiello, *La retribuzione*, in *Commentario c.c.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990.
- A. Aranguren, *A pari lavoro, impari retribuzione: considerazioni in tema di interpretazione dell'art. 36 della Costituzione*, nota a C. Cost. 4 maggio 1960, n. 30, MGL, 1960, 306.
- T. Baglioni, *Lavoro e decisioni nell'impresa*, Bologna, 2001, 31
- A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol XI, Roma, 1989.
- F. Bano, *La retribuzione tra conformità ai parametri costituzionali e autonomia collettiva*, RIDL, 1999, II, 3.
- L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol III, Milano, 1957.
- Z. Baumann, *Modernità liquida*, Roma-Bari, 2002.
- Z. Baumann, *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999.
- G. Bellardi, *Concertazione e contrattazione: soggetti, poteri e dinamiche regolative*, Bari, 1999.
- M. Biagi, *Il futuro del contratto individuale di lavoro in Italia*, LD, 1996, 325.
- F. Bianchi D'Urso, *Omnicomprendività e struttura della retribuzione*, Napoli, 1984.
- L. Bigliazzi Geri, *A proposito della legittimità costituzionale dell'art. 2946 cod. civ. con riferimento a diritti nascenti dal rapporto di lavoro subordinato*, RGL, 1971, II, 3.
- L. Bonaretti, *La giusta retribuzione*, LPO, 1979, 1141.
- G. Branca, *La sospensione nelle vicende del rapporto di lavoro*, Padova, 1971
- M. Brollo, *La flessibilità del lavoro a tempo parziale e i differenti equilibri fra autonomia collettiva e autonomia individuale*, ADL, 2002, 723
- A. Buonajuto, V. Frallicciardi, *Il rapporto individuale di lavoro: svolgimento del rapporto*, in D. Napoletano (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'elaborazione giurisprudenziale dopo lo statuto dei lavoratori e il nuovo processo. del lavoro*, vol. III, Roma, 1977, 277.
- L. Calafà (a cura di), *Paternalità e lavoro*, Bologna, 2007.

- U. Carabelli, R. Romei, voce *Garanzie dei crediti di lavoro*, *Digesto disc. Priv.*, sez. comm., vol. VI, Torino, 1991, 384.
- F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, vol. II, *Il rapporto di lavoro*, Torino, 2005.
- F. Carinci, *Scala mobile, sì o no (storia tormentata senza eredità)*, *GI*, 1993, IV, 193.
- M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui*, in AA.VV., *Commentario al Dlgs 10 settembre 2003, n. 276*, (coordinato da F. Carinci), vol. II, *Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*, Milano, 2004, 5
- W. Cesarini Sforza, *L'art. 36 della Costituzione e i poteri del giudice*, *MGL*, 1961, 413.
- C. Cester, *Profili di scarso rendimento del lavoratore*, *ibidem*, 619.
- S. Chiri, *Sull'inesistenza di un principio "giurisprudenziale" di parità retributiva a parità di qualifica e di mansioni*, *RDL*, 1983, II, 75.
- M. Cinelli, *"Nuovi lavori" e tutele: quali spazi per la previdenza sociale?*, *RIDL*, 2005, I, 226.
- M. Cinelli, voce *Retribuzione*, *NDI*, App., VI, Torino, 1986, 665.
- M. Cinelli, *Retribuzione dei dipendenti privati*, *Noviss. Dig. It.*, Appendice, VI, 1986.
- S. Ciucciovino, *Autonomia collettiva e funzioni della retribuzione*, *ADL*, 1995, 207.
- F. Comito, *Applicabilità dell'art. 36 Cost. ai rapporti di breve durata giornaliera*, *RGL*, 1965, II, 543.
- G. Conte, *La nozione di retribuzione irriducibile a norma dell'art. 2103 c.c.*, *RIDL*, 1998, II, 259.
- N. Crisci, *Sulla minima retribuzione sufficiente*, *Arch. ric. giur.*, 1952, 627.
- A. Cugini, *Nuovi incentivi retributivi nella pubblica amministrazione*, *DRI*, 2002, 623.
- M. D'Antona, *Il protocollo sul costo del lavoro e l' "autunno freddo" dell'occupazione*, *RIDL*, 1993, I, 422.
- M. D'Antona, *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, *DLRI*, 1984, 269.
- E. D'Avossa, *Il trattamento di fine rapporto*, *Lav '80*, 1983, 34.
- A. De Felice, *La retribuzione e il trattamento di fine rapporto*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato*, Vol. XXIV, Tomo II, 2007, 383.
- M. Delfino, *La contrattazione collettiva sul part-time dopo il d.lgs. n. 276/2003: profili teorici e applicativi*, *RGL*, 2006, 133 -M. Dell'Olio, *Sospensione del rapporto di lavoro*, *D. civ.*, 1998, XV.
- M. Dell'Olio, *Retribuzione, quantità e qualità di lavoro, qualità di vita*, *ADL*, 1995, 1.
- M. Dell'Olio, *La retribuzione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. XV, tomo I, Torino, 1986, 467.
- R. Del Punta, *Diritto della persona e contratto di lavoro*, *GDLRI*, 2006, 195.
- R. Del Punta, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Milano, 1992.
- R. De Luca Tamajo, *Il trattamento di fine rapporto*, *DLRI*, 1984, 429.

- N. De Marinis, *L'equiparazione retributiva tra cottimo e straordinario. Il no delle Sezioni Unite*, MGL, n. 8/9, 2005, 607.
- A. Di Majo, *Aspetti civilistici della obbligazione retributiva*, RGL, 1982, I, 393.
- G. Ferraro, *Il contratto di lavoro a tempo determinato, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, Guida al lavoro*, n. 2, 2008, 66.
- V. Foa, *La struttura del salario*, Roma, 1976.
- M. Fragali, voce *Garanzia e diritti di garanzia*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 447.
- L. Gallino, *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Bari, 2007.
- M. Genghini (a cura di), *I rapporti economici nella Costituzione*, Vol. I, *Il lavoro e la previdenza*, Milano, 1989.
- A. Gentili, *Proporzionalità della retribuzione e "sfruttamento antisociale" del lavoratore*, GI, 1972, I, 1, 1955.
- E. Ghera, *Diritto del lavoro*, Bari, 1985, 230.
- E. Ghera, G. Santoro Passarelli, *Il nuovo trattamento di fine lavoro*, Milano, 1982.
- G. Giugni, G. Ferraro, *Il trattamento di fine rapporto*, Padova, 1984.
- G. Giugni, *Nullità dell'accordo tra datore e prestatore di lavoro per una retribuzione inadeguata alle mansioni esplicate*, *Foro pad.*, 1951, I, 1006.
- E. Gorrieri, *La giungla retributiva*, Bologna, 1972.
- M. Grandi, G. Pera, *Commento all'art. 36 Cost.*, in *Commentario*, Padova, 2005.
- M. Grandi, G. Pera, *Commento all'art. 38*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Padova, 2005.
- M. Grandi, *Sulla provvisoria esecuzione della sentenza in tema di retribuzione*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1969, 736.
- S. Grasselli, *Pluralità di rapporti di lavoro e applicazione dell'art. 36 Cost.*, MGL, 1971, 61.
- F. Guidotti, *La retribuzione*, in *Nuovo tratt. dir. lav. Riva Sanseverino-Mazzoni*, Padova, 1971.
- F. Guidotti, *La retribuzione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1956.
- S. Hernandez, *I principi costituzionali in tema di retribuzione*, DL, 1997, I, 160.
- S. Hernandez, *Profili costituzionali*, intervento presentato all'incontro di studi della Confindustria su *Nuove forme di retribuzione e attualità dei principi costituzionali*, Roma 3 febbraio 1997, dattiloscritto.
- L. Isenburg, *Divieti di discriminazione nel rapporto di lavoro*, Milano, 1984.
- *La retribuzione che cambia*, numero monografico di DLRI, 357.
- M. Lamberti, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247*, cit., 74.
- F. Leardini, *Obbligazione retributiva, flessibilità salariale e posizioni giuridiche soggettive*, LD, 2000, 189.
- C. Lega, *Il salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, DL, 1952, II, 275.
- S. Lembo, *Garanzia del minimo retributivo e disciplina della prescrizione*, in *RDL*, 1966, II, 549.

-V. Luciani, R. Santucci, *Sub art. 49*, in A. Corpaci, M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione*, cit., 1348.

-M. Marazza, *Lavoro e rendimento*, *ADL*, 2004, 539, nonché in *Studi in onore di M. Persiani*, Padova, 2005, 713.

-A. Maresca, *Contrattazione e concertazione*, *ADL*, 2000, 187.

-A. Massart, *l'art. 36 della Costituzione è principio programmatico e non norma precettiva*, *MGL*, 1953, 65.

-S. Mattone, *La retribuzione*, in D. Napoletano (a cura di), *Il diritto del lavoro nella elaborazione giurisprudenziale*, vol. XI, Roma, 1969, 101.

-G. Mazzoni, *Manuale di diritto del lavoro*, I, Milano, 1977.

-A. Miscione, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro: questioni interpretative sulla temporaneità delle esigenze datoriali*, *ADL*, 2006, 662.

-L. Montuschi, *Il contratto a termine e la liberalizzazione negata*, *DRI*, 2006, 109.

-L. Nannipieri, *La riforma del lavoro a termine. Una prima analisi giurisprudenziale*, *RIDL*, 2006, I.

-U. Natoli, *Ritorno a Carlo Alberto*, *RGL*, 1979, II, 153.

-G. Natullo, *Commento all'art. 45*, in A. Corpaci Corpaci, M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, *NLCC*, Padova, 1999.

-A. Niccolai, *Retribuzione variabile, minimi salariali e autonomia individuale*, *LD*, 1998, 350.

-R. Nicolò, *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, *RGL*, 1951, II, 5.

-V. Pace, *Rilievi sulla determinazione giudiziale della retribuzione sufficiente*, *GC*, 1961, 278.

-F. Panariello, *Retribuzione ed incentivi: riserva di contrattazione collettiva e residualità delle determinazioni unilaterali*, in M. Rusciano e L. Zoppoli (a cura di), *Lo "spazio negoziale" nella disciplina del lavoro pubblico*, Bologna, 1995, 337.

-P. Passalacqua, *Autonomia e mercato del lavoro*, Torino, 2006.

-M. Pantaleoni, *Inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune e retribuzione minima sufficiente*, *Foro pad.*, 1952, I, 518.

-C. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione: poteri e fattispecie nel sistema giuridico del lavoro*, Milano, 1985.

-G. Pera, *Mensa e retribuzione*, *GI*, 1975, I, 2, 91.

-G. Pera, *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, *MGL*, 1961, 420.

-G. Pera, *Sulla decorrenza della prescrizione per il diritto al salario*, *FI*, 1966, I, 1652.

-F. Pergolesi, *Introduzione al diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, I, 232.

-G. Perone, voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, 1989, 40.

-M. Persiani, *Il trattamento di fine rapporto di lavoro*, Relazione al seminario svolto a Roma il 24-25 marzo 1983, 18 – dattiloscritto.

- R. Pessi, *Retribuzione variabile e fattispecie di lavoro subordinato*, ADL, 1997, 48.
- G. Petraccone, *Su alcuni problemi fondamentali dell'art. 36 della Costituzione*, RDL, 1963, I, 99.
- A. Pizzoferrato, *Partecipazione dei lavoratori, nuovi modelli di governante e democrazia economica*, RIDL, I, 2005, 243.
- U. Prosperetti, *Il lavoro subordinato*, Milano, 1971.
- U. Prosperetti, *La posizione professionale del lavoratore subordinato*, Milano, 1958, 80.
- S. Pugliatti, *Ancora sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, RGL, 1951, II, 1969.
- S. Pugliatti, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, RGL, 1949-50, I, 190.
- F. M. Putaturo Donati, *Le novità in materia di part-time, Commento alla legge 24 dicembre 2007, n. 247, Guida al lavoro*, n. 2, 2008, 71.
- M. Quaranta, *Il contratto a tempo determinato: autonomia individuale e contrattazione collettiva*, in M. Rusciano M., C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Napoli, 2006, 487-

- M. Ranieri, *Disciplina del contratto a termine e ruolo della contrattazione collettiva*, DLM, 2006, 335.
- G. Ricci, *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse: la visione "socialmente avanzata" della Cassazione*, LD, 1995, 526.
- G. Ricci, *Il Protocollo del 23 luglio 1993 sul costo del lavoro, vero l'istituzionalizzazione delle relazioni industriali*, RGL, I, 1993, 279.
- S. Riva Sanseverino, *Diritto del lavoro*, Padova, 1972, I, 247.
- L. Riva Sanseverino; *Il contratto individuale di lavoro*, in U. Borsi, F. Pergolesi, *Trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Padova, 1958, 80.
- M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 2005.
- M. Roccella, *I salari*, Bologna, 1986.
- U. Romagnoli, *Il sindacato dopo l'accordo: la partecipazione possibile*, Bologna, 1993, 5.
- M. Rusciano, *Sulla parità di trattamento nel lavoro pubblico*, in Chiero (a cura di), *Scritti in memoria di Luciano Ventura*, Bari, 2004.
- M. Rusciano, *Contratto Collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.
- M. Rusciano, voce *Sospensione del rapporto di lavoro*, *Enc. giur. Treccani*.
- G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997.
- C. Romeo, *Il trattamento economico nel rapporto di lavoro pubblico "privatizzato"*, Torino, 1998.
- C. Russo, *Scatti di anzianità*, in *Dizionario del diritto privato* (a cura di N. Irti), II, Milano, 1980.

- F. Santoni, *La posizione soggettiva del lavoratore dipendente*, 1979, Napoli.
- F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1954, 160.
- G. Santoro Passarelli, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984.
- G. Santoro Passarelli, *Spirito del diritto del lavoro*, DL, 1948, 278.

- R. Santucci, *Flexicurity e conciliazione tra tempi di vita e tempi di lavoro*, *DLM*, 2007, n. 3, 581.
- R. Santucci, *Il part-time nella nuova disciplina: dalla "flessibilità limitata" alla "precarietà"?*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercoledì del lavoro. Riforma e vincoli di sistema*, Napoli, 2004, 33.
- R. Santucci, *La retribuzione incentivante nelle amministrazioni pubbliche tra riforme legislative e rinnovi contrattuali del 2000*, *LPA*, 2000, 491.
- R. Santucci, *Le cause sospensive della prestazione di lavoro*, Torino, 1993.
- R. Scognamiglio, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, in R. Scognamiglio (a cura di), *Il lavoro nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1978.
- R. Scognamiglio, *Lezioni di diritto del lavoro*, Bari, 1969.
- R. Scognamiglio, *Ancora sulla applicabilità immediata dell'art. 36 della Costituzione in tema di salario*, *Giur. cass.*, 1952, 3, 448.
- M. Scorza, *L'art. 36 della Costituzione e la determinazione del salario minimo*, *DL*, 1951, II, 447.
- M. Scorza, *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, *FI*, 1951, I, 1241.
- L. Secreti, *Sulla precettività dell'art. 36 della Costituzione*, *Giur. tosc.*, 1955, 436.
- M. Senatori, *Concorso tra cause sospensive della prestazione di lavoro: profili giurisprudenziali*, *RIDL*, 2002, II, 566.
- A. Sermonti, *L'adeguatezza della retribuzione di fronte al contratto collettivo di diritto comune e al primo comma dell'art. 36 della Costituzione*, *MGL*, 1952, 128.
- A. Sermonti, *Sulla inderogabilità dei contratti collettivi di diritto comune*, *MGL*, 1951, 157.
- C. Smuraglia, *La persona del prestatore di lavoro*, Milano, 1967.
- V. Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, *DRI*, 2003, 225.
- C. Stanzani, *Prescrizione e rapporto di lavoro*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1967, 1109.
- G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, 153.
- M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*.
- A. Torrente, *I rapporti di lavoro, Parte generale*, Milano, 1966.
- A. Torrente, *Appunti sull'impossibilità temporanea del lavoratore*, *RGL*, 1950, 1950.
- T. Treu, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetti contrattuali e struttura della retribuzione*, *RGL*, I, 1993, 215.
- T. Treu, *Problemi giuridici della retribuzione*, *DLRI*, II, 1980, 1.
- T. Treu, *Commento sub art. 36 Cost.*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1979, 72.
- T. Treu, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 45.
- L. Vaccaro, *La sospensione del rapporto di lavoro*, Napoli, 1983.
- A. Vallebona, C. Pisani, *Il nuovo lavoro a termine*, Padova, 2001.
- A. Vallebona, *Il trattamento di fine rapporto*, Milano, 1984.

- A. Vallebona, *Il trattamento di fine lavoro per i lavoratori*, *Giust. civ.*, 1982, II, 376.
- B. Veneziani, Vimercati, *La partecipazione in Europa tra Costituzione, legge e contrattazione collettiva*, *L'impresa al plurale*, in *Quaderni della partecipazione*, 1999, 3-4.
- L. Ventura, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Milano, 1984.
- G. Vincenzi, *Precettività o non precettività dell'art. 36, I co. della Costituzione*, in *Dir. econ.*, 1960, 791.
- S. Visconti Prasca, *Sulla minima retribuzione sufficiente ai lavoratori*, *Tem. gen.*, 1951, 373.

- S. Weiss, *La partecipazione del lavoratori alla società europea*, *DRI*, 2003, 132.

- G. Zilio Grandi, *Nozione di retribuzione, parità uomo-donna e regimi professionali di sicurezza sociale. La "parità di trattamento" tra ordinamento comunitario e nazionale*, *OGI*, 2000, 48.
- G. Zilio Grandi, *La retribuzione. Fonti Struttura Funzioni*, Napoli, 1996.
- C. Zoli, *Il trattamento economico*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal d.lgs. n. 29/1993 ai d.lgs. nn. 396/1997, 80/1998 e 387/1998. Commentario*, Milano, 2000, 1405.
- C. Zoli, *La retribuzione tra garantismo e flessibilità: recenti scenari contrattuali e giurisprudenziali*, *DRI*, 1997, n. 1, 19.
- L. Zoppoli, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritti di partecipazione alla gestione delle imprese*, *DLRI*, 2005, 373.
- L. Zoppoli, *L'art. 36 della Costituzione e l'obbligazione retributiva*, in B. Caruso, C. Zoli, L. Zoppoli (a cura di), *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. I, Napoli, 1994, 95.
- L. Zoppoli, *La retribuzione tra contratto, mercato e diritti sociali*, in *Spaz. impr.*, 1992, n. 24, 85.
- L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991.
- L. Zoppoli, *Aumenti periodici di anzianità*, in *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, a cura di F. Liso, M. Rusciano, Napoli, 1987.
- L. Zoppoli, *Sub art. 11*, in M. Rusciano, T. Treu (a cura di), *La legge-quadro sul pubblico impiego*, Padova, 1985, 66.