

# LUISS



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
*Cattedra di Diritto ed Organizzazione del Lavoro*

**LA RETRIBUZIONE VARIABILE.**  
**MECCANISMI RETRIBUTIVI DEL**  
***TOP MANAGEMENT***

**RELATORE**

Chiar.mo Prof.  
Roberto Pessi

**CANDIDATO**

Riccardo Belletti  
Matr. 146373

**CORRELATORE**

Chiar.mo Prof.  
Antonio Dimitri Zumbo

**Anno accademico 2019/2020**



***LA RETRIBUZIONE VARIABILE.***  
***MECCANISMI RETRIBUTIVI DEL TOP MANAGEMENT***

**INDICE**

**INTRODUZIONE** ..... 5

**CAPITOLO I:**

***LA RETRIBUZIONE VARIABILE NELL'ORDINAMENTO***  
***GIUSLAVORISTICO ITALIANO***

1. La disciplina costituzionale: l'art. 36 Cost ..... 8

    1.1. La determinazione giudiziale della retribuzione ..... 11

    1.2. La ripartizione del rischio nel contratto di lavoro subordinato ..... 14

2. La disciplina civilistica ..... 17

3. La determinazione della retribuzione affidata all'autonomia collettiva ..... 20

4. Sistemi partecipativi e sistemi di incentivazione salariale in una prospettiva  
temporale ..... 30

    4.1. Il cottimo, dal periodo pre-corporativo all'epoca del regime fascista ..... 32

    4.2. Dal cottimo al premio di produzione. La stabilizzazione dei sistemi di  
    incentivazione salariale dal secondo dopoguerra agli anni '60 ..... 35

    4.3. L'irrigidimento dei sistemi classici di incentivazione salariale ..... 38

5. La nascita di un "sistema costituzionale" delle relazioni industriali ..... 39

    5.1. Il Protocollo del 1993 ..... 41

    5.2. L'Accordo Interconfederale del 2009 ..... 42

    5.3. L'Accordo Interconfederale del 2011 ..... 44

5.4. L'Accordo Interconfederale del 21 novembre 2012 e il D.P.C.M. del 22 gennaio 2013 .....	48
6. La legge a sostegno del lavoro privato: le agevolazioni a favore della retribuzione variabile .....	52

## **CAPITOLO II:**

### ***FUNZIONI, OBIETTIVI E NATURA GIURIDICA DELLA RETRIBUZIONE FLESSIBILE***

1. La fissazione degli obiettivi per la retribuzione variabile .....	61
2. I concetti di produttività del lavoro e produttività aziendale .....	64
3. Dagli indicatori di redditività alla partecipazione agli utili <i>ex art. 2082 c.c.</i> ....	68
3.1. L'associazione in partecipazione. Criteri di differenziazione con il contratto di lavoro subordinato con partecipazione agli utili .....	71
3.2. La retribuzione di redditività tra funzione partecipativa e funzione di flessibilizzazione del costo del lavoro .....	74
4. La previsione di indici misti. Le funzioni della retribuzione variabile in relazione alla scelta degli indicatori di valutazione .....	78
5. La retribuzione variabile come corrispettivo. I problemi sollevati dall'art. 36 Cost. rispetto ai criteri di proporzionalità e sufficienza .....	82
6. La natura giuridica della retribuzione variabile. L'applicabilità degli art. 1353 ss. del Codice Civile e la retribuzione variabile come condizione sospensiva. <i>Fictio</i> di avveramento <i>ex art 1359 c.c.</i> o risarcimento del danno da perdita di chance, in caso di inadempimento da parte del datore? Ricadute pratiche .....	88

## CAPITOLO III:

### ***POLITICHE RETRIBUTIVE DEL TOP MANAGEMENT E PROGETTAZIONE DEI PIANI DI TOTAL REWARD. LE REAZIONI A LIVELLO COMUNITARIO E NAZIONALE AGLI ECCESSI RETRIBUTIVI***

1. I lavoratori posti al vertice dell'impresa: amministratori e dirigenti. Natura giuridica e precisazioni terminologiche .....	97
1.1. La compatibilità tra la carica sociale di amministratore e la prestazione di lavoro subordinato .....	104
2. Introduzione alla prospettiva manageriale nella fase di gestione dell'impresa societaria .....	107
3. I sistemi di <i>corporate governance</i> e i problemi sollevati dall' <i>agency theory</i> . Il ruolo delle politiche retributive del <i>management</i> .....	110
4. Cenni sulle difficoltà di strutturazione di un piano di incentivazione per il <i>management</i> . Le reazioni dell'Unione Europea agli eccessi retributivi .....	118
5. Il recepimento da parte del Legislatore italiano della normativa comunitaria relativa ai diritti di informazione e di voto degli azionisti. Il Codice di Autodisciplina elaborato dal Comitato per la <i>Corporate Governance</i> .....	126
<b>CONCLUSIONI</b> .....	131
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	134



## INTRODUZIONE

Il tema della retribuzione flessibile rientra, in senso lato, nella più ampia materia riguardante la retribuzione, intesa come la prestazione alla quale il datore di lavoro si obbliga attraverso la stipulazione del contratto di lavoro e volta a remunerare l'attività svolta dal soggetto lavoratore.

Ciò consente, come noto, di inquadrare il contratto di lavoro subordinato nell'alveo dei contratti onerosi e sinallagmatici, ovvero caratterizzati da prestazioni corrispettive poste in capo ai contraenti.

Nel corso del presente lavoro è stato fatto il tentativo di “raccontare”, senza pretesa di esaustività, le differenti maniere di atteggiarsi nel corso della storia del vincolo, più o meno forte, che ha legato e lega la quantità e la qualità del lavoro svolto alla retribuzione.

Come si dirà, l'intensità di tale vicolo è sempre stata pesantemente influenzata da vari fattori tra loro eterogenei: istanze dei sindacati a tutela dei diritti dei lavoratori, interventi del Legislatore, Accordi collettivi tra rappresentanze datoriali e dei lavoratori, momenti di congiuntura economica particolarmente favorevole o particolarmente negativa (emblematica, in tal senso, la crisi economica che ha investito la cosiddetta “economia occidentale” dal 2008 in poi).

Di conseguenza, la volontà di legare, attraverso l'istituzione di un nesso sinergico, la retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato è sorta, nel corso della storia, sulla scorta di esigenze anche molto diverse tra loro.

Una delle finalità che sicuramente la retribuzione in funzione del risultato ha perseguito inizialmente è quella relativa all'incentivazione: consentire al lavoratore di laboriosità superiore alla media di raggiungere un guadagno maggiorato, rispetto al lavoratore “normale”, costituisce senza dubbio una leva che, sin dall'industrializzazione del nostro Paese, ha consentito di ambire alla creazione di una spirale virtuosa tra prestazione e retribuzione, tesa all'innalzamento della produttività e della competitività delle imprese nel territorio nazionale.

Nel corso del primo capitolo, pertanto, oltre ad un'introduzione riguardante le fonti legali volte a disciplinare l'istituto retributivo, si è cercato di illustrare il

passaggio dalle forme retributive incentivanti tradizionali a quelle più moderne, caratterizzate da una spinta incentivante minore, ma rispondenti a finalità di redistribuzione della ricchezza, con particolare riferimento al cosiddetto “lavoro operaio”, ovvero il lavoro caratterizzato dalla presenza di un vincolo di subordinazione, prima delle innovazioni tecnologiche che hanno portato alla nuova *Industry 4.0*.

Al riguardo, non ci si poteva esimere dal condurre un’analisi relativa ai passaggi che hanno portato, in un primo momento, all’istituzione di una pratica concordataria di determinazione del trattamento economico del lavoro subordinato e, in seguito, alla creazione di quello che è stato definito come il sistema costituzionale delle relazioni industriali.

Risulta fondamentale, pertanto, il collegamento tra contrattazione collettiva e retribuzione variabile, poiché, per quanto riguarda il lavoro subordinato, è proprio l’autonomia collettiva ad essere individuata come il luogo ideale adeguato per la contrattazione del trattamento economico flessibile; ciò, evidenziato dai successivi Accordi Interconfederali sottoscritti, grazie alle caratteristiche proprie dell’istituto della contrattazione, che intrinsecamente tende alla composizione degli interessi delle parti sociali contrapposte.

Nel secondo capitolo dell’elaborato, invece, l’attenzione è stata posta sull’evoluzione più recente delle funzioni della retribuzione variabile che, secondo la dottrina, deve essere propriamente intesa, nel periodo contemporaneo, come retribuzione “flessibile”; la differenza tra l’uso del termine “variabile” e l’uso del termine “flessibile”, pertanto, risiede proprio nella nuova esigenza che l’istituto affronta: non più incentivare il personale o redistribuire la ricchezza prodotta dall’impresa, ma legare il trattamento economico dei lavoratori all’*ability to pay* dell’impresa stessa.

Il passaggio tra il concetto di produttività del lavoro a quello di produttività aziendale, poi, ha imposto una riflessione circa l’importanza degli indici e degli obiettivi di *performance* sui quali graduare l’effettiva erogazione del trattamento economico maggiorato.

Remunerare la prestazione lavorativa svolta attraverso l’elaborazione di parametri che tengono conto solo in minima parte del concreto apporto del lavoratore,

inoltre, fa sorgere dubbi in ordine al rispetto dei principi costituzionali relativi alla proporzionalità ed alla sufficienza della retribuzione.

Tale circostanza, citata in ultima battuta, conduce inoltre lo studioso ad interrogarsi riguardo la natura giuridica della clausola contrattuale che lega una parte della retribuzione ad indicatori esterni, con numerose ricadute pratiche delle quali sono emblematici i casi giudiziari relativi alla mancata fissazione degli obiettivi ad opera della parte datoriale, o precipuamente relativi alla mancata corresponsione della quota di retribuzione pattuita in forma variabile.

Nel corso del terzo ed ultimo capitolo, infine, si è voluto riflettere riguardo l'istituto della retribuzione variabile nei casi in cui esso sia rivolto ai lavoratori dell'azienda cosiddetti "apicali", ovvero con ruoli rispondenti, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, a cariche di gestione dell'impresa: amministratori e dirigenti ovvero, secondo la più generale dicitura anglosassone, il *top management*.

Il rilievo del relativo dibattito, già importante ma acuito dallo scoppio della crisi economica globale, ha condotto le istituzioni comunitarie alla volontà di disciplinare la materia, con interventi tesi a raggiungere trasparenza e garantire adeguati diritti di informazione e consultazione agli azionisti riguardo le politiche retributive elaborate dalle *corporations*.

In ultimo, pertanto, è stato analizzato il recepimento della relativa normativa dell'Unione Europea ad opera del Legislatore italiano ed è stato fatto un riferimento riguardante la costante elaborazione, in via di autoregolamentazione attraverso Codici di Autodisciplina rivisitati con cadenza biennale dal Comitato per la *Corporate Governance*, di principi rispondenti alle *best practices* stabilite a livello comunitario.

## CAPITOLO I:

### *LA RETRIBUZIONE VARIABILE NEL PANORAMA GIUSLAVORISTICO ITALIANO*

#### **1 - LA DISCIPLINA COSTITUZIONALE: L'ARTICOLO 36 COST.**

In materia di retribuzione non si può prescindere, anche in apertura di questo elaborato, da una quanto più accurata analisi della norma contenuta nell'art. 36 Cost.

Considerata come la disposizione cardine in materia retributiva, essa riveste un ruolo primario anche con riferimento al tema che si approfondirà nel presente lavoro, ovvero la variabilità della retribuzione, costituendo *de facto* un limite alla flessibilizzazione dei trattamenti economici erogati ai prestatori di lavoro.

Nonostante quanto appena detto, l'art 36 Cost., nella formulazione originaria proposta in sede di Assemblea Costituente ed osservata nei lavori preparatori, predisponeva una concezione sicuramente non interventista dello Stato nei confronti della regolazione dei rapporti di lavoro e del mercato del lavoro in generale, limitandosi a prevedere una remunerazione del lavoro tesa a garantire esclusivamente la soddisfazione delle necessità fondamentali del singolo lavoratore e della sua famiglia.

L'accoglimento di un emendamento, proposto in Assemblea Costituente da due degli esponenti politici di maggior rilievo al tempo come il democristiano Giuseppe Dossetti e il comunista Palmiro Togliatti, ha invece favorito la cristallizzazione nella nostra Carta Fondamentale di una versione sicuramente più attenta al rispetto della dignità del lavoratore e dei suoi diritti fondamentali, una versione volta ad assicurare al lavoratore e alla sua famiglia una retribuzione tale da consentire di condurre una vita libera e dignitosa, in cui primeggia il principio di sufficienza della retribuzione.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> In tal senso, ICHINO P., *La nozione di giusta retribuzione nell'art 36 Cost.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, I, 2010, che ripercorre l'iter dei lavori dell'Assemblea Costituente che ha portato all'attuale formulazione dell'art. 36 Cost.

Come detto in apertura di questo paragrafo, ben si comprende come l'elaborazione di tale principio sia stata e sia tuttora idonea a porre un limite alla flessibilizzazione delle retribuzioni, in particolare considerando che sorge in questo modo un vero e proprio diritto costituzionale alla giusta retribuzione, la quale, secondo l'attuale formulazione dell'art 36 Cost., deve essere necessariamente determinata secondo i criteri di proporzionalità e sufficienza.

In tale ottica, proporzionalità e sufficienza sono divenuti pertanto i parametri da utilizzare nel determinare la giusta retribuzione: secondo questi criteri si avrà una retribuzione proporzionata laddove sia possibile ravvisare un'equivalenza economica tra la quantità e qualità della prestazione lavorativa effettuata ed il trattamento economico corrisposto.

Questa impostazione consente agevolmente di riconoscere il contratto di lavoro subordinato come un contratto di scambio a prestazioni corrispettive, in quanto il trattamento economico viene posto come prestazione a contenuto economico corrispettiva rispetto a quella prestazione a contenuto lavorativo fornita dal prestatore di lavoro.

Il criterio della sufficienza, in modo diametralmente opposto, sgancia il trattamento economico da questo rapporto di corrispettività, imponendo che lo stesso sia "in ogni caso sufficiente".

Pertanto, al contrario della proporzionalità, la sufficienza si dimostra un criterio anelastico di determinazione della giusta retribuzione, un criterio che impone di garantire al lavoratore una remunerazione scevra dalla logica sinallagmatica che normalmente si instaura tra datore di lavoro e lavoratore, una remunerazione che "in ogni caso" non può essere inferiore a quella atta a garantire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa<sup>2</sup>.

Queste considerazioni hanno condotto una parte della dottrina a scomporre il trattamento economico dovuto al lavoratore in due parti: due elementi, autonomi e distinti l'uno dall'altro, individuati nella "retribuzione-corrispettivo" e nella "retribuzione-obbligazione sociale".

---

<sup>2</sup> In tal senso, ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1994.

In tale ottica quest'ultima "parte" di retribuzione, legata al criterio della sufficienza previsto all'interno dell'art. 36 Cost., andrebbe considerata come un effetto inderogabile della stessa stipulazione del contratto di lavoro, poiché "*permeata dalla tutela di interessi che trascendono il piano dell'autonomia negoziale privata*"<sup>3</sup>.

Tale orientamento ha aperto un lungo dibattito dottrinale; per una parte della dottrina si doveva necessariamente considerare come primariamente rilevante, al fine di determinare la giusta retribuzione, il criterio della proporzionalità della stessa, in quanto idoneo ad individuare l'effettivo valore di mercato della corrispondente prestazione lavorativa<sup>4</sup>: il processo di determinazione della giusta retribuzione, partendo da questo assunto dottrinale e sulla scorta di altra autorevole dottrina e giurisprudenza, è stato affidato alla contrattazione collettiva, luogo considerato ideale, come si vedrà più avanti, per la determinazione di tale valore, considerata la presenza di parti sociali istituzionali e metodi di contrattazione formalizzati e procedimentalizzati.

Altra parte della dottrina, invece, si è fortemente scagliata contro tale orientamento sostenendo che, in tal modo, il principio di sufficienza della retribuzione sarebbe stato relegato ad un ruolo marginale e residuale: diventare una sorta di mero correttivo delle situazioni patologiche laddove il trattamento retributivo si rivela inadeguato a soddisfare le necessità esistenziali del lavoratore, agendo come limite al di sotto del quale non è possibile scendere.

Agendo in tal modo, il principio di sufficienza avrebbe finito per essere standardizzato al pari del principio di proporzionalità, in altre parole sarebbe stato assorbito dallo stesso, non riuscendo più ad assolvere la sua naturale funzione di "corrispettivo-obbligazione sociale".

Ulteriore (e successiva) dottrina riteneva che procedendo in tale maniera, ovvero separando i due criteri e scindendo i processi di valutazione nella determinazione della giusta retribuzione, si potesse correre il rischio di svuotare di significato di entrambi, non riuscendo a dare al trattamento retributivo il giusto ruolo nella dialettica giuslavorista.

---

<sup>3</sup> Ivi, 279.

<sup>4</sup> In tal senso, BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002.

Pertanto, l'orientamento maggioritario attuale, allontanandosi dall'interessante dibattito precedente, suggerisce di leggere e considerare i due parametri in modo congiunto, contestuale e simultaneo. Solo in questo modo entrambi i criteri di proporzionalità e sufficienza saranno giustamente valorizzati, non riducendosi a una specificazione o superfetazione di uno nei confronti dell'altro<sup>5</sup>.

## 1.1 - LA DETERMINAZIONE GIUDIZIALE DELLA RETRIBUZIONE

La determinazione della retribuzione *ex art. 36 Cost.* è stata oggetto di una vastissima e prolifera elaborazione giurisprudenziale. Essa discende in larga parte da controversie relative a rapporti di lavoro nei quali non viene applicato il contratto nazionale di categoria, laddove ovviamente il prestatore di lavoro non ritenga sufficiente il trattamento economico concordato nel contratto individuale.

In questi casi la giurisprudenza maggioritaria, al fine di determinare la giusta retribuzione coerente con il dettato dell'art. 36 Cost., interpretando l'espressione "retribuzione minima" come sinonimo di "giusta retribuzione", utilizza come parametro i minimi tabellari del contratto collettivo nazionale.

Come detto in precedenza, tale parametro retributivo viene riconosciuto dalla giurisprudenza come affidabile e autorevole in quanto proveniente da sedi e da procedure che possono senz'altro essere riconosciute come "protette" o, in ogni caso, "formalizzate".

Pur esprimendo il contemperamento degli interessi delle organizzazioni sindacali dei lavoratori e di quelle dei datori di lavoro, la criticità rilevabile in questa tecnica di elaborazione giurisprudenziale risiede nel mancato riconoscimento di efficacia *erga omnes* al contratto collettivo, circostanza dovuta alla mancata attuazione dei commi II, III e IV, dell'art. 39 Cost.

A causa di ciò, pur fornendo un parametro attendibile, la giusta retribuzione individuata dai minimi tabellari del contratto collettivo nazionale non può mai ed in

---

<sup>5</sup> TREU T., *Commento all'art 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) Branca G., Bologna, 1979; BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, *op. cit.*, 68.

alcun caso imporsi come vincolante nei confronti del giudice investito della controversia.

Ciò si è ripercosso sugli orientamenti giurisprudenziali rendendoli spesso eterogenei ed eccessivamente indirizzati dall'interpretazione soggettiva del giudice, conducendo quasi fisiologicamente la Corte di Cassazione ad una pronuncia<sup>6</sup> "armonizzatrice", in cui la Corte Suprema ha specificato come il giudice di merito, qualora intenda non attenersi o alternativamente discostarsi dai trattamenti economici previsti dai minimi tabellari del contratto collettivo nazionale, debba necessariamente fornire una congrua motivazione.

Motivazione la cui caratteristica, come precisato nella pronuncia stessa, risiede nel fatto che essa non potrà in alcun modo essere fondata esclusivamente sulla scienza privata del giudice di merito, ma dovrà essere ancorata a parametri quanto più possibile oggettivi come, ad esempio, dati statistici ufficialmente riconosciuti, potere di acquisto della moneta, carattere e dimensione dell'impresa presso la quale si è occupati, etc.

Più raramente è stato possibile ravvisare pronunce dove il giudice di merito ha utilizzato, come indicatori di giusta retribuzione ed anche in senso peggiorativo rispetto al contratto nazionale, parametri contenuti all'interno di contratti conclusi a livello territoriale o aziendale.

Anche tale orientamento è stato oggetto di pronuncia da parte della Corte di Cassazione, la quale ha giustificato la occasionale prevalenza del contratto di secondo livello in ragione della sua maggiore prossimità e specificità rispetto agli interessi da regolare<sup>7</sup>.

Un altro aspetto dove la giurisprudenza non si è mostrata omogenea è quello riguardante, in sede di determinazione giudiziale della giusta retribuzione, le voci retributive (anche dette "elementi retributivi") del contratto nazionale da tenere in considerazione per individuare e calcolare tale *quantum* retributivo minimo<sup>8</sup>.

La giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto di non inserire tutti gli elementi del trattamento economico rientranti nel contratto nazionale, bensì di conteggiare

---

<sup>6</sup> Cass. n. 10260 del 26 luglio 2001, in *Mass. Giur. Lav.*, 2001

<sup>7</sup> Cass. n. 19467 del 20 settembre 2007, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007.

<sup>8</sup> Giova un'altra volta rammentare che, nel linguaggio giuslavoristico, "retribuzione minima" e "giusta retribuzione" sono espressioni sinonimiche.

esclusivamente la paga base, l'ex indennità di contingenza (o scala mobile, congelata dal novembre del 1991, aveva la funzione di adeguare la retribuzione al costo della vita) e la tredicesima mensilità; ciò in quanto solo tali voci spettano indistintamente a qualsiasi lavoratore subordinato, prescindendo dall'affiliazione sindacale dello stesso, mentre invece le altre voci retributive presenti nel contratto di categoria sono considerate istituti economici espressione di autonomia contrattuale delle parti, pertanto riconoscibili al lavoratore solo in caso di rapporto regolato dal contratto collettivo, circostanza che a sua volta presuppone l'affiliazione a un sindacato ad opera delle parti.

Seppur minoritario, è senza dubbio maggiormente coerente con l'idea dei Padri Costituenti l'orientamento giurisprudenziale opposto, il quale sostiene che, nel processo logico teso a determinare la giusta retribuzione, si debba considerare come parametro il trattamento economico complessivo previsto dal contratto collettivo nazionale.

Ciò consentirebbe di garantire, attraverso la retribuzione minima e quantomeno in via teorica, non solo le esigenze di sostentamento dei lavoratori, bensì un'esistenza libera e dignitosa, in linea con quanto auspicato all'interno dell'art. 36 Cost.

La forte portata precettiva dell'art. 36 Cost. si riverbera anche in quei rapporti lavorativi regolati dal contratto collettivo nazionale; se è vero che esso viene assunto come parametro dal giudice per valutare la giusta retribuzione nei rapporti non regolati da contratto collettivo, è altrettanto vero che il trattamento economico contenuto nello stesso ben può essere patologicamente al di sotto dei canoni di proporzionalità e sufficienza istituzionalizzati dalla norma costituzionale, pertanto non può sottrarsi ad una verifica di congruità nei confronti di detti criteri.

In tali casi, infatti, il giudice valuterà la proporzionalità del trattamento economico erogato rispetto alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato, nonché la sua sufficienza; inoltre ben potrà avvalersi, come strumento di confronto, dei minimi retributivi fissati dai contratti collettivi di diverse categorie.<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> In tal senso, BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, op. cit., 64.

La valutazione della giurisprudenza maggioritaria sopra enunciata cambia, però, nel momento in cui sorge una controversia relativa all'adeguatezza di un trattamento economico pattuito in forma flessibile tra datore e prestatore di lavoro.

In questo caso il giudice, al fine di verificare la congruità della retribuzione ai parametri dell'art. 36 Cost., dovrà prendere come riferimento il trattamento economico complessivo; seguendo tale procedimento, il giudice riterrà legittimo quel trattamento economico il quale, pur composto da una parte fissa ed una erogata in maniera flessibile, garantisce complessivamente una retribuzione superiore a quella minima individuata dall'art. 36 Cost., mentre nel caso contrario adeguerà la retribuzione alla minima predetta.<sup>10</sup>

Un'ultima doverosa precisazione riguarda i casi in cui l'intero trattamento economico spettante al prestatore di lavoro è stato pattuito in maniera flessibile.

Il minimo retributivo, anche se non deve essere necessariamente garantito in cifra fissa, non può essere reso del tutto aleatorio, in quanto tutte le volte in cui, a causa della flessibilizzazione della retribuzione, esso scende al di sotto del minimo, il lavoratore ha diritto ad un adeguamento dello stesso al minimo garantito a livello costituzionale.

Non si riscontrano criticità, al contrario, laddove il trattamento economico pattuito interamente in forma flessibile non scenda al di sotto del minimo retributivo *ex art. 36 Cost.*; in altre parole, non vi sarà bisogno di adeguamento alcuno ad opera del giudice se la retribuzione, seppur corrisposta interamente in maniera flessibile, non scende mai al di sotto del minimo costituzionale.

## **1.2 - LA RIPARTIZIONE DEL RISCHIO NEL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO**

In tema di flessibilizzazione della retribuzione, non si può prescindere da una interessante ricostruzione del contratto di lavoro subordinato effettuata dalla dottrina.

---

<sup>10</sup> Cass. n. 12512 del 7 luglio 2004, in *Giust. Civ., Mass.*, 2004.

Secondo tale prospettazione, il contratto di lavoro subordinato sarebbe caratterizzato da un forte contenuto assicurativo che il lavoratore “acquista” trasferendo sul datore di lavoro i rischi ricollegabili ad una serie di impedimenti personali propri del lavoratore (come, ad esempio, una malattia o un infortunio); al verificarsi di tali impedimenti, il datore di lavoro è comunque tenuto a garantire (entro certi limiti) la continuità e stabilità tanto dell’occupazione quanto del reddito. Secondo questa ricostruzione, pertanto, il lavoratore sottoscriverebbe una sorta di assicurazione idonea a garantire continuità occupazionale e retributiva, anche in caso di eventi che *de facto* lo renderebbero inadempiente, impedendogli di ottemperare la prestazione lavorativa.

Questa garanzia viene acquistata pagando un “premio assicurativo” al datore di lavoro, che si traduce per questi in un risparmio nel trattamento economico da corrispondere al lavoratore.<sup>11</sup>

Sulla scorta di tali premesse, ciò che interessa è capire se sia possibile, con riferimento alla retribuzione, stabilire una diversa ripartizione del rischio tra lavoratore e datore di lavoro, restando però nel tracciato scolpito dall’art 36 Cost.

In altre parole, sarebbe possibile rendere aleatoria una certa percentuale della retribuzione in cambio di maggiori chances di guadagno per il lavoratore? Come l’art. 36 Cost. rappresenta un limite a una diversa ripartizione di tale rischio?

Si proverà a dare una risposta a tali interrogativi partendo dalla ricostruzione operata da Pietro Ichino, tenendo allo stesso modo ben presenti gli orientamenti giurisprudenziali osservati nel precedente paragrafo.

Ad avviso di Pietro Ichino<sup>12</sup> è necessario operare una prima distinzione tra i casi in cui viene applicato il contratto collettivo nazionale e i casi in cui esso non viene applicato; tale prima separazione è giustificata dalla circostanza secondo la quale il contratto collettivo nazionale ha un “contenuto assicurativo” effettivamente elevato,

---

<sup>11</sup> In tal senso, ICHINO P., *Lavoro e sindacato tra sicurezza e partecipazione*, in *Rappresentanza collettiva e diritti di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, 2005, 261; ICHINO P., *La nozione di giusta retribuzione nell’art. 36 Cost.*, *op. cit.*, 752; ICHINO P., *Il contratto di lavoro, II*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Schlesinger P., Milano, 2003, 144; ICHINO P., *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l’imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell’era della globalizzazione*, in *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, (a cura di) Tullini P., Bologna, 2009, 75.

<sup>12</sup> Si veda, ICHINO P., *Lavoro e sindacato tra sicurezza e partecipazione*, *op. cit.*, 266.

in quanto al prestatore vanno garantite tutte le voci retributive che compongono il trattamento economico secondo le previsioni del contratto collettivo nazionale stesso.

Ciò conduce inesorabilmente a ragionare sul fatto che, nei casi in cui si applica il contratto nazionale, solo parti aggiuntive del trattamento economico, garantite da un contratto collettivo di secondo livello o da un contratto individuale, potrebbero essere soggette ad eventuale flessibilizzazione.

Quanto appena esposto, a sua volta, consente di evincere che difficilmente si riuscirebbe per tale via a prospettare una diversa ripartizione del rischio: il lavoratore, pur accettando un'eventuale flessibilizzazione del trattamento economico aggiuntivo, non rinuncerebbe in ogni caso al contenuto assicurativo del rapporto di lavoro garantito dal contratto collettivo nazionale.

Inoltre, se si applicasse il contratto nazionale, non sarebbe possibile allocare il rischio in maniera diversa tramite accordo individuale, poiché esso non può derogare *in peius* al contratto collettivo; in astratto l'accordo individuale potrebbe rendere flessibile il trattamento economico previsto dal contratto collettivo nazionale, ma tali previsioni verrebbero fatte salve solo qualora dovessero rivelarsi migliorative, riuscendo a garantire un trattamento economico complessivo superiore a quello stabilito dal contratto nazionale<sup>13</sup>.

Ad altra soluzione si perviene prendendo in considerazione il secondo livello contrattuale, posto che ormai la giurisprudenza maggioritaria si trova d'accordo nell'affermare la derogabilità anche in senso peggiorativo al contratto collettivo nazionale da parte del contratto di secondo livello.

Seguendo tale tecnica, sarebbe possibile pervenire ad una diversa ripartizione del rischio qualora venisse resa aleatoria una parte del trattamento economico garantita in forma fissa dal contratto nazionale, fermo restando che il trattamento economico complessivo non potrebbe comunque essere inferiore alla "retribuzione minima" indirettamente individuata dall'art. 36 Cost.

D'altro canto, considerando l'ipotesi opposta - in cui si ha un rapporto di lavoro non disciplinato dal contratto collettivo nazionale - si osserva che il datore è tenuto a garantire al prestatore solo ed esclusivamente i minimi retributivi individuati nel

---

<sup>13</sup> Si ricorda come il confronto tra contratto collettivo e contratto individuale viene condotto secondo il criterio del conglobamento: si applica integralmente la disciplina nel complesso più favorevole.

contratto nazionale stesso, essendo le altre voci retributive espressione di autonomia negoziale delle parti sociali firmatarie dello stesso.

In questo caso datore e prestatore di lavoro potrebbero liberamente optare per una diversa ripartizione del rischio, arrivando a concordare una flessibilizzazione del trattamento economico che ben potrebbe intaccare i minimi retributivi, con la prospettiva, per il lavoratore, di ottenere guadagni più alti.

Se in astratto tale ricostruzione potrebbe non incontrare limiti, il raggiungimento di tale accordo sarebbe in ogni caso costantemente minato dalle fisiologiche oscillazioni del sistema economico in cui tali realtà si muovono.

*Nulla quaestio* laddove il sistema si presenti florido e con un andamento economico positivo: in tali periodi il lavoratore avrà in un certo modo “vinto” la sua scommessa, compromettendo stabilità e sicurezza occupazionale avrà comunque ottenuto un reddito maggiore; le criticità prenderanno forma dal momento in cui tale sistema potrebbe non sussistere più, conducendo quindi a periodi dove la retribuzione del lavoratore potrebbe scendere sensibilmente al di sotto dei minimi retributivi garantiti dal contratto collettivo nazionale<sup>14</sup>.

Lo scenario immaginabile in questa circostanza è agevolmente intuibile: il lavoratore si rivolgerà al giudice al fine di adeguare la propria retribuzione agli standard minimi imposti dal contratto nazionale. Verosimilmente tale giudice, sulla scorta dell’ampia giurisprudenza, in parte ricordata nel precedente paragrafo, che impone di garantire ai prestatori di lavoro una retribuzione “in ogni caso sufficiente” ai sensi dell’art. 36 Cost., sconfesserà la diversa ripartizione del rischio concordata in sede di contratto individuale.

## **2– LA DISCIPLINA CIVILISTICA**

Prima dell’avvento della Carta Costituzionale, che nell’art. 36 ha istituzionalizzato il principio di “giusta retribuzione”, si doveva far necessario riferimento alla disciplina civilistica in materia di trattamenti economici dei lavoratori.

---

<sup>14</sup> In tal senso, ICHINO P., *Lavoro e sindacato tra sicurezza e partecipazione*, op. cit., 267.

Al riguardo riveste notevole importanza l'art. 2099 c.c.<sup>15</sup>, laddove prevede che la retribuzione del lavoratore possa essere a tempo o a cottimo (comma 1) o con partecipazione agli utili, ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura (comma 3).

La norma ha una formulazione ambigua, tanto da essere stata definita come “non toccata da una mano felice”<sup>16</sup>, in quanto al primo comma sembra presentare le retribuzioni a tempo o a cottimo come uniche forme di remunerazione, alternative tra di loro, mentre nel comma 3 se ne ammettono altre.

La ricostruzione secondo la quale le retribuzioni a tempo o a cottimo sarebbero le uniche forme di corresponsione del trattamento economico al lavoratore, oltre ad essere contraddetta dal comma 3 del medesimo articolo 2099 c.c., è prontamente sconfessata dalla prassi.

E difatti, la parte variabile della retribuzione, concordata in sede di contrattazione di secondo livello, costituisce il perfetto esempio di come l'elencazione contenuta nell'art. 2099 c.c. sia meramente esemplificativa e non costituisca un *numerus clausus* in quanto, in sede di contrattazione collettiva (ma anche laddove la contrattazione sia individuale) le parti sono legittimate a prevedere forme di remunerazione diverse da quelle elencate nel Codice.

Cambiando prospettiva, si può invece ragionevolmente affermare che l'art. 2099 c.c., prevedendo diverse modalità di corresponsione del trattamento retributivo, ammette che prestazione e retribuzione possano essere collegate tramite nessi diversi e tra loro alternativi, conseguenza di tale ampliamento sta nel fatto di poter scegliere il sistema retributivo più efficiente nonché più aderente alle esigenze delle parti.

Inoltre, considerando che nell'elenco esemplificativo dell'art. 2099 c.c. compare la partecipazione agli utili, si può affermare che in tale articolo è presente anche una previsione che scioglie il trattamento economico (o, più correttamente, parte

---

<sup>15</sup>Art. 2099 c.c. “La retribuzione del prestatore di lavoro può essere stabilita a tempo o a cottimo e deve essere corrisposta nella misura determinata [dalle norme corporative], con le modalità e nei termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito.  
In mancanza [di norme corporative o] di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice, tenuto conto, ove occorra, del parere delle associazioni professionali.  
Il prestatore di lavoro può anche essere retribuito in tutto o in parte con partecipazione agli utili o ai prodotti, con provvigione o con prestazioni in natura.”

<sup>16</sup> GIUGNI G., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1968, 6.

di esso) dalla prestazione lavorativa, legandolo invece all'andamento dell'impresa presso la quale il lavoratore è occupato.

Sulla scorta delle riflessioni appena esposte, nell'organizzazione di un'impresa, un sistema retributivo basato sul cosiddetto "cottimo pieno" realizzerebbe un collegamento tra prestazione e retribuzione basato su quanto effettivamente svolto o realizzato dal lavoratore, mirando però nel contempo a migliorare e ad accrescere il rendimento e il ritmo produttivo dell'impresa stessa, incentivando il personale tramite erogazioni economiche maggiori nei confronti dei lavoratori che riescono ad assicurare il maggior apporto lavorativo.

Il sistema retributivo del cottimo non ha storicamente mai incontrato il favore delle organizzazioni sindacali, le quali, sostenendo che tale sistema potesse esporre eccessivamente il lavoratore al rischio di "stress da esame", hanno sempre preferito il sistema della retribuzione a tempo in sede di contrattazione collettiva; tale scelta consente di imputare al datore di lavoro i rischi connessi al rendimento ed alla produttività dell'impresa, nonché garantisce tendenzialmente parità di trattamento in materia retributiva per quanto riguarda i lavoratori inseriti nel medesimo livello di inquadramento.

Se, da un lato, questa impostazione è giustificata dalla posizione del sindacato, quale baluardo della tutela dei diritti dei lavoratori, dall'altro lato rischia di considerare il trattamento economico in maniera eccessivamente riduttiva laddove palesemente non lo considera una leva strategica per la corretta gestione del capitale umano.

In altre parole, soprattutto in periodi nei quali le maggiori esigenze avvertite in ottica giuslavoristica spingevano verso la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori, la stabilità dell'occupazione e la continuità del reddito, era comprensibile una tensione delle organizzazioni sindacali verso la creazione di un nesso strettamente sinergico tra orario di lavoro e retribuzione, sottraendo quest'ultima a modulazioni sulla base di fattori diversi.

Ciò che tale ottica non contempla e non poteva contemplare, tuttavia, risiede nelle profonde modifiche succedutesi nel mercato del lavoro a causa di molteplici motivi (crisi finanziaria, digitalizzazione, globalizzazione, etc...) che hanno portato come conseguenza ulteriore il mutamento dei relativi interessi e bisogni.

Queste nuove sfide hanno costretto (e stanno costringendo) tanto il mercato del lavoro quanto il diritto a fronteggiare una nuova esigenza “di flessibilità” spesso erroneamente catalogata come “più datoriale” rispetto alle passate esigenze, di stampo garantista nei confronti dei lavoratori.

Ci si chiede, pertanto, se oltre alla già ampiamente sperimentata flessibilità riguardo l’orario di lavoro, anche la flessibilizzazione delle retribuzioni possa fungere da elemento strategico nella dialettica tra le parti sociali per soddisfare la rapida avanzata di nuove esigenze.

### **3 - LA DETERMINAZIONE DELLA RETRIBUZIONE AFFIDATA ALL'AUTONOMIA COLLETTIVA**

Partendo dall’appena esaminato art. 2099 c.c., si constata come, già nella formulazione originaria della predetta norma, la determinazione della retribuzione fosse affidata all’autonomia collettiva (nella sua formulazione originaria si fa riferimento alle retribuzioni determinate da “norme corporative”).

Il rapporto sussistente tra fonti legislative ed autonomia collettiva in materia di retribuzione costituisce un tema di fondamentale importanza all’interno del diritto del lavoro.

Al fine di contestualizzare storicamente la vicenda, per quanto riguarda in particolare l’ordinamento italiano, si ricorda come le prime lotte salariali (così come gli scioperi) videro la loro genesi tra il tessuto lavorativo-sociale derivante dal nuovo modello di fabbrica capitalista.

In tale contesto il valore di scambio di una data merce si allontanò progressivamente dai parametri di “mestiere” (usato in senso a-tecnico per indicare una data professionalità ed abilità nell’ eseguire una prestazione), per legarsi sempre di più alla capacità di acquisto di determinati compratori in una situazione di mercato libero.

Conseguenza di ciò fu un deterioramento del tenore di vita operaio che, avvertito inizialmente presso gli stabilimenti industriali del Nord-Italia, presto sfociò

nelle cosiddette “coalizioni a scioperare”, spontanee forme di aggregazione dei lavoratori fondamentalmente “figlie” dell’esiguità e della precarietà dei salari.

Il fenomeno delle lotte salariali, di poco successivo a tali embrionali forme di sciopero, si presentò per la prima volta nel Piemonte pre-unitario<sup>17</sup>, laddove avevano attecchito con maggior successo i nuovi modelli industriali.

Fu nel Regno di Sardegna, però, che si ebbe modo di assistere alla reale nascita di una coscienza unitaria dei lavoratori; qui la grave situazione di conflittualità dovuta ai bassi salari condusse a delle reali forme di organizzazione grazie anche al progressivo processo di alfabetizzazione della classe operaia.

Il governo del Regno, infatti, prevede nel 1822 l’introduzione dell’istruzione elementare obbligatoria sulla scorta dei moti avvenuti nell’anno precedente; tale scelta, dettata per l’appunto da una logica antirivoluzionaria e di controllo sociale, ebbe un risvolto se vogliamo “non voluto” quando, avendo reso alfabetizzate le classi meno abbienti, consentì ai componenti delle stesse di recepire quanto contenuto nello Statuto emanato da Carlo Alberto.

Lo Statuto del ’48, riconoscendo nell’art. 32 la libertà di riunione, istituzionalizzò questo diritto sulla base di un avanzato principio associazionistico: considerando che al momento dell’emanazione dello Statuto stesso si contavano già ben 12 società operaie nate per scopi mutualistici, è ragionevole considerare il 1848 come l’anno in cui tali prassi vennero istituzionalizzate, più correttamente rispetto alla tesi di chi fa coincidere con questa data la nascita vera e propria del movimento operaio.

Al riguardo, peraltro, va precisato che solo nel Regno di Sardegna in tale periodo si può parlare di movimenti operai, in quanto i sistemi repressivi e fortemente antiliberali che reggevano negli altri Stati non ammettevano un principio di associazione operaia.

Infatti, prima degli anni 1859-1860, non si può parlare di un vero e proprio movimento operaio “italiano” ed in ciò, per quanto attiene la presente analisi, si può apprezzare l’importanza dello Statuto Albertino: aver sancito in maniera ufficiale la presenza di alcune libertà fondamentali in notevole anticipo rispetto al resto d’Italia,

---

<sup>17</sup> Sul tema, CASTELVETRI L., *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 4/5, 847.

allargando, in particolare nel tessuto industriale piemontese, le basi operaie già da tempo al lavoro sul fronte della resistenza e della lotta salariale.

Se industrializzazione, scolarizzazione della classe operaia ed orientamento politico liberale del Regno furono i presupposti per la nascita del sindacalismo, la prima reale esperienza di attività sindacale si ebbe materialmente a qualche mese dalla promulgazione dello Statuto, grazie all'azione del tipografo torinese Vincenzo Steffenone.

Non è casuale la circostanza per la quale si assistette per la prima volta, in Italia, ad attività sindacale nel settore della tipografia; settore che, oltre a richiedere dei requisiti di alfabetizzazione necessariamente elevati, esponeva i lavoratori al rischio di malattie oculari e polmonari dovute all'inchiostro usato nelle stamperie ed alle condizioni di generale insalubrità delle stesse.

In tale contesto Steffenone fondò il 17 maggio 1848, con alcuni suoi colleghi, la prima società di resistenza, con il nome di “Società dei Compositori per l’Introduzione e l’Osservanza della Tariffa”, con il dichiarato scopo statutario di “sostenere i prezzi dei lavori stabiliti da una tariffa concordata fra i padroni e i compositori tipografi, promuovere il progresso dell’arte tipografica e provvedere al sussidio dei soci disoccupati ed ammalati cronici”; come si intende già dalla scelta del nome societario, il più rilevante di tali scopi rifletteva un’ esperienza già matura nella contrattazione dei salari, in quanto già prima della stipulazione dell’atto costitutivo della società dei compositori questi erano riusciti ad ottenere un accordo su una “tariffa provvisoria” con i proprietari tipografici torinesi, rispetto alla quale la stabilizzazione organizzativa interveniva per dare alla pratica forma stabile e continuità, avviando un metodo per il periodico rinnovo e miglioramento delle tariffe.<sup>18</sup>

Si può affermare, inoltre, che tale esperienza abbia costituito la prima forma di contrattazione di categoria su base territoriale, vincolando all’applicazione della tariffa le officine tipografiche di Torino.

Le tracce di tale esperienza proto-sindacale e di contrattazione collettiva della categoria dei tipografi sono poche e frammentate, ma sappiamo che, ad esempio,

---

<sup>18</sup> Sul tema, CASTELVETRIL., *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale e aziendale.*, op.cit., 861.

l'accordo siglato nel 1851 con i proprietari delle stamperie prevedeva una tariffa oraria di lire 0,40, nonché una durata massima della giornata lavorativa fissata in dieci ore.

L'esperienza del settore tipografico torinese si rivelò paradigmatica anche nel momento in cui, nel 1861, l'Italia fu unificata: il dislocamento della capitale da Torino a Roma, passando per Firenze, ebbe come conseguenza lo spostamento di una rilevante parte della macchina amministrativa, burocratica e politica del Paese, spostamento che coinvolse naturalmente le agenzie tipografiche e di stampa, esportando il rudimentale "modello sindacale" sperimentato dai tipografi torinesi.

Occorre contestualizzare tale affermazione precisando che, nonostante la proliferazione di società operaie anche ben strutturate nate al di fuori del contesto torinese, le pretese concordatarie da queste avanzate spesso non venivano accettate *in toto*: sono frequenti i casi riportati di aziende editoriali che non rispettavano le tariffe pattuite o che ricorrevano al crumiraggio per aggirare gli scioperi promossi in conseguenza di tali violazioni.

Il mancato rispetto, in alcuni casi, di tali accordi non impedì al fenomeno della regolamentazione concordataria del salario di imporsi come una prassi, arrivando a fornire sul tema un parametro a cui fare riferimento anche oltre l'ambito applicativo degli stessi.

Il processo di trasformazione economica dell'Italia, bisogna precisare, ha seguito la disordinata propagazione dell'industria nel Paese, scontrandosi necessariamente con le specificità delle diverse regioni.

In ogni caso il dato costante, il quale si impose come stabile al di là della categoria o dell'area geografica, consistette nella nascita di nuclei embrionali di sindacalismo, espressi dalla nascita di coalizioni di lavoratori finalizzate allo sciopero per modificare o difendere il salario; questa materia, come è noto, era trattata dai codici penali pre-unitari con disposizioni di diversa ispirazione, circostanza che contribuì a ritardare il formarsi di una percezione condivisa in tutto il Paese delle coalizioni operaie e delle lotte salariali.

Da questa divisione in tema di sciopero scaturì un lunghissimo dibattito sulla natura e sulla funzione dello stesso, dibattito che prese una certa piega dal momento dell'emanazione del nuovo codice penale che, agli artt. 165-167, qualificava delitto contro la libertà del lavoro non lo sciopero in quanto tale, ma solo l'azione collettiva

violenta o minacciosa di operai e padroni per modificare i salari ovvero i patti “precedentemente consentiti”.

Nel pensiero di Zanardelli, pertanto, la nascita di tali “coalizioni a scioperare” era un corollario del principio liberale, compatibile con la legge della domanda e dell’offerta in un libero mercato, allo stesso modo dei patti di cartello tra industriali.

Tale veduta contribuì all’accettazione della legittimità in linea di principio dello sciopero e, pertanto, alla diminuzione di condotte repressive ad opera dei datori di lavoro i quali, proprio in questi anni, come risposta alle spinte associazionistiche operaie, iniziarono ad organizzarsi in leghe padronali.

Tali aggregazioni sul fronte datoriale, pur caratterizzate da estrema durezza in sede di confronto collettivo, ebbero come conseguenza la diminuzione delle azioni giudiziarie promosse contro i lavoratori coinvolti in uno sciopero, nonché il minor ricorso a pratiche elusive come il sopraccitato crumiraggio.

Questo virtuoso processo ebbe una notevole accelerata con l’avvento del governo Giolitti, permeato da una strategia governativa molto chiara in materia: l’organizzazione stabile dei due fronti contrapposti veniva considerata molto più proficua e meno dispendiosa rispetto agli istinti incontrollati e spontanei generati da situazioni patologiche di sfruttamento salariale.

Anche questo contribuì alla diffusione della pratica concordataria nella determinazione delle tariffe, pratica che si era resa evidente anche nelle zone meno soggette al progressivo processo di industrializzazione del Paese tramite forme non procedimentalizzate.

Secondo studi dell’epoca<sup>19</sup>, infatti, questa embrionale forma di contrattazione era così diffusa e capillare da essere riscontrabile anche laddove veniva usata come strumento per placare o, quando possibile, evitare le lotte operaie perpetrate solitamente attraverso dispendiosi scioperi.

In questo modo si cercò di incanalare l’esito del conflitto verso la via della rinegoziazione delle tariffe e delle modalità di lavoro, al fine di riprendere l’attività

---

<sup>19</sup> GALIZIA A., *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1907, 18: “*nel mezzogiorno d’Italia accade spesso che si svolgano sotto i nostri occhi, sebbene inavvertite, stipulazioni di contratti collettivi, quando, in seguito ad uno sciopero, si riuniscono rappresentanti di operai e di imprenditori, per stabilire le condizioni future del lavoro*”.

lavorativa sulla base di tali nuovi presupposti concordati tra rappresentanti dei “padroni” e degli operai.

Nonostante l’instaurazione di un tale virtuoso confronto tra le parti sociali, per arrivare ad un riconoscimento vero e proprio del ruolo del sindacato e della contrattazione collettiva, fu necessario attendere l’avvento del secondo governo Giolitti, il quale si occupò della costituzione dapprima dell’Ufficio del Lavoro, in conseguenza del Consiglio Superiore del Lavoro.<sup>20</sup>

Il consolidamento della pratica del salario concordato non fu semplicemente favorito dal contesto socio-economico, ma fu anche avallato da una giurisprudenza costante delle magistrature industriali, istituite nel 1883 durante il primo governo Giolitti ma funzionanti solo a partire dal 1898.

Tali collegi, conosciuti anche come giurie probivirali, avevano lo scopo di risolvere le controversie insorte tra imprenditori ed operai, o anche fra gli operai stessi, nei luoghi dove erano presenti fabbriche o stabilimenti industriali; per ogni fabbrica o gruppo di fabbriche affini era prevista la nomina, da farsi con decreto reale su proposta dei Ministri di Grazia e Giustizia e del Commercio e dell’Agricoltura, del corrispondente collegio probivirale, il quale, oltre ad essere retto da un presidente nominato fra persone estranee alle aziende interessate, doveva avere una composizione paritetica, ovvero un numero uguale di industriali e di operai eletti dai componenti delle due parti sociali, in numero non inferiore a dieci né superiore a venti.

La competenza conciliativa di queste magistrature industriali comprendeva le controversie riguardanti: il salario concordato o da concordare, eventuali inadempimenti del lavoratore o difetti dell’opera eseguita, compensi spettanti per l’acquisto di materie prime o spettanti in seguito a modifiche del piano di lavori, determinazione dell’orario di lavoro e conciliazione riguardo i casi di non osservanza dello stesso, risoluzione del contratto di lavoro, valutazione dei danni arrecati all’impresa da parte dell’operaio nell’esercizio del suo lavoro.

---

<sup>20</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1917, II, 53. Alla nota 5 era stabilito che gli articoli 8 e 9 della legge sull’Ufficio del lavoro confermassero tale riconoscimento anche sul piano del diritto positivo: dagli artt. 8 e 9 della legge 29 giugno 1902, n. 246, portante la istituzione di un Ufficio del lavoro presso il Ministero d’agricoltura, industria e commercio, desumeva altresì il riconoscimento statale del monopolio sindacale del collocamento (ivi, pag. 55, nota 3 e pag. 56, nota 1), mentre riconduceva all’art. 1123 del codice civile, il riconoscimento della piena legittimità dei patti interni tra i soci del sindacato e degli accordi collettivi tra le parti contrapposte.

Si ricordi che, in tali materie, le giurie probivirali avevano una competenza solamente conciliativa; esse, nelle stesse materie, potevano diventare competenti a decidere in via contenziosa, previo comunque l'esperimento del tentativo di conciliazione, quando il valore della controversia non fosse superiore a lire duecento; per questo motivo ciascun collegio probivirale comprendeva in sé tanto un ufficio di conciliazione quanto una giuria.

Nonostante, come si è visto, in origine<sup>21</sup> la competenza di tali giurie copriva esclusivamente le controversie sorte individualmente tra operaio ed industriale, i collegi probivirali non si esimevano dal formulare audaci pronunce prendendo posizione anche riguardo i fenomeni collettivi, in particolare ogni qual volta le controversie di cui erano investiti stessero coinvolgendo gli effetti giuridici dello sciopero o della tariffa concordata rispetto al rapporto contrattuale intercorrente tra datore di lavoro e operaio.

La magistratura industriale riuscì a ritagliarsi tale ruolo sociale fondamentale dal momento in cui, oltre la sua funzione istituzionale comunque importante, si rivelò uno strumento per recepire in maniera snella e deformalizzata i cambiamenti in corso all'interno della classe operaia, classe che il Legislatore faceva fatica a comprendere e penetrare.

Pertanto, la giurisprudenza formatasi sulla scorta di tali principi si rivelò essere decisamente sensibile ed attenta alla realtà sociale dei rapporti di lavoro in fabbrica.

Il risultato consistette nella regolare applicazione dei principi concordatari in ordine alla soluzione delle controversie, applicazione che fu così assidua da ingenerare nelle categorie interessate l'erroneo convincimento che suddetti principi fossero permeati da un carattere di intrinseca giuridicità.

Per questo motivo una parte della dottrina sostiene che *“il principio portante dell'intero diritto sindacale, quello che giustifica l'efficacia diretta della norma collettiva sul rapporto individuale di lavoro, poi transitata nel regolamento attuativo della legge Rocco (art. 54 r. d. 1130/1926) e nell'art. 2077 c.c. del 1942, deve la sua*

---

<sup>21</sup> Si ricorda che, con il decr. luogoten. 13 ottobre 1918, n. 1672, venne estesa anche formalmente la competenza dei collegi probivirali alla “conciliazione delle controversie di carattere collettivo e per la decisione dei conflitti per la modificazione di patti di lavoro già esistenti e per la determinazione di nuovi”.

*originaria formulazione alla produzione paralegislative della giurisprudenza industriale, nell'ambito del contesto culturale dell'epoca liberale*<sup>22</sup>, al contrario di chi riconduce tale forza cogente della norma collettiva al successivo periodo corporativo.

Il *modus operandi* delle magistrature industriali era necessariamente influenzato dalla composizione paritetica elettiva delle stesse, infatti il linguaggio<sup>23</sup> usato, più che tecnico-giuridico, consisteva in un linguaggio che si potrebbe definire impropriamente come “industriale” o “di fabbrica”.

Ciò si rivelò essere solo una conseguenza della presenza di rappresentanze elettive, fondamentali in quanto profondamente conoscitrici dell'ambiente di riferimento, ma non impedì comunque l'applicazione del diritto codicistico, il quale veniva in soccorso qualora fosse necessario ricercare la comune intenzione delle parti del rapporto controverso (art. 1131 cod. civ. prev., art. 1362 c.c. vig.) oppure qualora, imbattendosi nell'interpretazione degli accordi in dichiarazioni incerte o inesistenti, si cercava di interpretare il contratto in modo tale che potesse produrre in ogni caso i suoi effetti (art. 1132 c.c. prev., art. 1367 c.c. vig.).

Attraverso questa via, se in giudizio risultava accertata la volontà dei gruppi stipulanti (rappresentanze degli industriali e degli operai) di dettare una disciplina uniforme, i collegi costantemente adottavano quale regola risolutiva quella dettata dall'accordo collettivo, nominato in tali sedi come “concordato di tariffa”; si occupavano inoltre di specificare anche l'ambito di efficacia applicativa dell'accordo stesso, riferendosi a seconda dei casi ad una “classe” (intesa come categoria di imprenditori o lavoratori), ad un’“arte” (intesa nel senso di “mestiere) o anche ad una intera industria o ramo di industria, in tal caso riferendosi all'accordo chiamandolo “convenzione generale”, da intendersi come un contratto territoriale di categoria.

Per quanto riguarda l'efficacia dei concordati rispetto ai singoli soggetti appartenenti ai gruppi contraenti non furono rilevate criticità di sorta, in quanto, secondo la giurisprudenza delle magistrature industriali, l'obbligatorietà dell'accordo nei confronti di tali soggetti non poteva essere messa in discussione, dovendosi

---

<sup>22</sup> BARASSI L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano, op. cit.*, 285.

<sup>23</sup> Gli orientamenti giurisprudenziali dei collegi probivirali ci sono pervenuti grazie al *Massimario della Giurisprudenza dei Probiviri*, raccolta di massime commissionata nel 1906 dall'Ufficio del Lavoro.

riconoscere ad esso la natura di stipulazione “tra gruppi di operai e industriali su determinate norme, perché entrino obbligatoriamente a far parte dei contratti di lavoro stipulati o da stipularsi tra di loro influenzando sui rapporti come fonti del loro regolamento”.<sup>24</sup>

Numerose, invece, furono le vie tentate per rendere obbligatorio il concordato per l'intera azienda, oltre gli appartenenti ai gruppi contraenti.

Travalicando l'ostacolo normativo per il quale un contratto è valido solo tra i soggetti stipulanti, la giurisprudenza probivirale sostenne in un primo momento la tesi secondo la quale anche un lavoratore estraneo rispetto ai soggetti tra i quali l'accordo si era formato avrebbe potuto invocare il contenuto dell'accordo, in quanto esso - in qualche modo ed in ogni caso - cristallizza una consuetudine vigente all'interno di una certa categoria o di una certa classe.

In altre parole, in mancanza di accordi speciali, il concordato “*tiene luogo di contratto di lavoro, perché consacra le consuetudini locali dell'azienda*”.

Citando un'altra sentenza dei probiviri milanesi, riguardante un concordato per industria tra panettieri e industriali, si nota il tentativo di giustificare l'efficacia estesa dell'accordo in quanto, “*considerandosi di pubblico interesse, fa stato anche per gli operai che non l'hanno sottoscritto*”.

Altra ed interessante teoria tentò di utilizzare il criterio equitativo dell'interpretazione dei contratti per estendere l'efficacia soggettiva dell'accordo: così, ad esempio, si diceva che la “*tariffa è equa*”, ovvero che “*corrisponde ad equità uniformarsi alla tariffa*” o, ancora, che “*il criterio equitativo, cui devono ispirarsi i probiviri, impone l'osservanza della tariffa*”.

Nonché, ad ulteriore sostegno, si affermava che “*tale osservanza generalizzata, consente al concordato di realizzare la propria funzione economico-sociale di regolazione della concorrenza, a garanzia degli interessi comuni in base ai quali gli stipulanti hanno inteso disporre, parificando la misura delle mercedi e dell'orario di lavoro*”. E ancora “*solo in tal modo può esplicarsi, entro la cerchia dei lavoratori e in*

---

<sup>24</sup> In tal senso, REDENTI E., *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, (a cura di) CAPRIOLI S., Torino, 1992, 90.

*quella degli industriali, una concorrenza corretta e non spregiudicata, al ribasso o basata sullo sfruttamento del lavoro”.*<sup>25</sup>

In ogni caso, per evidenziare al meglio il nesso sinergico tra determinazione della retribuzione e contrattazione collettiva, è opportuno affidarsi alle puntuali riflessioni espresse dalla più illustre dottrina: nel 1934, durante delle lezioni svolte nei confronti di funzionari sindacali, Francesco Santoro-Passarelli, alla domanda “Come si determina la retribuzione?” rispondeva presentando il tema come “*uno dei più gravi e delicati problemi della politica e del diritto del lavoro: in Italia è stato risolto con l’ordinamento corporativo che permette, come si dice, l’autodeterminazione di questo fondamentale elemento del contratto e del rapporto di lavoro, ossia la sua determinazione da parte delle stesse categorie (giuridicamente organizzate nei sindacati) degli interessati. Con ciò, mentre la determinazione del salario è stata sottratta, come si auspicava, all’arbitrio individuale, si è, d’altra parte, evitato di far ricorso a una determinazione dell’autorità, la quale sarebbe stata affatto inadeguata, per le molteplici e rapide mutazioni delle condizioni del mercato del lavoro da luogo a luogo e da tempo a tempo: la più conveniente determinazione del salario avviene col contratto collettivo, perché in questo gli interessi contrastanti delle parti possono incontrarsi e comporsi. In questo senso la dichiarazione XII [c. 2] della Carta del lavoro proclama: ‘[...] La determinazione del salario è sottratta a qualsiasi norma generale e affidata all’accordo delle parti nei contratti collettivi’*”.

Affermava inoltre, coordinandosi con quanto in precedenza riportato, che il contratto collettivo (riferendosi anche in questo caso alle produzioni figlie del periodo corporativo) “*rappresenta l’ultimo stadio di un’evoluzione, affermatasi, ad opera della giurisprudenza probivirale, pure in Italia, grazie anche all’elasticità dell’art. 1124 del nostro codice civile, che ha adempiuto a una specifica funzione di grande importanza nella deficiente disciplina del contratto di lavoro*”.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> REDENTIE E., *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*, op.cit., 57.

<sup>26</sup> SANTORO-PASSARELLI F., *Il diritto civile nell’ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, (1933), rist. in *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, 1961, 65, citato nella Relazione introduttiva di CAPRIOLI S., *Interpretazione di Francesco Santoro-Passarelli*, al seminario “*Francesco Santoro-Passarelli e autonomia collettiva. Prima e dopo*”, al quale si rimanda per ulteriori riferimenti al ruolo della giurisprudenza probivirale.

#### **4 - SISTEMI PARTECIPATIVI E DI INCENTIVAZIONE SALARIALE IN UNA PROSPETTIVA TEMPORALE**

Dopo aver tentato di illustrare la genesi e lo sviluppo del nesso presente tra retribuzione ed autonomia collettiva, vi è un altro legame che merita di essere analizzato, nonostante la sua forza abbia subito variazioni di intensità a seconda dello scenario sociale, economico-industriale e sindacale del periodo di riferimento.

Si sta parlando del nesso che lega il trattamento economico del prestatore di lavoro al suo rendimento.

Ricordando il precedentemente citato art. 2099 c.c. riguardante le forme retributive, va effettuata subito una prima distinzione in prospettiva storica tra le forme partecipative e le incentivazioni: mentre le prime, sotto forma di partecipazioni agli utili e di provvigioni, venivano utilizzate quasi esclusivamente nell'ambito del lavoro impiegatizio, le incentivazioni hanno per lungo tempo seguito il binario del lavoro manuale, tradizionalmente retribuito con il salario a tempo o a cottimo.

Sarà la Carta del Lavoro, emanata nel 1927, a suggellare legalmente tale situazione, istituzionalizzando un quadro già precedentemente delineato dalla prassi.

Già prima dell'emanazione della Carta, in realtà, tale distinzione si poteva evincere dal contenuto del R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825, figlio di un processo di normazione legislativa che aveva investito il contratto d'impiego privato a partire dal 1912.

Questa legge, oltre a prevedere come corrispettivo tipico del lavoro impiegatizio lo "stipendio", menzionava, quali ulteriori forme di retribuzione, la partecipazione agli utili e le provvigioni, imponendosi come la prima legge in Italia ad aver menzionato quei sistemi di retribuzione partecipativi trasfusi poi nel codice del 1941.

Nonostante l'importanza storica attribuita alla nascita di una legislazione "separata" per il rapporto di lavoro impiegatizio, la legge sull'impiego privato non ha fatto altro che dare riconoscimento legale ad una situazione già ampiamente diffusa, riconoscendo le partecipazioni agli utili e le provvigioni come le integrazioni retributive statisticamente più diffuse per la remunerazione di tali prestazioni.

Ciò, dal punto di vista opposto, rispecchia la realtà del lavoro operaio, in quanto i rapporti di prestazione d'opera manuale erano, *a contrario*, retribuiti con il tradizionale salario, mentre le relative integrazioni seguivano la logica del cottimo, essendo legate al rendimento del lavoratore.

Il fatto che le forme partecipative venissero considerate solo quali trattamenti integrativi *ad personam* da corrispondere alla categoria impiegatizia è confermato dalla circostanza che esse non venivano menzionate, nella Carta del Lavoro, quali forme generali di retribuzione del lavoro operaio, mentre erano puntualmente riportate nella legge sull'impiego privato.

Emblematici della situazione descritta furono due contratti collettivi conclusi durante il periodo corporativo: il contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici del 30 luglio 1936 e il successivo contratto collettivo nazionale per gli impiegati d'industria del 5 agosto 1937.

Dal confronto dei due accordi emerge in maniera lampante la diversità dei sistemi retributivi adottati per remunerare il lavoro manuale e quello intellettuale: mentre nel primo è riportato che “*tutti i lavoratori disciplinati dal seguente contratto saranno retribuiti ad economia o a cottimo con l'esclusione di altri sistemi di paga*” (Premesse, punto IV), nel secondo sono frequenti i riferimenti ad altre forme o elementi della retribuzione quali per l'appunto provvigioni e partecipazioni agli utili.<sup>27</sup>

Il dato costante riguardo tali forme partecipative di retribuzione, riscontrabile anche dopo il superamento del periodo corporativo, resta la caratteristica prevalentemente *ad personam* della partecipazione, che non diventa un elemento contrattato a livello collettivo tranne nei casi in cui, perdendo le proprie caratteristiche strutturali e le proprie funzioni intrinseche, si risolve in un “premio collettivo” o nelle cosiddette “gratifiche” elargite in modo unilaterale e senza alcun obbligo da parte del datore di lavoro.

---

<sup>27</sup> Si veda ALAIMO A., *Sistemi partecipativi ed incentivanti di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, 1991, I, 1, Milano, 1991, 14.

#### **4.1 - IL COTTIMO, DAL PERIODO PRE-CORPORATIVO ALL'EPOCA DEL REGIME FASCISTA**

A differenza del lavoro impiegatizio, dove la partecipazione agli utili dell'attività poteva fungere da stimolo per l'impiegato inserito presso la stessa, il lavoro manuale poneva all'impresa e, in senso lato, alla materia del Diritto del Lavoro una serie di problemi di diversa natura, incentrati prevalentemente sull'intensificazione dei ritmi di lavoro e sulla razionalizzazione dei tempi, esigenze entrambe finalizzate al conseguimento di incrementi di produttività generale del sistema-impresa.

Nato con la prima rivoluzione industriale con il fine proprio di premiare lo sforzo individuale del lavoratore, il cottimo apparve come la forma retributiva più adatta a soddisfare le nuove e sopracitate esigenze; ciò, in particolare, dal momento in cui nella fabbrica di tipo fordista, affermandosi un modello produttivo incentrato sulla ripetitività delle operazioni e sul taglio dei tempi, esso diventò anche uno strumento per condurre il lavoratore a concorrere con l'imprenditore nell'eliminazione di ogni possibile intralcio al ritmo dettato dalle esigenze produttive.

In particolare, l'organizzazione "scientifica" del lavoro, importata per l'appunto dal modello tayloristico, impresse al cottimo la primaria funzione di intensificazione della velocità del lavoro, già in precedenza favorita, oltre che dalle politiche retributive, dalla lavorazione "a catena", dalla disposizione funzionale e ottimale delle macchine, dal cronometraggio dei tempi delle singole mansioni.

Tali tendenze fecero registrare, nel decennio precedente l'emanazione della Carta del Lavoro, un utilizzo arbitrario e non regolato del cottimo: l'assenza di qualsiasi tutela nei confronti dell'operaio condusse gli industriali alla reiterazione di abusi quali la non presenza di una garanzia di guadagno minimo, l'uso di pratiche quali il "taglio dei tempi" (assegnazione di tempi inferiori pretendendo lo svolgimento dello stesso *quantum* di prestazione) o l'aumento dei carichi (attraverso il quale si richiedeva al lavoratore di avere un rendimento più alto a parità di tempo).

Pertanto, anche nel caso delle retribuzioni ad incentivo, con discorso analogo rispetto a quanto detto riguardo le forme partecipative, fu il regime fascista a porsi

come obiettivo la regolazione dell'istituto del cottimo, cercando di limitare i tentativi degli industriali di utilizzare il cottimo come tecnica per "estorcere" pluslavoro.

Va immediatamente precisato che gli interventi regolatori succedutisi si sono risolti, comprensibilmente, nell'apposizione di garanzie di tipo individuale, non affrontando minimamente il problema della determinazione unilaterale delle tariffe in sede aziendale e quello della mancanza di forme di controllo dei lavoratori o di loro rappresentanti.

Se, per quanto riguarda la regolamentazione del lavoro impiegatizio, era già intervenuta la relativa legge, per una disciplina organica del rapporto di lavoro manuale fu necessario attendere l'emanazione della Carta del Lavoro nel 1927; in essa sono rintracciabili due disposizioni relative alla retribuzione: la XII sui criteri di determinazione del salario in generale, la XIV sulle forme di retribuzione, con particolare riferimento al cottimo per l'appunto.

Nella prima delle due disposizioni ricordate furono enucleati i criteri da osservare in sede di determinazione del salario, essi sono: le esigenze normali di vita, la possibilità della riproduzione e il rendimento del lavoro; nonostante l'interessante richiamo al concetto di "rendimento", l'ultimo di questi criteri non fu poi realizzato attraverso la previsione di sistemi retributivi *ad hoc*, venendo per lo più coordinato con altre dichiarazioni presenti nella stessa Carta al solo fine di promuovere il perfezionamento della produzione e del lavoro per il tramite delle associazioni legalmente riconosciute o delle associazioni dei datori di lavoro.

L'altra dichiarazione riportata, la XIV, oltre a prevedere il principio del trattamento economico "*corrisposto nella forma più consentanea alle esigenze del lavoratore e dell'impresa*", istituì un'importante garanzia in materia di cottimo, prevedendo che "*all'operaio laborioso, di normale capacità lavorativa*" deve essere "*consentito di conseguire un guadagno minimo oltre la paga base*".

A causa dell'ambiguità di tale dichiarazione non si fece attendere l'avvicinarsi di soluzioni interpretative diverse: a chi sosteneva che, in caso di scarso rendimento, non doveva essere garantito alcun minimo (legando pertanto il trattamento economico alla "resa" del lavoratore) si opponeva quella parte di dottrina favorevole in ogni caso alla corresponsione, nei confronti del cottimista ed indipendentemente

dalla resa della sua prestazione, di una “maggiorazione di cottimo” ulteriore rispetto alla paga base.

Posizione intermedia assumeva quella parte della dottrina che, invece, sosteneva che la garanzia di un minimo dovesse interessare solo quella parte di retribuzione a tempo rientrante nella paga base, non ulteriori ed eventuali emolumenti collegati al rendimento della prestazione lavorativa.

La contrattazione collettiva, al fine di dirimere tale aspro dibattito interpretativo, scelse di optare per la sostituzione della semplice riproduzione della dichiarazione XIV con una diversa formula, la quale prevedeva che “*ogni tariffa di cottimo dovrà venire determinata in modo che all’operaio laborioso e di normale capacità lavorativa sia garantito un guadagno minimo, oltre la paga base*”<sup>28</sup>, assicurando in maniera più netta ed esplicita un guadagno minimo al lavoratore.

Sulla questione della garanzia di un guadagno minimo intervenne anche una importante sentenza della Corte Suprema del 22 giugno 1934 nella quale si affermava che, in ogni caso, doveva essere assicurato al cottimista un salario minimo al di sotto del quale non avrebbero trovato soddisfazione neanche le più modeste necessità di vita del lavoratore; in questo modo la Corte trasse, in maniera implicita, la considerazione secondo la quale il salario di cottimo, per una certa misura, doveva essere indipendente sia dalla quantità di lavoro prodotto, sia dalla valutazione individuale di singole aziende e singoli prestatori.

Queste prime conquiste, sancite in una prima fase dalla Carta del Lavoro e supportate da pronunce della Corte Suprema, furono seguite da numerose altre tutele e garanzie aggiunte dalla contrattazione collettiva: oltre alla prima fondamentale previsione di un *quantum* di guadagno teso a garantire il soddisfacimento delle esigenze vitali del lavoratore, si provvide ad assicurare agli operai cottimisti la preventiva conoscenza delle tariffe di cottimo e la successiva comunicazione delle modalità di calcolo e quantificazione delle stesse; venne inoltre stabilita l’invariabilità

---

<sup>28</sup> Mentre il CCNL del 1928 per l’industria meccanica e metallurgica si limitava a riprodurre la dichiarazione XIV della Carta del Lavoro, dichiarazione che usava il termine “consentito” nel riferirsi a una previsione di un guadagno minimo, il successivo CCNL 30 giugno 1936 sostituisce tale termine con il termine “garantito”, assicurando ai cottimisti un guadagno minimo, oltre la paga base, in ogni caso inferiore all’8%.

delle tariffe dopo il superamento dei “periodi di assestamento”, fu sancito l’obbligo di retribuire a cottimo l’operaio vincolato ad un determinato ritmo dettato da esigenze di produttività, venne infine regolato il passaggio dal sistema retributivo del cottimo a quello ad economia, stabilendo l’illiceità di eventuali diminuzioni retributive determinate da tali casi.

Questa serie di norme, formatesi gradualmente e spontaneamente in sede di contrattazione collettiva, furono poi recepite ed armonizzate nell’Accordo Interconfederale sui cottimi del 1937, per poi riversarsi ciclicamente, di rinnovo in rinnovo, nei contratti collettivi post-corporativi.

Per concludere, riguardo l’esperienza del cottimo durante il periodo corporativo, si può affermare che la razionalizzazione e la regolamentazione dell’istituto avvenute in tale contesto furono pervase dagli ideali cardine dell’ideologia fascista: la collaborazione tra le classi, l’interesse superiore della collettività statale, il perseguimento del benessere come obiettivo.

#### **4.2 - DAL COTTIMO AL PREMIO DI PRODUZIONE. LA STABILIZZAZIONE DEI SISTEMI DI INCENTIVAZIONE SALARIALE DAL SECONDO DOPOGUERRA AGLI ANNI '60**

Grazie alla razionalizzazione normativa ed alla progressiva regolamentazione dell’istituto, il cottimo si affermò come incentivo retributivo tipico caratteristico del trentennio successivo al termine del periodo corporativo.

Alla fine degli anni '40 si assistette, però, alla nascita di un nuovo strumento di incentivazione salariale contrattato a livello aziendale (anche se, chiaramente, in maniera non formale e procedimentalizzata): il premio di produzione.

Nato come forma di paternalismo ed usato pretestuosamente dagli industriali, l'erogazione del premio di produzione subì una vasta diffusione ad opera delle Commissioni, diventando uno strumento di incentivazione salariale concorrente con il cottimo.

Nel contesto sociale e produttivo di riferimento la situazione che si delineò fu la seguente: se da una parte una serie di fattori come la povertà del settore operaio ed altre dinamiche legate alla creazione di una coscienza di classe conducevano verso spinte di egualitarismo salariale, la ritrovata unità di intenti post-regime fascista prospettava invece idee di dinamismo retributivo.

Questa seconda corrente era tesa a valorizzare la laboriosità e la produttività del lavoro come valori fondanti, indispensabili per accelerare il processo di crescita e lo sviluppo produttivo dell'Italia.

Da tale contesto di riferimento è possibile evincere i presupposti che hanno condotto alla stipulazione dei concordati perequativi del 1945 e del 1946, in particolare laddove il cottimo veniva considerato come una forma retributiva, da poter corrispondere sia a livello individuale che collettivo, “allo scopo di conseguire l'incremento della produzione”.

Il passaggio (anche se non sarà un reale passaggio, in quanto le due forme coesisteranno per lungo tempo) dal cottimo al premio di produzione avvenne dal momento in cui non fu più rintracciabile nelle politiche salariali alcun legame tra rendimento e retribuzione; in questo modo emerse una relazione generalizzata ed indistinta tra la totalità del lavoro utilizzato e i risultati conseguiti.

In altre parole, la logica del premio di produzione portò progressivamente a cessare di erogare aumenti salariali collegati a prestazioni individuali o a prestazioni di gruppi di lavoratori, sostituendoli con un incentivo da corrispondere a livello aziendale parametrato sui risultati generali conseguiti dell'attività d'impresa presso la quale il lavoratore presta la propria opera.

Nei confronti di questa nuova forma di incentivazione salariale si sollevò un acceso dibattito tra le diverse sigle sindacali, laddove invece i relativi punti di vista si erano rivelati abbastanza convergenti sul cottimo, dalle stesse individuato come un ottimo strumento per bilanciare le politiche perequative e di contenimento dei salari.

Riguardo i premi di produttività, la Cgil individuò numerose criticità relative alla loro contrattazione in sede aziendale, in particolare laddove ciò poteva condurre a tendenze corporative o ad eccessivi sfaldamenti e diversificazioni dei trattamenti economici; sulla stessa linea di pensiero si schierò Confindustria, fermamente

interessata a mantenere coerenti tra loro le politiche salariali delle singole aziende per evitare la proliferazione di trattamenti economici non allineati.

Queste posizioni conservatrici si trovarono ben presto a scontrarsi con la crescita produttiva registrata nel nostro Paese per tutti gli anni '50, in particolare laddove le aziende più strutturate<sup>29</sup> iniziarono a diventare inclini alla corresponsione di quote aggiuntive di salario, con il dichiarato fine di riversare sui lavoratori i benefici del progresso economico in generale e lo stato di benessere dell'azienda intesa singolarmente.

Pertanto, nonostante la veemente opposizione di Cgil e Confindustria, la contrattazione aziendale informale in tali anni registrò come principale area di intervento proprio quella della produttività e della remunerazione parametrata su modelli comprendenti cottimi e premi di produzione, anticipando in qualche modo la struttura di contrattazione articolata che si sarebbe delineata a partire dal Protocollo del 1993.

Per quanto riguarda, nello specifico, l'istituto del cottimo, esso rimase tendenzialmente invariato in quanto continuò ad essere disciplinato dagli interventi regolatori succedutisi durante il periodo corporativo.

Permase, in particolare, la distinzione tra fase sindacale e fase aziendale nel processo di determinazione delle tariffe: tale distinzione comportò, in sede di contrattazione di categoria (pertanto nella fase cosiddetta sindacale), l'elaborazione di un sistema standard di regolazione del cottimo corredato da una serie tipica di norme di tutela generali e astratte (norme contenenti garanzie di carattere individuale), mentre in sede aziendale (o fase aziendale) si assistette ad una totale libertà di scelta in capo al proprietario industriale riguardo la concreta modalità di applicazione di tali sistemi retributivi.

---

<sup>29</sup> Si vedano, a titolo esemplificativo, le politiche salariali di FIAT e Olivetti, tese esplicitamente a rompere il sistema dell'uniformità delle retribuzioni.

### **4.3- L'IRRIGIDIMENTO DEL SISTEMA DI INCENTIVAZIONE SALARIALE**

Tale criticità, retaggio del periodo corporativo, venne superata solo nel momento in cui, all'inizio degli anni '60, cottimo e premio di produzione iniziarono ad essere formalmente riconosciuti nel sistema di contrattazione articolata.

Questo riconoscimento formale, oltre a contribuire ad una diffusione più capillare di tali pratiche salariali, tutelò maggiormente il prestatore di lavoro con l'esplicita previsione del controllo sindacale nella fase aziendale; controllo che si manifestava, da un lato, con l'introduzione, a carico delle imprese, di obblighi di comunicazione ed informazione e con la possibilità, dall'altro, di prevedere esami congiunti diretti a contenere il rischio di abusi perpetrati dalla parte datoriale attraverso l'uso distorto di tali modelli retributivi.

Se l'impulso che ricevette l'istituto del cottimo, in conseguenza dell'ammissione della contrattazione aziendale sui sistemi di incentivo, si è rivelato minimo, lo stesso non si può dire riguardo i premi di produzione.

Gli stessi, infatti, subirono un tale sviluppo da diventare una delle materie più contrattate a livello aziendale, anche in misura superiore rispetto ai cottimi poiché più idonei ad essere controllati dal sindacato, grazie anche alla loro natura intrinsecamente collettiva in quanto collegati a risultati generali ottenuti dall'azienda, non alla misurazione di performance di un singolo lavoratore o di un gruppo di lavoratori.

Pur presentandosi come "premi di produttività", tali voci evidenziarono già nella fase iniziale una effettiva difficoltà a collegarsi ad incrementi di produttività obiettivamente valutabili, non riuscendo pertanto ad imporsi come una vera e propria parte di retribuzione variabile e perdendo sin dall'inizio la sua funzione incentivante; se, da un lato, l'apposizione di indici di incremento produttivo collegabili ad aumenti retributivi consisteva in un'operazione tecnica di non facile soluzione, dall'altro i proprietari industriali, seppur inclini ad elargire premi di produzione sulla scorta del benessere aziendale tipico di quel periodo, erano restii nel momento in cui si trattava di fissare premi "mobili".

Per tali motivi si assistette sempre più frequentemente, all'interno dei contratti collettivi di categoria, all'apposizione di formule normative che consentivano di

slegare il premio da parametri obiettivi, per tramutarli in un elemento fisso e meramente integrativo della retribuzione minima contrattuale.

Questa deriva di irrigidimento del sistema di incentivazione salariale tradizionale si tradusse, dalla fine degli anni '60 e per tutto il decennio successivo, in un graduale assottigliamento della percentuale di trattamento retributivo erogato secondo i criteri del rendimento (cottimo) o secondo i premi di produttività<sup>30</sup>.

Per quanto riguarda nello specifico il premio, esso era contrattato quasi esclusivamente solo in termini di elevamento della parte fissa o, se istituito per la prima volta, sovente veniva direttamente iscritto come voce invariabile della retribuzione, perdendo del tutto il carattere di incentivo salariale collegato alla produttività aziendale.

Per quanto riguarda il cottimo, invece, le ragioni della sua crisi e della perdita della sua originaria funzione incentivante vanno ricercate in più direzioni: da un lato, senza alcun dubbio, gli anni '60 e '70 furono caratterizzati da un'ideologia sindacale tesa al rallentamento dei ritmi all'interno della fabbrica, con particolare riguardo alla diminuzione del cosiddetto "stress da esame"; dall'altro il cottimo, per sue caratteristiche intrinseche, si rivelò idoneo ad attestarsi come incentivo solo nei sistemi produttivi dotati di coerenza organizzativa, uniformità e sequenzialità del flusso produttivo, con compiti semplici e ripetuti (lavoro parcellizzato).

Appare quindi agevole comprendere come, nei contesti di mutamento costante in cui qualsiasi tipo di industria si trovò ad operare a partire dalla fine degli anni '60, anche i sistemi di incentivazione dovettero continuamente aggiornarsi per rispondere alle nuove e mutate esigenze.

## **5 - LA NASCITA DI UN "SISTEMA COSTITUZIONALE" DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI**

Proseguendo l'analisi e mantenendo una prospettiva temporale sull'evoluzione dell'istituto della retribuzione in Italia, è ragionevole affermare che la grande forza

---

<sup>30</sup> ALAIMO A., *Sistemi partecipativi e incentivanti di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, op. cit., 26.

sindacale acquisita a partire dalla seconda metà degli anni '60 abbia portato, oltre ad un irrigidimento dei sistemi di incentivazione salariale, a tornate contrattuali permeate da forti ideologie egualitaristiche e parificatrici dei trattamenti economici.

Oltre al progressivo assorbimento del guadagno di cottimo nell'area della paga base, la retribuzione diventò sempre più legata al tempo di lavoro, rendendo proliferi i trattamenti economici erogati su base oraria (cosiddetta paga oraria).

Perseguendo inoltre i sopracitati obiettivi di parificazione ed egualitarismo, gli stessi trattamenti economici vennero accorpati in "categorie" o "livelli di inquadramento" professionali, con la conseguenza che eventuali differenze di rendimento all'interno di uno stesso livello, nello svolgimento della prestazione lavorativa, non furono più idonei a giustificare *quantum* retributivi differenziati.<sup>31</sup>

A livello nazionale, per tutta la durata degli anni '70 e con l'obiettivo di parificare le condizioni dei lavoratori all'interno della stessa categoria, le tornate contrattuali prevedero aumenti retributivi della paga oraria base; nelle singole aziende, nel frattempo, i contratti aziendali stipulati si mossero nella stessa direzione, limitandosi anch'essi a prevedere, a seconda delle condizioni economiche dell'impresa e della capacità conflittuale dei lavoratori, aumenti retributivi su base oraria e, quindi, abbandonando definitivamente l'idea di incentivare, tramite il legame tra rendimento e retribuzione, la produttività della forza lavoro.

Mentre la retribuzione a cottimo vide diminuire il suo rilievo all'interno dei salari dei lavoratori, in Italia un'inflazione ormai a due cifre erodeva il valore reale delle retribuzioni; il meccanismo della scala mobile<sup>32</sup>, ritenuto da alcuni economisti degli anni '90 e 2000 come produttivo esso stesso dell'inflazione, non si rivelò più uno

---

<sup>31</sup> Si ricorda che, a partire dal 1969, i Contratti Collettivi Nazionali di Lavoro prevedono l'inquadramento unico, superando quasi del tutto la tradizionale diversità di trattamento tra impiegati ed operai.

Allo stesso modo è di poco successiva (1970) la Legge n. 300/1970, conosciuta anche come Statuto dei Lavoratori, che aveva riformato la disciplina delle mansioni.

<sup>32</sup> Si ricorda che la scala mobile, introdotta in Italia nel 1945, veniva calcolata seguendo l'andamento variabile dei prezzi di alcuni beni particolari di consumo, generalmente di larga diffusione, costituenti un paniere. Una commissione aveva il compito di determinare con cadenza trimestrale le variazioni del costo della vita utilizzando come indice di riferimento le variazioni dei prezzi di tali beni (indice dei prezzi al consumo). Accertata e resa uguale su base percentuale la somma necessaria per la famiglia-tipo, in riferimento ad un dato periodo per l'acquisto dei prodotti del paniere, le successive variazioni percentuali dei prezzi dei beni di consumo divenivano i punti di variazione dell'indice stesso al costo della vita, a cui i salari venivano direttamente adeguati.

strumento adeguato per la salvaguardia del valore reale delle retribuzioni e del potere d'acquisto.

Il giorno 14 febbraio 1984, pertanto, tramite un decreto passato alla storia come decreto di San Valentino, il governo presieduto dal socialista Bettino Craxi decise di recidere il rapporto tra aumento dell'inflazione e pari aumento percentuale delle retribuzioni; al decreto fece seguito la conversione nella Legge n. 219 del 12 giugno 1984.

Contro il taglio dei punti di contingenza si espresse il solo PCI di Enrico Berlinguer che, nonostante il referendum abrogativo promosso nei giorni 9 e 10 giugno 1985, vide il corpo elettorale propendere a favore del mantenimento della disciplina che permetteva la riduzione del valore reale delle retribuzioni a seguito dell'erosione dell'inflazione; in realtà tale disciplina consentiva un esiguo recupero dell'inflazione (solo pochi decimali), ma gli effetti politico-sindacali andarono ben oltre, tanto da far radicare la convinzione della necessità di mettere un freno agli aumenti delle buste paga e di sterilizzare le spinte contrattuali dirette all'aumento dei trattamenti retributivi.

## **5.1 - IL PROTOCOLLO DEL 1993**

Proprio nel contesto appena delineato va ad inserirsi quello che, ai fini della presente ricerca, si è imposto come momento cardine, dando per la prima volta una "veste normativa" all'istituto della retribuzione variabile.

Il "Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo", stipulato dal Governo con le parti sociali il 23 luglio del 1993, fu per l'appunto definito dal Ministro del Lavoro Giugni come il "sistema costituzionale" delle relazioni industriali.<sup>33</sup>

Entrando nel merito della riforma, essa predispose una struttura contrattuale composta da due livelli negoziali aventi competenze coordinate, non sovrapposte e

---

<sup>33</sup> Si veda in tal senso, TREU T., *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, 215.

tendenzialmente specializzate: mentre il contratto di categoria si occupava di definire i livelli minimi di trattamento economico e di individuare le materie da rinviare alla contrattazione decentrata, la contrattazione di secondo livello assunse la specifica funzione di definire la parte variabile della retribuzione, con l'ovvia esclusione del trattamento economico minimo la cui individuazione spettava, come detto, al contratto collettivo nazionale per ogni categoria.

L'art 3 del Protocollo, nello specifico, stabilì che *“la contrattazione aziendale riguarda materie e istituti diversi e non ripetitivi rispetto a quelli retributivi propri del contratto collettivo nazionale. Le erogazioni del livello di contrattazione aziendale sono strettamente correlate ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti, aventi come obiettivo incrementi di produttività, di qualità ed altri elementi di competitività di cui le imprese dispongano, compresi i margini di produttività, che potrà essere impegnata per accordo fra le parti, eccedente quella eventualmente già utilizzata per riconoscere gli aumenti retributivi a livello di contratto collettivo nazionale, nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa”*. Emerge chiaramente dall'analisi del riportato articolo l'obiettivo di fondo dell'accordo: migliorare il margine di produttività aziendale rendendo i lavoratori partecipi del processo, ottenendo in tal modo sia il loro coinvolgimento che un aumento della retribuzione definita a livello centrale.

I contratti collettivi stipulati successivamente alla definizione del Protocollo hanno rispettato la struttura delineata dallo stesso, lasciando ai contratti di categoria il compito di definire la cornice entro la quale la negoziazione di secondo livello potesse operare, in altre parole stabilendo gli obiettivi da raggiungere attraverso la contrattazione decentrata.

## **5.2 - L'ACCORDO INTERCONFEDERALE DEL 2009**

Fu il 2009 l'anno in cui, grazie all'Accordo Quadro e all'Accordo Interconfederale del 15 aprile, si manifestarono nuovi input che consentirono di riconsiderare in parte il modello delineato dal Protocollo del '93.

Innanzitutto, l'Accordo Interconfederale rimase fedele all'assetto contrattuale organizzato su due livelli distinti confermando la non sovrapposibilità degli istituti; restarono pertanto separate anche le materie oggetto dei diversi livelli della contrattazione e, inoltre, permase il rinvio agli accordi aziendali per la negoziazione della parte variabile della retribuzione.

Passando alle innovazioni di cui l'Accordo Interconfederale del 15 aprile fu portatore, si legge nello stesso che *“la dinamica degli effetti economici dei contratti collettivi nazionali di lavoro e di categoria”* veniva misurata attraverso *“l'indicatore della crescita dei prezzi al consumo”* affidata a un nuovo indice previsionale elaborato sulla scorta dei dati Ipca (indice dei prezzi al consumo armonizzato in ambito europeo per l'Italia) *“depurato dalla dinamica dei prezzi dei beni energetici importanti”*.

Tale nuovo indice era elaborato da un soggetto terzo e imparziale *“di assoluta autorevolezza ed affidabilità”*, ovvero l'Isae, il quale, con continue verifiche, monitorava gli eventuali scostamenti tra l'inflazione prevista e quella reale empiricamente rilevata; l'incidenza, la portata e in generale la significatività degli scostamenti eventualmente registrati venivano poi studiati dal Comitato paritetico istituito a livello confederale.

Con le novità apportate dall'Accordo Interconfederale del 2009, il sistema sembrò privare la contrattazione collettiva nazionale della sua funzione di adeguamento delle retribuzioni; la valutazione sugli scostamenti tra inflazione programmata ed inflazione reale diventò ad appannaggio esclusivo del sopra citato soggetto terzo, relegando la contrattazione collettiva nazionale ad un ruolo decisamente più circoscritto: limitarsi ad applicare tale indice ad un valore retributivo medio al fine di mantenere le retribuzioni coerenti con l'inflazione prevista<sup>34</sup>.

Dal quadro appena delineato emerge chiaramente un rigore estremo, in sede di contrattazione nazionale, per i soggetti sindacali, vincolati dai continui processi di adeguamento dei trattamenti economici all'inflazione.

Di conseguenza, cambiò il terreno entro il quale rivendicare e recuperare il reale potere d'acquisto delle retribuzioni, spostandosi dal livello nazionale al secondo livello; infatti, quando l'accordo stabiliva che la retribuzione variabile doveva essere

---

<sup>34</sup> FAZIO F., MASSAGLI E., TIRABOSCHI M., *Indice IPCA e contrattazione collettiva*, in *Collana ADAPT*, 2013, 16.

calcolata con riferimento ai risultati conseguiti nella realizzazione di programmi concordati tra le parti (programmi con dichiarati obiettivi di incremento della produttività, qualità, redditività, efficacia, innovazione, efficienza organizzativa ed altri elementi rilevanti ai fini del miglioramento della competitività aziendale nonché ai risultati legati all'andamento economico dell'impresa), si attribuiva al contratto collettivo aziendale la funzione di incrementare nel complesso il trattamento retributivo, agganciandolo ai risultati dell'impresa<sup>35</sup>.

Anche il Protocollo del 23 luglio del 1993 stabiliva tale nesso tra la retribuzione variabile e i risultati aziendali ottenuti, tuttavia la circostanza di una contrattazione nazionale con un pressoché nullo potere contrattuale in materia retributiva condusse, quasi fisiologicamente, a cercare di recuperare quel *quantum* aggiuntivo di trattamento economico attraverso la contrattazione territoriale ed aziendale.

Si può affermare, pertanto, che nei confronti dei prestatori di lavoro la crescita retributiva, essendo fortemente limitata a livello centrale a causa del rigido meccanismo di adeguamento introdotto, si spostò sul secondo livello contrattuale, luogo dove si tentò di collegare tale crescita non ad indici statistici, ma ai risultati che l'impresa era effettivamente in grado di ottenere, allineando gli interessi della stessa con quelli dei lavoratori che impiega.

Per tali motivi l'Accordo Interconfederale del 2009, seppur come noto non condiviso da tutte le parti sociali, rivestì una notevole importanza, anticipando in qualche modo il "rovesciamento" dell'ordine dei livelli contrattuali attraverso il rafforzamento del livello aziendale di contrattazione collettiva.

### **5.3 - L'ACCORDO INTERCONFEDERALE DEL 2011**

L'Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, pur non concentrandosi sull'istituto della retribuzione variabile oggetto della presente analisi, ha affrontato tre ulteriori questioni ad esso connesse, quali la selezione dei soggetti sindacali legittimati

---

<sup>35</sup> Sul tema, VITALETTI M., *La retribuzione c.d. di produttività nella "nuova" contrattazione aziendale: questioni ed esiti*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Bologna, 2011, 690.

a negoziare il contratto collettivo nazionale, l'efficacia *erga omnes* del contratto aziendale e il rapporto tra contratti collettivi di diverso livello.

Per quanto riguarda il primo aspetto, l'Accordo del 2011 ha posto un limite all'accesso alla contrattazione ai soggetti in possesso di una rappresentatività certificata, calcolata sulla base dei dati associativi riferiti alle deleghe relative ai contributi sindacali conferite dai lavoratori, contributi ponderati con i consensi ottenuti in occasione delle periodiche elezioni delle rappresentanze sindacali unitarie (RSU).

Per poter accedere ai tavoli negoziali il dato così composto deve risultare, per ogni organizzazione, superiore al 5% del totale dei lavoratori della categoria a cui si applica il contratto nazionale.

Riguardo il secondo aspetto, inoltre, l'Accordo ha sancito l'efficacia del contratto collettivo aziendale per tutto il personale, vincolando le associazioni firmatarie l'Accordo stesso, se approvato dalla maggioranza dei componenti delle rappresentanze sindacali unitarie.

In caso di rappresentanze sindacali aziendali (RSA), l'accordo ha la stessa efficacia se approvato dalle rappresentanze stesse; esse devono però essere costituite nell'ambito di quelle associazioni sindacali che, singolarmente o insieme ad altre, risultano destinatarie della maggioranza delle deleghe relative ai contributi sindacali conferiti nell'anno precedente alla stipulazione del contratto.

La terza materia disciplinata dall'Accordo è stata quella del rapporto tra i diversi livelli della contrattazione collettiva: secondo la nuova ricostruzione i contratti aziendali devono essere stipulati nell'ambito delle materie delegate dal contratto collettivo nazionale o dalla legge; l'elemento di novità risiede nella circostanza che tali contratti, attivando strumenti di articolazione contrattuale volti a migliorare l'aderenza alle esigenze di specifici contesti economico-produttivi, potevano condurre alla stipulazione di intese modificative dei contratti nazionali nei limiti e con le procedure previste dagli stessi.

A ciò si aggiunge la previsione secondo la quale, in attesa della definizione della materia, i contratti aziendali conclusi tra le rappresentanze sindacali e le organizzazioni sindacali firmatarie dell'Accordo Interconfederale potevano definire intese modificative con riferimento agli istituti del contratto nazionale che disciplinano la prestazione lavorativa, gli orari, l'organizzazione del lavoro; nei casi in cui tali

intese siano volte alla gestione di situazioni di crisi o siano stipulate in concomitanza di investimenti significativi per favorire lo sviluppo dell'impresa sotto il punto di vista economico ed occupazionale, esse acquistano efficacia generale.

L'Accordo del 2011, pertanto, non tendeva a sconfessare il ruolo del contratto collettivo nazionale, il quale mantiene *“la funzione di garantire la certezza dei trattamenti economici e normativi comuni per tutti i lavoratori del settore ovunque impiegati nel territorio nazionale”*; nel contempo, però, l'Accordo dichiarava esplicitamente di avere l'obiettivo di *“favorire lo sviluppo e la diffusione della contrattazione collettiva di secondo livello per cui vi è necessità di promuovere l'effettività e di garantire una maggiore scelta nelle scelte operate d'intesa fra aziende e rappresentanze sindacali dei lavoratori”*<sup>36</sup>.

Proprio per tale fine era stato modificato il perimetro di intervento entro il quale la contrattazione collettiva aziendale poteva operare: tralasciando qualsiasi riferimento al principio del *ne bis in idem*, la contrattazione aziendale poteva intervenire anche su quelle materie *“delegate, in tutto o in parte, dal contratto collettivo nazionale di lavoro o dalla legge”*, non più solamente nell'ambito della retribuzione variabile.

La retribuzione variabile, pertanto, ha perso la sua centralità nell'ambito della contrattazione collettiva di secondo livello, diventando uno strumento affiancato da numerosi altri (organizzazione del lavoro, tempi di lavoro, obiettivi di efficienza e produttività) con i quali deve concorrere al fine di determinare un andamento positivo per l'impresa.

Una modifica di notevole rilevanza apportata da questo nuovo sistema consiste nella circostanza secondo la quale cambia la sede entro cui si discutono e si definiscono gli obiettivi che graduano l'erogazione della retribuzione variabile: infatti, laddove prima il compito della contrattazione aziendale consisteva nel disciplinare contrattualmente l'istituto, ora la sede aziendale diventa anche il luogo entro il quale concordare i programmi a cui ricollegare la corresponsione di tale parte variabile del trattamento economico.

Questo radicale cambio di prospettiva (in particolare riguardo alla perdita di centralità del contratto collettivo nazionale) è giustificato, come si evince dall'Accordo

---

<sup>36</sup> Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011, siglato tra Confindustria e CGIL, CISL e UIL.

stesso, dalla nuova strategia adottata secondo la quale, attraverso un processo di decentralizzazione delle competenze riguardo particolari materie verso l'ambito aziendale, si cerca di essere più aderenti possibile alle esigenze ed alle specificità del singolo contesto aziendale.

Ciò si riflette anche in tema di retribuzione, in particolar modo quando la contrattazione collettiva aziendale si trova ad attrarre nel suo alveo (per i motivi di aderenza alla realtà industriale ed economica specifica sopra citati) anche la determinazione della retribuzione sufficiente, abbattendo pertanto il dogma secondo il quale la contrattazione collettiva nazionale dovrebbe occuparsi di fissare i livelli retributivi minimi, per devolvere la loro implementazione al secondo livello contrattuale con l'istituto della retribuzione variabile.

Nel quadro normativo precedente l'avvento dell'Accordo in questione, pertanto, vi era una divisione netta tra le due aree retributive: il contratto nazionale si occupava di determinare la retribuzione ai sensi dell'art. 36 Cost., andando quindi a definire un trattamento economico non sulla base di una logica meramente sinallagmatica tra prestazione e retribuzione, ma tendendo a garantire al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa; al livello aziendale, invece, era affidata la funzione della crescita retributiva tramite la corresponsione di emolumenti legati ad obiettivi di produttività.

In altre parole, l'Accordo precedente (Accordo Interconfederale 15 aprile 2009) delineava un quadro ordinamentale nel quale, per la crescita retributiva, si rinvia al contratto di secondo livello, mentre il contratto collettivo nazionale manteneva la sua centralità in tema di retribuzione sufficiente.

Con l'Accordo del 2011 scompare ogni riferimento alla retribuzione sufficiente e si assiste ad una commistione delle due aree retributive fino a quel momento ben distinte, nonostante permanga la previsione secondo la quale una parte della retribuzione deve essere comunque legata ad obiettivi di produttività e redditività.

Guardando in una prospettiva temporale gli accordi succedutisi, è possibile notare come l'elemento che li differenzia si rinvia nei diversi obiettivi a cui ricollegare i programmi per l'erogazione della parte variabile della retribuzione.

Il Protocollo del '93, in tal senso, menziona l'incremento di redditività, la qualità, i margini di produttività e, in generale, si concentra sui risultati legati

all'andamento economico dell'impresa; l'Accordo del 2009, invece, stabilisce il nesso tra obiettivi e competitività aziendale, legame che diventa prioritario con l'Accordo del 2011.

Solo con l'ultimo degli accordi citati, si realizza il già accennato rovesciamento di prospettiva riguardo la centralità del contratto nazionale: ora il singolo contesto aziendale, con le sue specificità ed in base alle proprie esigenze, può concludere intese modificative del contratto nazionale, staccandosi definitivamente dalla logica che affidava al secondo livello di contrattazione la mera funzione di esecuzione delle clausole di rinvio dei contratti nazionali.

#### **5.4 - L'ACCORDO INTERCONFEDERALE DEL 21 NOVEMBRE 2012 E IL D.P.C.M. 22 GENNAIO 2013**

In tema di retribuzione di produttività sono intervenute numerose novità nel corso degli ultimi anni, novità che, seppur di lieve impatto pratico, a causa della loro scarsa diffusione, costituiscono interessanti ipotesi di studio ed analisi della materia.

Primo tra tutti si ricorda l'Accordo Interconfederale del 21 novembre 2012, non sottoscritto dalla Cgil, con il quale venivano definite le *Linee programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*.

Oltre a ribadire il concetto secondo il quale la contrattazione collettiva deve essere potenziata e valorizzata ai fini del miglioramento della produttività, l'Accordo, facendo permanere in capo al contratto nazionale il ruolo di garante della certezza dei trattamenti economici e normativi per la totalità dei lavoratori, dispone che alla contrattazione di secondo livello deve essere affidato il compito di “*aumentare la produttività attraverso un migliore impiego dei fattori di produzione e dell'organizzazione del lavoro, correlando a tale aspetto la crescita retributiva dei lavoratori*”<sup>37</sup>.

L'Accordo, inoltre, perseguendo lo stesso obiettivo di miglior coordinamento tra i fattori produttivi, prevede che “*una quota degli aumenti economici derivata dai*

---

<sup>37</sup> Accordo Interconfederale del 21 novembre 2012, *Linee Programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia*.

*rinnovi contrattuali sia destinata alla pattuizione di elementi retributivi da collegarsi ad incrementi di produttività e redditività definiti dalla contrattazione di secondo livello, così da beneficiare anche di congrue e strutturali misure di detassazione*”<sup>38</sup>.

Altro aspetto riguarda l’individuazione, ad opera delle parti firmatarie, di alcuni istituti di notevole importanza che devono essere disciplinati prioritariamente dalla contrattazione collettiva: la disciplina dell’equivalenza delle mansioni, la flessibilità dell’orario di lavoro e, infine, la “tecnologizzazione” del lavoro.

In definitiva l’Accordo del 2012 si muove lungo le linee direttrici tracciate dal precedente, ovvero sulla scorta dell’equiparazione già intervenuta, tramite l’Accordo del 28 giugno 2011, dell’ambito di operatività del contratto aziendale a quello nazionale.

A tale Accordo ha fatto seguito l’emanazione del D.P.C.M. 22 gennaio 2013, il quale ha introdotto un significativo elemento di novità che, nonostante la scarsa diffusione del relativo istituto, propone un cambio di prospettiva riguardo la retribuzione di produttività, stabilendo un legame tra essa e l’adozione di determinati programmi organizzativi (si parla per questo di “retribuzione di produttività programmata”).

Procedendo per gradi, il D.P.C.M. del 2013 conferma, da una parte, l’istituto tradizionale della retribuzione di produttività, così come concepita dal Protocollo del 1993, ovvero erogata “*in esecuzione di contratti con espresso riferimento ad indicatori quantitativi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione*”; d’altra parte, sulla scorta di quanto previsto nell’Accordo dell’anno precedente, il decreto introduce, nei confronti delle parti sociali, la possibilità di scegliere tra tale tipica “retribuzione in funzione del risultato” e un nuovo tipo di retribuzione di produttività.

---

<sup>38</sup> Al riguardo si ricordi che il Protocollo del 1993 può essere configurato come “momento genetico” di quel lungo percorso legislativo che, a fasi alterne, si propone di impiegare la leva degli sgravi fiscali e contributivi per sostenere la retribuzione di produttività.

Tale nuovo modello introduce la previsione di erogare la retribuzione di produttività in esecuzione di contratti di secondo livello che *“prevedano l’attivazione di almeno una misura in almeno tre delle aree di intervento”*<sup>39</sup>.

Le misure menzionate dal D.P.C.M sono riconducibili alle seguenti aree di intervento: misure tese alla ridefinizione degli orari di lavoro, anche su modelli flessibili, finalizzate ad un più efficiente sfruttamento ed utilizzo della generalità delle risorse produttive dell’impresa; misure per flessibilizzare, oltre i tempi di lavoro, anche la fruizione delle ferie da parte del personale dipendente, in ottica coerente con un programma aziendale concordato; misure, infine, volte a facilitare l’introduzione di nuove tecnologie capaci, nel rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori, di accelerare il processo di digitalizzazione del lavoro negli ambiti dove esso lo richiede, oppure più semplicemente misure volte ad estendere la fungibilità delle mansioni prevedendo l’integrazione di competenze, anche tecnologiche, trasversali ed informatizzate.

Guardando le misure previste dal D.P.C.M e l’ambito di intervento, appena descritto, in cui esse operano, è possibile cogliere la retribuzione di produttività in una nuova prospettiva il cui fulcro è rappresentato, per l’appunto, dall’attività organizzatrice in sé; in altre parole, sganciandosi dall’osservazione dei singoli contratti e dai risultati ottenuti in osservanza degli stessi, il D.P.C.M. individua per tali singoli contratti la possibilità di atteggiarsi come una serie di atti funzionali inseriti in un determinato contesto aziendale che li coordina (e che, pertanto, li “organizza”).

In tal modo il singolo contratto, oltre al ruolo che svolge nella sua dimensione interindividuale, assume un nuovo significato derivante dal suo inserimento in un contesto organizzativo coordinato, entro il quale va analizzato il contributo, in termine di produttività, che il singolo accordo riesce ad apportare in relazione al “programma” organizzatore predisposto a tal fine.

L’elemento di novità introdotto in tal senso dal D.P.C.M. del 22 gennaio 2013, emanato di concerto con il Ministro dell’Economia, è il tentativo di stabilire un legame tra retribuzione ed organizzazione. L’obiettivo diventa quello di collegare il

---

<sup>39</sup> D.P.C.M. 22 gennaio 2013, “Modalità di attuazione delle misure sperimentali per l’incremento della produttività del lavoro nel periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2013, ai sensi dell’art.1 comma 481, legge 24 dicembre 2012, n. 228”.

trattamento economico alla “semplice” previsione di contratti collettivi i quali, intervenendo con delle misure nelle aree di intervento indicate (orari di lavoro, mansioni, informatizzazione), sono in grado di “programmare” la produttività.<sup>40</sup>

La previsione di un modello retributivo strutturato secondo i predetti criteri avrebbe la conseguenza principale di modificare le sue modalità di erogazione: infatti, se nel tradizionale trattamento economico in funzione del risultato la corresponsione dello stesso è condizionata al raggiungimento di un risultato futuro ed incerto, secondo il modello introdotto dal D.P.C.M. del 2013 la condizione per l’erogazione della retribuzione di produttività è l’esistenza di un contratto collettivo che preveda strumenti in grado di flessibilizzare il rapporto di lavoro, modellandolo sulle esigenze aziendali di incremento della produttività stessa.<sup>41</sup>

In altre parole, l’erogazione del maggior salario dipende dalla presenza di contratti collettivi tesi a raggiungere *ex ante* l’obiettivo di un miglior impiego delle prestazioni dei lavoratori; la sola previsione di tale tipo di accordi è considerata idonea di per sé a generare un incremento di produttività.

Le differenze con il modello retributivo previsto dal Protocollo del 1993 sono pertanto molteplici e strutturali: il maggior trattamento economico legato alla produttività è, come si diceva, incerto ed in ogni caso variabile, in quanto correlato ad obiettivi i cui risultati saranno valutabili e “graduabili” solo una volta raggiunti; tale modello, pertanto, impone una valutazione *ex post* dei risultati raggiunti in relazione agli obiettivi in precedenza fissati.

Al contrario, nel modello introdotto dal D.P.C.M. del 2013 la variabilità del trattamento economico non è legata al raggiungimento di risultati futuri, quanto piuttosto alla stessa contrattazione collettiva: l’obiettivo di produttività, per essere raggiunto, non richiede alcuna valutazione dei risultati conseguiti, bensì si considera raggiunto con la sottoscrizione di un contratto di secondo livello idoneo a disciplinare misure organizzative in grado di programmare la produttività; in altre parole

---

<sup>40</sup> Sul tema, VITALETTI M., *Retribuzione di produttività e contrattazione collettiva decentrata*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Bologna, 2014, 108.

<sup>41</sup> Sul tema, VITALETTI M., *La retribuzione di produttività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, 86.

l'obiettivo di incremento della stessa risulta già raggiunto, *in re ipsa*, con la previsione di tali misure nel contratto collettivo.

La circostanza per la quale, adottando tale modello retributivo, diviene superflua, ai fini della corresponsione del salario di produttività, ogni valutazione circa i risultati conseguiti, conduce alla conseguenza per la quale l'ammontare e la corresponsione di tale parte del trattamento economico vengono definiti già all'interno del contratto collettivo di secondo livello.

Il risultato raggiunto è l'erogazione della retribuzione di produttività che non avviene più, come nel caso del premio di produttività a cavallo degli anni '70, in funzione di una logica meramente perequativa e parificatrice.

Al contrario, l'erogazione del maggior trattamento economico è giustificata dalla presenza di un accordo intervenuto tra datore di lavoro e personale dipendente, accordo la cui stipulazione è sufficiente per i fini di miglioramento della produttività.

Corollario della disciplina esposta nel D.P.C.M. del 2013 è il fatto che le parti sociali avocano presso loro stesse la competenza di "definire" la produttività attraverso la predisposizione di misure contrattate volte ad aumentarla; pertanto, il tentativo operato dal decreto deve essere letto secondo un angolo visuale teso alla responsabilizzazione delle parti sociali stesse attraverso lo sfruttamento degli strumenti offerti della contrattazione di secondo livello.<sup>42</sup>

## **6 - LA LEGGE A SOSTEGNO DEL LAVORO PRIVATO: LE AGEVOLAZIONI A FAVORE DELLA RETRIBUZIONE VARIABILE**

Come anticipato nel precedente paragrafo, il Protocollo siglato nel 1993 rappresenta il momento genetico dal quale il Legislatore ha iniziato ad utilizzare la leva degli sgravi contributivi (e, in seguito, fiscali) al fine di favorire l'incremento della produttività del sistema economico del nostro Paese.

Nella prassi, ciò significa prevedere, per le somme erogate a titolo di retribuzione di produttività (in altre parole, a titolo di premio), un trattamento fiscale

---

<sup>42</sup> Sul tema, VITALETTI M., *Retribuzione di produttività e contrattazione collettiva decentrata*, op. cit., 113.

e contributivo di maggior favore, incoraggiando pertanto la loro diffusione come strumenti di incentivazione.

Tale ragionamento si innesta sulla scorta di una semplice constatazione: la stretta connessione che intercorre tra incremento della produttività del lavoro con quella dell'impresa si riverbera, consequenzialmente, sulla produttività dell'intero sistema economico del Paese, inducendo il Legislatore all'impiego di risorse pubbliche (minori versamenti contributivi e minori entrate dalle imposte sui redditi) a sostegno di tale interesse per la produttività, qualificato come interesse generalizzato del sistema Italia.

L'uso della leva fiscale come incentivo alla produttività si è rivelato strategico in quanto ha consentito alla legge, in maniera indiretta e pertanto senza violare l'autonomia collettiva, di influenzare la struttura e il contenuto degli accordi sottoscritti in sede di contrattazione collettiva.

Il Protocollo del 1993, all'art. 2, punto 3, già disponeva che *“in ragione della funzione specifica ed innovativa degli istituti della contrattazione aziendale e dei vantaggi che da essi possono derivare all'intero sistema produttivo attraverso il miglioramento dell'efficienza aziendale e dei risultati di gestione, ne saranno definiti le caratteristiche ed il regime contributivo-previdenziale mediante un apposito provvedimento legislativo promosso dal Governo, tenuto conto dei vincoli di finanza pubblica e della salvaguardia della prestazione previdenziale dei lavoratori”*<sup>43</sup>.

L'impegno assunto dal Governo è stato ottemperato con l'emanazione della Legge n. 135/1997, la quale escludeva dal calcolo della retribuzione imponibile ai fini previdenziali *“le erogazioni previste dai contratti collettivi aziendali, ovvero di secondo livello, delle quali sono incerte la corresponsione e l'ammontare, e la cui struttura sia correlata dal contratto collettivo medesimo alla misurazione di incrementi di produttività, qualità ed altri elementi di competitività assunti come indicatori dell'andamento economico dell'impresa e dei suoi risultati”*<sup>44</sup>.

Tale operazione è stata definita come una sorta di “delega in bianco” alla contrattazione collettiva in quanto, come agevolmente si evince dalla legge, la volontà

---

<sup>43</sup> Accordo 23 luglio 1993, *Protocollo sulla politica dei redditi e dell'occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo*, art. 2.

<sup>44</sup> Legge n. 135/1997, art. 2, co. 1.

del Parlamento dell'epoca era quella di assolutamente non interferire nel processo di individuazione dei criteri e dei parametri a cui ricollegare il funzionamento dei piani di incentivazione retributiva.

Questa impostazione è rimasta invariata per un decennio, fino alle novità introdotte dalla Legge n. 247/2007, emanata in attuazione del Protocollo del 23 luglio 2007 in materia di “Previdenza, lavoro e competitività, per l'equità e la crescita sostenibili”.

La citata legge, sostituendo la disciplina precedente, afferma la volontà di riconoscere, seppur “*in via sperimentale*”, forme di decontribuzione dei premi, recependo pertanto la reale nozione di retribuzione incentivante secondo i principi ispiratori della disciplina introdotta dalla Legge n. 135/1997.<sup>45</sup>

Per il resto non vengono effettuati riferimenti a criteri o indici di produttività, prevedendo modifiche solo marginali e riguardanti l'accesso alla decontribuzione, in particolare: l'accesso al beneficio e la sua applicazione non sono più automatici come previsto dalla precedente disciplina, ma sono ora subordinati alla presentazione della specifica domanda da parte dell'impresa nei confronti dell'INPS.

Il riconoscimento del beneficio, inoltre, è effettuato solo nei limiti della copertura finanziaria prevista ed introdotta a tal fine dalla stessa Legge n. 247/2007, la quale ha istituito un apposito “Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello”, con dotazione iniziale pari ad euro seicentocinquanta (650) milioni di euro per ciascuno degli anni a cavallo tra il 2008 e il 2010.

Ciò conferma il carattere non strutturale (ed infatti espressamente definito come “sperimentale”) di tali misure di decontribuzione; misure che, con la Legge n. 220 del 2010, sono state estese anche al 2011.

È con la Legge n. 92/2012 che il Legislatore cerca di superare la natura prettamente sperimentale di tali misure di decontribuzione; con essa, infatti, viene eliminato ogni riferimento alla sperimentalità delle stesse e, in particolare, l'art. 4 della

---

<sup>45</sup> Secondo l'art. 1, co. 67, della Legge n. 247 del/2007, la retribuzione incentivante consiste, infatti, in “*erogazioni previste dai contratti collettivi aziendali e territoriali, ovvero di secondo livello, delle quali sono incerti la corresponsione o l'ammontare e la cui struttura sia correlata dal contratto collettivo medesimo alla misurazione di incrementi di produttività, qualità e altri elementi di competitività assunti come indicatori dell'andamento economico dell'impresa e dei suoi risultati*”.

Legge n. 92/2012 va a sostituire l'art. 1 co. 67, della Legge n. 247/2007 (“in via sperimentale, con riferimento al triennio 2008-2010), introducendo la previsione secondo la quale *“a decorrere dall’anno 2012 lo sgravio dei contributi dovuti dal lavoratore e dal datore di lavoro è concesso secondo i criteri di cui al comma 67 e con le modalità di cui al primo periodo del presente comma, a valere sulle risorse, pari a 650 milioni di euro annui, già presenti nello stato di previsione del Ministero del lavoro e delle politiche sociali, relative al Fondo per il finanziamento di sgravi contributivi per incentivare la contrattazione di secondo livello”*<sup>46</sup>. Si evince, pertanto, che, nonostante la volontà di rendere strutturali tali misure, permane il limite relativo alla copertura finanziaria annuale.

Alle misure volte a riconoscere l’esonero contributivo per le somme erogate a titolo di premio si affiancano, a partire dal 2008, nuove previsioni tese a riconoscere un ulteriore trattamento di favore anche sul piano fiscale.

La prima delle disposizioni emanate in tal senso è già rinvenibile in una legge precedentemente citata: all’art. 1, co. 7, della Legge n. 247 del 2007, infatti, si prevede che *“con decreto del Ministro dell’economia e delle finanze e del Ministro del lavoro e della previdenza sociale, sentite le organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello nazionale, sono emanate disposizioni finalizzate a realizzare, per l’anno 2008, la deducibilità ai fini fiscali ovvero l’introduzione di opportune misure di detassazione per ridurre l’imposizione fiscale sulle somme oggetto degli sgravi contributivi sulla retribuzione di secondo livello di cui al comma 67, entro il limite complessivo di 150 milioni di euro per il medesimo anno”*<sup>47</sup>.

Si è così assistito al superamento della disposizione appena riportata quasi immediatamente, in particolare nell’anno successivo con l’emanazione del d.l. n. 93 del 2008, convertito con modifiche dalla Legge n.126/2008.

Questo ha riconosciuto, richiamando la formula “in via sperimentale” tipica del triennio 2008-2010 con riferimento alla parallela area di intervento degli sgravi contributivi, per il solo periodo intercorrente tra il 1 luglio e il 31 dicembre 2008, il beneficio di un’imposta del 10% sostitutiva sia dell’imposta sul reddito delle persone fisiche sia delle addizionali regionali e comunali, *“entro il limite di importo*

---

<sup>46</sup> Legge n. 247/2007 art. 1, co. 67, come modificato dall’art. 4 della Legge n. 92/2012.

<sup>47</sup> Legge n. 247/2007 art.1 co. 7.

*complessivo di euro tremila (3000) lordi, rispetto alle somme erogate a livello aziendale”.*<sup>48</sup>

Nonostante il riconoscimento formale di un trattamento fiscale effettivamente di favore, dall’analisi del D.l. n. 93 del 2008 emerge che esso non sembra realmente diretto a sostenere e implementare la funzione incentivante della retribuzione; nel decreto legge in oggetto, infatti, la stipula di un contratto collettivo di secondo livello non è condizione necessaria ai fini dell’accesso al beneficio, bensì è sufficiente che l’erogazione di tali maggior somme avvenga “a livello aziendale”, formulazione che sottende anche le somme erogate unilateralmente.

In secondo luogo, il beneficio fiscale viene riconosciuto anche per somme non erogate a titolo di premio, come quelle collegate alla prestazione di lavoro straordinario o supplementare.

La combinazione di tali due fattori conduce a immaginare la reale intenzione del Legislatore come tesa verso l’immediato interesse di abbattimento del costo del lavoro, piuttosto che nella direzione di incentivare il ricorso alla contrattazione collettiva in tema di retribuzione di produttività.

La misura introdotta dal d.l. n. 93 del 2008 è stata prorogata, con progressivi aumenti delle soglie di retribuzione soggette all’applicazione dell’imposta sostitutiva, fino alla fine del 2010.

È con il d.l. n. 78/2010, convertito con modifiche dalla Legge n. 220/2010, che compare, anche per l’accesso agli sgravi fiscali, il riferimento al “contratto di produttività”.

Con tale richiamo alla contrattazione collettiva, la stipula di un contratto collettivo di secondo livello diventa uno dei requisiti essenziali per l’accesso al beneficio dell’imposta sostitutiva, pertanto viene equiparato tale requisito a quello che già era richiesto per poter usufruire dei vantaggi legati agli sgravi contributivi.

Questa prima fase tesa a sostenere, attraverso previsioni legali, la funzione incentivante della retribuzione e, in un senso più ampio, l’incremento della produttività dell’intero sistema, è caratterizzata dall’assenza di indici di produttività, qualità ed

---

<sup>48</sup> “La misura si applica ai soli lavoratori del settore privato e titolari di un reddito da lavoro dipendente non superiore a 30000 euro”, come disposto dalla Legge n. 126/2008, art.2 co. 5.

efficienza rispetto ai quali la contrattazione collettiva possa modellare i sistemi premianti.

L'assenza di ogni tipo di elaborazione normativa al riguardo ha condotto a qualificare tale fase come caratterizzata da un'autonomia collettiva "assoluta".

Nel 2012 comincia poi a registrarsi, sotto questo particolare punto di vista, una notevole inversione di tendenza il cui momento iniziale è individuabile nel sopra citato Accordo del 21 novembre 2012.

In esso, infatti, le parti dichiarano di impegnarsi nel concentrare l'attività negoziale in alcune aree tematiche avvertite di maggior rilevanza ed impellenza, dicendosi nel contempo "*consapevoli degli effetti che la contrattazione collettiva, in particolare al secondo livello, può esercitare sulla crescita della produttività*"<sup>49</sup> e per questo chiedendo al governo "*di rendere stabili e certe le misure previste dalle disposizioni di legge per applicare (...) la detassazione (...) e la decontribuzione del salario di produttività*".<sup>50</sup>

Nonostante tale premesse il 2012 è stato l'anno nel quale il Parlamento si è trovato a dover fronteggiare gli effetti della più recente crisi economica; ciò ha comportato l'approvazione della Legge n. 228/2012 (Legge di stabilità per il 2013), la quale ha sancito la progressiva erosione delle risorse del Fondo per gli sgravi legati alla retribuzione di produttività in favore di un incremento delle misure ritenute più urgenti, come ad esempio quelle riguardanti gli ammortizzatori sociali in deroga.

Inoltre, anche se la distrazione di tali risorse riguarda tanto l'area degli sgravi fiscali quanto quella degli sgravi contributivi, fino al 2017 è stata quest'ultima a subire un accantonamento quasi definitivo, dimostrando la volontà del Legislatore di preferire il sostegno a garanzia del beneficio dell'imposta sostitutiva del 10% sui premi di produttività.

Pur prevedendo tale drastica riduzione, la Legge. n. 228/2012 ha introdotto una nuova agevolazione sperimentale per il solo 2013, le cui modalità attuative e di funzionamento sono demandate al successivo D.P.C.M. del 22 gennaio 2013, il quale, come esposto nel precedente paragrafo, si è rivelato portatore di diverse innovazioni.

---

<sup>49</sup> Accordo del 21 novembre 2012, art. 1.

<sup>50</sup> Accordo del 21 novembre 2012, Premessa.

La Legge n. 228 del 2012, per questa nuova agevolazione, si è limitata in tale sede ad assicurare la relativa copertura finanziaria, prevedendo che essa “*trova applicazione nel limite massimo di onere 950 milioni di euro per l’anno 2013 e di 400 milioni di euro per l’anno 2014*”<sup>51</sup>.

Riguardo le novità strutturali introdotte dal D.P.C.M. del 2013 occorre ricordare che la nozione di “retribuzione di produttività” ora ingloba, oltre alle tradizionali “voci retributive erogate, in esecuzione di contratti, con espresso riferimento ad indicatori quantitativi di produttività, redditività, qualità, efficienza, innovazione”, anche le voci retributive erogate in esecuzione di contratti che prevedono “l’attivazione di almeno una misura in almeno tre delle aree di intervento” indicate dallo stesso D.P.C.M.<sup>52</sup>

Attraverso l’inclusione di queste aree di intervento nella nozione di “retribuzione di produttività” il Legislatore ha voluto concentrare l’attenzione dell’autonomia collettiva verso alcuni istituti ritenuti di rilievo primario per la produttività aziendale; si può affermare pertanto che, al contrario della precedente fase, l’autonomia collettiva non si presenta come “assoluta”, bensì fortemente “indirizzata”.

Un punto di svolta della nuova fase che si sta analizzando è senza dubbio costituito dall’emanazione della Legge n. 208 del 2015 (legge di stabilità per il 2016).

Tale provvedimento normativo, dopo l’anno 2015 dove era stato sospeso il beneficio dell’imposta sostitutiva in favore di altre previsioni, ha riattivato la misura dell’imposta sostitutiva del 10% in favore dei lavoratori con reddito annuo non superiore a cinquantamila (50.000) euro su somme erogate a titolo di premio di produttività di importo non superiore ai duemila (2.000) euro lordi.

Questa impostazione è stata mantenuta dai successivi interventi legislativi che si sono limitati al massimo a prevedere soglie diverse, non modificando requisiti e condizioni per beneficiare dei relativi incentivi: anche per il 2020 la legislazione di

---

<sup>51</sup> L. 228/2012 art.1, co. 481.

<sup>52</sup> Appare opportuno ricordare le aree di intervento individuate dal D.P.C.M., che sono: “la ridefinizione dei sistemi di orari e della loro distribuzione con modelli flessibili” (art. 2 lett. a), “l’introduzione di una distribuzione flessibile delle ferie mediante una programmazione aziendale” (art. 2 lett. b), “l’adozione di misure volte a rendere compatibile l’impiego di nuove tecnologie con la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori” (art. 2 lett. c), “l’attivazione di interventi in materia di fungibilità delle mansioni e di integrazione delle competenze, anche funzionali a processi di innovazione tecnologica” (art. 2 lett. d).

sostegno alla produttività, pertanto, prevede l'applicazione di un'imposta sostitutiva del 10% sulle somme riconosciute al lavoratore fino a tremila (3.000) euro.

Inoltre, come precedentemente anticipato, il d.l. n. 50 del 2017 è tornato a prevedere uno sgravio contributivo limitatamente a quei contratti decentrati che prevedano il coinvolgimento paritetico dei lavoratori, entro il limite di ottocento euro stabilito per l'anno 2020.

Tornando all'imposta sostitutiva, secondo il modello predisposto dalla Legge di stabilità per il 2016, si può beneficiare della stessa solo rispettando contemporaneamente i seguenti requisiti: le somme devono essere erogate a titolo di *“premi di risultato, la cui corresponsione sia legata ad incrementi di produttività, redditività, qualità, efficienza ed innovazione”*<sup>53</sup>, questi incrementi devono essere *“misurabili e verificabili”* sulla base di criteri definiti da un apposito decreto interministeriale (Lavoro e Finanze)<sup>54</sup>, infine le somme devono essere erogate in esecuzione di contratti aziendali o territoriali di cui all'art. 51 del d.lgs. 81 del 2015, rinvio esplicito alla sola contrattazione *“qualificata”* (ovvero in possesso di tutti i necessari requisiti di rappresentatività).

Anche in questo caso la Legge di stabilità affida al successivo decreto attuativo interministeriale (Lavoro – Economia)<sup>55</sup> la definizione dei parametri per verificare il raggiungimento dell'incremento di produttività; esso, emanato il 25 marzo 2016, introduce una dettagliata serie di criteri alla stregua dei quali valutare gli obiettivi conseguiti: alcuni molto analitici (indice di soddisfazione dei clienti, diminuzione numero ri-lavorazioni, riduzione scarti di produzione, percentuale di rispetto dei tempi di consegna, riduzione consumi di lavorazione, fatturato) altri più, in senso lato, *“organizzativi”* (modifiche ai regimi di orario di lavoro, introduzione di forme di lavoro agile).

Lo stesso Decreto del 25 marzo 2016 ha previsto specifici obblighi per verificare il rispetto e l'effettività di questa seconda categoria di criteri: in primo luogo,

---

<sup>53</sup> Legge n. 208/2015, art. 1 co. 181.

<sup>54</sup> Legge n. 208/2015, art. 1 co. 182.

<sup>55</sup> Decreto n. 95075 del 25 marzo 2016 recante la *“Definizione dei criteri per l'accesso ad un ulteriore periodo di integrazione salariale straordinaria da concedersi qualora, all'esito di un programma di crisi aziendale, l'impresa cessi l'attività produttiva e proponga concrete prospettive di rapida cessione dell'azienda stessa e il conseguente riassorbimento del personale”*.

è stato disposto che i contratti collettivi devono stabilire l'arco temporale entro il quale deve avvenire la misurazione dei risultati raggiunti, da svolgersi tramite *“il riscontro di indicatori numerici o di altro genere appositamente individuati”*<sup>56</sup>; in secondo luogo, viene sancito l'obbligo del deposito telematico dei contratti collettivi monitorati dal Ministero del Lavoro, al quale spetta l'onere di accertare l'osservanza non solo formale dei requisiti richiesti per l'accesso al beneficio.<sup>57</sup>

In definitiva, è ragionevole affermare che l'approccio mostrato con l'emanazione del Decreto Interministeriale, decisamente più analitico in relazione alla definizione degli indici di produttività, risponde a precise istanze invocate da più parti proprio riguardo alla necessità di *“effettuare un salto di qualità nella configurazione tecnica degli indicatori di produttività”*<sup>58</sup>.

Ciò, peraltro, non significa che tale marcata analiticità si riflette in un mero calcolo dell'incremento solo quantitativo della redditività, ma che la stessa influisce in termini spiccatamente positivi sull'intero processo produttivo, anche riguardo l'organizzazione aziendale complessivamente considerata.

---

<sup>56</sup> Decreto Interministeriale 25 marzo 2016, art. 2.

<sup>57</sup> Ivi.

<sup>58</sup> LASSANDARI A., *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, 328.

## CAPITOLO II:

### ***FUNZIONI, OBIETTIVI E NATURA GIURIDICA DELLA RETRIBUZIONE FLESSIBILE***

#### **1- LA FISSAZIONE DEGLI OBIETTIVI PER LA RETRIBUZIONE VARIABILE**

Come previsto dagli Accordi che si sono succeduti riguardo la regolamentazione della parte variabile della retribuzione, escludendo la retribuzione “in funzione del programma” (ipotesi di scuola teorizzata dal D.P.C.M. del 2013, ma senza particolare rilievo pratico), è necessario che gli obiettivi su cui la parte variabile viene modulata siano preventivamente fissati<sup>59</sup>.

La preventiva fissazione degli obiettivi da raggiungere consente di rendere incerta la retribuzione variabile tanto riguardo la sua erogazione (*an*) quanto riguardo il suo eventuale ammontare (*quantum*), così come previsto, per l'appunto, dall'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009 e come confermato dal successivo Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011.

Si ricordi, inoltre, che l'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009 stabilisce che gli obiettivi da raggiungere per l'erogazione della quota aggiuntiva del trattamento economico debbano essere concordati tra le parti, con lo scopo specifico di ridurre la discrezionalità del datore di lavoro<sup>60</sup> e consentire ai lavoratori e ai loro rappresentanti di inserirsi nel processo di determinazione di tali obiettivi procedimentalizzando la loro definizione.

Già parlando del cottimo, in realtà, era stato possibile ravvisare tale intento da parte dei sindacati, i quali, infatti, avevano già ottenuto la possibilità di concordare con il datore di lavoro le tariffe e gli obiettivi sui quali esse venivano graduate.

---

<sup>59</sup> TREU T., *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, in *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, (a cura) di Caruso B., Zoli C. e Zoppoli C., Napoli, 1994, 21.

<sup>60</sup> ROMEI R., *Informazione, consultazione e controllo dei poteri del datore di lavoro nei sistemi di qualità totale*, in *Qualità totale e diritto del lavoro*, (a cura) di Spagnuolo Vigorita L., Milano, 1997, 134.

Ciò, avvenuto ben prima dell'istituzionalizzazione di tale principio in un Accordo Interconfederale, era stato ottenuto con l'intento di tutelare il lavoratore dall'uso abusivo del cottimo, che si stava traducendo in una forma di sfruttamento del lavoro operaio.

In realtà, tale intento virtuoso aveva ben presto finito per segnare la condanna di tale sistema retributivo, progressivamente atrofizzato e reso sterile per quanto riguarda la sua spinta incentivante in precedenza molto significativa<sup>61</sup>.

Si ricordi, infatti, che la tendenza del sindacato, al fine di ridurre lo stress da esame e contrastare la prassi di aumenti retributivi minimi a fronte di notevoli incrementi dei ritmi e dei carichi di lavoro, era quella di attrarre nell'alveo della retribuzione fissa (o base) il guadagno di cottimo, corrispondendolo, inoltre, anche a fronte di un rendimento normale.

Al di là delle scelte politiche e strategiche dei rappresentanti dei lavoratori operai che si sono succeduti, è opportuno ricordare che l'origine della procedimentalizzazione dei poteri datoriali va individuata nel tentativo fatto dai lavoratori stessi, non ancora organizzati in vere organizzazioni sindacali riconosciute, di porre dei vincoli alla discrezionalità del datore di lavoro, che in precedenza veniva definita, per l'appunto, come "assoluta".

Ora invece i poteri del datore in ordine alla regolamentazione della parte variabile della retribuzione sono formalizzati secondo quanto previsto dai relativi accordi collettivi; essi possono prevedere la fissazione concordata degli obiettivi, la loro modifica in senso bilaterale (datore di lavoro – rappresentanti dei lavoratori) o più generici obblighi di informazione nei confronti dei lavoratori o dei loro rappresentanti al fine di renderli consapevoli o, in alcuni casi, partecipi della vita dell'attività presso la quale adempiono la propria prestazione lavorativa.

Dal momento del coinvolgimento del sindacato, però, sorgono altre criticità per lo più scaturite dalla profonda divergenza di interessi tra lavoratori e datori di lavoro: mentre i primi prediligono obiettivi semplici e di facile comprensione, il datore di lavoro necessiterebbe di molteplici indicatori tecnici in grado di incidere su quanti più fattori della produzione possibile, in modo da accrescerla contenendo i relativi costi.

---

<sup>61</sup> ICHINO P., *Il contratto di lavoro, op. cit.*, 191.

Risulta pertanto agevole comprendere come la fisiologica impreparazione tecnica o il semplice mancato *know-how* delle rappresentanze aziendali o unitarie di alcune aziende costituiscano un notevole limite all'incisività dell'apporto delle rappresentanze stesse, con specifico riguardo al dialogo proficuo e costruttivo che dovrebbe instaurarsi con i proprietari aziendali e datori di lavoro.

La spinta necessaria per superare questo tipo di problematiche, nella prassi, è stata data *in primis* da alcune imprese le quali, al fine di dotare le r.s.a. delle competenze sufficienti a contrattare efficacemente con l'impresa stessa, hanno previsto il finanziamento di corsi di formazione rivolti a tali rappresentanze<sup>62</sup>.

Poiché affidare la costruzione di tale virtuoso dialogo non poteva essere rimessa solo ed esclusivamente alla scelta discrezionale del datore di lavoro, l'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009 predispone una serie di linee guida da stabilire a livello di contrattazione nazionale e da applicare, eventualmente anche nella loro interezza, in sede di contrattazione aziendale.

Tali linee guida, però, hanno il difetto fisiologico di non essere calibrate sul singolo e specifico contesto aziendale, ma hanno la più generica funzione di supportare le parti nel momento della definizione degli obiettivi e nella scelta degli indicatori da adottare per la corresponsione della quota variabile del trattamento retributivo.

Pertanto, osservando i contratti aziendali che si sono succeduti nelle varie aree di riferimento, è possibile ravvisare un'estrema eterogeneità: si segnalano accordi aziendali nei quali gli obiettivi sono fissati in maniera unilaterale dal datore di lavoro, contratti aziendali dove la determinazione degli obiettivi è avvenuta in maniera congiunta (la maggioranza dei contratti analizzati) e, in ultimo, sono presenti accordi aziendali che rispettano le indicazioni dell'Accordo Interconfederale del 15 aprile del 2009 nella loro totalità; in altre parole, prevedono non solo la fissazione congiunta

---

<sup>62</sup> Si può citare, a titolo esemplificativo, il contratto aziendale siglato dal gruppo Ikea del 1° luglio 2011. In aggiunta alla previsione di corsi di formazione per le rappresentanze dei lavoratori, questo contratto, ricalcando la procedura prevista dall'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009, prevede una prima fase di "scambio di informazioni" che impone al datore di lavoro di fornire alle r.s.a. e alle r.s.u. tutte le notizie riguardanti l'azienda in ordine agli investimenti fatti o pianificati, agli obiettivi di produttività e redditività raggiunti e quelli prefissati ancora da raggiungere, oltre che in ordine alle eventuali riorganizzazioni o modifiche dell'assetto strutturale dell'azienda. Solo al termine di questa fase informativa si apre quella dedicata alla consultazione e quindi alla stipula del contratto aziendale. Il contratto del gruppo Ikea del 2011, inoltre, si occupa anche di prevedere nuovi incontri tra le parti in caso di modifiche non preventivabili delle condizioni produttive o organizzative dell'impresa.

degli obiettivi, ma anche incontri periodici che consentano il monitoraggio dell'efficienza del sistema retributivo premiante, così da rendere i lavoratori capaci di incidere sullo stesso e quindi, indirettamente, accrescendo il loro grado di motivazione e produttività.

## **2- I CONCETTI DI PRODUTTIVITÀ DEL LAVORO E PRODUTTIVITÀ AZIENDALE**

Come detto, per rendere incerti l'erogazione e l'eventuale ammontare della quota di retribuzione definita in forma variabile, devono preventivamente essere fissati una serie di obiettivi al raggiungimento dei quali sorge il diritto, contrattualmente sancito, a vedersi corrisposta tale parte di trattamento economico.

Questi obiettivi sono di norma parametrati su indicatori che si distinguono in due macro-categorie: indicatori di produttività ed indicatori di redditività.

L'indicatore più semplice sul quale graduare gli obiettivi da raggiungere ai fini della determinazione della retribuzione variabile è quello della produttività del lavoro, definita come la quantità di *output* (ovvero di quanto prodotto) generata da ogni unità di *input* (considerando quale *input* solo la forza lavoro impiegata, non il capitale o altri fattori) in un'unità di tempo, normalmente quantificata in un'ora lavorativa.

La semplicità di questo indicatore - che consente di misurare la produttività del singolo lavoratore, del gruppo di lavoratori e della forza lavoro complessivamente utilizzata – lo rende effettivamente in grado di incentivare il lavoratore poiché, essendo un parametro che riguarda esclusivamente il fattore lavoro, egli potrà consapevolmente influenzarne la portata e verificare in maniera diretta i risultati conseguiti<sup>63</sup>.

La semplicità dell'utilizzo della produttività del lavoro come indicatore, però, si rivela essere anche la sua più grande debolezza dal momento in cui studi economici ormai risalenti hanno sconfessato l'assunto sul quale esso si basa, ovvero che la produttività cresca esclusivamente attraverso il fattore lavoro.

---

<sup>63</sup> TREU T., *Le forme retributive incentivanti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 1, 644.

Risulta ormai pacifico, infatti, che l'*input* non possa essere costituito esclusivamente dalla forza lavoro, ma debba necessariamente comprendere la presenza di altri fattori quali ad esempio il capitale immesso ed utilizzato, l'organizzazione e la struttura aziendale<sup>64</sup>.

Per questo motivo è ravvisabile, dopo un periodo che va dagli anni '80 fino all'emanazione del Protocollo del '93, l'abbandono dell'uso esclusivo della produttività del lavoro come indicatore e la commistione di diversi indicatori al fine di remunerare in maniera variabile la prestazione lavorativa<sup>65</sup>.

L'indicatore che fa dipendere la retribuzione variabile dalla produttività aziendale, invece, tiene conto di tutti gli *input* immessi nel ciclo produttivo, oltre a quello riconducibile alla forza lavoro impiegata; in tale circostanza il fattore lavoro costituisce solo uno degli elementi che concorrono al raggiungimento dell'obiettivo di produttività, pertanto viene a mancare la caratteristica della semplicità riscontrabile nella sopracitata produttività del lavoro.

L'eterogeneità dei fattori (lavoro, beni, capitale, organizzazione aziendale) a cui fare da riferimento nella definizione della produttività aziendale comporta l'utilizzo di indicatori e tecniche di misurazione complessi, conducendo come conseguenza ulteriore ad un affievolimento della sinergia diretta tra produttività del lavoro ed aumenti retributivi variabili.

Gli obiettivi da cui il premio dipende, infatti, potranno non essere raggiunti anche in caso di un effettivo innalzamento della quantità e della qualità del lavoro prestato; in altre parole, quando la retribuzione variabile è legata alla produttività aziendale, imponendo questa di considerare tutti gli *input* immessi, è più difficile per il lavoratore incidere con la propria prestazione nel raggiungimento dell'obiettivo.

Produttività del lavoro e produttività aziendale, come detto, sono indicatori usati per determinare gli obiettivi da raggiungere e, quindi, per graduare l'erogazione della parte variabile della retribuzione.

---

<sup>64</sup> PESSIR., *Dinamiche salariali e produttività*, in *Retribuzione e redditività: Italia, Europa e Giappone a confronto*, (a cura) di Biagi M., Rimini, 1990, 13; BENEDETTI M., COCOZZA A., *Politiche salariali, produttività e redditività. Una riflessione metodologica*, in *Salari e produttività*, (a cura) di Cocozza A., Roma, 1989, 101.

<sup>65</sup> ISTAT, *Misure di produttività. Anni 1980-2006*, in [www.istat.it](http://www.istat.it).

Guardando alla portata incentivante di tali indicatori, si può agevolmente affermare che essa è decisamente più effettiva quando viene adottato il criterio della produttività del lavoro: esso infatti, prevedendo il solo fattore della forza lavoro tra gli *input*, motiva direttamente il lavoratore ad accrescere la propria produttività attraverso i propri comportamenti; è possibile osservare, inoltre, che tale indicatore è tanto più incisivo quanto più è ristretto il gruppo di lavoratori al quale è riferito.

La produttività del lavoro, quando si riferisce al singolo lavoratore dipendente o ad un gruppo ristretto di lavoratori, esplica in misura massima la sua finalità incentivante; se, invece, viene allargato il gruppo entro il quale misurare tale indicatore, l'apporto del lavoratore singolo sarà sempre più marginale e sempre meno direttamente incisivo e verificabile<sup>66</sup>.

Tanto più cresce il numero dei lavoratori entro i quali misurare la produttività del lavoro, quanto più tale indicatore perde la sua finalità incentivante diretta, diventando assimilabile alla produttività aziendale.

La produttività aziendale, infatti, contemplando una pluralità di fattori che in larga parte non dipendono dai comportamenti dei lavoratori, riduce la portata incentivante di tale indicatore.

I problemi di natura pratica che scaturiscono da queste considerazioni riguardano il rischio di *free riding* da parte dei singoli dipendenti e la difficoltà, in sede di contrattazione, nell'elaborare a priori una serie di indicatori ed obiettivi efficaci, comprensibili agli occhi dei lavoratori e dei loro rappresentanti e di facile misurazione e valutazione.

Il *free riding*, si ricordi, consiste nel comportamento del lavoratore che, confidando nel maggior apporto dei colleghi del gruppo presso il quale è inserito, non aumenta l'impegno della propria prestazione in seguito alla presenza di un incentivo; questo comportamento, *ex art. 2104 c.c.*<sup>67</sup>, risulta punibile dal datore solo nei casi in cui la diligenza del dipendente sia scesa al di sotto del livello richiesto dalla natura

---

<sup>66</sup> ROMEI R., *Premio di produttività*, in *Lessico giuslavoristico*, 1, (a cura di) Pedrazzoli M., Bologna, 2010, 100.

<sup>67</sup> Art. 2104 c.c.: “Il prestatore di lavoro deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale [1176]. Deve inoltre osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende [2086, 2090, 2094, 2106, 2236]”.

della prestazione, o alternativamente se il livello del suo rendimento sia sceso al di sotto di quello normale<sup>68</sup>.

Poiché, come detto, non sempre il *free riding* risulta perseguibile con gli strumenti tipici del datore di lavoro (sanzioni disciplinari, licenziamento), si tenta di attenuare tale rischio attraverso la contrattazione aziendale stessa o attraverso l'organizzazione aziendale: prevedendo gruppi ristretti di lavoratori, ad esempio, il singolo dipendente non solo avrà un apporto maggiore nel conseguire gli obiettivi prefissati, ma sarà controllore e controllato a sua volta dagli appartenenti allo stesso gruppo<sup>69</sup>.

Quando l'organizzazione aziendale prevede in maniera specifica il funzionamento della forza lavoro organizzata in gruppi, inoltre, anche la composizione e la numerosità di tali gruppi possono diventare oggetto di contrattazione aziendale; questa constatazione rafforza ulteriormente l'assunto secondo il quale l'organizzazione del lavoro è una componente centrale nella fissazione degli obiettivi strategici al raggiungimento dei quali corrispondere il premio, affatto secondaria rispetto al processo di determinazione degli stessi.

Nella prassi della contrattazione aziendale è ravvisabile un uso misto di indicatori di produttività del lavoro e produttività aziendale; anche quando gli indicatori del primo gruppo sono prevalenti, però, la portata incentivante degli stessi è spesso attenuata dalla circostanza per la quale viene fissato un obiettivo unico per tutti i lavoratori.

Questo deriva principalmente, come si diceva, dalla difficoltà di strutturare degli indicatori diversificati e degli obiettivi calibrati sul singolo lavoratore o su un gruppo ristretto di lavoratori.

La finalità incentivante del premio, in questi casi, viene svuotata del suo significato, mentre acquista al contempo una finalità redistributiva, in maniera analoga a quanto accaduto al cottimo e ai premi di produzione dopo l'intervento dei sindacati.

---

<sup>68</sup> PEDRAZZOLI M., *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, (a cura) di Pedrazzoli M., Padova, 2011, 81.

<sup>69</sup> ZOPPOLI L., *La corresponsività nel contratto di lavoro*, *op. cit.*, 366.

Perdendo la sua caratteristica finalità incentivante, la quota di retribuzione contrattata in forma variabile a livello aziendale non fornisce più la spinta motrice necessaria per l'innalzamento della produttività e competitività aziendale; tale spinta dovrà essere recuperata a livello di contrattazione individuale, anche per consentire al lavoratore di accrescere il proprio guadagno tramite la sua operosità e per differenziare i trattamenti economici in base al reale apporto dei dipendenti.

Lo slittamento salariale verso la contrattazione individuale, però, segna al contempo una sconfitta per due motivi: se da un lato non favorisce il *team working* e continua a costituire un incentivo in forma individuale, dall'altro sconfessa le intenzioni che le parti sociali avevano dimostrato con gli Accordi Interconfederali successivi a quello del 15 aprile 2009: la contrattazione collettiva, per gli interessi divergenti tra datori di lavoro e lavoratori e loro rappresentanti, si dimostra ancora una volta come una sede non adatta all'innalzamento di un circolo virtuoso idoneo ad accrescere la produttività e la competitività del Paese<sup>70</sup>, con un conseguente aumento dei salari reali.

### **3- DAGLI INDICATORI DI REDDITIVITÀ ALLA PARTECIPAZIONE AGLI UTILI EX ART. 2102 C.C.**

La retribuzione variabile, oltre ad indici di produttività - sia essa riferita al solo fattore lavoro o alla produttività aziendale complessivamente considerata - può essere legata ad indicatori che sono espressione della redditività dell'impresa.

Definendo la redditività, in generale, come la capacità di un'azienda di generare ricchezza tramite la sua gestione in un determinato periodo di tempo, è possibile immediatamente cogliere la peculiarità che caratterizza l'utilizzo di indicatori di questo tipo.

L'uso di tali indicatori, infatti, attenua notevolmente (e in alcuni casi recide del tutto) il nesso che lega la prestazione svolta dal lavoratore e l'eventuale miglior

---

<sup>70</sup> MARESCA A., *Le forme storiche di trattamento retributivo: a tempo, a cottimo e con partecipazione agli utili*, intervento del 22 aprile 2010 presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma; GRAGNOLI E., *La retribuzione ed i criteri per la sua determinazione*, in *La retribuzione*, (a cura) di Palladini S., Torino, 2012, 17.

risultato (e guadagno) conseguito, rendendo quest'ultimo dipendente dall'andamento dell'impresa sul mercato.

La funzione primaria di tali indicatori, dal punto di vista dell'azienda e di chi la dirige, è quella di isolare dati sintetici in grado di favorire un agevole confronto tra i bilanci di annualità differenti.

La scelta che riguarda gli indici di redditività da analizzare per una gestione più corretta dell'attività, essendo questi molteplici ed eterogenei tra di loro, rientra nella piena discrezionalità di chi ha la direzione e il controllo dell'impresa stessa.

Per comprendere meglio la marginalità della rilevanza del fattore lavoro in tale prospettiva, è opportuno analizzare quali indicatori di redditività sono utilizzati, nella prassi, per definire gli obiettivi al raggiungimento dei quali si dovrebbe corrispondere la parte variabile del trattamento economico.

L'utile netto, ad esempio, è il profitto complessivo realizzato da una società così come risultato dal bilancio regolarmente approvato; nonostante vi siano aziende che lo utilizzano, tale indice risulta poco affidabile quando viene adottato come parametro per graduare gli obiettivi ai quali far corrispondere la retribuzione variabile, poiché fortemente influenzabile dalle scelte di politica di bilancio della società.

Anche il valore aggiunto e il margine operativo lordo, pur considerando il costo del lavoro, sono indici che relegano ad un ruolo secondario il fattore lavoro<sup>71</sup>, in particolar modo rispetto al complesso degli altri fattori totalmente indipendenti dai comportamenti del lavoratore.

Risulta invece piuttosto affidabile il reddito operativo (o utile operativo) come indicatore: esso misura la parte di valore della produzione che residua dopo la copertura di tutti i costi, sia operativi (materie prime, servizi, retribuzioni) sia di struttura (ammortamenti e svalutazioni).

A prescindere dalla scelta degli indicatori permangono almeno due criticità, già riscontrate parlando degli indicatori di produttività, ma in questa sede ancora più avvertite: quelle riferite all'impreparazione tecnica dei lavoratori e dei loro rappresentanti nel destreggiarsi tra formule economiche non immediatamente comprensibili, quelle, in ultimo, collegate alla circostanza per la quale sarà sempre

---

<sup>71</sup> VITALETTI M., *La retribuzione variabile*, Roma, 2010, 118.

presente un margine di imprevedibilità nelle prospettive di sviluppo di qualsiasi impresa.

Con la norma dedicata alla retribuzione contenuta nell'art. 2099 c.c., si ricordi, il Legislatore, oltre a prevedere i sistemi retributivi a tempo e a cottimo, elenca altre forme attraverso le quali remunerare il prestatore di lavoro: la partecipazione agli utili o ai prodotti, le provvigioni e le prestazioni in natura.

Con la norma<sup>72</sup> specificatamente dedicata alla partecipazione agli utili, *ex art.* 2102, il codice civile prevede invece che, in assenza di diversa pattuizione intercorsa fra le parti, per determinare la quota da corrispondere a titolo di partecipazione si debba far riferimento agli utili netti dell'impresa; se si tratta di impresa soggetta alla pubblicazione del bilancio, inoltre, tali utili netti dovranno risultare dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato.

Se nel periodo corporativo vi era una netta distinzione, istituzionalizzata nella Carta del Lavoro, tra il lavoro operaio (remunerato all'epoca esclusivamente attraverso il salario a tempo o a cottimo) e il lavoro impiegatizio o intellettuale (dove erano frequenti le retribuzioni attraverso le partecipazioni agli utili e le provvigioni), oggi pare ragionevole constatare il superamento di tale rigida dicotomia.

Il contratto di lavoro subordinato, infatti, può liberamente prevedere quale corrispettivo la partecipazione agli utili; il problema che si pone, in questo caso, riguarda la distinzione da effettuare tra esso e il contratto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro.

---

<sup>72</sup> Art. 2102 c.c.: “*Se [le norme corporative o] la convenzione non dispongono diversamente, la partecipazione agli utili [2099] spettante al prestatore di lavoro [2093, 2099, 2121, 2349, 2554] è determinata in base agli utili netti dell'impresa [2349] e, per le imprese soggette alla pubblicazione del bilancio [2423, 2464, 2491, 2516], in base agli utili netti risultanti dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato [2431, 2433, 2435, 2454, 2478 bis, 2519]”.*

### 3.1 – L’ASSOCIAZIONE IN PARTECIPAZIONE. CRITERI DI DIFFERENZIAZIONE CON IL CONTRATTO DI LAVORO SUBORDINATO CON PARTECIPAZIONE AGLI UTILI

Nella prassi si sono succeduti numerosi casi riguardanti la classificazione giuridica da stabilire giudizialmente per determinati rapporti di lavoro in una posizione ambigua ed intermedia tra le due fattispecie enunciate<sup>73</sup>.

Numerose anche le modifiche, con finalità antielusive, che hanno interessato la relativa norma<sup>74</sup> *ex art. 2549 c.c.*: essa prevede che, attraverso la stipulazione di un contratto di associazione in partecipazione, l’associante attribuisce all’associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari a fronte di un determinato apporto fornito dall’associato.

Come si evince anche dalla formulazione attuale norma, per assumere la posizione di associante non è necessario rivestire la qualifica di imprenditore ed essere quindi in possesso dei requisiti richiesti *ex art. 2082*, ma è sufficiente lo svolgimento di un’attività idonea a produrre utili<sup>75</sup>.

Il termine “affare”, cui fa riferimento l’art. 2549 c.c., è, in questo caso, onnicomprensivo di tutte le attività economiche in grado di produrre utili e astrattamente svolgibili da qualsiasi soggetto, anche non imprenditore.

Più volte, si noti, il codice usa il termine “affare” a proposito di attività imprenditoriali (si pensi alla speciale procura all’accomandante in forza dell’art. 2320, comma 1, c.c. ed ai patrimoni destinati di cui all’art. 2447-bis c.c.); tuttavia è

---

<sup>73</sup> SPAGNUOLO VIGORITA L., *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, 369.

<sup>74</sup> Art. 2549 c.c.: “*Con il contratto di associazione in partecipazione l’associante attribuisce all’associato una partecipazione agli utili della sua impresa o di uno o più affari verso il corrispettivo di un determinato apporto [1350, n. 9, 2533]*”.

*Nel caso in cui l’associato sia una persona fisica l’apporto di cui al primo comma non può consistere, nemmeno in parte, in una prestazione di lavoro.*

<sup>75</sup> Già l’art. 234 del Codice di Commercio, emanato nel 1865, prevedeva espressamente che “*l’associazione in partecipazione può aver luogo anche per operazioni commerciali fatte da non commercianti*”, sul tema FAGGELLA G., *Commentario al codice di commercio*, II, *Delle società e delle associazioni*, Milano, 1900, 843 ss.

riscontrabile l'uso di tale termine anche per quelle attività non necessariamente pertinenti ad un imprenditore (può farsi riferimento all'art. 2028 c.c.<sup>76</sup>).

Orbene, ai fini dell'associazione in partecipazione, è sufficiente che l'affare sia costituito da un insieme di atti coordinati, in grado di produrre utili<sup>77</sup>; non è neanche necessario che l'associante svolga quella attività in modo abituale, potendo essere anche occasionale.

La possibilità di assumere la posizione di associante anche per chi non è imprenditore, l'ampio margine di discrezionalità lasciato alle parti nel definire l'affare relativamente al quale determinare utili e perdite, la libertà, in ultimo, nello stabilire l'apporto a carico dell'associato, hanno consentito la diffusione di tale contratto e il suo utilizzo come valida alternativa a diversi altri schemi negoziali.

Tuttavia, ciò è avvenuto spesso al fine di sottrarsi alla disciplina altrimenti applicabile alla fattispecie: il contratto ha avuto grande diffusione per le attività imprenditoriali e non solo; ma, come si diceva, a giudicare dalle sentenze edite, sembra che la sua diffusione sia dipesa più da finalità elusive di altre discipline che dalle peculiarità della figura negoziale<sup>78</sup>.

Ogni datore di lavoro, infatti, anche se non imprenditore, può avere interesse alla conclusione di contratti di associazione in partecipazione, evitando in tal modo l'assunzione di dipendenti e la configurazione di un rapporto di lavoro subordinato.

Spesso, perciò, tale contratto è stato utilizzato con lo specifico intento di nascondere vincoli di subordinazione e, quindi, per sottrarsi all'applicazione della relativa disciplina.

Come anticipato, la giurisprudenza è intervenuta diverse volte sulla questione per stabilire i principali elementi del rapporto in modo da ricondurlo alla sua corretta qualificazione.

---

<sup>76</sup> Art 2028 c.c.: “Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da sé stesso.

*L'obbligo di continuare la gestione sussiste anche se l'interessato muore prima che l'affare sia terminato, finché l'erede possa provvedere direttamente”.*

<sup>77</sup> MIGNONE G., *L'associazione in partecipazione*, Artt. 2549-2554, in SCHLESINGER P., *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2008, 66.

<sup>78</sup> RUBINO DE RITIS M., *Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata*, in *Riv. Giust. Civ.*, Milano, 2014, 1193.

Non è mancato, inoltre, l'intervento del Legislatore, che ha introdotto meccanismi antielusivi ed ha modificato più volte la stessa disposizione che contiene la definizione di associazione in partecipazione, dapprima introducendo il secondo comma all'art. 2549 c.c. (art. 1, comma 28, l. 28 giugno 2012, n. 92) e poi il terzo (art. 7, comma 5, d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito, con modifiche, in l. 9 agosto 2013, n. 99), per poi modificare ulteriormente il secondo comma ed abrogare il terzo (d. lgs. 15 giugno 2015, n.81).

Per ciò che interessa in questa sede, sono da considerarsi chiarificatrici le sentenze Cass., 9 febbraio 2015, n. 2371 e la più recente Cass., 7 aprile 2017, n. 9032.

Nella prima sentenza riportata, la Corte di Cassazione ribadisce la necessità, al fine di ricondurre il rapporto alla corretta fattispecie contrattuale, di un'indagine da parte del giudice volta a cogliere la prevalenza degli elementi che caratterizzano i due contratti, osservando in modo specifico le concrete modalità di attuazione del rapporto; nella stessa sentenza, inoltre, la Cassazione specifica che mentre l'associazione in partecipazione implica l'obbligo del rendiconto periodico e l'esistenza per l'associato di un rischio d'impresa, il rapporto di lavoro subordinato implica un effettivo vincolo di subordinazione più ampio del generico potere dell'associante di impartire direttive e istruzioni all'associato, con assoggettamento al potere gerarchico e disciplinare della persona o dell'organo che assume le scelte di fondo dell'organizzazione dell'azienda.

Specificando tale punto, la Cassazione ha sottolineato che il potere direttivo non può concretarsi in semplici direttive di carattere generale, ma deve rendersi palese tramite ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa; il potere organizzativo, in altre parole, non può esplicarsi in un semplice coordinamento di attività, ma deve manifestarsi in un effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale<sup>79</sup>.

La più recente sentenza citata ricalca l'impianto costruito dalle precedenti pronunce, con l'ulteriore precisazione che *“la materia della qualificazione del rapporto di lavoro configura una questione che è sottratta alla disponibilità delle parti ed alla stessa discrezionalità del Legislatore (in quanto costituente premessa per l'applicazione di disciplina essenzialmente inderogabile, anche a carattere*

---

<sup>79</sup> Cass. n. 2371 del 9 febbraio 2015, in [www.italgiure.it](http://www.italgiure.it).

costituzionale); perciò la medesima qualificazione va risolta, più che in base al nomen iuris conferito dalle parti al rapporto, in base all'effettiva natura del rapporto, alla stregua delle concrete modalità con cui si svolge la prestazione”.

La sentenza prosegue, citando la pronuncia della Corte stessa n. 24782 del 22 novembre 2006, specificando al motivo 3 che “*in tema di distinzione fra contratto di associazione in partecipazione con apporto di prestazione lavorativa da parte dell'associato e contratto di lavoro subordinato con retribuzione collegata agli utili dell'impresa, l'elemento differenziale tra le due fattispecie risiede nel contesto regolamentare pattizio in cui si inserisce l'apporto della prestazione lavorativa da parte dell'associato e l'espletamento di analoga prestazione lavorativa da parte di un lavoratore subordinato.*

*Tale accertamento implica necessariamente una valutazione complessiva e comparativa dell'assetto negoziale, quale voluto dalle parti e quale in concreto posto in essere, e la possibilità che l'apporto della prestazione lavorativa dell'associato abbia connotazioni in tutto analoghe a quelle dell'espletamento di una prestazione lavorativa in regime di lavoro subordinato comporta che il fulcro dell'indagine si sposta sulla verifica dell'autenticità del rapporto di associazione.*

*Ove la prestazione lavorativa sia inserita stabilmente nel contesto dell'organizzazione aziendale, senza partecipazione al rischio d'impresa e senza ingerenza nella gestione dell'impresa stessa, si ricade nel rapporto di lavoro subordinato in ragione di un generale favore accordato dall'art. 35 Cost. che tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni”<sup>80</sup>.*

### **3.2 - LA RETRIBUZIONE DI REDDITIVITÀ TRA FUNZIONE PARTECIPATIVA E DI FLESSIBILIZZAZIONE DEL COSTO DEL LAVORO**

Specificate le differenze tra la fattispecie dell'associazione in partecipazione e il contratto di lavoro subordinato con partecipazione agli utili, sorge spontaneo

---

<sup>80</sup> Cass. n. 9032 del 7 aprile 2017, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it).

effettuare alcune considerazioni riguardo le funzioni che, in astratto, la retribuzione variabile potrebbe assumere, qualora essa sia determinata sulla base di indici di redditività.

Gran parte della dottrina, *in primis*, si trova concorde nel ritenere l'adozione di tale categoria di indicatori come espressione di una funzione partecipativa della retribuzione variabile, contrapponendola alla funzione incentivante di cui si è trattato parlando degli indici di produttività.

Richiamando la norma *ex art.* 2102 c.c. si nota come, in assenza di diversa pattuizione intercorsa tra datore di lavoro e lavoratore, si debba osservare l'utile netto dell'impresa come indicatore per la fissazione degli obiettivi della retribuzione variabile.

Se l'impresa è soggetta alla pubblicazione del bilancio, inoltre, tali utili netti dovranno risultare dal bilancio regolarmente approvato e pubblicato.

L'uso di tale indicatore, come si diceva, è considerato poco affidabile in quanto il bilancio, avendo quale funzione primaria quella di dimostrare la consistenza del patrimonio sociale a tutela dei terzi creditori, deve soggiacere a specifiche regole: ad esempio l'art. 2426 c.c., richiedendo che le immobilizzazioni siano iscritte al costo di acquisto o di produzione, persegue proprio l'intento di tutelare i terzi creditori, impedendo però, contemporaneamente, di iscrivere secondo il loro valore corrente di mercato.

Si capisce come tale sottovalutazione di elementi facenti parte dell'attivo patrimoniale vada ad incidere negativamente sulle retribuzioni dei lavoratori remunerati con partecipazioni agli utili.

Inoltre, come si diceva, il bilancio può essere notevolmente influenzato dalle scelte "politiche" dei soggetti titolari della direzione dell'impresa: gli amministratori di una società possono infatti, nella redazione del progetto di bilancio da sottoporre all'approvazione dell'assemblea dei soci, limitare gli utili distribuibili, accantonando quote degli stessi a titolo di riserva.

Si consideri quindi che, qualora i trattamenti economici dei prestatori di lavoro siano strutturati in forma prevalentemente variabile, gli amministratori potrebbero avere interesse a destinare quote cospicue di utili a riserva, in modo tale da abbattere il costo del lavoro.

Allo stato attuale, inoltre, non è data alcuna possibilità ai lavoratori (o a loro rappresentanti) di avere un certo peso nell'influenzare le decisioni che riguardano l'ammontare degli utili netti: non è prevista la loro presenza all'interno del consiglio di amministrazione (organo che, come detto, redige il progetto di bilancio) e, non essendo in possesso della qualità di soci, non sono ammessi a partecipare all'assemblea (organo che delibera l'approvazione del progetto di bilancio predisposto dagli amministratori).

Solo alcuni contratti aziendali prevedono una serie di specifici diritti di informazione riconosciuti ai rappresentanti dei lavoratori, ma si tratta di casi isolati e non di una norma sistemica o di una prassi consolidata.

Infatti, stando alla legge, i lavoratori ed i loro rappresentanti sono legittimati, al pari di qualsiasi altro cittadino, solamente ad accedere al registro delle imprese.

Pertanto, si può concludere osservando come, in realtà, l'interesse dei lavoratori remunerati attraverso partecipazioni agli utili sia tutelato solo in via mediata dagli azionisti e dal collegio sindacale: dagli azionisti in quanto il loro interesse è allineato con quello dei prestatori dal momento che i soci azionisti, per vedersi erogate quote corpose di dividendi, necessitano di un bilancio che evidenzii utili netti altrettanto corposi; invece il collegio sindacale, essendo un organo terzo rispetto agli amministratori ed ai soci, ha il ruolo di verificare la corretta stesura del bilancio secondo le norme di legge ad esso dedicate.

Come è evidente da quanto appena esposto, risultano leciti i dubbi riguardanti la reale funzione partecipativa della retribuzione erogata secondo indicatori di redditività.

La mancanza di reali diritti di partecipazione e la sola previsione, attraverso singoli contratti aziendali, di diritti di informazione discrezionalmente modulati rischiano di svuotare la retribuzione di redditività della funzione partecipativa che, secondo le numerose prospettazioni elaborate dalla dottrina<sup>81</sup>, essa dovrebbe rivestire.

Gli indicatori di redditività sono, pertanto, il parametro che consente di variare la retribuzione, senza la possibilità per i lavoratori di influire sulla loro portata e,

---

<sup>81</sup> ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, op. cit., 185.; TREU T, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, op. cit., 215.

soprattutto, senza la possibilità di incidere sulle scelte di politica societaria che influenzano il raggiungimento o meno di determinati obiettivi.

Secondo questa ricostruzione, la finalità della retribuzione di redditività sembra allontanarsi dai concetti di coinvolgimento e partecipazione in senso stretto dei prestatori di lavoro, per atteggiarsi più come una finalità di flessibilizzazione del costo del lavoro: l'erogazione e l'eventuale ammontare della parte variabile della retribuzione, in questo caso, dipendono esclusivamente da indicatori che sono espressione dell'*ability to pay* dell'impresa; in altre parole, se l'impresa otterrà risultati positivi sul mercato, accertati tramite il documento di bilancio, sorgerà in capo ai lavoratori il diritto a vedersi corrisposto il premio sottoforma di partecipazioni agli utili, in caso contrario essi percepiranno esclusivamente il trattamento previsto dal relativo contratto collettivo nazionale.

La finalità incentivante, già affievolita per quanto riguarda la retribuzione di produttività, scompare del tutto dal punto di vista del lavoratore retribuito secondo indici di redditività: esso, nella maggioranza dei casi, non potrà concorrere, attraverso la propria prestazione, al raggiungimento dei risultati fissati secondo tali indicatori.

La retribuzione legata agli utili, al contrario, può rivestire una finalità incentivante di notevole effettività laddove sia prevista da politiche salariali tese a remunerare il *top management*, ovvero i lavoratori posti al vertice dell'impresa<sup>82</sup>: questi, potendo influenzare con il loro operato e le loro decisioni l'andamento dell'impresa e la definizione degli utili da essa prodotti, saranno in tal modo portati a massimizzare gli stessi o, in ogni caso, ad assicurare una corretta gestione dell'impresa nel suo complesso<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> SANTAGATA R., *Il lavoratore azionista*, in ADAPT, Milano, 2008.

<sup>83</sup> BROGI M., *Le politiche di remunerazione nel sistema di «corporate governance»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, II, 2014, 275.

#### **4- LA PREVISIONE DI INDICI MISTI E LE FUNZIONI DELLA RETRIBUZIONE VARIABILE IN RELAZIONE ALLA SCELTA DEGLI INDICATORI DI VALUTAZIONE**

Nella prassi della contrattazione aziendale è possibile ravvisare, all'interno degli accordi stessi, la presenza di indici misti dai quali si fa dipendere la retribuzione variabile.

La possibilità di mescolare indici di redditività e di produttività consente, in astratto, di rispondere alle molteplici necessità aziendali, le quali variano a loro volta in relazione a fattori "interni" (l'organizzazione, il processo produttivo, le specificità del prodotto,...) ed "esterni" (condizione economica generale, mercato di riferimento,...); si ricordi, inoltre, che alla previsione di determinati indicatori sono ricollegate determinate funzioni che la presenza di un premio di risultato dovrebbe rivestire.

Potenzialmente, in questo modo, ogni bisogno espresso dall'azienda può essere coperto attraverso la previsione di un obiettivo dal quale far dipendere il premio di risultato.

Se tale sintetica ricostruzione può sembrare esaustiva, le realtà aziendali si sono mostrate molto più sfaccettate e creative, sfumando i contorni di tali rigide classificazioni e prevedendo delle commistioni dei sistemi remunerativi al fine di rendere gli stessi più aderenti alle specificità dell'impresa di riferimento.

Inoltre, come osservato più volte, le funzioni che in astratto tali sistemi dovrebbero rivestire non sempre sono ravvisabili nella prassi.

La dottrina, nella letteratura scientifica degli anni '50 e '60<sup>84</sup>, era abbastanza netta nel qualificare la funzione di tali schemi retributivi come "incentivante"; oggi, invece, le funzioni che la retribuzione variabile sono molteplici e, in alcuni casi, anche sovrapponibili.

La funzione incentivante, anche se tuttora, da una parte della dottrina, viene considerata come primaria, è in realtà la più difficile da raggiungere; essa, secondo l'accezione canonica attribuitale, dovrebbe mirare a stimolare i lavoratori verso

---

<sup>84</sup> GIUGNI G., *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria (1953-1963)*, Milano, 1964, 11.

comportamenti funzionali al raggiungimento di determinati livelli di *performance* qualitative e quantitative, subordinando l'erogazione del premio o una quota di esso al raggiungimento di specifici obiettivi concordati dalle parti nel contratto collettivo.

La teoria economica a sostegno di tale assunto è quella dei salari di efficienza<sup>85</sup>, secondo la quale alla crescita dei salari aumenta l'impegno e la produttività dei lavoratori; secondo tale teoria la produttività della forza lavoro, pertanto, dipende dal livello salariale, motivo per cui l'innalzamento delle retribuzioni non viene considerato un aumento dei costi da sostenere in capo al datore di lavoro, ma viene ricollegato invece allo sforzo da sostenere per il mantenimento di un adeguato livello produttivo.

Nella funzione incentivante della retribuzione variabile viene inserita, quale sorta di sottoinsieme, la funzione strettamente motivazionale: essa è considerata come quella condizione di benessere relazionale instaurata dalla presenza di incentivi in grado di premiare il lavoratore; secondo tale prospettiva, l'azienda che prevede meccanismi per premiare il merito comunica ai lavoratori laboriosi stima ed apprezzamento, andando così a contribuire alla creazione di un clima aziendale in grado di valorizzare l'impegno della forza lavoro.

Studi sociologici ormai risalenti hanno però sconfessato la diretta proporzionalità che si credeva presente tra incentivi salariali e maggior impegno del lavoratore; posta la distinzione tra fattori motivazionali estrinseci (per i quali lo scopo del riconoscimento o del premio è prevalente nello svolgimento dell'attività lavorativa) e fattori motivazionali intrinseci (per i quali è lo svolgimento dell'attività che genera esso stesso soddisfazione e appagamento), una interessante riflessione da considerare è contenuta nella "Teoria dei risultati attesi", così come proposta dallo psicologo Victor Harold Vroom.

Secondo tale teoria la motivazione dei lavoratori è legata a due fattori: il primo, l'aspettativa, consiste nella percezione che ha il lavoratore riguardo la possibilità di incidere, con il proprio comportamento, al raggiungimento di determinati risultati; il secondo fattore, la valenza, consiste nella capacità dell'obiettivo fissato di essere "attraente" per il lavoratore, ovvero nel valore che il lavoratore stesso dà all'obiettivo.

---

<sup>85</sup> LEVINE D., *Efficiency wages in Weitzman's share economy*, in *Industrial Relations*, 1989, 321.

La motivazione, secondo Vroom, sale quindi solo al crescere dei due fattori citati, rendendo sterile l'apposizione di qualsiasi obiettivo volto a spronare il lavoratore attraverso fattori estrinseci<sup>86</sup>, collegati esclusivamente ad aumenti retributivi.

Pertanto, quando il lavoratore con il proprio comportamento non può concorrere, se non in minima parte e solo in alcuni casi, al raggiungimento del premio, la retribuzione variabile perde la sua finalità incentivante.

Come si diceva, la veridicità di tale assunto è verificabile attraverso l'analisi dei contratti aziendali che prevedono aumenti retributivi collegati ad obiettivi di redditività e, più in generale, all'andamento dell'impresa sul mercato; in questi casi l'uso di tali indicatori denota la presenza di una finalità solo redistributiva della ricchezza creata dall'unità produttiva al quale in contratto aziendale si riferisce.

Anche qualora i risultati siano parametrati su indicatori di produttività, però, va riscontrato l'affievolimento progressivo della finalità incentivante laddove l'obiettivo fissato sia unico per la generalità dei prestatori di lavoro, oppure sia calcolato in cifra fissa per tutti dal momento del suo raggiungimento; entrambe le circostanze conducono alla determinazione di un premio che non tiene conto dell'apporto effettivo dei singoli lavoratori.

Come già esposto, anche la funzione partecipativa caratteristica della retribuzione di redditività, siccome non corredata dalla presenza di specifici diritti di partecipazione, si risolve prevalentemente in una funzione meramente redistributiva<sup>87</sup> della ricchezza generata dall'impresa.

Per non stagnare nella situazione appena descritta e non delegare la regolamentazione concreta dell'istituto della retribuzione variabile alla contrattazione individuale, la contrattazione collettiva aziendale dovrebbe essere in grado di strutturare meccanismi ad indici composti; in questo modo si avrebbe una valutazione effettiva dell'apporto del singolo lavoratore inserita, al contempo, in un contesto che tiene conto delle variabili esterne.

---

<sup>86</sup> Per approfondimenti sul tema, si veda VROOM V. H., *Work and motivation*, New York, 1964.

<sup>87</sup> LEONI R., TIRABOSCHI L., VALIETTI G., *Contrattazione a livello di impresa: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari*, in *Lavoro e Relazioni Industriali*, Roma, 1999, 115.

La difficoltà dovuta all'eterogeneità degli indici adottati dalle aziende per la misurazione delle *performance* è amplificata, si ricordi, dall'interesse opposto dei lavoratori e dei loro rappresentanti, da sempre favorevoli all'apposizione di obiettivi semplici e facilmente individuabili e comprensibili.

Un premio di risultato caratterizzato da articolazioni complesse e non lineari, inoltre, impedisce la formulazione di linee guida e principi applicabili alla generalità delle aziende.

Le complessità dovute a queste circostanze, però, dovrebbero avere il loro naturale contrappeso nella possibilità di strutturare obiettivi e, più in generale, sistemi retributivi in grado di investire quanti più aspetti possibili della *performance* intesa sia a livello di singolo lavoratore che a livello di *performance* dell'azienda<sup>88</sup>, rispondendo alle esigenze della singola unità produttiva considerata ed avendo riguardo delle specificità dovute alla sua collocazione geografica, al mercato di riferimento, al periodo congiunturale economico.

In Italia sono rari ed isolati i casi di contratti aziendali in grado di prevedere un sofisticato mix di indicatori, tale per cui la retribuzione variabile riesce adeguatamente a rispondere a finalità incentivanti o partecipative; ciò ha fatto emergere la tesi<sup>89</sup>, verso la quale oggi si propende, secondo la quale tale circostanza non deve essere più vista come patologica rispetto alla prospettiva precedentemente esposta, dove la retribuzione di produttività aveva il compito di premiare il lavoratore laborioso e quella di redditività aveva il compito di coinvolgere il lavoratore.

Si deve, invece, constatare il superamento di tale classificazione per osservare come le finalità della retribuzione variabile siano profondamente cambiate dal momento della sua comparsa nel dibattito giuslavorista, ma anche dal momento in cui è stata data una veste normativa all'istituto stesso attraverso il Protocollo del '93 e i successivi Accordi interconfederali: oggi, nella maggioranza dei casi osservati, la retribuzione variabile è un istituto che, nella sua regolamentazione attraverso la

---

<sup>88</sup> MOSCA D., TOMASSETTI P., *Il premio di risultato nella contrattazione collettiva: lineamenti teorici*, in *Il premio di risultato nella contrattazione aziendale, lineamenti teorici e analisi della casistica dell'esperienza italiana e spagnola*, (a cura di Percivalle F. e Tomassetti P., e-book ADAPT n. 59, 2016, 10.

<sup>89</sup> MARESCA A., *Le forme storiche di trattamento retributivo: a tempo, a cottimo e con partecipazione agli utili*, *op. cit.*, 14.; VITALETTI M., *La retribuzione variabile*, *op. cit.*, 57.

contrattazione collettiva aziendale, riesce solamente ad assolvere ad una funzione redistributiva della ricchezza prodotta all'interno dell'impresa; ciò comporta, di riflesso, il recupero delle finalità incentivanti attraverso la contrattazione individuale, che consente di differenziare i trattamenti economici dei lavoratori e di premiare, pertanto, il loro eventuale merito.

## **5- LA RETRIBUZIONE VARIABILE COME CORRISPETTIVO. I PROBLEMI SOLLEVATI DALL'ART. 36 COST. RISPETTO AI CRITERI DI PROPORZIONALITÀ E SUFFICIENZA**

Osservate le tecniche per la definizione degli obiettivi della retribuzione variabile e le funzioni ad essi ricollegate, pare opportuno riconsiderare il discorso, fatto in apertura del presente elaborato, riguardante i rapporti tra la norma costituzionale *ex art. 36* e la parte flessibile del trattamento economico del lavoratore.

Prima di procedere analizzando l'atteggiarsi, in relazione alla retribuzione variabile, dei principi posti come cardini dalla norma stessa (proporzionalità e sufficienza), si tenga presente l'importante pronuncia emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite nel 1984.

Come noto, al di là della quota di retribuzione stabilita in forma variabile, la struttura della retribuzione si articola in una pluralità di voci che concorrono congiuntamente a determinare il compenso effettivamente percepito dal lavoratore.

Tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, pertanto, si è voluto accertare quali emolumenti rientrassero nella cosiddetta "retribuzione base"; la Corte di Cassazione, nel rispondere a tale quesito, ha precisato che, nel nostro ordinamento, non esiste un principio di onnicomprensività legale e inderogabile della retribuzione, confermando pertanto la competenza della contrattazione collettiva a determinare la struttura e la misura della retribuzione, con il solo limite del rispetto dei criteri enunciati dall'art. 36 Cost. o di altre norme inderogabili di legge<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> CIUCCIOVINO S., *La retribuzione variabile*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, (a cura di) Santoro Passarelli G., Torino, 1997, II, 241.

Un aspetto che è corollario di quanto appena esposto e che deve essere messo in luce riguarda la circostanza per la quale, secondo tale impostazione, tutto ciò che il lavoratore percepisce a causa della sua soggezione personale nei confronti del datore deve essere considerato retribuzione, quindi controprestazione datoriale corrispettiva rispetto all'attività lavorativa svolta dal dipendente.

Come osservato da una parte della dottrina, la soluzione a cui si giunge è quella secondo la quale è corrispettivo anche ciò che non lo sarebbe secondo la nozione classica del termine: il corrispettivo non è più solamente connaturato ad una prestazione utile per chi la riceve e ne sopporta l'onere, bensì è da considerarsi corrispettiva anche quella parte di retribuzione corrisposta al lavoratore prescindendo dalla concreta utilità dallo stesso arrecata<sup>91</sup>.

Il principio della sufficienza della retribuzione, sancito *ex art. 36 Cost.* e teso ad assicurare al lavoratore ed alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa, non pone particolari problemi rispetto ad emolumenti retributivi fissati dalla contrattazione collettiva che, nella maggior parte dei casi, rende variabile solo una parte della retribuzione; la circostanza per la quale viene flessibilizzata, nella prassi, una quota marginale di salario consente al principio in esame di esplicitarsi a dovere e non compromette l'integrità di quella parte di trattamento economico ricollegata alla "funzione sociale" del rapporto di lavoro.

Decisamente più evidente è il contrasto del principio di proporzionalità con forme retributive aleatorie e condizionate da eventi estranei ai comportamenti del lavoratore: facendo nuovamente riferimento alla norma *ex art. 36 Cost.*, infatti, la retribuzione dovrebbe, secondo il principio in esame, riflettere la quantità e la qualità dell'attività lavorativa dedotta nel contratto.

Ulteriore distinzione, a questo punto, deve essere effettuata tra la retribuzione variabile erogata secondo indici di produttività e quella erogata secondo indici di redditività: se, nel primo caso, la preminenza del fattore lavoro può mantenere saldo il nesso proporzionale tra retribuzione e quantità e qualità del lavoro prestato, la presenza di indici che legano il trattamento economico all'andamento dell'impresa sul mercato

---

<sup>91</sup> ZOPPOLI L., *Nozione giuridica di retribuzione, incentivazione e salario variabile*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, 30.

si presenta come una rottura decisa di questo legame, disattendendo pertanto il principio di proporzionalità contenuto nella disposizione costituzionale.

Questa parte di retribuzione, come si diceva in precedenza, va anch'essa a costituire il corrispettivo dovuto dal datore di lavoro per aver usufruito dell'attività lavorativa del dipendente; appare ancora più chiaro, adesso, riconoscere l'utilizzo del termine "corrispettivo" in un senso globalistico e non tecnico.

Osservando quanto appena esposto, per una parte della dottrina, gli accordi di redditività sarebbero espressione di un "*meccanismo di rivalutazione della remunerazione (corrispettiva) del fattore lavoro in funzione di indici che esprimono la ricchezza aziendale*", in altre parole "*non si può dire che la prestazione lavorativa in sé stessa acquisti un valore diverso per effetto dei successi dell'impresa (che possono del resto derivare da ragioni e congiunture del tutto indipendenti dall'apporto del fattore lavoro)*", bensì "*si può dire piuttosto che convenzionalmente la remunerazione della medesima prestazione è rivalutata in base ad un ideale coefficiente che tiene conto dei successi e della ricchezza dell'impresa (questa convenzionale rivalutazione è liquidata appunto attraverso la indennità variabile ancorata alla redditività)*"<sup>92</sup>.

Pur essendo opinabile la ricostruzione degli accordi di redditività quali meccanismi di rivalutazione della retribuzione-corrispettivo in senso stretto, la conclusione a cui si giunge è quella secondo la quale tale parte di retribuzione, pur se difficilmente riconducibile al principio di proporzionalità, non si trova in contrasto con la norma *ex art. 36 Cost.*

La retribuzione variabile, essendo caratterizzata dal fatto di essere aggiuntiva rispetto alla retribuzione base, stabilita da accordi siglati collettivamente da parti sociali riconosciute e collegata ad indici di produttività e/o redditività, sembra porsi in una posizione "*di indipendenza sistematica e/o normativa dalla retribuzione principale*"<sup>93</sup>; in altre parole, in presenza di una retribuzione base ancorata alla quantità e qualità del lavoro prestato, le rappresentanze dei lavoratori e quelle datoriali sono

---

<sup>92</sup> D'ANTONA M. e DE LUCA TAMAJO R., *La retribuzione ad incentivi: introduzione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991, 7.

<sup>93</sup> ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, *op. cit.*, 368.

pienamente libere di prevedere una quota di trattamento economico aggiuntiva e collegata a fattori estrinseci rispetto ai comportamenti del lavoratore.

Alla medesima conclusione si è arrivati, nel corso del primo capitolo, quando si è tentato di ricostruire l'*iter* percorso dal giudice di merito nel momento in cui, nella prassi, egli è chiamato a stabilire giudizialmente l'equa retribuzione in un contenzioso sorto tra datore di lavoro e lavoratore.

In tale prospettiva, però, il giudice investito della controversia non considera l'appena enunciata caratteristica di alterità della retribuzione variabile rispetto alla retribuzione-corrispettivo in senso stretto, bensì valuta il trattamento economico nel suo complesso; osservando al trattamento economico complessivamente considerato e non scomponendo le singole voci retributive, il giudice valuta la sua conformità rispetto ai principi di proporzionalità e sufficienza *ex art 36 Cost.*: in tal modo, se quanto percepito dal lavoratore, indipendentemente dalla sua struttura, risulta conforme ai criteri posti dalla norma, non avrà bisogno di adeguare il trattamento economico ai minimi stabiliti dai rispettivi contratti collettivi nazionali.

Con un ragionamento che si potrebbe definire opposto a quello effettuato dalla dottrina, quindi, il giudice perviene alla medesima conclusione: se sono rispettati i minimi di trattamento le parti possono liberamente stabilire quote di retribuzione collegate ad eventi o, più in generale, condizioni che non sono riferibili all'attività svolta dal lavoratore.

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza, pur riconoscendo i dubbi sollevati in ordine al principio di proporzionalità e ammettendo la difficoltà di far rientrare la retribuzione variabile (in particolare quella di redditività) nell'alveo della nozione di retribuzione-corrispettivo, sono quindi concordi nel sancire l'assoluta legittimità degli accordi riguardanti la flessibilizzazione dei trattamenti economici.

Spostandosi dalla Costituzione alle disposizioni di fonte civilistica, inoltre, la legittimità di tali accordi è confermata e rafforzata dalla presenza delle già citate norme *ex* articoli 2099 e 2102: entrambe prevedono espressamente, infatti, la possibilità di legare la retribuzione agli utili che, come detto, sono un fattore estraneo alla quantità e qualità del lavoro svolto dal prestatore<sup>94</sup>.

---

<sup>94</sup> CATAUDELLA M. C., *La retribuzione nel tempo della crisi, tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Torino, 2013, 47.

Alla luce delle riflessioni condotte sulla natura (o meno) di corrispettivo della retribuzione collegata all'andamento dell'impresa sul mercato, è possibile ora porre l'accento sulla già accennata mancanza di diritti di partecipazione in capo ai lavoratori remunerati attraverso la partecipazione agli utili.

Parlando della retribuzione-corrispettivo in senso stretto, infatti, si nota la presenza di un equilibrio tra prestazione resa e retribuzione ricevuta; equilibrio che, del resto, è espressione del principio di proporzionalità *ex art. 36 Cost.*

Concordando sull'esclusione della retribuzione di redditività dall'alveo della nozione di retribuzione-corrispettivo, emerge quale conseguenza una netta disparità nelle posizioni dei soggetti stipulanti il contratto di lavoro: se la retribuzione-corrispettivo consente al lavoratore di avere un controllo sulla misura e sulla dimensione della stessa, la retribuzione di redditività elimina tale possibilità, prevedendo inoltre una discrezionalità ancora più ampia in capo al datore di lavoro nei casi in cui la partecipazione agli utili dipenda da scelte societarie di politiche di bilancio.

Questo problema ha suscitato un notevole ed ampio dibattito dottrinale<sup>95</sup>, senza però risolversi, come già detto, nel riconoscimento di diritti di partecipazione più penetranti rispetto ai semplici diritti di informazione riguardanti la gestione dell'impresa; ciò essenzialmente per due motivi: da una parte, come rilevato nella prassi della contrattazione collettiva, la ridotta incidenza percentuale di tali schemi retributivi sul trattamento economico complessivo ha consentito al Legislatore di non affrontare apertamente tali tematiche, dall'altro è manifesta la ritrosia delle imprese italiane a forme reali di partecipazione e, tantomeno, a proposte di cogestione ravvisabili in altri ordinamenti (primo fra tutti, quello tedesco).

---

<sup>95</sup> Numerosi i contributi riguardanti le discussioni sul tema della partecipazione, con specifico riferimento anche alle proposte di legge presentate e discusse in Parlamento; tra i più significativi ZOPPOLI L., *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, I, 19; PROIA A., *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, I, 60.; TREU T., *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, I, 93; di notevole interesse anche il commento di ICHINO P. riguardo i disegni di legge n. 803/2008 e n. 964/2008, che prevedevano la presenza di rappresentanti dei lavoratori nel consiglio di sorveglianza e qualificavano espressamente quale condotta antisindacale ai sensi dell'art. 28 dello Statuto dei lavoratori (Legge n. 300/1970) la non ottemperanza agli obblighi di informazione nei confronti dei rappresentanti stessi ([www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it)).

Se da una parte sarebbe auspicabile lo sviluppo di tecniche in grado di consentire ai lavoratori di effettuare un monitoraggio sulle scelte politiche dell'unità produttiva presso la quale sono inseriti, d'altra parte c'è un'altra faccia della stessa medaglia che sembra spingere verso la direzione opposta.

Quando si è parlato, si ricordi, delle diverse funzioni che la retribuzione variabile può in astratto assumere, si è più volte fatto riferimento ad obiettivi di flessibilità organizzativa ed economica; questi, perseguiti attraverso la presenza di politiche salariali che utilizzano indici che sono espressione dell'*ability to pay* dell'impresa, fanno ricadere, allo stesso tempo, parte del rischio d'impresa sul personale dipendente.

Appare ora opportuno effettuare una distinzione terminologica non priva di rilievo pratico: quando si parla di retribuzione variabile si dovrebbe far riferimento a quella retribuzione parametrata su obiettivi in grado di avere finalità incentivanti o partecipative; richiamando il concetto di flessibilità, inteso in particolar modo secondo l'ottica giuslavoristica degli anni post-crisi, si vuole invece far riferimento proprio alle esigenze aziendali in ultimo citate, riguardanti quindi il contenimento dei costi e la possibilità di prevedere soluzioni flessibili non solo riguardo il momento dell'entrata o dell'uscita dal rapporto di lavoro, ma flessibili anche riguardo l'organizzazione aziendale e le politiche di remunerazione da adottare.

Costellare la partecipazione dei lavoratori ai risultati dell'impresa di tutele nei loro confronti ed obblighi in capo ai datori di lavoro, secondo quanto appena esposto, sarebbe in evidente controtendenza con le esigenze di flessibilità<sup>96</sup> ora richiamate, con il rischio, inoltre, di irrigidire l'organizzazione aziendale stessa appesantendola con l'apposizione di garanzie che, a causa del momento di congiuntura economica negativa, rischierebbero di non essere rispettate.

---

<sup>96</sup> ZOPPOLI L., *Nozione giuridica di retribuzione, incentivazione e salario variabile*, op. cit., 33.

## **6- LA NATURA GIURIDICA DELLA RETRIBUZIONE VARIABILE, L'APPLICABILITÀ DEGLI ARTICOLI 1353 E SS. DEL CODICE CIVILE. CONDIZIONE SOSPENSIVA E *FICTIO* DI AVVERAMENTO *EX ART. 1359 C.C.*, RICADUTE PRATICHE**

Quanto appena riportato, riguardo la distinzione tra l'area della paga base e la quota di trattamento economico aggiuntiva resa incerta ed aleatoria nel suo ammontare, viene in soccorso nel momento in cui si tenta di classificare la retribuzione variabile secondo le definizioni giuridiche degli elementi del contratto.

Come prima cosa, ci si è chiesti se la retribuzione variabile possa essere ricondotta nell'alveo dell'oggetto del contratto ovvero possa essere qualificata come una condizione: la distinzione non ha un rilievo meramente dottrinale, in quanto l'eventuale mancanza dell'oggetto del contratto, elemento essenziale *ex art. 1325 c.c.* che individua, in questo caso, la prestazione dedotta nel contratto di lavoro subordinato, comporterebbe la nullità dello stesso secondo quanto disposto dalla norma presente all'*art. 1418 c.c.*; la condizione invece, data la sua natura di elemento accidentale, non comporta tale nullità.

Pertanto, la distinzione sopra effettuata tra retribuzione base e retribuzione variabile aggiuntiva consente di affermare che la prima si attegga come un elemento essenziale, oggetto del contratto di lavoro, mentre la seconda ben potrebbe essere ricondotta alla qualifica di condizione.

Va immediatamente ricordato che, a causa della fisiologica asimmetria che vede il lavoratore quale "parte debole" del contratto di lavoro subordinato, l'omissione della clausola riguardante la retribuzione base, in caso di contenzioso, non determina la nullità della clausola stessa, ma comporta la fissazione della retribuzione equa da parte dell'organo giurisdizionale, secondo quanto disposto dagli articoli 36 Cost. e 2099 c.c.

Non sono mancate teorie dottrinali di opposte vedute le quali, affermando che l'oggetto del contratto non deve necessariamente essere determinato al momento della stipulazione del contratto, bensì potrebbe essere determinabile successivamente attraverso criteri esplicitamente previsti nel contratto stesso o da esso indirettamente

estrapolabili, hanno consentito di qualificare la retribuzione variabile come oggetto del contratto di lavoro<sup>97</sup>.

Nonostante la presenza di tali orientamenti, sembra prevalere la tesi secondo la quale la retribuzione di risultato sia inquadrabile all'interno della categoria degli elementi accidentali del contratto e precisamente, per l'appunto, in quella delle condizioni; infatti i risultati conseguiti dall'impresa (e misurati secondo gli indicatori di produttività e redditività) non sono dedotti intrinsecamente nel contratto di lavoro subordinato, ma sono piuttosto rinvenibili in apposite clausole che, subordinando la loro attivazione al raggiungimento di determinati obiettivi, fanno sorgere in capo al lavoratore il diritto al percepimento della quota aggiuntiva di trattamento economico.

Si noti come, in maniera analoga, anche nei sistemi retributivi incentivanti tradizionali - uno su tutti il salario di cottimo - il maggior rendimento non è dedotto in contratto tra le obbligazioni alle quali il lavoratore è tenuto ad adempiere, ma è semplicemente l'elemento alle cui variazioni si fa dipendere l'erogazione della maggior retribuzione<sup>98</sup>.

La riconduzione della retribuzione variabile alla qualifica giuridica di condizione sembra essere confermata esplicitamente dal tenore letterale dell'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009, secondo il quale tale parte di trattamento economico dovrebbe essere aggiuntiva e regolata dalla contrattazione collettiva di secondo livello, oltre che avere la caratteristica dell'incertezza riguardo la sua effettiva corresponsione e il suo eventuale ammontare; laddove in un contratto di lavoro subordinato, pertanto, sia presente una clausola che subordina l'erogazione di una parte del trattamento economico al raggiungimento (futuro e incerto) di determinati risultati, tale clausola è considerata una condizione conformemente alla ricostruzione dell'istituto della retribuzione variabile effettuata dalle parti sociali nell'Accordo Interconfederale.

Guardando i contratti aziendali effettivamente stipulati, si può affermare che anche nella prassi la retribuzione variabile sia definita in termini di condizione, in

---

<sup>97</sup> VITALETTI M., *La retribuzione variabile*, op. cit., 112, inquadra giuridicamente la retribuzione variabile come oggetto del contratto.

<sup>98</sup> GIUGNI G., *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, op. cit., 76.

quanto gli aumenti retributivi contrattati sono aggiuntivi rispetto alla retribuzione base stabilita dai contratti collettivi nazionali e dipendono dal raggiungimento di risultati futuri e incerti.

Infine, appurato come la retribuzione variabile sia qualificabile quale elemento accidentale del contratto, è agevole ricondurre tale istituto all'ambito di applicazione del dispositivo dell'art. 1353 c.c., il quale prevede espressamente la possibilità, per i soggetti stipulanti un contratto o un singolo affare, di subordinare l'efficacia o la risoluzione dello stesso ad un avvenimento futuro ed incerto.

L'uso alternativo dei termini "efficacia" e "risoluzione" esplica la possibilità, per la condizione quale elemento accidentale del contratto, di spiegare la sua funzione in due direzioni diverse; secondo tale impostazione, pertanto, la condizione può essere risolutiva o sospensiva: è risolutiva quando al suo avveramento corrisponde la caducazione degli effetti del contratto, è sospensiva, invece, quando al suo avveramento è subordinata l'attivazione del diritto in essa contenuto<sup>99</sup>.

La clausola, inserita in un contratto di lavoro, che subordina l'erogazione di una quota di retribuzione al raggiungimento di determinati risultati futuri e incerti, è pertanto una condizione sospensiva del contratto, al cui avveramento è ricondotta l'attivazione del diritto a vedersi corrispondere il maggior trattamento economico.

Un'altra distinzione da effettuare riguardo tale elemento accidentale del contratto è quella tra condizione unilaterale e bilaterale: è unilaterale la condizione posta nell'interesse di uno solo dei soggetti paciscenti, mentre è bilaterale la condizione posta nell'interesse di entrambe le parti; la condizione da cui si fa dipendere l'erogazione e l'ammontare della retribuzione variabile sembra riconducibile nell'alveo delle condizioni bilaterali poiché soddisfa l'interesse del datore di lavoro al raggiungimento di determinati standard di produttività e/o redditività, mentre d'altra parte tutela anche l'interesse dei lavoratori a percepire trattamenti retributivi maggiorati.

Tornando al solco tracciato dalle disposizioni del Codice civile riguardanti la condizione, la norma *ex art.* 1355 sanziona con la nullità l'assunzione di un obbligo o l'alienazione di un diritto subordinata all'avveramento di una condizione sospensiva

---

<sup>99</sup> TORRENTE A., SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009, 572.

meramente potestativa; si parla di condizione meramente potestativa quando l'avverarsi della stessa dipende esclusivamente dalla mera volontà di una delle parti.

Posta la nullità della condizione sospensiva meramente potestativa, ci si deve interrogare sul tipo di condizione che la retribuzione variabile potrebbe integrare, riprendendo la già citata distinzione tra la retribuzione aggiuntiva erogata secondo criteri di produttività e quella erogata secondo indici di redditività.

La retribuzione di redditività sembra oscillare, secondo questa ricostruzione, tra la configurazione di condizione potestativa (ma non meramente potestativa, in quanto il datore di lavoro può incidere con proprie decisioni sull'avveramento della condizione, ma non può arbitrariamente decidere le sorti del contratto<sup>100</sup> indipendentemente dalle valutazioni sull'apporto del lavoratore) e la configurazione di condizione casuale (in quanto, come più volte ripetuto, la retribuzione di redditività è legata a fattori non direttamente controllabili come l'andamento dell'impresa sul mercato di riferimento): questa caratteristica ibrida consente di qualificare la clausola, che condiziona la retribuzione variabile ad indici di redditività, come mista; in altre parole, l'avveramento della condizione a cui è subordinata l'erogazione del premio dipende sia da scelte dell'impresa (politiche di bilancio, decisioni esecutive, ...) che da eventi estrinseci rispetto alla stessa e, per questo, non controllabili (fluttuazioni di mercato, economia globale,...).

Si perviene a conclusioni analoghe prendendo in considerazione la retribuzione di produttività, poiché anch'essa dipende da fattori tanto influenzabili dalla volontà delle parti quanto da elementi estranei; in questo caso, però, bisogna considerare il maggior peso che la condotta delle parti può assumere (in particolare se l'indice a cui si fa riferimento è quello di produttività del lavoro e non di produttività aziendale) e la presenza solo eventuale di indici estrinseci rispetto al fattore lavoro e alle determinazioni inerenti l'esercizio d'impresa ad opera di chi la dirige<sup>101</sup>.

L'ampia discrezionalità lasciata alle parti nel definire contrattualmente il contenuto di tali clausole sospensive rende impossibile la previsione di una

---

<sup>100</sup> BONOFILIO A., *La condizione meramente potestativa*, in *Giust. Civ.*, 1997, III, 125.

<sup>101</sup> VILLA E., *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II, 451.

classificazione rigida e statica delle stesse, ma impone una valutazione caso per caso dei singoli contratti aziendali per verificare la natura delle condizioni poste in essi.

Appare ora necessario coordinare quanto appena detto con l'eventualità che, in un contratto collettivo di secondo livello, siano apposti obiettivi impossibili da raggiungere.

Non sembra sufficiente, in questa sede, la previsione *ex art.* 1355 c.c. per la tutela del lavoratore di fronte a tale situazione patologica: la disposizione codicistica, infatti, limitandosi a prevedere la nullità della clausola contenente la condizione impossibile, non concede l'erogazione della retribuzione variabile al lavoratore lasciandolo certamente insoddisfatto e inappagato.

Occorre precisare, però, che la fissazione degli obiettivi è una fase discussa e contrattata collettivamente dalle rappresentanze dei lavoratori e datoriali, nella quale i risultati raggiunti dovrebbero essere frutto dell'ideale contemperamento degli interessi e delle esigenze contrapposte, limitando così il rischio della fissazione di obiettivi impossibili da raggiungere.

Come ulteriore correttivo (e/o deterrente) di tale circostanza, si presentano i contratti aziendali che prevedono, ai sensi dell'A.I. del 2009, il preventivo scambio di informazioni tra organizzazioni sindacali e datoriali, oltre ai contratti aziendali che discrezionalmente predispongono corsi di formazione per le rappresentanze dei lavoratori o, ancora di più, prevedono la possibilità di ricontrattare gli obiettivi durante la fase di pendenza della condizione, se nel frattempo questi sono diventati impossibili.

Se l'eventuale apposizione di condizioni impossibili è contrastata, a livello regolamentare, dall'Accordo Interconfederale del 15 aprile 2009 e, a livello contrattuale, dai singoli accordi aziendali, non si può dire lo stesso riguardo altre criticità che sorgono riguardo la classificazione giuridica della retribuzione variabile come condizione sospensiva.

Più in generale, secondo una recente pronuncia del Tribunale di Milano, *“in tema di mancata erogazione di somme pattuite a titolo di retribuzione variabile in relazioni a vicende quali la mancata fissazione di obiettivi, la fissazione di obiettivi irraggiungibili, o la mancata riparametrazione di obiettivi, la fattispecie può essere ricostruita in termine di finzione di avveramento della condizione, ai sensi e per effetti*

*dell'art. 1359 c.c., o secondo la tesi, maggiormente condivisibile, di risarcimento del danno da perdita di chance*"<sup>102</sup>.

L'art. 1359 c.c., in realtà, è stata la disposizione prevalentemente richiamata, in passato, dai lavoratori ricorrenti al giudice al fine di vedersi corrisposta la retribuzione variabile; essa dispone che la condizione è da considerarsi avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa.

Attraverso tale *fictio* di avveramento della condizione, a livello processuale, numerose sono state le sentenze che hanno riconosciuto al lavoratore il diritto a percepire la quota di retribuzione variabile in caso, soprattutto, di mancata fissazione degli obiettivi ad opera della parte datoriale: in questi casi "*il mancato raggiungimento degli obiettivi [...] è dipeso secondo il giudice da un comportamento inadempiente del datore di lavoro che aveva il dovere di indicare al dipendente, con la massima tempestività, gli obiettivi da raggiungere nell'anno, per poter pervenire al riconoscimento della quota di retribuzione variabile*"<sup>103</sup>

La dottrina risalente, suffragata dalle pronunce giurisprudenziali, aveva rilevato che l'art. 1359 c.c. avrebbe consentito, attraverso la finzione di avveramento, di ritenere efficace il contratto quando il fatto impeditivo del verificarsi della condizione fosse dipeso da un comportamento imputabile a titolo di dolo o colpa al soggetto controinteressato, sanzionando in tal modo le condotte contrarie alla correttezza e alla buona fede imposte dal tenore dell'art. 1358 c.c., riguardante proprio il comportamento delle parti nella fase di pendenza della condizione e finalizzato a mantenere integre le ragioni della controparte.

Alla luce di tale indirizzo interpretativo, alla mancata fissazione degli obiettivi conseguirebbe un automatico obbligo per il datore di lavoro di pagare il premio nei confronti del lavoratore nella misura massima consentita e pattuita<sup>104</sup>.

Senza dubbio più recente la riconduzione di tali situazioni nell'alveo del risarcimento del danno per perdita di chance: orientamento interpretativo che, al

---

<sup>102</sup> Tribunale Civile di Milano, Sez. Lav., 12395/2018, in *DeJure*.

<sup>103</sup> CAPURRO F., *Retribuzione – Parte variabile – Mancato raggiungimento dell'obiettivo per mancata consegna in tempo utile del piano bonus – Finzione di avveramento ex art. 1359 c.c. – Applicazione*, in *D&L – Riv. Critica di Diritto del Lavoro*, 2008, 863.

<sup>104</sup> In questo senso si è pronunciata la Corte di Appello di Milano, 21 novembre 2007, in *DeJure*.

contrario, impedirebbe al lavoratore di invocare l'intervento suppletivo del giudice per stabilire i parametri del premio e quantificare il compenso, in caso di mancata fissazione degli obiettivi ad opera della parte datoriale.

Paradigmatica, in tal senso, si è rivelata la sentenza n. 538 del Tribunale di Milano, emessa in data 29 febbraio 2019: in essa, infatti, il giudice di merito ha respinto la domanda del lavoratore diretta all'accertamento del diritto a percepire il bonus nonostante la mancata fissazione degli obiettivi ad opera del datore di lavoro, sancendo la non legittimità di un intervento suppletivo ad opera del giudice circa la fissazione degli obiettivi stessi o la quantificazione del premio.

Secondo la massima di diritto espressa nella citata sentenza, infatti, *“la clausola contrattuale che prevede, in un rapporto di lavoro, l'impegno del datore di lavoro a pagare al dipendente un bonus, la cui corresponsione sia condizionata al raggiungimento di obiettivi da individuare, non è suscettibile di integrazione giudiziale ex art. 2099 c.c. In mancanza di qualsiasi fissazione degli obiettivi condizionanti la spettanza del compenso, non si ravvisa alcun obbligo a carico del datore di lavoro all'erogazione del bonus”*<sup>105</sup>; ciò poiché, argomenta la dottrina, per giustificare l'applicazione della norma che consentirebbe l'intervento suppletivo del giudice ex art. 2099 c.c., dovrebbe sussistere in capo al lavoratore un vero e proprio diritto al percepimento del premio, il quale invece, come sappiamo, deve essere condizionato e reso futuro e incerto nella corresponsione e nell'ammontare.

Il Tribunale di Milano prosegue sul punto seguendo il solco tracciato da una pronuncia della Cassazione del 2014, secondo la quale le omissioni del datore di lavoro integrano un vero e proprio inadempimento contrattuale soggetto agli ordinari principi civilistici, in virtù dei quali il comportamento inadempiente del datore di lavoro dà luogo esclusivamente ad una responsabilità risarcitoria da farsi valere in sede giudiziale<sup>106</sup>.

Allo stesso modo, per l'appunto, si è espresso il giudice di merito nella sentenza del tribunale, stabilendo che *“il lavoratore, ove provi l'ammontare e la natura del danno, potrà chiedere il risarcimento dello stesso”*.

---

<sup>105</sup> Tribunale di Milano, n. 538 del 28 febbraio 2019.

<sup>106</sup> Cass. n. 13959 del 27 marzo 2014.

Dello stesso avviso si è mostrata una pronuncia, di poco successiva, della sezione lavoro della Corte d'Appello di Torino; in questa viene confermata l'impostazione secondo la quale *“l'inadempimento dell'obbligo di individuazione degli obiettivi, strumentale all'attuazione del sistema di incentivazione previsto nel contratto quale componente variabile della retribuzione, pur se inidoneo a costituire titolo per l'azione di pagamento dei premi, può tuttavia fondare il diritto del dirigente al risarcimento del danno costituito dalla perdita della chance di conseguire tali premi”*<sup>107</sup>.

Tutt'altro che privo di ricadute pratiche, tale nuovo orientamento giurisprudenziale ormai largamente condiviso dalla dottrina, opposto rispetto a quello richiamante la *fiction* di avveramento della condizione sospensiva *ex art. 1359*, impone al lavoratore di provare l'effettività e l'entità del pregiudizio subito, gravandolo di un onere probatorio assolutamente non agevole; la mancata automaticità del diritto al risarcimento del danno, inoltre, in applicazione dell'art. 1223 c.c., rende lo stesso meramente eventuale, portando come conseguenza la risarcibilità soltanto della perdita o del mancato guadagno che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del datore di lavoro<sup>108</sup>.

Esplicativa e riassuntiva, in tal senso, si presenta l'ordinanza n. 2293 del 30 gennaio 2018 emessa dalla Corte di Cassazione: in essa i giudici di legittimità hanno ribadito che *“il danno da perdita di chance è un danno (non già attuale, ma) futuro, consistente nella perdita non di un vantaggio economico, ma della mera possibilità di conseguirlo, secondo una valutazione ex ante da ricondursi, diacronicamente, al momento in cui il comportamento illecito ha inciso su tale possibilità in termini di conseguenza dannosa potenziale (Cass. 12 febbraio 2015, n. 2737). Esso consiste in una concreta ed effettiva occasione perduta di conseguire un determinato bene, non in una mera aspettativa di fatto, ma in un'entità patrimoniale a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di valutazione autonoma, che deve*

---

<sup>107</sup> Corte d'Appello di Torino, n. 226 dell'8 maggio 2019.

<sup>108</sup> PODDA R., ROMANO I., *Retribuzione variabile, nessun diritto al bonus se non sono fissati gli obiettivi*, in *Il Sole 24 Ore*, 15, 5 aprile 2019, 31.

*tener conto della proiezione sulla sfera patrimoniale del soggetto (Cass. 25 agosto 2014, n. 18207; Cass. 20 giugno 2008, n. 16877)''<sup>109</sup>.*

Come si diceva, emerge chiaramente la gravosità dell'onere probatorio imposta da questa ricostruzione: il lavoratore, infatti, in caso di omessa definizione degli obiettivi ad opera della controparte datoriale, è tenuto, al fine di recepire il premio, ad allegare e dimostrare la circostanza che egli avrebbe potuto conseguire in tutto o in parte i premi ricollegati agli obiettivi, se essi fossero stati determinati.

Ben si comprende come l'allegazione di tale prova imponga, in capo al lavoratore, l'effettuazione di un giudizio di tipo prognostico in grado di dimostrare l'esistenza della *chance* perduta proprio a causa della mancata determinazione degli obiettivi da parte del datore di lavoro.

In ultimo, riguardo l'onere probatorio in capo al soggetto che intende ottenere il risarcimento del danno da perdita di *chance*, è utile richiamare un'altra pronuncia (più recente rispetto l'ordinanza sopracitata) della Corte d'Appello di Catania, la quale conferma che "*grava su chi richiede il risarcimento dare la prova dell'entità del danno subito in virtù dell'inadempimento dell'altra parte*"<sup>110</sup>.

---

<sup>109</sup> Cass., ordinanza n. 2293 del 30 gennaio 2018.

<sup>110</sup> Corte d'Appello di Catania n. 359 del 10 aprile 2019.

### **CAPITOLO III:**

#### ***POLITICHE RETRIBUTIVE DEL TOP MANAGEMENT E PROGETTAZIONE DEI PIANI DI TOTAL REWARD. LE REAZIONI A LIVELLO COMUNITARIO E NAZIONALE AGLI ECCESSI RETRIBUTIVI***

##### **1- I LAVORATORI POSTI AL VERTICE DELL'IMPRESA: AMMINISTRATORI E DIRIGENTI. NATURA GIURIDICA E PRECISAZIONI TERMINOLOGICHE**

Nel corso del secondo capitolo, parlando delle funzioni astrattamente attribuibili alla retribuzione in forma variabile, è emerso che la funzione incentivante, caratteristica dei sistemi retributivi classici, si è progressivamente affievolita nel tempo per molteplici ragioni, limitando l'istituto a una funzione redistributiva della ricchezza prodotta dall'impresa.

Questa deriva, dovuta alle spinte egualitarie dei sindacati e assecondata dalle nuove esigenze di flessibilità (che legano l'erogazione della retribuzione aggiuntiva alla capacità dell'impresa di pagare i propri dipendenti, e non ai risultati da essi conseguiti), si arresta di fronte alla comparsa di una relativamente nuova figura professionale: il *manager*.

In altre parole, la retribuzione flessibile recupera vistosamente la sua funzione incentivante quando essa è prevista in favore dei lavoratori posti al vertice dell'organizzazione aziendale, allineando contemporaneamente gli interessi di questi ultimi a quelli propri dei titolari dell'impresa.

Al fine di comprendere meglio quanto appena riportato, appare opportuno, in via preliminare, qualificare giuridicamente i lavoratori apicali, così chiamati sulla base delle gerarchie individuabili all'interno di ogni organizzazione aziendale.

Riguardo il concetto di impiego manageriale si ritiene corretto adottare la teoria proposta da Roger Mansfield, secondo la quale rientra nella definizione di *manager*

qualsiasi figura che, posta all'interno di un sistema-azienda gerarchizzato, è nella posizione di impartire legittimamente ordini a dei lavoratori subalterni.<sup>111</sup>

Inoltre, l'esercizio di funzioni manageriali prevede, in ogni caso, il compimento di attività caratterizzate da un notevole livello di autonomia decisionale, circostanza che non è ravvisabile all'interno del rapporto di lavoro subordinato "tipico"; allo stesso tempo, però, tale livello di autonomia non consente di integrare la fattispecie di colui che, in veste di imprenditore *ex art. 2082 c.c.*, opera in maniera del tutto autonoma e indipendente nel dirigere l'impresa.

Questa considerazione, coordinata con la susposta teoria di Mansfield, conduce ad individuare due tipologie di figura professionale in grado di svolgere l'attività di gestione aziendale: quella dell'amministratore di società e quella, individuabile tra le categorie del lavoro subordinato, del dirigente *ex art. 2095 c.c.*

Prima di trattare della possibile sovrapposizione tra le funzioni di queste due figure professionali, sembra opportuno tentare di qualificarle separatamente secondo la natura giuridica dei rispettivi rapporti di lavoro.

Intorno alla qualifica giuridica da attribuire all'amministratore di società si è costruito nel tempo un interessante dibattito giurisprudenziale, il quale sembra aver trovato la propria conclusione solo in una recente pronunzia della Cassazione a Sezioni Unite Civili del 2017.

Prima dell'avvento di tale autorevole giurisprudenza, riguardo la natura giuridica del rapporto intercorrente tra l'amministratore e la società, si sono avvicendate due teorie a livello dottrinale: la teoria contrattualistica, secondo cui l'amministratore e la società sono legati da un rapporto di tipo contrattuale; la teoria organica, secondo cui manca ogni dualismo tra amministratore e società, configurandosi un'immedesimazione dell'organo nella persona giuridica che rappresenta<sup>112</sup>.

La prima teoria aveva aperto la strada alla configurabilità di un rapporto di lavoro parasubordinato, rinvenendo nella prestazione dell'amministratore le

---

<sup>111</sup> Per una più estesa disamina, si veda MANSFIELD R., *Il compito del management*, in *Managerial roles in industrial relations*, (a cura di) Poole M. e Mansfield R., Farnborough (UK), 1980.

<sup>112</sup> CAPURRO M., intervento presso il convegno AIDP del 14 giugno 2017, nel quale vengono ripercorse le tappe che hanno portato al ribaltamento della sentenza 10860/1994, quindi al superamento della teoria contrattualistica in favore di quella organica.

caratteristiche della continuità, del coordinamento e del carattere prevalentemente personale.

La teoria organica, invece, escludeva l'esistenza di un contratto basandosi sull'impossibilità di distinguere l'amministratore dalla società; l'amministratore infatti, secondo tale prospettiva, non si limita a fornire una prestazione lavorativa a vantaggio dell'ente, ma rappresenta proprio la persona fisica con cui si identifica l'organo amministrativo.

In altre parole, il fatto che l'amministratore sia l'organo esecutivo della società che garantisce il corretto funzionamento e il perseguimento del suo scopo, comporta che egli non possa essere considerato come un soggetto terzo rispetto alla società stessa<sup>113</sup>.

Un tentativo volto a dirimere tale contrasto dottrinale fu effettuato dalle Sezioni Unite della Corte Suprema già nella pronuncia n. 10680 del 1994: in essa i giudici di legittimità si mostrarono più propensi a tendere verso la teoria contrattualistica sopra enunciata, qualificando il rapporto tra amministratore e società come parasubordinato, ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c.; le motivazioni di tale decisione si fondarono sul fatto che l'esistenza di un rapporto organico, in virtù del quale l'amministratore impersona la società all'esterno, non avrebbe in astratto negato la possibilità di istituire un vincolo anche di fonte contrattuale tra l'amministratore stesso e l'ente da lui gestito.

Le Sezioni Unite, soprattutto, tentarono di evidenziare la circostanza per la quale l'attività che l'amministratore è tenuto a prestare, in favore della società, presentava i caratteri della personalità, della continuazione e della coordinazione, e che dunque rientrava nella previsione dell'art. 409 c.p.c.; argomentarono, inoltre, che il fatto che tale attività fosse finalizzata al perseguimento dello scopo sociale non impediva di considerarla come un'attività di tipo parasubordinato.

Tale impianto, per la verità caratterizzato *ab origine* da una certa instabilità dovuta alle diverse posizioni della dottrina, sembra aver trovato una soluzione, come si diceva, nella pronuncia n. 1545 del 2017, sempre proveniente dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

---

<sup>113</sup> In tal senso, le sentenze Cass. Civ. 22046/2014 e 2759/2016, in [www.italgiure.it](http://www.italgiure.it).

La soluzione interpretativa accolta dai giudici di legittimità si rivela esattamente di segno opposto rispetto a quella accolta più di venti anni prima dalla stessa Corte, in quanto sposa la tesi dell'immedesimazione organica e, dunque, della natura societaria del rapporto tra amministratore e società<sup>114</sup>.

Con la rivoluzionaria pronuncia in esame, infatti, viene ora affermato che l'amministratore è il "vero egemone" dell'ente societario, asserendo che spetta a lui esclusivamente la gestione dell'impresa, con il solo limite nei confronti di quegli atti che non rientrano nell'oggetto sociale; il potere di rappresentanza generale attribuito agli amministratori, inoltre, viene chiamato generale e quindi esteso anche agli atti estranei, in questo caso, all'oggetto sociale.

Ampliando la disamina ai rapporti intercorrenti tra assemblea dei soci e amministratori, la citata pronuncia nega la presenza di un vincolo di coordinamento imposto a questi ultimi dall'assemblea stessa: ciò emerge dall'art. 2380 *bis* c.c., il quale attribuisce la gestione dell'impresa in via esclusiva all'amministratore, e dall'art. 2364 c.c., secondo cui l'assemblea ordinaria delibera sugli altri oggetti attribuiti dalla legge alla competenza dell'assemblea nonché sulle autorizzazioni eventualmente richieste dallo statuto per il compimento di atti degli amministratori<sup>115</sup>.

Da ciò si deduce che la competenza gestoria dell'assemblea ha carattere delimitato e specifico: essa sussiste solo per gli atti espressamente attribuiti dalla legge; la competenza degli amministratori, invece, ha carattere generale e sussiste per tutti gli atti d'impresa che non siano riservati all'assemblea.

In altre parole, la competenza degli amministratori lascia il campo a quella dell'assemblea solo laddove si tratti di atti che comportino una sostanziale modifica dell'oggetto sociale.

A sostegno di tali argomentazioni, inoltre, le Sezioni Unite evidenziano come il d.lgs. n. 168/2003, all'art. 3, comma 2, aveva provveduto ad attribuire al tribunale delle imprese la competenza nelle controversie "*relative a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario*"; risulta in questo caso agevole constatare come tra i "rapporti societari" debba necessariamente rientrare il rapporto tra società e

---

<sup>114</sup> GERIA F., *Amministratore di società e rapporto di lavoro*, Milano, 2019, 13.

<sup>115</sup> CAMPOBASSO G. F., *Diritto commerciale, Vol. II, Diritto delle società*, Milano, 2020, 353.

amministratori: i compiti che la società affida al suo amministratore, infatti, riguardano la gestione stessa dell'impresa, costituita da un insieme variegato di atti materiali, negozi giuridici e operazioni complesse<sup>116</sup>.

Venendo alla figura del dirigente così come enunciata *ex art. 2095 c.c.*, le difficoltà che qui si presentano sono relative al suo non agevole collocamento nell'alveo del lavoro subordinato.

Non sono rinvenibili fonti legislative in grado di fornire una nozione autentica di dirigente, pertanto si è consolidata la prassi secondo la quale è la stessa contrattazione collettiva a definire i contorni e le caratteristiche tipiche della suddetta figura; guardando ai contratti collettivi nazionali stipulati nei vari settori, pertanto, emerge la seguente definizione: è dirigente colui che, pur essendo un prestatore di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*, ricopre in azienda un ruolo caratterizzato da elevati standard di professionalità, autonomia e discrezionalità nelle scelte che deve compiere, oltre a svolgere funzioni aziendali volte a promuovere e coordinare l'impresa nel raggiungimento dei suoi obiettivi strategici.

L'astrattezza e la genericità dei criteri elaborati dalla contrattazione collettiva, però, hanno condotto la giurisprudenza ad intervenire nel dibattito, con lo scopo di definire meglio l'identità della figura professionale in questione.

Lo sforzo della giurisprudenza, effettuato osservando la struttura gerarchica aziendale e non le effettive mansioni svolte dal dirigente, ha portato la stessa ad affermare, in un primo momento, la teoria secondo la quale il dirigente andrebbe visto come un *alter ego* dell'imprenditore titolare dell'azienda; senza soffermarsi troppo su tale ricostruzione, sembra necessario rilevare la principale criticità collegata ad essa: è chiaro come, infatti, il dirigente possa essere un *alter ego* dell'imprenditore solo nei casi in cui, concretamente, possenga ampi poteri decisionali tali per cui è lecito considerarlo un sostituto dell'imprenditore stesso.

Poiché, osservando la prassi delle organizzazioni aziendali, ciò non sempre accade, andrebbe a crearsi un'ulteriore distinzione all'interno della categoria dei dirigenti: dirigenti apicali e dirigenti "super-impiegati" (o pseudo-dirigenti), locuzione

---

<sup>116</sup> BOLOGNA S., *Sulla natura giuridica del rapporto tra amministratore e società per azioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, III, 399.

che esprime chiaramente una posizione intermedia, dovuta alle scarse attribuzioni riconosciute ai dirigenti non di vertice.

Tale considerazione ha condotto la giurisprudenza più recente a cambiare opinione riguardo l'orientamento che configurava il dirigente come *alter ego* dell'imprenditore; la nuova impostazione, pur analizzando la figura del dirigente in un'ottica che tiene conto dell'organizzazione d'impresa, tende ora a valorizzare il suo reale apporto, prescindendo dalla posizione (apicale o meno) che egli può trovarsi ad occupare: si dice, pertanto, che *“la qualifica di dirigente non spetta al solo prestatore di lavoro che, come alter ego dell'imprenditore, ricopra un ruolo di vertice nell'organizzazione o, comunque, occupi una posizione tale da poter influenzare l'andamento aziendale, essendo invece sufficiente che il dipendente, per l'indubbia qualificazione professionale, nonché per l'ampia responsabilità in tale ambito demandata, operi con un corrispondente grado di autonomia e responsabilità, dovendosi, a tal fine, far riferimento, in considerazione della complessità della struttura dell'azienda, alla molteplicità delle dinamiche interne nonché alle diversità delle forme di estrinsecazione della funzione dirigenziale (non sempre riassumibili a priori in termini compiuti) ed alla contrattazione collettiva di settore, idonea ad esprimere la volontà delle associazioni stipulanti in relazione alla specifica esperienza nell'ambito del singolo settore produttivo”*<sup>117</sup>.

Questo orientamento, pertanto, comporta l'abbandono della visione monolitica che equiparava il dirigente al solo *top manager*, abbracciando invece una visione che consente di individuare, accanto al dirigente apicale, tutta una serie di figure intermedie le quali, pur rientrando nella qualifica di dirigente, sono diversamente graduate a seconda del loro livello di responsabilità, autonomia, potere decisionale e discrezionalità.

Come si diceva, però, ciò non porta al disconoscimento di quella figura che effettivamente, a causa dell'elevato grado di autonomia, si presenta come un possibile sostituto dell'imprenditore: la citata sentenza, infatti, allarga il campo entro il quale è possibile ricondurre un lavoratore alla qualifica di dirigente, ma, neanche troppo

---

<sup>117</sup> Cass. Civ. n. 14835 del 24 giugno 2009.

implicitamente, conferma che, all'interno della categoria stessa, è ben possibile configurare concretamente un dirigente *alter ego* dell'imprenditore.

Ciò è confermato dalle più recenti pronunce dei giudici di legittimità, nei casi in cui si sono trovati a dover decidere della qualifica giuridica da attribuire a rapporti di lavoro connotati da una posizione intermedia tra la categoria del lavoro autonomo da quella del lavoro subordinato; in ordine a tale quesito, secondo la più recente giurisprudenza della Suprema Corte, *“ai fini della qualificazione come lavoro subordinato del rapporto di lavoro del dirigente, quando questi sia titolare di cariche sociali che ne fanno un "alter ego" dell'imprenditore (preposto alla direzione dell'intera organizzazione aziendale o di una branca o settore autonomo di essa), è necessario - ove non sussista, al pari del caso di specie qui in esame, alcuna formalizzazione di un contratto di lavoro subordinato di dirigente - verificare se il lavoro dallo stesso svolto possa comunque essere inquadrato all'interno della specifica organizzazione aziendale, individuando la caratterizzazione delle mansioni svolte, e se possa ritenersi assoggettato, anche in forma lieve o attenuata, alle direttive, agli ordini e ai controlli del datore di lavoro, nonché al coordinamento dell'attività lavorativa in funzione dell'assetto organizzativo aziendale”*<sup>118</sup>.

Riassumendo, si può dire che i criteri ermeneutici utilizzati dalla Cassazione al fine di qualificare il rapporto di lavoro del dirigente come subordinato sono: l'inserimento all'interno dell'organizzazione aziendale, l'individuazione di specifiche mansioni ad opera della parte datoriale, l'emanazione di indicazioni (seppur generali) di carattere programmatico e, infine, il coordinamento dell'attività lavorativa in funzione delle esigenze aziendali; laddove si accerti che il datore di lavoro abbia posto in essere tali attività *latu sensu* direttive, non possono sorgere dubbi in ordine alla qualifica giuridica entro la quale ricondurre il dirigente.

Tale orientamento della Corte è stato confermato dalla più recente sentenza emessa dalla Corte d'Appello di Milano, laddove viene affermato ancora più esplicitamente che *“costituisce requisito fondamentale del rapporto di lavoro subordinato, ai fini della sua distinzione dal rapporto di lavoro autonomo, il vincolo di soggezione del lavoratore al potere direttivo, organizzativo e disciplinare del datore*

---

<sup>118</sup> Cass. n. 29761 del 19 novembre 2018, in [www.italgiure.it](http://www.italgiure.it).

*di lavoro, il quale discende dall'emanazione di ordini specifici, oltre che dall'esercizio di un'assidua attività di vigilanza e controllo dell'esecuzione delle prestazioni lavorative, mentre, elementi quali l'assenza del rischio, l'osservanza di un orario e la cadenza e la misura fissa della retribuzione assumono natura meramente sussidiaria e non decisiva. La necessità dei richiamati tratti distintivi non recede, peraltro, nemmeno nel caso in cui la rivendicazione della subordinazione sia relativa al rapporto di lavoro del dirigente o del quadro”<sup>119</sup>.*

### **1.1- LA COMPATIBILITÀ TRA LA CARICA SOCIALE DI AMMINISTRATORE E LA PRESTAZIONE DI LAVORO SUBORDINATO**

La soluzione alla quale la giurisprudenza è approdata, riguardo la natura giuridica del rapporto intercorrente tra amministratore di società e società stessa, sposa, come si è detto, la teoria dell'immedesimazione organica.

Appare opportuno precisare, però, che tale ricostruzione concerne esclusivamente la figura dell'amministratore nelle sue funzioni tipiche di gestione e rappresentanza dell'ente societario, ossia come soggetto che, immedesimandosi nella società, le consente di agire e raggiungere i propri fini imprenditoriali.

In altre parole, il rapporto organico così prospettato interessa soltanto i terzi per i quali gli atti giuridici compiuti dall'organo vengono imputati alla società, con la conseguenza che, sempre verso i terzi, assume rilevanza solo la persona giuridica rappresentata, non anche la persona fisica che materialmente compie l'atto.

La circostanza per la quale tale immedesimazione organica, tra amministratore e società, riguardi solo i terzi, conduce ad ammettere la possibilità che nei rapporti interni possano sussistere obbligazioni contrattualmente assunte da parte dell'amministratore e nei confronti della società<sup>120</sup>.

Ciò andrebbe a configurare, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, un rapporto - tra ente societario e persona fisica che lo rappresenta - autonomo e parallelo rispetto a quello di immedesimazione organica nei confronti dei terzi; un

---

<sup>119</sup> Corte d'Appello di Milano n. 558 del 27 maggio 2019, in [www.ca.milano.it](http://www.ca.milano.it).

<sup>120</sup> Cass. 18476/2014; Cass. SS.UU. 1545/2017, in [www.italgiure.it](http://www.italgiure.it).

rapporto che, disponendosi parallelamente ed aggiuntivamente rispetto a quello che regola i rapporti con soggetti estranei all'ente, regola internamente ed a livello contrattuale le attribuzioni e le mansioni che dovranno essere svolte dall'amministratore.

Sono frequenti, nella prassi, rapporti di lavoro nei quali un amministratore di società si obbliga contrattualmente anche a svolgere attività lavorative di tipo dirigenziale per la società stessa; ciò che si osserva concretamente, pertanto, è una sovrapposizione tra la figura dell'amministratore e quella, di carattere subordinato *ex artt. 2094 e 2095 c.c.*, del dirigente.

Numerose, anche riguardo quest'aspetto, le pronunce ad opera della giurisprudenza, la quale ha chiarito che chi intende far valere, in sede giurisdizionale, la presenza di un legame di tipo subordinato (nonostante le cariche sociali che vanno ad evidenziare la qualifica di amministratore) ha l'onere di provare l'assoggettamento al potere direttivo, di controllo e disciplinare dell'organo di amministrazione della società nel suo complesso; affinché sia possibile riconoscere al soggetto la qualifica di lavoratore subordinato, inoltre, egli dovrà dimostrare di essere assoggettato all'attribuzione di mansioni diverse dalle funzioni proprie della carica sociale rivestita<sup>121</sup>.

In altre parole, ai fini della compatibilità tra la carica di amministratore e quella di lavoratore subordinato (nella maggior parte dei casi, si ricordi, tale sovrapposizione avviene tra amministratore e dirigente) è necessario verificare, caso per caso, se l'attività lavorativa svolta possa comunque essere inquadrata all'interno della specifica organizzazione aziendale e se l'amministratore-dirigente possa ritenersi assoggettato, ovviamente anche in forma più lieve e attenuata rispetto al lavoratore subordinato di qualifica inferiore, alle direttive, agli ordini e ai controlli dell'organo di amministrazione della società nel suo complesso, nonché al coordinamento dell'attività lavorativa in funzione dell'assetto organizzativo aziendale<sup>122</sup>.

Guardando i casi concretamente analizzati dalla giurisprudenza, sembra ragionevole affermare che non sorgono particolari problemi in ordine alla

---

<sup>121</sup> In tal senso, Cass. 18414/2013; Cass. 14023/2015; Cass. 22689/2018, in *www.italgiure.it*.

<sup>122</sup> DI CORRADO G., *Amministratore e società: natura e qualificazione del rapporto*, in *Riv. Diritto e Pratica del lavoro*, 2017, 1427.

compatibilità tra le suddette figure quando ci si trovi in presenza di un soggetto che svolga attività, contrattualmente sancite, estranee rispetto ai poteri di gestione collegati alla carica rivestita all'interno dell'organizzazione societaria<sup>123</sup>.

Sono casi particolari, invece, quelli concernenti l'amministratore unico e l'amministratore delegato.

L'amministratore unico è il soggetto che detiene il potere di esprimere, da solo, la volontà propria dell'ente societario, oltre ad esercitare i poteri di controllo, di direzione e il potere disciplinare; in tal caso deve essere necessariamente esclusa la compatibilità tra la carica di amministratore e quella di lavoratore subordinato, non essendo tale soggetto sottoposto a nessun altrui potere<sup>124</sup>.

Per quanto concerne l'amministratore delegato, invece, è intervenuto di recente l'Inps attraverso un proprio Messaggio<sup>125</sup>, secondo il quale è necessario osservare la concreta portata della delega conferita dal consiglio di amministrazione a tale organo, ai fini dell'ammissibilità o meno della coesistenza della carica di amministratore delegato con quella di lavoratore dipendente.

Nei casi in cui l'amministratore sia munito di delega generale con facoltà di agire senza il consenso del consiglio di amministrazione si ritiene corretto, pertanto, escludere la compatibilità tra la carica sociale e un valido rapporto di lavoro subordinato.

Al contrario, l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione all'amministratore delegato del solo potere di rappresentanza ovvero di deleghe specifiche (e dall'ambito di manovra delimitato) non impedisce, in astratto, l'instaurazione di un parallelo rapporto di lavoro subordinato; si ricordi in ogni caso, però, che per provare la sua sussistenza ed ottenere le relative tutele in sede processuale dovrà essere sempre provata nel caso concreto la presenza del vincolo di eterodirezione, anche in capo al soggetto che rivesta cariche sociali.

---

<sup>123</sup> Cass. 6699/2016, in *www.italgiure.it*.

<sup>124</sup> In tal senso, Cass. 19050/2015; Cass. 6852/2015, in *www.italgiure.it*.

<sup>125</sup> Messaggio Inps n. 3359 del 19/09/2019.

## 2- INTRODUZIONE ALLA PROSPETTIVA MANAGERIALE NELLA FASE DI GESTIONE DELL'IMPRESA SOCIETARIA

Dopo aver inquadrato le concrete figure professionali che, secondo le categorie giuridiche proprie del nostro ordinamento, possono svolgere il ruolo di *manager*, sembra opportuno concentrarsi sui sistemi retributivi utilizzati, a livello societario, per remunerare tale tipo di prestazioni.

Un'ultima premessa, doverosa per comprendere meglio la peculiarità dell'attività lavorativa del *manager*, riguarda il ruolo concreto che esso è chiamato a svolgere all'interno dell'organizzazione aziendale, prescindendo, in questo caso, dalla natura giuridica del rapporto che lo lega all'ente societario.

Negli anni '60, in Italia, principalmente a causa del lento processo di sviluppo industriale, non vi era molto interesse riguardo le teorie che prevedevano una scissione tra proprietà e gestione dell'impresa: il tessuto socio-industriale, infatti, prevedeva esclusivamente imprese di ridotte dimensioni e, quindi, caratterizzate da una gestione accentrata da parte del titolare.

Con l'avvento degli anni '80, però, la sfida della produttività a livello globale ha imposto un cambio di rotta anche al nostro Paese, comportando una maggior attenzione alla gestione dell'attività d'impresa in modo oculato, oltre che reattivo alle nuove esigenze di flessibilità.

Forse anche questo sviluppo non organico della figura professionale del *manager*, si dice, potrebbe aver causato la già menzionata confusione riguardo la sua individuazione sistematica nelle categorie del diritto da noi conosciute; di certo tale incertezza si riverbera oggi nell'indecisione sulle prassi e sugli strumenti utilizzabili dal *manager*, finendo così per renderlo astrattamente assimilabile, come si diceva in precedenza, a figure professionali anche molto diverse tra loro<sup>126</sup>.

L'attività manageriale, secondo gli studi più recenti, deve essere analizzata osservando separatamente tutti i ruoli che tale figura concretamente svolge; Mintzberg, identificando il manager come il centro propulsore dell'organizzazione produttiva, ha teorizzato nei suoi studi due ruoli principali, che sono: assicurare l'efficienza dei

---

<sup>126</sup> ZOPPOLI A., *Incentivazione e lavoro manageriale: spunti per una ricerca*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, 1991, I, 48.

processi produttivi dell'azienda, assicurare che l'organizzazione segua gli obiettivi fissati dai soggetti che la controllano.

Pertanto, secondo tale prospettiva, la "managerialità" si esprime nella tensione verso il raggiungimento di determinati risultati ottenuti mediante la coordinazione di compiti di una pluralità di soggetti lavoratori; l'attività del *manager*, quindi, è plasmata e modellata sull'obiettivo finale da raggiungere.

Da tale ultimo assunto discendono due importanti corollari: il primo conferma la circostanza, in parte già constatata, per la quale il rischio d'impresa, proprio dell'imprenditore, caratterizza anche inevitabilmente il lavoro del *manager*; d'altra parte, l'immedesimazione così forte, tra attività lavorativa e tensione al risultato, conduce a valutare l'efficacia del lavoro del management avendo cura quasi esclusivamente del grado di conseguimento degli obiettivi.

Questa serie di considerazioni, svolta in via preliminare, dovrebbe consentire di analizzare in maniera più approfondita il ruolo che la parte variabile della retribuzione svolge nel lavoro manageriale.

Parlare di funzione di coinvolgimento del lavoratore, nel caso del *manager*, sembra essere oltremodo riduttivo, in quanto, come detto in precedenza, l'allineamento degli interessi tra imprenditore e tale figura professionale è una caratteristica intrinseca di questo tipo di rapporto: il *manager*, per professione, persegue interessi decisamente convergenti ed allineati con quelli del soggetto titolare dell'impresa.

Alla luce di quanto appena affermato, si potrebbe dire che, nel caso del *management*, gli incentivi retributivi siano espressione dell'autonomia riconosciuta al gestore dell'impresa da parte di chi ne è titolare; data la coincidenza di obiettivi tra questi due soggetti, la retribuzione variabile non è ciò che motiva il *manager*, ma è ciò che esprime il suo assoggettamento al rischio d'impresa, consentendo al contempo di distribuire porzioni di potere e responsabilità, capillarizzando il controllo sui risultati da raggiungere.

Tale ipotesi è in parte confermata dalle prassi aziendali, le quali dimostrano come l'incidenza degli emolumenti flessibili, rispetto al trattamento economico complessivamente percepito, aumenti con il crescere delle responsabilità e dei poteri collegati al ruolo ricoperto all'interno della gerarchia aziendale.

In realtà non risulta agevole reperire, dalle prassi aziendali, dati esaurienti riguardo gli indicatori *ex ante* o i parametri di valutazione utilizzati *ex post*; ciò a causa della scarsa formalizzazione e procedimentalizzazione delle pratiche incentivanti, oltre al carattere prettamente individuale delle negoziazioni.

Per la figura professionale del *manager*, infatti, lo spazio riconosciuto all'autonomia collettiva nella fase di contrattazione è molto limitato rispetto ad altre categorie: anche quando il soggetto dotato di funzioni gestorie sia qualificabile come un dirigente *ex art. 2095 c.c.* (e quindi riconducibile al prestatore di lavoro subordinato *ex art. 2094 c.c.*), appare molto ridotta l'esigenza, per i soggetti appartenenti a tale categoria, di aggregarsi in compagini collettive al fine di riequilibrare la forza contrattuale opposta.

Ciò che è osservabile, in ogni caso, è la preponderanza di sistemi di incentivazione contrattati individualmente e basati principalmente, come si diceva, sulla valutazione dei risultati raggiunti: questi sistemi vengono identificati, secondo un linguaggio economico-aziendale ormai risalente, come "MBO", ovvero *Management by Objectives*; per la fascia più alta del *management*, inoltre, sono frequenti i cosiddetti "incentivi di successo", i quali, rendendo impossibile la definizione a priori degli obiettivi da raggiungere, premiano l'ulteriore quota di rischio di impresa che il lavoratore decide di assumersi.

Risulta correlata a tale aspetto l'ultima considerazione che si intende fare, riguardo la scelta degli indicatori su cui parametrare l'erogazione della retribuzione variabile, ovvero su cui valutare la *performance* del *manager*: al di là della scelta dei singoli indici da adottare, infatti, la difficoltà ulteriore, nel caso di incentivi posti nei confronti dei lavoratori posti al vertice dell'impresa, sarà quella di miscelare correttamente tali parametri, al fine di evitare comportamenti opportunistici volti alla massimizzazione dei risultati nel breve periodo a danno degli obiettivi di lungo periodo<sup>127</sup>.

---

<sup>127</sup> BOFFELLI G., *Remunerare gli amministratori: compensi, incentivi e governance*, in *I quaderni della Scuola di Alta Formazione*, n. 39, Milano, 2011, 19.

### **3- I SISTEMI DI CORPORATE GOVERNANCE E I PROBLEMI SOLLEVATI DALL'AGENCY THEORY. IL RUOLO DELLE POLITICHE RETRIBUTIVE DEL MANAGEMENT**

Parlando di gestione societaria, un tema sempre più di attualità risulta essere quello sorto riguardo la *corporate governance*.

Osservando il comportamento della letteratura economica e giuridica sull'argomento, il dibattito sulla *corporate governance* sembrerebbe essere sorto nel corso degli ultimi quindici anni.

In realtà, le origini di tali studi sono rinvenibili già nei lavori di Berle e Means risalenti al 1932<sup>128</sup>, ripresi e sviluppati da Adam Smith nel 1838<sup>129</sup>, riguardanti le problematiche delle grandi *corporations* americane relative alla netta separazione tra titolarità (o proprietà) e gestione dell'impresa.

Il rinnovato interesse, negli ultimi quindici anni, per tali materie non è, purtroppo, meramente accademico, ma strettamente legato alla profonda crisi economica globale iniziata dal 2008 e agli scandali finanziari ad essa conseguenti.

Procedendo per gradi, la crisi del 2008, iniziata negli Stati Uniti a causa dei mutui cosiddetti “*subprime*”, è stata di natura intrinsecamente finanziaria ed ha portato quale conseguenza un crollo delle quotazioni dei titoli del settore finanziario decisamente più marcato rispetto ad altri settori dell'economia.

Il crollo delle quotazioni dei titoli è coinciso, a causa degli azionisti insoddisfatti e, soprattutto, degli importanti investitori istituzionali, con un ricambio dei soggetti<sup>130</sup> che rivestivano, all'epoca, ruoli rilevanti in ordine alla gestione dell'impresa, ovvero i *CEO* ed i *manager* al vertice delle società.

L'estromissione di tali figure, però, è stata sprovvedutamente accompagnata dall'erogazione nei loro confronti di indennità di fine rapporto eccessivamente sostanziose, oltre che del tutto ingiustificate alla luce delle *performance* e dei (non) risultati da questi ottenuti.

---

<sup>128</sup> BERLE A. A., MEANS G. C., *The modern corporations and private property*, New York, 1932.

<sup>129</sup> SMITH A., *The wealth of the Nations*, London, 1838.

<sup>130</sup> MARCHETTINI P., *Le remunerazioni del top management in Europa: eccessi crisi, reazioni e convergenza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Il Mulino – Rivisteweb*, 2014, II, 521.

Pertanto, in maniera paradossale, gli stessi soggetti additati quali “colpevoli” della crisi dalla massa di investitori, hanno finito per aggravarla con l’emersione di scandali relativi ai loro compensi.

L’opinione pubblica, che in alcuni casi ha persino scaturito reazioni a livello normativo in vari paesi, ha anche contribuito alla nascita di un nuovo dibattito in tema di *executive compensation*; gli eccessi retributivi e, più in generale, le politiche di remunerazione del *top management*, sono così diventati temi caldi da risolvere attraverso l’impostazione e l’implementazione di sistemi efficienti di *corporate governance*.

Economisti, giuristi e studiosi in generale non sono giunti ad una definizione condivisa di *corporate governance*, essendo concordi solamente sulla tensione all’equilibrio degli organi preposti alla gestione dell’impresa.

Ciò ha condotto alla proliferazione di numerose definizioni di governo societario, con relative teorie riguardanti, ad esempio, la migliore allocazione dei capitali, l’ottimizzazione della forza lavoro, l’analisi dei mercati finanziari.

Negli Stati Uniti, dove il termine ebbe origine, con la locuzione “*corporate governance*” si intendeva il complesso dei rapporti intercorrenti tra i diversi organi sociali (assemblea, amministratori, revisori) e la relativa tensione, come detto, al loro equilibrio e alla loro efficiente cooperazione.

In Gran Bretagna, invece, il governo societario veniva definito come quel sistema, composto da molteplici elementi, attraverso il quale attuare la direzione e il controllo di una determinata azienda.

Secondo entrambe le ricostruzioni proposte, è evidente come assumano rilevanza primaria i rapporti reciproci tra l’amministrazione, al quale è affidata la gestione dell’impresa, e l’organo che esercita l’attività di controllo sulla gestione.

La *corporate governance*, pertanto, potrebbe essere intesa come il sistema di strutture organizzative, controlli ed operazioni finalizzate al conseguimento di determinati obiettivi; tuttavia, tale definizione, nel contesto in continua evoluzione in cui le imprese si trovano ad operare, sarebbe riduttiva laddove gli obiettivi siano riferibili esclusivamente a *target* di produttività (o redditività) da raggiungere.

Infatti, secondo l’attuale definizione di *corporate governance*, gli obiettivi da raggiungere attraverso l’attuazione di un buon governo societario dovrebbero

riguardare anche la sostenibilità dell'impresa nel lungo periodo, l'attrazione e la fidelizzazione dei dipendenti migliori, il ridotto impatto ambientale, la creazione di un clima aziendale virtuoso, la cura degli interessi di tutte le figure coinvolte nel processo produttivo, oltre che un rapporto trasparente e proficuo con i clienti.

Come si intuisce, è possibile ricostruire la locuzione *corporate governance* secondo numerose accezioni: giuridica, sociologica, economica, etica; ponendosi in una prospettiva intermedia tra l'accezione giuridica e quella economica, si può affermare che un buon governo societario debba tener conto degli interessi di tutti i soggetti coinvolti nella gestione dell'impresa, oltre che fornire i criteri per la loro graduazione, muovendosi costantemente nel perimetro delineato dalle leggi che regolano il determinato tipo societario e i concreti rapporti giuridici intercorrenti tra i predetti soggetti.

In altre parole, l'espressione "*corporate governance*" esprime, sintetizzandolo, il tema dell'organizzazione, gestione e controllo dell'impresa, al fine di comporre i numerosi interessi in esso convergenti<sup>131</sup>.

In questa prospettiva, considerando il *manager* come la figura preposta alla gestione dell'impresa, è agevole concepire la *corporate governance* come il mezzo più idoneo per organizzare l'attività di gestione operata dal management; non solo, un buon governo societario, oltre a stabilire a priori un indirizzo riguardo le strategie adottabili dall'organo preposto alla gestione societaria, è in grado di monitorarne costantemente l'attività, contemperando gli interessi di massimizzazione del valore con quelli relativi ad altri soggetti coinvolti nella vita dell'impresa.

Per una definizione "istituzionale" di *corporate governance*, è possibile fare riferimento alle indicazioni formulate nel 2004 dall'OCSE, secondo le quali "*il governo societario definisce la struttura attraverso cui vengono fissati gli obiettivi della società, vengono determinati i mezzi per raggiungere tali obiettivi e vengono controllati i risultati. Un buon governo societario dovrebbe assicurare al consiglio di amministrazione e ai dirigenti incentivi adeguati alla realizzazione di obiettivi in linea*

---

<sup>131</sup> ZANOBIO M., *Aspetti teorici della Corporate Governance*, in *Quaderni del Dipartimento di Economia Internazionale delle Istituzioni e dello Sviluppo*, n. 1202, 2012, 9.

*con gli interessi della società e dei suoi azionisti e dovrebbe facilitare un efficace controllo*”<sup>132</sup>.

Altre interessanti ricostruzioni sono state effettuate durante le successive stesure dei cosiddetti “Libri Verdi” ad opera della Commissione delle Comunità Europee: nel 2010, la Commissione definiva la *corporate governance* come quella materia che “*fa riferimento ai rapporti fra la direzione di un’impresa, il suo consiglio di amministrazione, i suoi azionisti e le altre parti in causa, come i dipendenti e i loro rappresentanti. Esso determina inoltre la struttura che definisce gli obiettivi di un’impresa, come pure i mezzi per raggiungerli e per garantire il controllo dei risultati ottenuti*”<sup>133</sup>.

La definizione di *corporate governance* fornita dall’OCSE nel 2004, ponendo l’accento sugli incentivi adeguati da assicurare al CdA e ai dirigenti, individua nelle politiche di remunerazione “*uno strumento per allineare gli interessi del management con quelli della società nel suo complesso e degli azionisti e quindi come elemento di supporto al necessario processo di pianificazione strategica. Nella teoria economica il tema delle remunerazioni è un elemento chiave della corporate governance in quanto in un contesto di asimmetria informativa un pacchetto retributivo strutturato in modo efficiente può effettivamente risolvere i problemi fra principal (mandante) e agent (mandatario) management*”<sup>134</sup>.

Le politiche retributive, in altre parole, sono un istituto che una buona *corporate governance* non può esimersi dal disciplinare, in quanto consente di attenuare le conflittualità intercorrenti tra soggetti portatori di interessi contrapposti.

Una delle principali problematiche connesse al tema del governo societario, come detto, risulta essere quella legata alla separazione tra proprietà e gestione societaria; questo aspetto, che impone per l’appunto la composizione di interessi divergenti, è stato studiato dal punto di vista economico prendendo come riferimento la teoria dell’agenzia.

---

<sup>132</sup> OECD, *OECD Principles of Corporate Governance*, in [www.oecd.org](http://www.oecd.org), 2004.

<sup>133</sup> COM 2010, *Libro Verde, Il governo societario negli istituti finanziari e le politiche di remunerazione*, Bruxelles, 2010, 3.

<sup>134</sup> BROGI M., *Le politiche di remunerazione nel sistema di «corporate governance»*, op. cit., 278.

Tale teoria, applicata alla *corporate governance*, viene considerata centrale nell'analisi dei rapporti esistenti tra gli azionisti e i *manager* della società; essa definisce tale relazione attraverso la *fictio* di un contratto mediante il quale l'azionista "assume" il *manager* delegandogli determinate attività e responsabilità decisionali.

Secondo il prospettato angolo visuale, pertanto, "*un sistema perfetto di corporate governance dovrebbe fornire ai manager i giusti incentivi per prendere tutte le decisioni di investimento e di finanziamento in un'ottica di massimizzazione del valore*"<sup>135</sup>.

Riguardo la teoria dell'agenzia, il contributo di maggiore importanza è sicuramente quello offerto da Jensen e Meckling nel 1976, riguardante la costante ricerca di un punto di equilibrio tra le diverse esigenze dei singoli soggetti operanti nell'impresa; i due autori, inserendosi nel filone della cosiddetta "teoria contrattualistica" dell'impresa, sposano la concezione secondo la quale tutti i vari diritti inerenti l'impresa sono regolati a livello contrattuale, sia esso esplicito (attraverso la stipula di un vero e proprio accordo) o implicito (secondo gli usi e i comportamenti dei soggetti cui tali diritti sono riferiti): al fine di strutturare un modello di governo societario in grado di bilanciare tutte le diverse istanze, pertanto, è necessario tenere conto della forza e della natura di tali contratti<sup>136</sup>.

Se questa teoria fosse applicabile interamente alle realtà societarie, gli azionisti (o l'assemblea degli azionisti) potrebbero assumere i *manager* attraverso contratti in grado di prevedere qualsiasi circostanza, così da approntare aprioristicamente la corrispondente soluzione, oltre che stabilire i criteri per la ripartizione dei profitti derivanti dalla corretta gestione societaria.

Come ripetuto più volte, però, la presenza di numerose variabili in grado di incidere sulla vita di un ente costituito in forma di società impedisce di regolare contrattualmente ed a priori tutte le possibili situazioni; constatata tale impossibilità, gli studiosi hanno auspicato l'elaborazione di sofisticati meccanismi di incentivo e monitoraggio dell'attività di chi è preposto alla gestione della società.

---

<sup>135</sup> DALLOCCHIO M., TAMAROWSKI C., *Corporate governance e valore. L'esempio di Telecom Italia*, Milano, 2005, 12.

<sup>136</sup> JENSEN M.C., MECKLING W. H., *Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976.

Corollario di tali assunti è la circostanza per la quale, secondo la teoria contrattualistica, l'impresa deve essere vista come il luogo ideale dove si realizzano tutte le relazioni contrattuali (implicite ed esplicite) che regolano i reciproci rapporti ed attribuzioni tra tutti gli individui aventi un interesse nell'impresa; il riferimento a "tutti gli individui" aventi un interesse nell'impresa esprime una visione allargata della teoria contrattualistica, in quanto le relazioni contrattuali richiamate non sono solo quelle esplicite e ricavabili dai contratti effettivamente stipulati, ma sono quelle riferibili alla generalità degli *stakeholders* (amministratori e dirigenti, ma anche dipendenti subordinati di qualifica inferiore, fornitori, clienti, ecc...).

La natura intrinsecamente contrattuale dell'impresa, secondo questa visione, consente anche di far emergere ed isolare la problematica centrale della teoria dell'agenzia: l'impresa, essendo un insieme di relazioni tra individui che hanno interessi in conflitto tra loro e occupati ciascuno a massimizzare la propria utilità, può trovare un equilibrio solo contrattualizzando tali relazioni: questo obiettivo può essere perseguito in maniera diretta, attraverso previsioni normative o codici di autodisciplina, o indiretta, mediante la previsione di meccanismi di incentivazione e monitoraggio degli organi con poteri gestori.

La questione fondamentale individuata dalla teoria dell'agenzia (e che si tenta di risolvere attraverso l'implementazione di un efficace sistema di *corporate governance*) riguarda la circostanza fisiologica per la quale, nelle società di grandi dimensioni e nelle imprese a proprietà diffusa, il *principal* (azionista) non è in grado di effettuare un efficace controllo sull'operato dell'*agent* (*manager*); infatti, secondo gli studi svolti da Fama e di poco successivi rispetto ai già citati Jensen e Meckling, "la delega dell'attività di monitoraggio è particolarmente importante nelle imprese a proprietà diffusa. Un azionista di controllo potrebbe monitorare da vicino il top management; al contrario, in presenza di una moltitudine di piccoli azionisti, ognuno dei quali è detentore di una modesta quota proprietaria, il singolo investitore non ha sufficienti incentivi a spendere tempo e denaro nel monitoraggio e lascerà il compito agli altri azionisti, guadagnando gratuitamente dal loro sforzo"<sup>137</sup>.

---

<sup>137</sup> DALLOCCHIO M., TAMAROWSKI C., *Corporate governance e valore. L'esempio di Telecom Italia*, op. cit., 13, che riprende quanto affermato da FAMA E. F., *Agency problems and the theory of the firm*, in *Journal of Political Economy*, 1980.

L'azionista (*principal*) dovrà pertanto, oltre a strutturare un efficiente sistema di incentivazione a favore degli *agent*, sostenere i cosiddetti *agency costs*, espressione della separazione tra proprietà e gestione e definiti come la somma dei costi sostenuti per incentivare, fidelizzare e controllare gli *agent*.

Riassumendo, la teoria dell'agenzia prevede dei costi a carico dei soggetti proprietari dell'impresa e derivanti da alcuni fattori come: la separazione tra titolarità e gestione dell'impresa, la circostanza per la quale entrambi i già menzionati soggetti tentano conflittualmente di accrescere o massimizzare le rispettive utilità e il fatto che sussista un'evidente asimmetria informativa riguardo la gestione a favore del *management*.

L'esigenza di strutturare un sistema in grado di controllare l'operato del *management* è sensibilmente accresciuta da tutte quelle situazioni dove, proprio grazie all'asimmetria informativa di cui l'*agent* beneficia, egli abusa della discrezionalità tipicamente connaturata a tale tipo di prestazione lavorativa: in altre parole, il *management* potrebbe, violando i doveri di lealtà posti a tutela degli azionisti, mettere in atto una serie di operazioni volte a conseguire guadagni maggiori (sia monetari che sotto forma di vari *benefits*) a danno dei fondi investiti dalla pluralità di *principals*.

In special modo, ciò avviene quando, essendo la retribuzione del *management* legata ad obiettivi di *performance*, l'*agent* detiene quote di partecipazione societaria; questa circostanza potrebbe indurre il *manager*, come già esposto, all'attuazione di pratiche volte alla massimizzazione del profitto nel breve periodo a danno degli obiettivi di sostenibilità dell'impresa (necessariamente obiettivi di lungo periodo), oppure incentivarlo (involontariamente) all'attuazione di pratiche fraudolente o elusive volte all'incremento del valore delle partecipazioni da questi detenute.

L'introduzione di meccanismi di retribuzione variabile al fine di remunerare le prestazioni del *top management*, però, oltre a presentare tale criticità, risolve al contempo il problema relativo all'*adverse selection*, poiché la previsione di compensi parametrati sui livelli di *performance* ottenuti consentono di attenuare il rischio di assunzione del *manager* millantatore, di cui il *principal* non conosce le vere capacità.

Al fine di ridurre l'asimmetria informativa che caratterizza il rapporto fra *principal* e *agent*, inoltre, la teoria dell'agenzia ha portato gli azionisti, sostenendo i

relativi costi, a munirsi di sistemi informativi aziendali in grado di renderli consapevoli riguardo le scelte operate dagli organi di gestione.

Inoltre, secondo una terza opera, che conclude idealmente il trittico iniziato da Jensen e Meckling e proseguito da Fama, l'organo direttivo, per attenuare in partenza i costi relativi ai problemi di *agency*, dovrebbe essere sempre strutturato secondo la forma del consiglio di amministrazione<sup>138</sup> (frequentemente abbreviato in *CdA* o chiamato, secondo la dicitura anglosassone, *board of directors*); il *board*, per sua natura costituito da una pluralità di persone ed obbligato al rispetto delle regole imposte dal relativo tipo societario, consente agli amministratori di effettuare una sorta di controllo reciproco.

Sin dagli anni '70, a partire dagli Stati Uniti (caratterizzati dalla presenza del sistema di amministrazione e controllo "monistico", che non contempla la presenza di un organo deputato al controllo sull'amministrazione, quale ad esempio il collegio sindacale o il consiglio di sorveglianza, caratteristico del sistema dualistico), la cosiddetta "polverizzazione azionaria" ha condotto inoltre alla nascita di amministratori indipendenti, figure in grado di garantire l'attività di controllo direttamente dall'interno del *board*<sup>139</sup>: essi, non appartenendo al *management* o agli azionisti di maggioranza, si pronunciano sulle remunerazioni di *manager* e dirigenti, non partecipano attivamente alla gestione in senso stretto della società, ma supervisionano l'operato del consiglio di amministrazione garantendo maggiore stabilità e sostenibilità all'impresa e tutelando i piccoli azionisti da comportamenti scorretti del *management*.

In conclusione, la definizione delle politiche di remunerazione di amministratori, *manager* e dirigenti apicali risulta essere uno dei compiti affidati al consiglio di amministrazione, oltre che uno dei principali strumenti attraverso il quale un'efficiente *corporate governance* cerca di strutturare modelli virtuosi volti ad assicurare la massima soddisfazione di tutti gli interessi coinvolti.

---

<sup>138</sup> FAMA E. F., JENSEN M.C., *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law and Economics*, 1983.

<sup>139</sup> EISENHARDT M. K., *Agency theory: an assessment and review*, in *The Academy of Management Review*, 1989.

L'adozione di queste decisioni dovrebbe tendere alla responsabilizzazione del *management* attraverso meccanismi di incentivazione e controllo del suo operato e, pertanto, restando nell'ambito delle scelte privatistiche.

Tuttavia, come si diceva, “*le esperienze della crisi del nuovo secolo che hanno visto remunerazioni elevate associate a risultati scarsamente soddisfacenti per gli azionisti, piuttosto che un eccessivo risk-taking come risultato dell'alleanza tra manager ed investitori con orizzonti di breve periodo che hanno operato a scapito degli altri stakeholder, hanno progressivamente sottratto le politiche di remunerazione alle scelte aziendali portandole sempre più nell'alveo delle materie regolamentate*”<sup>140</sup>.

#### **4- CENNI SULLE DIFFICOLTÀ DI STRUTTURAZIONE DI UN PIANO DI INCENTIVAZIONE PER IL MANAGEMENT. LE REAZIONI DELL'UNIONE EUROPEA AGLI ECCESSI RETRIBUTIVI**

Come appena esposto, l'inizio di questo secolo è stato caratterizzato, principalmente negli Stati Uniti, da numerosi scandali finanziari e frodi aziendali perpetrate dal *top management* di alcune *corporations* a danno delle masse di investitori e azionisti.

Non sembra corretto affermare che gli eccessi retributivi degli *executives* siano stati i principali responsabili della crisi economica iniziata nel 2008, bensì è possibile asserire che tali dissesti, imputabili ad una cattiva *corporate governance*, abbiano fatto emergere quale necessità primaria l'esigenza di rendere più chiaro e trasparente il sistema di remunerazione degli amministratori.

In generale, la letteratura economica, osservando la strutturazione dei singoli *compensation package* riferiti agli *executives*, è abbastanza concorde nell'individuare il fenomeno della diffusione delle *stock options* quale principale fonte di circolarità delle retribuzioni verso l'alto.

---

<sup>140</sup> BROGI M., *Le politiche di remunerazione nel sistema di «corporate governance»*, op. cit., 289.

Giova ricordare brevemente gli elementi che, nella prassi, costituiscono il corrispettivo della prestazione svolta dal *top management*; innanzitutto, la composizione eterogena della retribuzione di tali figure risponde, come più volte ricordato, alla molteplicità delle esigenze perseguite: su tutte, la volontà di attrarre, fidelizzare e motivare adeguatamente il capitale umano investito di tali compiti, scongiurando, al contempo, comportamenti opportunistici o fraudolenti nei confronti degli azionisti.

La struttura della retribuzione presenta, pertanto, una componente variabile legata alternativamente ad obiettivi di performance (logica del *pay for performance*) o ad obiettivi legati alla crescita del valore dell'azienda sul mercato (logica del *profit-sharing*), in aggiunta alla parte fissa corrisposta solitamente su base annua.

Altra distinzione preliminare da effettuare riguarda quella tra incentivi di breve termine (*short-term incentives* o *STI*) e incentivi di medio-lungo termine (*long-term incentives* o *LTI*); se i primi corrispondono, nella maggior parte dei casi analizzati, a *bonus* legati alla *performance* del singolo *manager*, i secondi contribuiscono ad "allungare" l'orizzonte temporale entro il quale apprezzare l'operato (positivo o negativo che sia) del *management*, allineandolo con quello del titolare dell'impresa, ovvero con quello degli azionisti.

Le categorie entro le quali ricondurre gli strumenti per la corresponsione della parte variabile della retribuzione del *management* sono tradizionalmente due: strumenti monetari e strumenti *equity based*, caratterizzati dal fatto che il loro pagamento non avviene in denaro ma prevede l'assegnazione di azioni o strumenti finanziari; accanto a questi due strumenti un tema sempre più rilevante è quello riguardante i *benefits*, intesi come quei beni e servizi che l'azienda mette a disposizione del lavoratore<sup>141</sup> (auto aziendali, sottoscrizione di polizze assicurative, ecc...).

L'erogazione degli strumenti di incentivazione variabile, inoltre, viene di norma differita nel tempo; per quanto riguarda i piani *equity based* in particolare, essi sono soggetti al rispetto di determinati intervalli temporali: il *granting period* rappresenta il periodo nel quale il piano di incentivazione viene stabilito ed assegnato,

---

<sup>141</sup> Per un autorevole approfondimento riguardo la natura giuridica di corrispettivo e le agevolazioni fiscali connesse a tali *benefits*, si veda BACCHINI F., *Welfare aziendale: illusioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II. Parte speciale)*, in *ADL*, 4-5, 2017, 1008.

il *vesting period*, invece, indica il tempo intercorrente tra l'assegnazione dello strumento incentivante e il suo effettivo pagamento.

Differire l'effettiva erogazione del premio, infatti, è una tecnica che consente efficacemente di raggiungere un duplice obiettivo: allineare l'orizzonte temporale del *management* con quello degli azionisti, in modo da prevenire comportamenti rischiosi ed eccessivamente orientati alla massimizzazione del profitto nel breve periodo, e trattenere e fidelizzare i soggetti con incarichi di gestione che, nell'esecuzione degli stessi, si siano dimostrati in possesso di garantire elevati *standard* di professionalità e *performance*.

Da ultimo, un piano di incentivazione sufficientemente strutturato, oltre a prevedere *bonus* e premi, dovrebbe predisporre strumenti in grado di consentire all'azienda di recuperare quanto erogato a titolo di retribuzione variabile (o di ridurre la relativa somma da corrispondere, nel caso sia ancora in decorrenza il *vesting period*).

A tali esigenze rispondono alternativamente due clausole, frequentemente inserite nel contratto con i *manager*: la clausola *malus* opera, per l'appunto, durante il periodo di differimento, riducendo la retribuzione variabile già maturata dal *manager*, mentre i sistemi di *claw-back* consentono all'azienda di recuperare i compensi già versati e corrisposti nei confronti dei lavoratori<sup>142</sup>.

Dopo aver delineato la struttura del pacchetto retributivo degli *executives*, è possibile comprendere come le misure di incentivazione *equity based* (ovvero di natura finanziaria), in particolare le *stock options*, abbiano avuto un ruolo nella spirale di innalzamento incontrollato dei loro compensi: scegliere obiettivi di *performance* di natura finanziaria (volti a massimizzare il valore dell'azienda) e remunerare gli *executives* con strumenti finanziari, in un contesto come quello dagli anni '90 in seguito, caratterizzato dal disancoramento del mercato finanziario dall'andamento dell'economia reale, ha innalzato vorticosamente i compensi dei soggetti in

---

<sup>142</sup> TIMELLINI C., *L'applicazione delle clausole di clawback nei contratti di lavoro: un primo tentativo di approccio al problema*, in WP CSDL "MASSIMO D'ANTONA", 335/2018, 32.

questione<sup>143</sup>, obbligando l'Unione Europea ad intervenire con una serie di atti di indirizzo volti ai singoli Stati membri, che anche l'Italia ha recepito.

Il Legislatore comunitario, pertanto, è intervenuto dapprima con la Raccomandazione 2004/913/CE, che ha introdotto il cosiddetto principio del *say on pay* riguardo le retribuzioni dei soggetti posti al vertice delle società quotate e dotati di funzioni gestorie.

La Raccomandazione in esame, nelle considerazioni iniziali, già esprime il concetto secondo il quale *“la comunicazione di informazioni esatte e tempestive, da parte degli emittenti di valori mobiliari, promuove una fiducia durevole nell'investitore e costituisce uno strumento rilevante di promozione di un sano governo societario in tutta la Comunità”*<sup>144</sup>.

La Raccomandazione, pertanto, dispone che *“ogni società quotata dovrebbe rendere pubblica una dichiarazione relativa alla propria politica delle remunerazioni, in appresso denominata «la dichiarazione relativa alle remunerazioni». Tale dichiarazione dovrebbe far parte di una relazione sulla remunerazione a sé stante e/o essere inclusa nei conti annuali e nella relazione annuale o negli allegati ai conti annuali della società”*<sup>145</sup>, precisandone anche il contenuto essenziale: la presente dichiarazione dovrebbe, infatti, indicare le componenti fisse e variabili della retribuzione degli amministratori, spiegare i livelli di prestazione sui quali vengono parametrati gli emolumenti variabili e l'effettiva correlazione tra *performance* e remunerazione e fornire sufficienti dati riguardo la corresponsione dei premi non monetari.

La politica delle remunerazioni così come espressa nella suesposta dichiarazione, inoltre, dovrebbe essere oggetto di discussione in sede di assemblea generale annuale degli azionisti, in modo tale da consentire agli stessi di esprimere una votazione che può essere, come discrezionalmente espresso nell'atto costitutivo o nello statuto, vincolante o meramente consultiva.

---

<sup>143</sup> MARCHETTINI P., *Le remunerazioni del top management in Europa: eccessi crisi, reazioni e convergenza*, op. cit., 523.

<sup>144</sup> Raccomandazione 2004/913/CE, *relativa alla promozione di un regime adeguato per quanto riguarda la remunerazione degli amministratori delle società quotate, considerazioni introduttive*, in <http://eur-lex.europa.eu>.

<sup>145</sup> Ivi, *sezione II, punto 3.1.*

Il sopracitato principio del *say on pay*, inoltre, viene estremamente in rilievo nella Sezione III della Raccomandazione laddove, sia in ordine al trattamento economico corrisposto in forma monetaria sia per quanto riguarda il pagamento effettuato tramite azioni o altri strumenti finanziari, viene stabilito che “*la remunerazione totale, nonché le altre prestazioni accordate ai singoli amministratori nel corso dell’esercizio finanziario considerato, dovrebbero figurare in modo dettagliato nei conti annuali o negli allegati a detti conti oppure, se del caso, nella relazione sulle remunerazioni*”<sup>146</sup>; per quanto riguarda specificamente i piani di remunerazione basati su azioni, inoltre, la Raccomandazione consiglia, prima della loro adozione, la loro preventiva sottoposizione all’approvazione degli azionisti, sempre in sede di assemblea generale annuale.

L’anno successivo la Raccomandazione 2005/162/CE introduce ulteriori elementi di novità relativi al ruolo degli amministratori non esecutivi (o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate) e sui comitati del consiglio d’amministrazione o di sorveglianza.

Riguardo il primo aspetto, tale seconda Raccomandazione dispone che “*negli organi di amministrazione, gestione e sorveglianza dovrebbero essere presenti in un giusto equilibrio amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione e amministratori senza incarichi esecutivi o membri del consiglio di sorveglianza, affinché nessun individuo o nessun piccolo gruppo di individui possa dominare l’adozione di decisioni da parte di tali organi*”<sup>147</sup>.

Tale previsione è evidentemente collegata alla volontà di istituire, all’interno dell’organigramma societario, un organo dotato di indipendenza e, pertanto, in grado di affrontare correttamente le situazioni che comportano conflitti d’interesse in capo agli amministratori o in capo all’organo deputato al controllo sulla gestione.

Al fine di scongiurare tali conflitti d’interesse in maniera ancora più marcata, la Raccomandazione “*suggerisce*” la costituzione, all’interno del consiglio d’amministrazione o di sorveglianza, di comitati (composti per l’appunto dai

---

<sup>146</sup> Ivi, Sezione III, punto 5.1.

<sup>147</sup> Raccomandazione 2005/162/CE, *sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del consiglio d’amministrazione o di sorveglianza*, Sezione II, punto 3.1, in <http://eur-lex.europa.eu>.

sopracitati soggetti indipendenti) aventi la funzione di pronunciarsi sulle nomine, sulle remunerazioni e sulla revisione dei conti degli individui con cariche di gestione.

Tali comitati *“dovrebbero presentare raccomandazioni volte a preparare le decisioni che saranno adottate dal consiglio d'amministrazione o di sorveglianza stesso. Lo scopo principale dei comitati dovrebbe essere quello di aumentare l'efficienza del lavoro del consiglio d'amministrazione o di sorveglianza, garantendo che le decisioni che esso adotta siano ben fondate, e di contribuire all'organizzazione del suo lavoro, per assicurare che tali decisioni siano scevre di conflitti di interessi rilevanti. In linea di principio, i comitati non sono istituiti con lo scopo di esautorare il consiglio d'amministrazione o di sorveglianza stesso per le questioni ad essi demandate. Quest'ultimo continua ad essere interamente responsabile delle decisioni adottate nel suo ambito di competenza”*<sup>148</sup>.

Sono esplicitivi dei principi enunciati nella Raccomandazione i due allegati alla stessa, dedicati rispettivamente ai comitati del consiglio di amministrazione o di sorveglianza e ai profili adeguati di indipendenza che tali individui dovrebbero possedere.

L'Allegato I, riguardo l'istituzione del comitato per le remunerazioni, prescrive la presenza dello stesso nei casi in cui, secondo la legislazione nazionale, il consiglio di amministrazione o di sorveglianza partecipa al processo di fissazione delle remunerazioni degli amministratori; riguardo la sua composizione, invece, viene stabilita la regola secondo la quale almeno la maggioranza dei suoi membri deve essere indipendente.

Inoltre, sono specificamente indicati nell'Allegato I i ruoli attribuiti a tale comitato, che pertanto dovrebbe: *“sottoporre all'approvazione del consiglio d'amministrazione o di sorveglianza proposte sulla politica di remunerazione degli amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione. Tale politica dovrebbe riguardare tutte le forme di compenso e, in particolare, la remunerazione fissa, i sistemi di remunerazione legata ai risultati, i regimi pensionistici e le prestazioni di fine rapporto di lavoro. Le proposte relative ai sistemi di remunerazione legata ai risultati dovrebbero essere accompagnate da raccomandazioni sugli obiettivi connessi*

---

<sup>148</sup> Ivi, Sezione II, punto 6.1.

*e sui criteri di valutazione, al fine di allineare correttamente le remunerazioni degli amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione con gli interessi a lungo termine degli azionisti e con gli obiettivi fissati dal consiglio d'amministrazione o di sorveglianza per la società"; "presentare proposte al consiglio d'amministrazione o di sorveglianza sulle remunerazioni individuali da attribuire agli amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione, garantendo che esse siano coerenti con la politica di remunerazione adottata dalla società e con la valutazione dei risultati degli amministratori in questione. Nel fare ciò, il comitato dovrebbe essere correttamente informato dei compensi totali versati agli amministratori da altre società appartenenti al gruppo"; "presentare proposte al consiglio d'amministrazione o di sorveglianza su forme di contratto idonee per gli amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione"; "assistere il consiglio d'amministrazione o di sorveglianza nella sorveglianza del processo con cui la società adempie agli obblighi esistenti in materia di pubblicità dei dati relativi alle remunerazioni, in particolare la politica delle remunerazioni applicata e le singole remunerazioni concesse agli amministratori"*<sup>149</sup>.

Prescrizioni specifiche sono disposte per i dirigenti di livello più elevato, nei confronti dei quali il comitato dovrebbe presentare raccomandazioni agli amministratori con incarichi esecutivi o con poteri di gestione riguardanti il livello e la struttura delle retribuzioni di tali dirigenti, oltre che sorvegliarne l'adeguatezza.

Per quanto riguarda gli incentivi basati su azioni o altri strumenti finanziari, inoltre, il comitato dovrebbe discutere e presentare proposte al consiglio d'amministrazione o di sorveglianza sull'opportunità di concedere tali strumenti quale corrispettivo della prestazione lavorativa, oltre che verificare la corrispondenza alla realtà di quanto dichiarato da tali organi nei confronti dell'assemblea degli azionisti.

La disciplina contenuta nelle Raccomandazioni 2004/913/CE e 2005/162/CE è stata riorganizzata e armonizzata dalle disposizioni di un'ulteriore Raccomandazione, la 2009/385/CE; essa, oltre ad integrare e precisare, senza stravolgerli, alcuni aspetti delle precedenti Raccomandazioni, pone l'attenzione sulla struttura della remunerazione, dicendo che essa *"dovrebbe promuovere la sostenibilità a lungo termine della società e garantire che la remunerazione sia basata sui risultati*

---

<sup>149</sup> Ivi, Allegato I, punto 3.

*conseguiti. Le componenti variabili della remunerazione dovrebbero pertanto essere collegate a criteri predeterminati e misurabili in materia di risultati, tra cui criteri di natura non finanziaria. Sarebbe opportuno stabilire dei limiti per tali componenti variabili. Il versamento delle componenti variabili della remunerazione di valore significativo dovrebbe essere dilazionato per un certo periodo di tempo, ad esempio 3/5 anni, e subordinato al conseguimento di risultati. Inoltre, occorre prevedere che le società possano chiedere la restituzione di componenti variabili della remunerazione versate sulla base di dati che siano risultati manifestamente errati”<sup>150</sup>.*

Ulteriore elemento di novità è quello introdotto circa il cosiddetto “paracadute d’oro”, espressione che indica un trattamento di fine rapporto corrisposto in assenza di reali cause giustificative; attraverso tale via, com’è ovvio, si vuole evitare quel fenomeno per il quale il trattamento di fine rapporto, non rispondendo alle sue caratteristiche finalità, va a ricompensare un fallimento o una gestione non sana della società quotata.

Per quanto riguarda il voto degli azionisti sulle retribuzioni degli amministratori, la Raccomandazione in esame esorta semplicemente gli azionisti stessi, ed in particolar modo quelli istituzionali, a partecipare alle assemblee generali e a usare nei modi opportuni i diritti di voto riconosciuti secondo le disposizioni delle precedenti Raccomandazioni.

Sotto questo punto di vista, però, la Commissione europea, in sede di proposta di modifica della Direttiva 2007/36/CE (c.d. “azionisti”), ha segnalato come le carenze riscontrate nei vari ordinamenti, abbiano comportato una correlazione insufficiente tra la remunerazione e i risultati degli amministratori delle società quotate, rendendo necessario un ripensamento della disciplina vigente.

*“La stessa Commissione europea, nell’ambito della citata proposta di modifica della Direttiva 2007/36/CE, ha di recente sollecitato gli Stati membri ad intervenire con specifiche disposizioni, al fine di consentire agli azionisti di esercitare il diritto di voto sulla politica retributiva degli amministratori e alle società di retribuire gli*

---

<sup>150</sup> Raccomandazione 2009/385/CE, che integra le Raccomandazioni 2004/913/CE e 2005/162/CE per quanto riguarda il regime concernente la remunerazione degli amministratori delle società quotate, considerazioni introduttive, in <http://eur-lex.europa.eu>.

*amministratori solo secondo la politica retributiva approvata dagli azionisti almeno ogni tre anni*<sup>151</sup>.

Secondo quanto appena riportato, pertanto, al voto degli azionisti andrebbe attribuito un peso vincolante, vietando al contempo la corresponsione di remunerazioni non approvate dagli azionisti<sup>152</sup>.

L'ultimo intervento a livello comunitario relativo a tali questioni si è avuto con l'emanazione della Direttiva 2017/828 del Parlamento Europeo e del Consiglio, modificatrice proprio della citata Direttiva 2007/36/CE; essa, pur ribadendo la possibilità di attribuire un valore solo consultivo al voto degli azionisti sulla remunerazione degli amministratori delle società quotate, propende per la soluzione opposta; tale circostanza ha condotto il Legislatore italiano a recepire questa Direttiva sancendo la vincolatività del voto degli azionisti.

## **5- IL RECEPIMENTO DA PARTE DEL LEGISLATORE ITALIANO DELLA NORMATIVA COMUNITARIA RELATIVA AI DIRITTI DI INFORMAZIONE E DI VOTO DEGLI AZIONISTI. IL CODICE DI AUTODISCIPLINA ELABORATO DAL COMITATO PER LA *CORPORATE GOVERNANCE***

Il Legislatore comunitario, in maniera condivisibile, ha preferito rispettare le specificità che caratterizzano i diversi modelli di governo societario, ricorrendo costantemente ad una disciplina non vincolante e lasciando alla discrezionalità degli Stati membri la possibilità di recepire tali disposizioni in maniera vincolante.

Nello specifico, le disposizioni contenute nella Raccomandazione 2009/385/CE (che, si ricorda, integra e coordina il contenuto delle Raccomandazioni 2004/913/CE e 2005/162/CE) sono state recepite in Italia attraverso il D.lgs. 259/2010.

---

<sup>151</sup> CODAZZI E., *Il voto degli azionisti sulle politiche di remunerazione degli amministratori: la disciplina comunitaria e il modello di "say on pay"*, in *Rivista ODC*, 2016, II, 5.

<sup>152</sup> In tal senso, BRUNO S., BIANCONI F., *Il voto assembleare sulle politiche di remunerazione degli amministratori: procedure, risultati, prospettive*, in *Riv. soc.*, 2014, 1299.

Esso ha introdotto il nuovo art. 123-*ter* nel Testo Unico della Finanza (TUF), il quale a sua volta esprime la necessità, per le società quotate, di predisporre, almeno ventuno giorni prima dell'assemblea generale annuale degli azionisti, una relazione sulla remunerazione degli amministratori da sottoporre all'attenzione del pubblico.

Tale relazione sulla remunerazione, secondo i commi 3 e 4 dell'art. 123-*ter* del TUF deve essere articolata in due sezioni: nella prima devono essere illustrate le politiche della società in materia di remunerazione dei componenti degli organi di amministrazione, dei direttori generali e dei dirigenti con responsabilità strategiche, nonché le procedure utilizzate per l'adozione e l'attuazione di tali politiche; la seconda, invece, fornisce un'adeguata rappresentazione di ciascuna delle voci che compongono la remunerazione, compresi i trattamenti previsti in caso di cessazione dalla carica o di risoluzione del rapporto di lavoro.

Il sesto comma del “nuovo” art. 123-*ter* del TUF, inoltre, sancisce anche per l'Italia il principio del *say on pay*, prevedendo una deliberazione non vincolante dell'assemblea sulla predetta relazione riguardo le remunerazioni degli amministratori.

Il settimo comma, infine, prevede che il contenuto della relazione, ovvero le informazioni che essa deve fornire, siano stabilite con regolamento adottato dalla CONSOB.

L'impianto recepito attraverso il D.lgs. 259/2010, però, non si è rivelato definitivo, a causa dell'intervenuta Direttiva 2017/828 (chiamata anche Direttiva Shareholders Rights o SRD II), recepita a sua volta dal D.lgs. 49/2019; come precedentemente accennato, infatti, il Legislatore italiano ha preferito mutare il suo orientamento circa la vincolatività del voto espresso dagli azionisti riguardo la relazione sulla remunerazione.

Attraverso l'introduzione dei commi 3-*bis* e 3-*ter* all'articolo 123-*ter* del TUF, infatti, il carattere del voto degli azionisti diventa vincolante, rendendo vietate, in sostanza, le attribuzioni di compensi non conformi alla politica di remunerazione così come regolarmente approvata dai soci<sup>153</sup>.

Se, per quanto concerne il livello normativo, l'introduzione e la successiva modifica dell'art. 123-*ter* sono state le “mosse” effettuate dal Legislatore italiano volte

---

<sup>153</sup> GUIDA A. A., *Il say on pay in Italia: alcune riflessioni in vista del recepimento della direttiva SRD II*, in *Corporate Governance and Research and Development Studies*, 2019, 1, 75.

al recepimento delle regole comunitarie, la presenza di numerose altre necessità ha condotto all'elaborazione e alla stesura di un Codice di Autodisciplina in grado di "confortare" gli investitori internazionali in ordine all'assunzione, da parte di società quotate italiane, di un modello di governo societario allineato con quello dei paesi finanziariamente più evoluti.

In altre parole, la via dell'autoregolamentazione è stata intrapresa al fine di dare credibilità ai modelli di *governance* elaborati dalle società quotate italiane, oltre che, probabilmente, per scongiurare l'evenienza di un intervento legislativo (dotato, pertanto, di forza cogente) in grado di invadere con la sua ingerenza diretta la vita degli enti societari quotati del nostro Paese.

Il Codice di Autodisciplina è stato così redatto per la prima volta nel 1999, su iniziativa della Borsa Italiana S.p.A., da un Comitato composto, oltre che dal presidente di Borsa Italiana (che ne è stato anche il coordinatore), da rappresentanti di industrie, banche e assicurazioni, oltre che associazioni di emittenti e di investitori<sup>154</sup>.

Il Codice di Autodisciplina, nella sua ultima formulazione avvenuta nel gennaio 2020, prende il nome di "Codice di *Corporate Governance*"; il comitato investito del compito della sua stesura, allo stesso modo, ha preso il nome di "Comitato per la *Corporate Governance*" ed è attualmente composto da alcune tra le più importanti associazioni d'impresa (ABI, ANIA, Assonime, Confindustria), da Borsa Italiana S.p.A. e dall'Associazione degli Investitori Professionali (Assogestioni).

Il Comitato così composto, oltre a provvedere alla redazione ed all'aggiornamento periodico del Codice, ne assicura il costante allineamento alle *best practices* internazionali.

L'ambito applicativo del Codice è quello riferito alla totalità delle società con azioni quotate sul Mercato Telematico Azionario, ma l'adesione allo stesso non è obbligatoria, bensì effettuata su base volontaria.

Le raccomandazioni contenute nel Codice, però, non possono essere liberamente disattese, ma devono essere applicate (o disapplicate) secondo il principio *comply or explain*; in ossequio a tale principio, ogni società che aderisce al Codice

---

<sup>154</sup> DI NOIA C., PUCCI E., *Osservatorio sulla corporate governance, Il nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate: motivazioni e principali novità*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, 1, 114.

deve fornire, nella relazione sulla *corporate governance*, adeguate ed esaustive informazioni riguardo le sue modalità di applicazione.

L'adesione al Codice implica, infatti “*che ciascuno scostamento sia chiaramente indicato nella relazione sul governo societario e che le società: (a) spieghino in che modo la best practice raccomandata dal Codice è stata disattesa; (b) descrivano i motivi dello scostamento; (c) descrivano come la decisione di discostarsi è stata presa all'interno della società; (d) se lo scostamento è limitato nel tempo, indichino a partire da quando prevedono di applicare la relativa best practice; (e) descrivano l'eventuale comportamento adottato in alternativa alla best practice da cui si sono discostate e spieghino come tale scelta realizzi l'obiettivo sotteso ai principi del Codice e contribuisca in ogni caso al buon governo societario*”<sup>155</sup>.

Tale previsione è suffragata dall'art. 123-bis del TUF, che, infatti, richiede che la relazione sulla gestione delle società quotate contenga informazione circa “*l'adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società di gestione dei mercati regolamentati o da associazioni di categoria, motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni, nonché le pratiche di governo societario effettivamente applicate*”.

Il Codice di *Corporate Governance* del 2020, oltre a definire i ruoli degli organi di amministrazione, la composizione degli organi sociali e il loro funzionamento e i sistemi di nomina degli amministratori, controllo interno e gestione dei rischi, si occupa delle politiche retributive, cercando di elaborare anche in questo campo linee guida rispettose delle *best practices* internazionali.

Nell'art. 5 del Codice, dedicato per l'appunto alla remunerazione, viene premesso che “*la politica per la remunerazione degli amministratori, dei componenti dell'organo di controllo e del top management è funzionale al perseguimento del successo sostenibile della società e tiene conto della necessità di disporre, trattenere e motivare persone dotate della competenza e della professionalità richieste dal ruolo ricoperto nella società*”<sup>156</sup>; l'elaborazione della politica retributiva della società, inoltre, è affidata all'organo amministrativo, il quale assicura anche che la

---

<sup>155</sup> Codice di *Corporate Governance*, introduzione, 2020.

<sup>156</sup> Ivi, art. 5, principio XV.

remunerazione effettivamente erogata sia coerente con le politiche precedentemente approvate.

Sempre riguardo la retribuzione, il Codice auspica un adeguato bilanciamento strutturale tra la componente fissa e la componente variabile, suggerisce la previsione di limiti massimi all'erogazione delle componenti variabili e un adeguato lasso temporale di differimento tra l'assegnazione e l'effettiva corresponsione di tali incentivi; ricalcando le *best practices* ricavabili dalle Raccomandazione e dalle Direttive comunitarie, il Codice prevede intese in grado di consentire alle società di chiedere la restituzione delle quote di trattamento economico versate in circostanze che la stessa società è tenuta a specificare.

Riguardo i piani di remunerazione basati su azioni o altri strumenti finanziari, essi *“incentivano l'allineamento con gli interessi degli azionisti in un orizzonte di lungo termine, prevedendo che una parte prevalente del piano abbia un periodo complessivo di maturazione dei diritti e di mantenimento delle azioni attribuite pari ad almeno cinque anni”*<sup>157</sup>.

Il Codice, in ultimo, si occupa anche dei comitati di remunerazione, affidando loro i compiti di: coadiuvare l'organo di amministrazione nell'elaborazione della politica per la remunerazione, presentare proposte o discutere sulla remunerazione degli amministratori esecutivi e non esecutivi e sulla fissazione degli obiettivi di *performance* sui quali graduare il trattamento economico variabile, controllare l'effettiva applicazione della politica di remunerazione stabilita e l'effettivo raggiungimento degli obiettivi di *performance* e monitorarne la coerenza e la sostenibilità complessiva.

---

<sup>157</sup> Ivi, art. 5, Raccomandazione 28.

## CONCLUSIONI

Con il presente lavoro si intende offrire una serie di spunti di riflessione riguardanti la retribuzione variabile e, soprattutto, si vogliono individuare le nuove tematiche intorno alle quali, al giorno d'oggi, il dibattito su tale istituto si sta sviluppando.

Dopo aver effettuato un'introduzione in chiave storica dei trattamenti economici legati al concetto di *performance* e produttività, infatti, la retribuzione variabile è stata presentata come un istituto in grado di rispondere a molteplici esigenze.

Riguardo la spinta motivazionale che può essere generata da un trattamento economico pattuito secondo indici legati ai risultati dell'impresa, in termini di produttività, si può dire che la portata incentivante dello stesso sia mutata nel corso degli anni.

Se, in un primo momento, il moto incentivante era ravvisabile esclusivamente nella tensione psicologica del lavoratore al raggiungimento di un maggior guadagno, ora esso va apprezzato da un angolo visuale diverso, in grado di tenere conto dei risvolti *latu sensu* partecipativi e di coinvolgimento dei lavoratori alla *mission* dell'impresa.

Dal punto di vista delle strategie di *Human Resource Management* (o *HRM*), infatti, gli strumenti retributivi si sono rivelati il mezzo più idoneo ad attrarre, motivare e fidelizzare le migliori risorse in termini di fattore lavoro o, più in generale, di capitale umano.

L'abbandono degli automatismi retributivi che hanno caratterizzato la prima fase dei sistemi di incentivazione coincide, per l'appunto, con l'arrivo di una nuova consapevolezza: come autorevolmente sostenuto da una parte della dottrina, infatti, il capitale umano e la sua organizzazione sono gli unici fattori, in un mercato così diversificato e competitivo, in grado di distinguere una determinata impresa dalle concorrenti, non rilevando la presenza di strumentazioni tecnologiche o processi produttivi avanzati, in quanto replicabili.

La nuova prospettiva dalla quale apprezzare il rilievo del capitale umano, chiamato infatti anche "risorsa", deriva, per l'appunto, da una concezione dell'impresa

diversa, che rimanda all'idea di una collettività di individui accomunati dalla tensione verso il medesimo obiettivo.

Se, come spiegato nel corso dell'elaborato, l'impresa sarà in grado di dotarsi di un efficiente ed efficace sistema di *corporate governance*, sarà anche in grado di modellare politiche retributive in grado di realizzare tale comunanza di obiettivi; se riuscirà in tale intento, di conseguenza, l'impresa potrà costituire quella spirale virtuosa, di cui si è più volte fatto cenno, tra quantità e qualità del lavoro prestato e retribuzione.

Come auspicato dal Legislatore e come più volte affermato dalle parti sociali in sede di contrattazione collettiva, infatti, la creazione di tale spirale dovrebbe condurre ad una stagione di rinnovata spinta produttiva per le imprese del nostro Paese, incidendo anche sui livelli di competitività richiesti da un mercato come quello attuale, moderno e globalizzato.

L'altro aspetto che si è cercato di mettere in risalto è quello, quanto mai attuale, relativo ad un'altra caratteristica peculiare dei sistemi di retribuzione variabile; tali sistemi, infatti, "agganciando" una quota più o meno rilevante del trattamento economico ai risultati conseguiti dall'impresa, vanno a costituire una modifica (o, quanto meno, un ripensamento) della tradizionale teoria della ripartizione del rischio tra datore di lavoro e lavoratore.

Andando a costituire una parziale condivisione del rischio d'impresa, infatti, la retribuzione variabile (o, come più corretto dire in questi casi, flessibile) risponde ad esigenze del tutto diverse rispetto alle già citate spinte motivazionali e incentivanti.

Come suggerito, per l'appunto, dalla differente terminologia adottata da una parte della dottrina, l'intento a cui l'istituto risponde in questo caso è quello di adeguare il mercato del lavoro alle esigenze di flessibilità imposte dal momento di difficoltà economica iniziato nel 2008.

Oltre alla già sperimentata flessibilità "in entrata", "in uscita" e alla flessibilità oraria, pertanto, le sfide odierne impongono alle parti sociali il superamento di logiche salariali rigide e caratterizzate da spinte egualitarie, suggerendo di "elasticizzare" e rendere dinamico anche l'istituto della retribuzione.

Chiaramente, tale obiettivo sarà pienamente raggiungibile solo se il processo di cooperazione tra le parti sociali riuscirà a ricomporre quell'apparentemente

insanabile frattura tra capitalismo, tensione continua all'aumento del valore della produzione e tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

L'importanza delle nuove esigenze di flessibilità retributiva (oltre che le ricadute pratiche, talvolta problematiche) è maggiormente apprezzabile grazie all'attività normativa comunitaria, la quale ha condotto gli organi dell'Unione Europea all'elaborazione di una serie di principi in grado di costituire un pacchetto di *best practices* internazionali, a loro volta idonee a fungere da linee-guida direttrici per i singoli Stati membri.

Il recepimento di tale normativa ad opera del Legislatore italiano e, ancora di più, l'elaborazione in via di autoregolamentazione di Codici di *soft-law* (come il citato Codice di Autodisciplina, ora chiamato anche Codice di *Corporate Governance*), conducono ad immaginare scenari futuri dove è possibile intravedere una nuova stagione del rapporto tra titolari di impresa e lavoratori, caratterizzata da un'alleanza, tra queste due categorie, che possa essere la base dalla quale ripensare l'impresa non come luogo di conflitto, ma come ideale luogo di inclusione e di attenzione e rispetto degli interessi di tutte le parti coinvolte.

Emblematiche, in tal senso, le recenti tensioni volte alla creazione di un clima aziendale favorevole, anche attraverso la stipulazione di contratti che prevedano quale corrispettivo della prestazione lavorativa non solo elementi meramente economici (denaro, partecipazione agli utili mediante l'assegnazione di azioni o altri strumenti finanziari, ecc...), ma anche beni e servizi (o, genericamente, *benefits*).

La volontà di andare oltre il corrispettivo solo monetario, secondo larga parte della dottrina, è sintomatica del cambio di concezione relativo alla centralità del fattore umano nel processo produttivo.

In un momento dove l'avanzamento tecnologico viene considerato un fattore in grado di incidere negativamente sui livelli occupazionali, pertanto, le relazioni industriali si presentano, quanto meno, come un parziale correttivo, ponendosi come obiettivo la "welfarizzazione" del sistema-azienda; tale processo, come detto, dovrà essere necessariamente improntato su valori come la cooperazione, la responsabilizzazione e la partecipazione dei lavoratori, e sarà efficacemente realizzabile attraverso la valorizzazione di vari istituti, tra cui la retribuzione correlata ai risultati, ovvero la retribuzione variabile.

## BIBLIOGRAFIA

**ALAIMO A.**, *Sistemi partecipativi ed incentivanti di retribuzione: l'evoluzione storica in Italia*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, Milano, 1991, I.

**BACCHINI F.**, *Welfare aziendale: illazioni (ricostruttive) giuslavoristiche (II. Parte speciale)*, in *ADL*, 2017, 4-5.

**BARASSI L.**, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1917.

**BELLOMO S.**, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002.

**BENEDETTI M., COCOZZA A.**, *Politiche salariali, produttività e redditività. Una riflessione metodologica*, in *Salari e produttività*, (a cura di) Cocozza A., Roma, 1989.

**BERLE A. A., MEANS G. C.**, *The modern corporations and private property*, New York, 1932.

**BOFFELLI G.**, *Remunerare gli amministratori: compensi, incentivi e governance*, in *I quaderni della Scuola di Alta Formazione*, n. 39, Milano, 2011.

**BOLOGNA S.**, *Sulla natura giuridica del rapporto tra amministratore e società per azioni*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2017, III.

**BONOFIGLIO A.**, *La condizione meramente potestativa*, in *Giust. Civ.*, 1997, III.

**BROGI M.**, *Le politiche di remunerazione nel sistema di «corporate governance»*, in *Analisi Giuridica dell'Economia, Studi e discussioni sul diritto dell'impresa*, 2014, II.

**BRUNO S., BIANCONI F.**, *Il voto assembleare sulle politiche di remunerazione degli amministratori: procedure, risultati, prospettive*, in *Riv. soc.*, 2014.

**CAMPOBASSO G. F.**, *Diritto commerciale, Vol. II, Diritto delle società*, Milano, 2020.

**CAPURRO F.**, *Retribuzione – Parte variabile – Mancato raggiungimento dell’obiettivo per mancata consegna in tempo utile del piano bonus – Finzione di avveramento ex art. 1359 c.c. – Applicazione*, in *D&L – Riv. Critica di Diritto del Lavoro*, 2008.

**CASTELVETRI L.**, *Il profilo storico: dagli antichi concordati di tariffa alla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2010, 4/5.

**CATAUDELLA M. C.**, *La retribuzione nel tempo della crisi, tra principi costituzionali ed esigenze di mercato*, Torino, 2013.

**CIUCCIOVINO S.**, *La retribuzione variabile*, in *Flessibilità e diritto del lavoro*, (a cura di) Santoro Passarelli G., Torino, 1997, II.

**CODAZZI E.**, *Il voto degli azionisti sulle politiche di remunerazione degli amministratori: la disciplina comunitaria e il modello di “say on pay”*, in *Rivista ODC*, 2016, II.

**D’ANTONA M., DE LUCA TAMAJO R.**, *La retribuzione ad incentivi: introduzione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991.

**DALLOCCHIO M., TAMAROWSKI C.**, *Corporate governance e valore. L’esempio di Telecom Italia*, Milano, 2005.

**DI CORRADO G.**, *Amministratore e società: natura e qualificazione del rapporto*, in *Riv. Diritto e Pratica del lavoro*, 2017.

**DI NOIA C., PUCCI E.**, *Osservatorio sulla corporate governance, Il nuovo Codice di autodisciplina delle società quotate: motivazioni e principali novità*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2012, I.

**EISENHARDT M. K.**, *Agency theory: an assessment and review*, in *The Academy of Management Review*, 1989.

**FAGGELLA G.**, *Commentario al codice di commercio, II, Delle società e delle associazioni*, Milano, 1900.

**FAMA E. F.**, *Agency problems and the theory of the firm*, in *Journal of Political Economy*, 1980.

**FAMA E. F., JENSEN M. C.**, *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law and Economics*, 1983.

**FAZIO F., MASSAGLI E., TIRABOSCHI M.**, *Indice IPCA e contrattazione collettiva*, in *Collana ADAPT*, 2013.

**GALIZIA A.**, *Il contratto collettivo di lavoro*, Napoli, 1907.

**GERIA F.**, *Amministratore di società e rapporto di lavoro*, Milano, 2019.

**GIUGNI G.**, *L'evoluzione della contrattazione collettiva nelle industrie siderurgica e mineraria (1953-1963)*, Milano, 1964.

**GIUGNI G.**, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici. La retribuzione a cottimo*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1968.

**GRAGNOLI E.**, *La retribuzione ed i criteri per la sua determinazione*, in *La retribuzione*, (a cura di) Palladini S., Torino, 2012.

**GUIDA A. A.**, *Il say on pay in Italia: alcune riflessioni in vista del recepimento della direttiva SRD II*, in *Corporate Governance and Research and Development Studies*, 2019, I.

**ICHINO P.**, *Che cosa impedisce ai lavoratori di scegliersi l'imprenditore. Le nuove frontiere delle politiche del lavoro nell'era della globalizzazione*, in *Il lavoro: valore, significato, identità, regole*, (a cura di) Tullini P., Bologna, 2009.

**ICHINO P.**, *Il contratto di lavoro, II*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Schlesinger P., Milano, 2003.

**ICHINO P.**, *La nozione di giusta retribuzione nell'art 36 Cost.*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I.

**ICHINO P.**, *Lavoro e sindacato tra sicurezza e partecipazione*, in *Rappresentanza collettiva e diritti di partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, 2005.

**JENSEN M. C., MECKLING W. H.**, *Theory of the firm: managerial behaviour, agency costs and ownership structure*, in *Journal of Financial Economics*, 1976.

**LASSANDARI A.**, *Contrattazione collettiva e produttività: cronaca di evocazioni (ripetute) e incontri (mancati)*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009.

**LEONI R., TIRABOSCHI L., VALIETTI G.**, *Contrattazione a livello di impresa: partecipazione allo sviluppo delle competenze versus partecipazione ai risultati finanziari*, in *Lavoro e Relazioni Industriali*, Roma, 1999.

**LEVINE D.**, *Efficiency wages in Weitzman's share economy*, in *Industrial Relations*, 1989.

**MANSFIELD R.**, *Il compito del management*, in *Managerial roles in industrial relations*, (a cura di) Poole M. e Mansfield R., Farnborough (UK), 1980.

**MARCHETTINI P.**, *Le remunerazioni del top management in Europa: eccessi crisi, reazioni e convergenza*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, Il Mulino – Rivisteweb, 2014, II.

**MARESCA A.**, *Le forme storiche di trattamento retributivo: a tempo, a cottimo e con partecipazione agli utili*, intervento dattiloscritto del 22 aprile 2010 presso l'Accademia Nazionale dei Lincei, Roma.

**MIGNONE G.**, *L'associazione in partecipazione*, Artt. 2549-2554, in SCHLESINGER P., *Il Codice civile. Commentario*, Milano, 2008.

**MOSCA D., TOMASSETTI P.**, *Il premio di risultato nella contrattazione collettiva: lineamenti teorici*, in *Il premio di risultato nella contrattazione aziendale, lineamenti teorici e analisi della casistica dell'esperienza italiana e spagnola*, (a cura) di Percivalle F. e Tomassetti P., e-book ADAPT n. 59, 2016.

**PEDRAZZOLI M.**, *Sul licenziamento per scarso rendimento e per il sopravvenire di incompatibilità personali*, in *Licenziamenti e sanzioni nei rapporti di lavoro*, a cura di Pedrazzoli M., Padova, 2011.

**PESSI R.**, *Dinamiche salariali e produttività*, in *Retribuzione e redditività: Italia, Europa e Giappone a confronto*, (a cura di) Biagi M., Rimini, 1990.

**PODDA R., ROMANO I.**, *Retribuzione variabile, nessun diritto al bonus se non sono fissati gli obiettivi*, in *Il Sole 24 Ore*, 15, 5 aprile 2019.

**PROIA A.**, *La partecipazione dei lavoratori tra realtà e prospettive. Analisi della normativa interna*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, I.

**REDENTI E.**, *Massimario della Giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, (a cura di) Caprioli S., Torino, 1992.

**ROMEI R.**, *Informazione, consultazione e controllo dei poteri del datore di lavoro nei sistemi di qualità totale*, in *Qualità totale e diritto del lavoro*, (a cura di) Spagnuolo Vigorita L., Milano, 1997.

**ROMEI R.**, *Premio di produttività*, in *Lessico giuslavoristico*, 1, (a cura di) Pedrazzoli M., Bologna, 2010.

**RUBINO DE RITIS M.**, *Crisi economica e distribuzione dei rischi tra le parti contrattuali: apporti in associazione in partecipazione e limiti all'autonomia privata*, in *Riv. Giust. Civ.*, Milano, 2014.

**SANTAGATA R.**, *Il lavoratore azionista*, in *ADAPT*, Milano, 2008.

**SANTORO-PASSARELLI F.**, *Il diritto civile nell'ora presente e le idee di Vittorio Polacco*, (1933), rist. in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1961.

**SMITH A.**, *The wealth of the Nations*, London, 1838.

**SPAGNUOLO VIGORITA L.**, *Lavoro subordinato e associazione in partecipazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1965.

**TIMELLINI C.**, *L'applicazione delle clausole di clawback nei contratti di lavoro: un primo tentativo di approccio al problema*, in *WP CSDL "MASSIMO D'ANTONA"*, 2018.

**TORRENTE A., SCHLESINGER P.**, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2009.

**TREU T.**, *Commento all'art 36 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, (a cura di) Branca G., Bologna, 1979.

**TREU T.**, *Costo del lavoro e sistema retributivo in Italia*, in *La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, (a cura di) Caruso B., Zoli C. e Zoppoli C., Napoli, 1994.

**TREU T.**, *L'accordo del 23 luglio 1993: assetto contrattuale e struttura della retribuzione*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1993.

**TREU T.**, *Le forme retributive incentivanti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I.

**TREU T.**, *Le proposte parlamentari sulla partecipazione*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, I.

**VILLA E.**, *La retribuzione di risultato nel lavoro privato e pubblico: regolazione ed esigibilità*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2013, II.

**VITALETTI M.**, *La retribuzione c.d. di produttività nella "nuova" contrattazione aziendale: questioni ed esiti*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Bologna, 2011.

**VITALETTI M.**, *La retribuzione di produttività*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013.

**VITALETTI M.**, *La retribuzione variabile*, Roma, 2010.

**VITALETTI M.**, *Retribuzione di produttività e contrattazione collettiva decentrata*, in *Il Mulino-Rivisteweb*, Bologna, 2014.

**VROOM V. H.**, *Work and motivation*, New York, 1964.

**ZANOBIO M.**, *Aspetti teorici della Corporate Governance*, in *Quaderni del Dipartimento di Economia Internazionale delle Istituzioni e dello Sviluppo*, n. 1202, 2012.

**ZOPPOLI A.**, *Incentivazione e lavoro manageriale: spunti per una ricerca*, in *Riv. Dir. Rel. Ind.*, 1991, I.

**ZOPPOLI L.**, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1994.

**ZOPPOLI L.**, *Modelli partecipativi e tecniche di regolazione dei rapporti di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2010, I.

**ZOPPOLI L.**, *Nozione giuridica di retribuzione, incentivazione e salario variabile*, in *Dir. Rel. Ind.*, 1991.

## RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI

Cass. Civ., Sez. I, 2759/2016  
Cass. Civ., Sez. Lav., 18414/2013  
Cass. Civ. 14023/2015  
Cass. Civ., Sez. Lav., 22689/2018  
Cass. Civ., Sez. Lav., 18476/2014  
Cass. SS.UU. 1545/2017  
Cass. Civ., Sez. V, 19050/2015  
Cass. Civ. 6852/2015  
Cass. Civ. 6699/2016  
Cass. Civ., Sez. I, 22046/2014  
Cass. Civ., Sez. Lav., 10260/2001  
Cass. Civ., Sez. Lav., 14835/2009  
Cass. Civ., Sez. Lav., 19467/2007  
Cass. Civ., Sez. Lav., 12512/2004  
Cass. Civ., Sez. Lav., 13959/2014  
Cass. Civ., Sez. Lav., 2371/2015  
Cass. Civ., Sez. Lav., 29761/2018  
Cass. Civ., Sez. Lav., 9032/2017  
Corte d'Appello di Catania 359/2019  
Corte d'Appello di Milano 558 del 27/2019  
Corte d'Appello di Torino 226/2019  
Tribunale di Milano, 12395/2018  
Tribunale di Milano 538/2019  
Legge 228/2012  
Legge 135/1997  
Legge 208/2015  
Legge 247/2007  
Messaggio Inps n. 3359 del 19/09/2019

Decreto Interministeriale 95075/2016 recante la “*Definizione dei criteri per l’accesso ad un ulteriore periodo di integrazione salariale straordinaria da concedersi qualora, all’esito di un programma di crisi aziendale, l’impresa cessi l’attività produttiva e proponga concrete prospettive di rapida cessione dell’azienda stessa e il conseguente riassorbimento del personale*”

Accordo 23 luglio 1993, *Protocollo sulla politica dei redditi e dell’occupazione, sugli assetti contrattuali, sulle politiche del lavoro e sul sostegno al sistema produttivo*

Accordo Interconfederale del 21 novembre 2012, *Linee Programmatiche per la crescita della produttività e della competitività in Italia.*

Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011

D.P.C.M. 22 gennaio 2013, “*Modalità di attuazione delle misure sperimentali per l’incremento della produttività del lavoro nel periodo 1° gennaio – 31 dicembre 2013, ai sensi dell’art.1 comma 481, legge 24 dicembre 2012, n. 228*”

*OECD, OECD Principles of Corporate Governance, 2004.*

Raccomandazione 2004/913/CE, *relativa alla promozione di un regime adeguato per quanto riguarda la remunerazione degli amministratori delle società quotate*

Raccomandazione 2005/162/CE, *sul ruolo degli amministratori senza incarichi esecutivi o dei membri del consiglio di sorveglianza delle società quotate e sui comitati del consiglio d’amministrazione o di sorveglianza*

Raccomandazione 2009/385/CE, *che integra le Raccomandazioni 2004/913/CE e 2005/162/CE per quanto riguarda il regime concernente la remunerazione degli amministratori delle società quotate, considerazioni introduttive*

## **SITOGRAFIA**

[www.ca.milano.it](http://www.ca.milano.it)

[www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)

[www.istat.it](http://www.istat.it)

[www.italgiure.it](http://www.italgiure.it)

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

[www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it)

[www.borsaitaliana.it](http://www.borsaitaliana.it)

<http://eur-lex.europa.eu>