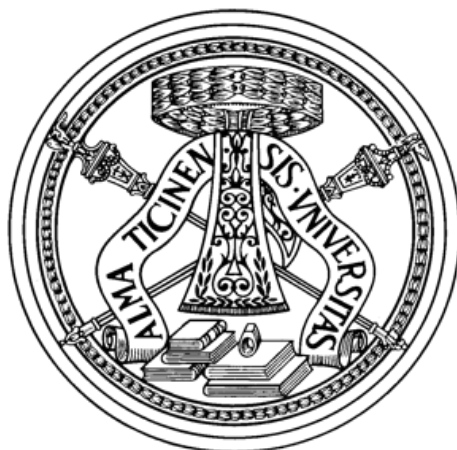


Università degli Studi di Pavia
Dipartimento di Giurisprudenza
Dottorato di ricerca in
Diritto privato, diritto romano e cultura giuridica europea
XXXI ciclo



**Retribuzione e tecniche di regolazione della
concorrenza sul costo del lavoro**

Coordinatore:
Chiar.mo Prof. Valerio Marotta

Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Mariella Magnani

Tesi dottorale di:
Francesco Gadaleta

Anno Accademico 2017/2018

INDICE

INTRODUZIONE

I MINIMI DI TRATTAMENTO TRA LIBERTÀ DI CONCORRENZA E *DUMPING* SALARIALE

1. La protezione dalla concorrenza al ribasso sui salari come funzione caratterizzante il diritto del lavoro.....p. 1
2. La competizione tra ordinamenti giuridici.....p. 3
3. Tendenze europee di limitazione della concorrenza salariale.....p. 8

CAPITOLO I

L'ART. 36 COST. COME STRUMENTO DI CONTRASTO AL *DUMPING* SALARIALE

1. Introduzione: l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. come tecnica di regolazione del mercato.....p. 16
2. La retribuzione come "variabile dipendente" dal mercato.....p. 19
3. La teoria economica e la regolamentazione del mercato del lavoro.....p. 24
 - 3.1. Il modello dei salari di efficienza.....p. 26
 - 3.2. Il modello *insider-outsider*.....p. 28
 - 3.3. I *labour standard* come strumento di abbattimento dei costi di transazione: l'approccio neo-istituzionalista.....p. 30
4. La Costituzione ed il salario: la giusta retribuzione.....p. 34
 - 4.1. La correzione della rendita monopsonistica ed il "saggio minimo di salario".....p. 39
 - 4.2. L'art. 36 Cost. e la funzione di correttivo dell'autonomia individuale.....p. 43
5. L'applicazione giurisprudenziale della retribuzione proporzionata e sufficiente.....p. 49
 - 5.1. Il minimo collettivo come tecnica di adeguamento della retribuzione iniqua.....p. 52
 - 5.2. Il minimo costituzionale come strumento di regolazione del mercato.....p. 56
6. L'idoneità dell'art. 36 Cost. ad evitare la competizione al ribasso e la prospettiva di un salario minimo legale.....p. 60

CAPITOLO II

IL COSTO DEL LAVORO NELL'ECONOMIA GLOBALIZZATA

1. Introduzione: le tecniche di estensione dell'efficacia di regolazione del mercato dell'art. 36 Cost.....p. 71
2. Le clausole sociali: evoluzione e tipologie.....p. 72
 - 2.1. Le clausole sociali negli appalti pubblici: il modello dell'art. 36 Stat. lav. tra promozione della contrattazione collettiva e contrasto alla concorrenza sleale.....p. 79
 - 2.2. Le clausole sociali nel codice degli appalti pubblici: l'effettività della norma lavoristica tra libertà sindacale e concorrenza tra imprese..p. 82
 - 2.2.1. Clausole sociali e selezione del contratto *leader*.....p. 86
 - 2.2.2. Il criterio dell'offerta anomala.....p. 91
 - 2.2.3. Il DURC e la sua possibile valorizzazione.....p. 99
 - 2.3. Clausole sociali e compatibilità con l'ordinamento europeo.....p. 103
3. Le deleghe legislative alla contrattazione collettiva in tema di retribuzione: il caso delle cooperative.....p. 112
4. Il governo dei fenomeni di *outsourcing*.....p. 117
 - 4.1. Il sistema della responsabilità solidale.....p. 121
 - 4.2. La responsabilità solidale come norma generale?.....p. 126

CAPITOLO III

IL COSTO DEL LAVORO E IL SISTEMA PREVIDENZIALE

1. Introduzione: l'incidenza della contribuzione previdenziale sul c.d. costo del lavoro.....p. 134
2. La determinazione del prelievo contributivo: la retribuzione imponibile ai fini previdenziali.....p. 135
 - 2.1. Dalla corrispettività alla onnicomprensività della retribuzione imponibile.....p. 136
 - 2.2. La retribuzione imponibile ai fini previdenziali e ai fini fiscali...p. 141
 - 2.3. La tassatività delle esclusioni e il fine di riduzione del costo del lavoro.....p. 146
3. La determinazione del prelievo contributivo: il minimale contributivo.....p. 150
 - 3.1. L'individuazione della base di calcolo del minimale contributivo.....p. 154
 - 3.2. L'individuazione del contratto *leader*: la concorrenza tra autorità salariali.....p. 159

4. Il minimale contributivo e i riflessi sull'efficacia del contratto collettivo.....p. 162

CONCLUSIONI: le norme di determinazione del costo del lavoro come tecnica di regolazione del mercato.....p. 165

BIBLIOGRAFIA.....p. 168

INTRODUZIONE

I MINIMI DI TRATTAMENTO TRA LIBERTÀ DI CONCORRENZA E
DUMPING SALARIALE

SOMMARIO: 1. La protezione dalla concorrenza al ribasso sui salari come funzione caratterizzante il diritto del lavoro. – 2. La competizione tra ordinamenti giuridici. – 3. Tendenze europee di limitazione della concorrenza salariale.

1. La protezione dalla concorrenza al ribasso sui salari come funzione caratterizzante il diritto del lavoro

Con questo lavoro ci si pone l'obiettivo di verificare l'esistenza, ed in seconda battuta il funzionamento, di un principio di concorrenza leale tra datori di lavoro sul piano dei costi del lavoro e di ricostruire il sistema di norme pensate per questo scopo. Si ha a che fare, in termini generali, con una delle tipiche funzioni del diritto del lavoro, nato proprio per evitare la concorrenza al ribasso dei soggetti deboli-lavoratori: ebbene, il campo più importante dove si gioca questa partita è proprio quello dei salari e, nello specifico, della retribuzione¹.

Tuttavia, parlare di un principio di concorrenza leale può sembrare fuori luogo: ci si riferisce, in realtà, alla presenza nel nostro ordinamento di tutta una serie di norme che hanno lo scopo di regolare la materia retributiva, ma anche contributiva, come si vedrà, con il fine di garantire il rispetto di limiti minimi dei trattamenti economici, i quali, come è noto, costituiscono una delle principali voci sulle quali si concentrano i tentativi di efficientamento ed abbattimento dei costi da parte delle imprese. Tale tendenza ha a che fare, evidentemente, con la fissazione di un costo del lavoro che il nostro ordinamento intende come inderogabile e sul quale, appunto,

¹ Segnala la centralità del tema retributivo già TOSI P., *La retribuzione nel diritto del lavoro dell'emergenza*, in DLRI, 1979, p. 511, che parla addirittura di retribuzione come "indicatore privilegiato dei mutamenti in atto nel diritto del lavoro".

non è concessa alcuna forma di competizione al ribasso da parte di datori di lavoro e prestatori d'opera.

A monte di tutto ciò sta, allora, la determinazione di quel minimo nei termini di un valore che l'ordinamento reputa giusto, per usare le parole dei giudici costituzionali in tema di retribuzione *ex art. 36 Cost.*, o quantomeno corretto per il mercato di riferimento. Si tratta, evidentemente, di un'operazione divisa in due fasi – la fissazione di un costo del lavoro minimo e la garanzia della sua effettività – la prima delle quali, tuttavia, ha a che fare con la politica del diritto, dato che la scelta della fonte di fissazione dei salari può essere demandata al mercato mediato dai soggetti sindacali, tramite il riferimento ai contratti collettivi con efficacia *erga omnes*, o al legislatore stesso, tramite la fissazione di un salario minimo legale.

Ora, per quanto riguarda la prima fase si può rimandare a tutto il dibattito relativo all'introduzione del salario minimo in Italia², che in questo lavoro verrà solo sfiorato per la verifica della sua tenuta nel sistema costituzionale; oggetto di analisi saranno, invece, le tecniche normative con cui, ad oggi, l'ordinamento evita la fuga da quei minimi considerati inderogabili e tramite i quali, di fatto, opera anche una regolamentazione degli operatori del mercato³: tali tecniche comprendono il principio di giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.*, così come interpretato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità; le norme sulla base di calcolo dei contributi previdenziali ed, infine, un gruppo di norme che, in sintesi, riguarda le tipologie di rapporti di lavoro in uso tendenzialmente, ma non solo, nelle imprese organizzate secondo il modello post-fordista. Il riferimento è alla normativa sulla responsabilità solidale dei crediti di lavoro, a quella che

² Si veda, a titolo esemplificativo, la recente monografia di MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, Giappichelli, 2017.

³ Il legame tra retribuzione e concorrenza sul mercato è segnalato anche da PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. – Palermo 17-19 maggio 2018, dattiloscritto, p. 3, quando parla della sua strumentalità rispetto a “strategie economiche il cui primario obiettivo è soprattutto quello della regolazione dei mercati e della concorrenza”.

delega un particolare contratto collettivo a determinare i minimi retributivi da applicare ed, infine, alle previsioni normative pensate anche per attuare il c.d. principio di congruità del costo del lavoro di derivazione europea, quali le clausole sociali negli appalti.

Dunque, già da queste prime considerazioni risulta evidente come l'ordinamento metta in campo un vero e proprio sistema di norme sulla determinazione del costo del lavoro – non solo, quindi, della retribuzione – che hanno il fine di garantire l'effettività dei minimi individuati e di imporre determinati costi ai datori di lavoro che operano nel nostro mercato del lavoro, con ciò compiendo una vera e propria selezione all'interno del mercato stesso al fine di evitare la competizione al ribasso sui salari⁴.

Parlare, poi, di un mercato di riferimento mette in luce come tale sistema di norme abbia a che fare anche con la giustificazione che le teorie economiche hanno dato alla fissazione di determinati minimi di trattamento, di cui si cercherà di dare conto con riguardo al c.d. minimo costituzionale per i lavoratori subordinati. Ma la limitazione della concorrenza al ribasso dei prestatori d'opera può avere un collegamento, ancora più a monte, con il fenomeno della competizione tra ordinamenti giuridici e con la politica di contrasto al *dumping* salariale messa in campo dall'Unione europea, creando così un intreccio che va da un'esigenza, probabilmente, di convivenza in un mondo globalizzato all'appartenenza ad un ordinamento di carattere, ormai, multi-livello⁵.

2. *La competizione tra ordinamenti giuridici*

⁴ Per quanto riguarda, nello specifico, la retribuzione, che questa andasse intesa come voce di “costo” già lo segnalava RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 163/2012, p. 15, ma soltanto nel suo aspetto macro-economico, quando cioè si produce uno squilibrio nell'economia di riferimento dato dalla presenza di salari troppo alti: cfr. *amplius* cap. I, § 2.

⁵ Tanto che è ormai chiaro come il salario sia condizionato da “scelte macroeconomiche con cui si gestiscono le dinamiche della concorrenza a livello continentale”: cfr. PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 3.

Quanto detto in tema di tecniche normative di fissazione di determinati costi del lavoro impone una breve riflessione non solo sulla competizione tra datori di lavoro-imprese, ma anche tra ordinamenti giuridici: è evidente, infatti, come il mondo globalizzato abbia ormai accorciato le distanze e messo in dialogo operatori economici di vari mercati, i quali, grazie anche alla maggiore mobilità, possono letteralmente scegliere il sistema normativo cui sottoporsi⁶, mettendo in evidenza, contemporaneamente, la “vocazione globale del diritto e l’inadeguatezza dei diritti statuali a governare la società globale”⁷.

Tale riflessione ha lo scopo di mettere in evidenza un problema ed insistere sulle possibili soluzioni, nel solco delle quali, evidentemente, si collocano tutte le tecniche regolative che andremo ad analizzare. Siamo in presenza, infatti, di una tendenza globale che qualcuno ha definito di *law shopping*⁸ e che trova una possibile sistemazione, tra le tante, nella teoria della competizione regolatoria⁹: secondo tale teoria, infatti, in un contesto di mobilità dei fattori di produzione, tra i quali rientra il capitale, le imprese si muovono verso i sistemi giuridici dotati di regole più efficienti dal punto di vista economico.

Va da sé che il diritto del lavoro, secondo una lettura critica, corrisponde al paradigma di tali regole, che costituiscono, il più delle volte, una fuga da quell’ottimo di paretiana memoria a cui deve tendere il mercato e che, pertanto, l’operatore economico razionale vuole evitare di dover rispettare¹⁰. Il merito di tale teoria, allora, è quello di fotografare una

⁶ PERULLI A., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in LD, 2011, I, p. 13 ss.

⁷ PLAIA A., *Conclusioni*, in PLAIA A., *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, 2007, p. 207.

⁸ PALLINI M., *Law shopping e autotutela sindacale nell’Unione Europea*, in RGL, 2008, II, p. 3 ss.

⁹ BRATTON W., Mc CAHERY J.A., PICCIOTTO S., SCOTT S., *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford University Press, 1997 e ESTY D.C., GERARDIN D., *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford University Press, 2001.

¹⁰ Così la letteratura degli economisti ortodossi, fino ad arrivare alla critica generale della legislazione sociale di HAYEK F., *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 1979. Si veda anche *infra* cap. I, § 3.

propensione naturale col fine, evidentemente, di trovare gli strumenti per correggere le eventuali distorsioni che questi comportamenti possono causare.

Per essere ancora più chiari sul punto, si possono riprendere le considerazioni in tema di c.d. *race of laxity* già evidenziata negli anni Trenta della Corte Suprema degli Stati Uniti e di cui la teoria della competizione regolatoria può costituire uno degli ultimi sviluppi: in una famosa *dissenting opinion*, infatti, il giudice Louis Brandeis¹¹ cercò di giustificare la limitazione della concorrenza derivante da una determinata legislazione fiscale con il riferimento alla libertà degli americani di scegliere quali istituzioni, anche economiche, potessero aver cittadinanza nel loro Paese. Questo perché, riprendendo il lavoro di Adolf A. Berle e di Gardiner C. Means¹², le grandi società di capitali possono mettere in campo una vera e propria *race to the bottom* verso ordinamenti giuridici più “lassisti”, per così dire: la soluzione, allora, dovrebbe essere una sorta di accordo di cartello tra ordinamenti, poiché, nei fatti, la libera concorrenza delle regole scaturisce in una corsa al ribasso delle regole stesse.

Dunque, l’aver messo in competizione più ordinamenti giuridici non pare essere una conquista positiva della globalizzazione e, prima ancora, dell’ordinamento federale americano: il fenomeno della competizione sulle regole, competizione causata dalla libertà delle imprese di muoversi fuori da confini prefissati, fuori cioè dalla giurisdizione di un singolo stato, può avere come effetto il *dumping* regolativo, che viene considerato come un disvalore, o un effetto collaterale, il cui rimedio consisterebbe nell’imposizione di una legislazione minima comune a tutti gli ordinamenti.

In tali ragionamenti, per la verità elaborati con riferimento al diritto commerciale, è evidente, allora, l’intenzione di impedire un certo tipo di

¹¹ Cfr. *Louis K. Liggett v. Lee*, 288 U.S., 517, 557-559 (1933).

¹² BERLE A.A., MEANS G.C., *The Modern Corporation and Private Property*, The Macmillan Company, 1932.

concorrenza, che potrebbe definirsi sleale nella misura in cui alla base di quella corsa al ribasso vi è una disparità di potere tra i soggetti coinvolti, che porta, secondo una determinata valutazione, ad effetti negativi per il sistema. Tale situazione non è diversa da quella che andremo ad esaminare, anzi, presenta dei punti di contatto proprio nella disparità di potere tra i soggetti interessati e nella possibilità di uno dei due di negoziare al ribasso le regole.

Spingendosi oltre nell'analisi, allora, non deve stupire se il fenomeno della c.d. *race to the bottom* venne evidenziato proprio negli Stati Uniti, che costituiscono il paradigma di stato federale in cui, appunto, più ordinamenti giuridici convivono. La medesima situazione, tuttavia, è riscontrabile anche nella parte di mondo che qui ci interessa, data la presenza in Europa di più soggetti regolatori nel medesimo spazio giuridico.

Spostando, dunque, l'attenzione sul vecchio continente, dobbiamo però concordare con chi ha riscontrato nell'Unione europea gli elementi dell'ordinamento "composito", piuttosto che della vera e propria federazione: l'elasticità geografica, le diverse sfere di sovranità, l'organizzazione fluida e la scelta tra tecniche di decisioni differenti, infatti, sono tutti elementi che l'Unione europea ha in comune con gli ordinamenti compositi del passato, quali il Sacro Romano Impero, l'Impero ottomano o l'Impero asburgico¹³. Tuttavia, il fatto di trattarsi di un ordinamento composito non mette al riparo dagli stessi rischi della federazione: in sostanza, anche nel caso dell'Unione europea siamo in presenza di una discontinuità giuridica che, se non governata, causa la medesima *race to the bottom* vista sopra.

La differenza consiste, semmai, nel diverso approccio a governare tale discontinuità: quello europeo è un ordinamento, infatti, che ha come fine ultimo la creazione di un mercato unico, che a sua volta presuppone la piena libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Ne

¹³ CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003, p. 79 e PLAIA A., *Conclusioni*, cit., p. 210, nonché DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, 2003.

deriva la necessità, allora, di una armonizzazione delle regole, poiché l'armonizzazione sarebbe “strumentale alle libertà e le libertà sono strumentali al mercato unico”¹⁴: nella creazione di soglie minime di tutela sta, dunque, la ricetta contro la c.d. *race to the bottom*¹⁵, che viene percepita nei rapporti c.d. *Business to Consumer* più che mai come un costo, e la spinta verso l'obiettivo comune del mercato unico europeo. Ma che la competizione al ribasso tra ordinamenti sia un qualcosa da contrastare e costituisca un disvalore è evidente ancora di più nei rapporti *Business to Business*, dove esempi pratici come quello della vendita internazionale di beni mobili¹⁶ dimostrano come la creazione, in via convenzionale, di un diritto uniforme, in alternativa a soglie minime di tutela, corrisponda al modo migliore per evitare le distorsioni causate dal particolarismo giuridico¹⁷ e per facilitare i rapporti tra gli operatori del mercato.

In conclusione, dunque, e senza dilungarsi ulteriormente sul punto, le considerazioni svolte sono strumentali a segnalare come la necessità di garantire dei minimi di trattamento, o delle soglie *standard*, derivi anche dalla tendenza, ormai, a mettere in collegamento diversi ordinamenti giuridici tra loro, tendenza che presta il fianco a comportamenti degli operatori economici volti esclusivamente a mettere in competizione quegli ordinamenti solo sul versante delle regole e delle garanzie normative: non avendo con questo lavoro la pretesa di risolvere tale problema, si vuole solo accennare a quali potrebbero essere le possibili giustificazioni teoriche di un sistema di norme che, attraverso tecniche anche diverse tra loro, è finalizzato

¹⁴ PLAIA A., *Conclusioni*, cit., p. 202; cfr. anche CASSESE S., *op. cit.*, p. 46 ss.

¹⁵ Si è affermato, infatti, che “un ordinamento che poggia sull'armonizzazione delle regole, pubbliche e private, non conosce competizione, se non quando, anche solo transitoriamente, l'armonizzazione cede il passo al mutuo riconoscimento ed al principio dell'equivalenza”: così PLAIA A., *Conclusioni*, cit., p. 210.

¹⁶ Cfr., sul punto, SCHLECHTRIEM P., SCHWENZER I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2005.

¹⁷ Anche se, a onor del vero, qualcuno sostiene come la competizione tra regolatori, specialmente nell'Unione europea, sia cosa positiva, oltretutto garantita dalla libertà di stabilimento: cfr. ZOPPINI A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, 2004.

a garantire il rispetto di determinati minimi di trattamento, soprattutto, per quanto di interesse, in tema di trattamento economico del lavoratore.

Detto in altri termini, ci si riferisce all'idea di una "globalizzazione virtuosa, capace di invertire il paradigma della concorrenza regolatoria a vantaggio di una regolazione della concorrenza sociale guidata da principi internazionalmente riconosciuti di rispetto dei diritti fondamentali"¹⁸.

3. *Tendenze europee di limitazione della concorrenza salariale*

Dopo aver accennato alle esigenze di armonizzazione e superamento della discontinuità giuridica derivanti dall'appartenenza all'ordinamento "composito" dell'Unione europea, possiamo ora esaminare brevemente le spinte in cui può essersi concretizzata quella limitazione della concorrenza di cui sopra, spinte che, tramite la fissazione di minimi economici per il trattamento dei lavoratori, si ricollegano alla tendenza ad imporre il rispetto di quei diritti sociali e regole concorrenziali che segnano il passaggio dal *free-trade* al *fair-trade*¹⁹ tramite il ricorso ad "interventi etero-correttivi da effettuarsi con norme e provvedimenti legislativi nazionali e internazionali"²⁰.

Per la verità, il riconoscimento di un trattamento economico minimo, che quindi non pare essere oggetto di libera concorrenza tra prestatori, pena, appunto, la sua ineffettività, è presente già nelle più importanti Carte internazionali: si pensi alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, il cui art. 23, par. 3, afferma che "*ogni individuo ha diritto ad una remunerazione equa e soddisfacente che assicuri a lui stesso e alla sua famiglia una esistenza conforme alla dignità umana ed integrata, se necessario, da altri mezzi di protezione sociale*", ma anche alla Carta Sociale

¹⁸ PERULLI A., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., p. 18.

¹⁹ LYON-CAEN A., *A proposito del dumping sociale*, in LD, 2011, I, p. 11 ss.

²⁰ PERULLI A., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, cit., p. 23.

Europea del 1961²¹, al Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali del 1966²², alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989²³ ed, infine, alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 2000²⁴, la quale ha ormai lo stesso valore giuridico dei Trattati ex art. 6 del Trattato sull'Unione europea. Da tutti questi riferimenti discende, in particolare, come l'esigenza di proteggere il trattamento economico del lavoratore, che deve collocarsi ad un valore "equo" o "sufficiente", sia uno di quegli obiettivi comuni che devono guidare l'armonizzazione del diritto europeo²⁵.

Stando così le cose, dobbiamo tuttavia affermare come nello spazio giuridico europeo sia presente una forte tensione tra diritti sociali e principio *antitrust*, in un quadro dove comunque vi è la consapevolezza che il governo delle relazioni economiche non può essere lasciato alla libera concorrenza degli operatori del mercato. In questo senso vanno lette le parole della Corte di giustizia con riferimento al particolare caso del distacco transnazionale, quando afferma che "in quanto uno degli scopi perseguiti dal legislatore

²¹ Si veda, dopo la revisione del 1996, la Parte II, art. 4, relativo al diritto ad un'equa retribuzione, secondo il quale i governi firmatari, membri del Consiglio d'Europa, si impegnano "a riconoscere il diritto dei lavoratori ad una retribuzione sufficiente tale da garantire ad essi e alle loro famiglie un livello di vita dignitoso".

²² Si veda l'art. 7, che riconosce il diritto ad una "remunerazione che assicuri a tutti i lavoratori, come minimo: i) un equo salario ed una eguale remunerazione per un lavoro di eguale valore, senza distinzione di alcun genere; in particolare devono essere garantite alle donne condizioni di lavoro non inferiori a quelle godute dagli uomini, con una eguale remunerazione per un eguale lavoro; ii) un'esistenza decorosa per essi e per le loro famiglie in conformità delle disposizioni del presente Patto".

²³ Nel riconoscere, all'art. 5, che "ogni lavoro deve essere retribuito in modo equo", la Carta prevede come ai lavoratori sia assicurata, appunto, una "retribuzione equa, cioè una retribuzione sufficiente per consentire loro un decoroso tenore di vita".

²⁴ La Carta di Nizza, pur non parlando esplicitamente di retribuzione, contiene il riferimento al diritto dei lavoratori a "condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose" ex art. 31, par. 1, che non esclude tuttavia di ricomprendervi un giusto salario.

²⁵ Per la verità, ulteriori riferimenti internazionali sono costituiti dalla Convenzione OIL n. 117 del 1962, sulla garanzia di una retribuzione che assicuri il minimo vitale, e, ancora prima, dalla Convenzione OIL n. 26 del 1928, sul dovere in capo agli Stati di elaborare metodi per la fissazione di minimi salariali, nonché dalla Convenzione n. 131 del 1970, sulla fissazione di salari minimi attraverso metodi che tengano in considerazione le esigenze di vita dei lavoratori. Cfr. *amplius* BELLOMO S., Sub art. 36 Cost., in AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A. (a cura di), Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali, vol. I, Giuffrè, 2009, p. 164 ss. Sul tema più ampio del salario minimo europeo, cfr. OCCHINO A., *Minimi salariali e comunità europea*, in DL, 2001, I, p. 149 ss.

nazionale consista nel prevenire una concorrenza sleale da parte delle imprese che retribuiscono i loro dipendenti ad un livello inferiore rispetto a quello corrispondente al salario minimo, un tale scopo può essere preso in considerazione quale esigenza imperativa atta a giustificare una restrizione alla libera prestazione di servizi nella misura in cui ricorrano i presupposti del punto 34”, e cioè qualora si sia di fronte ad una normativa che deve rispondere a “ragioni imperative di interesse generale, qualora tale interesse non sia tutelato da norme cui il prestatore è soggetto nello Stato membro in cui risiede e in quanto siano idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vadano oltre quanto necessario per il suo raggiungimento”²⁶.

Una limitazione della concorrenza, dunque, ammissibile, poiché l’uso del costo del lavoro, genericamente inteso, come fattore competitivo integra gli estremi di una concorrenza sleale. Tale limitazione può anche discendere, come stabilito nel caso *Albany*²⁷, dalla contrattazione collettiva, che è a sua volta sottratta al campo di applicazione dell’art. 85 TCE, se volta a migliorare le condizioni di lavoro e di occupazione.

Ebbene, se è vero che da queste considerazioni non è seguito un bilanciamento adeguato tra diritti sociali e libera prestazione dei servizi²⁸, facendo pendere l’ago della bilancia a favore della dimensione mercantile dell’Unione, allo stesso tempo traspare come la libera concorrenza debba essere in qualche modo governata, onde evitare che il lavoro, i suoi costi ed, in generale, i diritti sociali diventino un fattore competitivo nel mercato, con ciò compiendo una netta scelta valoriale di fondo a tutela di quegli obiettivi comuni cui deve mirare l’armonizzazione del diritto europeo.

²⁶ C. giust., 12 ottobre 2004, c-60/2003, *Wolff & Muller GmbH & Co. KG c. José Filipe Pereira Félix*, punto 41.

²⁷ C. giust., 21 settembre 1999, C-67/1996, *Albany International BV*, par. 59, in RIDL, 2000, II, p. 209 ss., nt. PALLINI.

²⁸ Si è parlato, a chiare lettere, di “stadio insoddisfacente di evoluzione”: cfr. CORTI M., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in DLRI, 2016, p. 516.

A dimostrazione, ancora, di queste affermazioni possiamo esaminare la questione delle clausole sociali negli appalti pubblici e nel distacco transnazionale che, sebbene saranno oggetto di specifica trattazione *infra*²⁹, possono già fornire degli esempi da cui traspare la presa di coscienza della Corte di giustizia in tema di concorrenza sleale sul costo del lavoro: in tali settori, più che in altri, infatti, è evidente l'utilizzo di "tecniche di regolazione dei comportamenti economici" mirate al "condizionamento della logica naturale di mercato, e in particolare della logica concorrenziale"³⁰, a cui possiamo ricondurre tutte le norme e tecniche regolative che saranno oggetto del presente lavoro.

Emblematiche a tale scopo tutta una serie di pronunce che hanno seguito il caso *Ruffert*³¹, che è stato tuttavia molto criticato per gli esiti cui si era giunti. In ogni caso, in quest'ultima sentenza era stata sancita l'illegittimità di una clausola sociale contemplata nella legislazione tedesca in relazione al principio di libera prestazione dei servizi *ex art. 56 TFUE*, poiché, essendo priva di efficacia generale, in quanto riferita ad un contratto collettivo applicabile al solo settore degli appalti pubblici, quella previsione normativa non costituiva un minimo di trattamento idoneo a condizionare la prestazione di servizi ad opera di un'impresa straniera: secondo l'art. 3, par. 1, dir. 1996/71/CE, infatti, gli Stati membri devono garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale le tariffe salariali previste da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, ovvero da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale³².

²⁹ Cfr. cap. II.

³⁰ Così SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in RGL, 2006, I, p. 757, riferendosi all'art. 36 l. n. 300/1970.

³¹ C. giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, in RIDL, 2008, II, p. 479 ss. nt. BRINO.

³² Il testo della norma è il seguente: "Gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché

Il principio riaffermato, dunque, è quello secondo cui il diritto *antitrust* cede il passo alle previsioni nazionali che fissano tariffe minime salariali, purché dotate di applicazione generale: se però è vero che nel caso specifico il bilanciamento tra diritto del lavoro e diritto alla libera concorrenza aveva visto prevalere il secondo, altrettanto vero è che la Corte ha iniziato a considerare con attenzione il ruolo delle normative sociali degli Stati membri³³, gettando le basi per un filone giurisprudenziale che ci restituisce l'immagine di quelle tecniche regolative che nel mercato unico possono limitare la concorrenza sul costo del lavoro da parte delle imprese.

Mantenendo fermi il principio per cui le limitazioni alla libertà di stabilimento e circolazione dei servizi tramite le norme lavoristiche sono ammesse solo se necessarie, adeguate e proporzionali rispetto ai fini perseguiti di tutela dei lavoratori, e quello per cui una previsione legislativa può essere ricondotta ad esigenze di ordine pubblico solo quando risponde ad una minaccia effettiva e grave agli interessi fondamentali della collettività³⁴, la Corte di giustizia, sempre con riferimento alle clausole sociali, ha ribadito come “una tale misura nazionale può essere giustificata in linea di principio dall'obiettivo della protezione dei lavoratori [...], vale a dire quello di garantire che ai lavoratori venga versata una congrua retribuzione per evitare sia il *dumping* sociale sia la penalizzazione delle imprese concorrenti che concedono una congrua retribuzione ai loro dipendenti”³⁵. Da qui a compiere quella che è stata definita come una “vera

vertano sulle attività menzionate in allegato: [...] c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria. [...] Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato”.

³³ CORTI M., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, cit., p. 509.

³⁴ Con esclusione, quindi, del lavoro: cfr. BARNARD C., *The UK and posted workers: The Effect of Commission v. Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law*, in *International Law Journal*, 2009, p. 128 e GIUBBONI S., *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in RGL, 2015, I, p. 818.

³⁵ C. giust., 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, punto 31, in RIDL, 2015, II, p. 550 ss., nt. FORLIVESI ed in RGL, 2015, II, p. 33 ss., nt. GUADAGNO.

e propria inversione a U”³⁶ nella giurisprudenza della Corte non passerà molto: nel caso *RegioPost*³⁷, infatti, una legge contenente una clausola sociale in tema di appalti pubblici è stata giudicata compatibile con gli artt. 26 della direttiva 2004/18/CE e 3, par. 1, della direttiva 1996/71/CE proprio perché considerata norma di protezione minima, “che impone il rispetto da parte delle imprese stabilite in altri Stati membri di una tariffa minima salariale a vantaggio dei loro lavoratori distaccati nel territorio dello Stato membro ospitante per l'esecuzione di tale appalto pubblico. Una norma siffatta, rientra infatti nel livello di protezione che deve essere garantito a tali lavoratori”³⁸. È interessante notare, inoltre, come la Corte fosse consapevole della restrizione alla libera prestazione di servizi, che tuttavia è stata ritenuta giustificata proprio perché finalizzata all’obiettivo della tutela dei lavoratori³⁹: come a dire che la concorrenza tra imprese non è libera, ma condizionata alla tutela di altri valori che legittimamente possono limitare la competizione tra soggetti economici.

Tale ultimo punto era stato ribadito in un’ulteriore pronuncia, in cui è stato affermato a chiare lettere come “l’articolo 3, paragrafo 1, primo comma, della direttiva 96/71 *abbia* un duplice obiettivo. Da un lato, esso mira a garantire una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, imponendo a queste ultime di riconoscere ai loro dipendenti, in una limitata serie di materie, le condizioni di lavoro e di occupazione stabilite nello Stato membro ospitante”⁴⁰, il tutto a patto che il legislatore nazionale si serva di norme “vincolanti e

³⁶ CORTI M., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, cit., p. 511.

³⁷ C. giust., 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz.*, in RIDL, 2016, II, p. 519 ss., nt. FORLIVESI ed in DRI, 2016, III, p. 881 ss., nt. CAROSIELLI.

³⁸ C. giust., 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz.*, punto 66.

³⁹ *Ivi*, punto 69 e 70.

⁴⁰ C. giust., 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto ry c. Elektrobudowa Spolka Akcyjna*, punto 30, in RIDL, 2015, II, p. 898 ss., nt. BUOSO; in DRI, 2015, IV, p. 551 ss., nt. VENTURI ed in RGL, 2015, II, p. 221 ss., nt. GIUBBONI.

trasparenti”⁴¹, come quelle di un contratto collettivo dotato di applicazione generale.

Dunque, rimandando, come già preannunciato, ad un esame più approfondito della questione nel prosieguo della trattazione, al momento può essere sufficiente ribadire come le clausole sociali siano la dimostrazione di una libera competizione in un mercato di riferimento, ma con delle limitazioni sui fattori competitivi, quali appunto il costo del lavoro, tanto che è stato affermato come “nel caso delle ipotesi di estromissione dalle gare d’appalto e di esclusione delle offerte anormalmente basse, è evidente che la volontà del legislatore (europeo ed italiano) sia quella di limitare la concorrenza tra le imprese, sottraendo loro la possibilità di competere sul terreno del costo del lavoro”⁴². Non solo. Come detto, questo breve esame di pronunce testimonia l’emersione di un vero e proprio nuovo filone giurisprudenziale, purché il diritto sociale sia mediato dalle direttive europee: secondo tale filone, allora, da una parte, la contrattazione collettiva dotata di efficacia *erga omnes* può liberamente modulare i minimi retributivi; dall’altra parte, il legislatore può fissare, direttamente o *per relationem* a un contratto collettivo dotato di efficacia generalizzata, il salario minimo applicabile ai lavoratori impiegati negli appalti pubblici⁴³.

Concludendo, dunque, questa breve introduzione, possiamo affermare come le tecniche normative di limitazione della concorrenza, in generale, si siano fatte strada negli ordinamenti giuridici di tutto il mondo proprio in risposta alla tendenza messa in campo dagli operatori economici a competere sulle regole; non solo, tali tecniche normative non sono neanche estranee all’ordinamento giuridico multi-livello europeo: concorrenza sleale, *dumping* sociale e trattamento economico minimo sono, dunque, le

⁴¹ *Ivi*, punto 45.

⁴² COSTANTINI S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 196/2014, p. 31.

⁴³ Sono gli approcci, rispettivamente, di *Sähköalojen Ammattiliitto* e di *RegioPost*: cfr. CORTI M., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, cit., p. 516.

coordinate entro cui l'Unione europea cerca di mettere in campo una normativa che punta a far rispettare determinati costi del lavoro, così da orientare la competizione su altri fattori.

Resta da chiedere, allora, quale sia lo stato dell'arte del sistema di norme esistenti nell'ordinamento italiano e, soprattutto, se queste siano sufficientemente in grado di perseguire quegli scopi di garanzia dei livelli minimi e di regolazione del mercato nell'ottica del *fair-trade*.

CAPITOLO I

LA GIUSTA RETRIBUZIONE COME STRUMENTO DI CONTRASTO AL *DUMPING* SALARIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. come tecnica di regolazione del mercato. – 2. La retribuzione come “variabile dipendente” dal mercato. – 3. La teoria economia e la regolamentazione del mercato del lavoro. – 3.1. Il modello dei salari di efficienza. – 3.2. Il modello *insider-outsider*. – 3.3. I *labour standard* come strumento di abbattimento dei costi di transazione: l'approccio neo-istituzionalista. – 4. La Costituzione ed il salario: la giusta retribuzione. – 4.1. La correzione della rendita monopsonistica ed il “saggio minimo di salario”. – 4.2. L'art. 36 Cost. e la funzione di correttivo dell'autonomia individuale. – 5. L'applicazione giurisprudenziale della retribuzione proporzionata e sufficiente. – 5.1. Il minimo collettivo come tecnica di adeguamento della retribuzione iniqua. – 5.2. Il minimo costituzionale come strumento di regolazione del mercato. – 6. L'idoneità dell'art. 36 Cost. ad evitare la competizione al ribasso e la prospettiva di un salario minimo legale.

1. *Introduzione: l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. come tecnica di regolazione del mercato*

Se si vuole ricostruire un sistema di norme e tecniche regolative di fissazione e garanzia dei minimi di trattamento economico dei lavoratori in funzione di regolamentazione del mercato, non si può non partire dall'esame dell'art. 36 Cost. e della sua applicazione giurisprudenziale, che rappresenta un vero e proprio “*topos* del giuslavorismo post-costituzionale”¹, nonché quella che qualcuno ha definito la “via italiana al salario minimo”².

Oggetto del presente capitolo, allora, sarà l'analisi della principale modalità – perché riguardante i lavoratori subordinati – tramite la quale il nostro ordinamento avrebbe recepito il principio di limitazione della concorrenza tra imprese sul costo del lavoro: cercheremo di verificare, in sostanza, come il minimo contrattuale, che diventa poi minimo costituzionale, svolga la funzione di garantire il valore della prestazione nel

¹ RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo*, in LD, 2011, IV, p. 631.

² MAGNANI M., *Il salario minimo legale*, in RIDL, 2010, I, p. 776 e, da ultimo, MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., p. 61 ss.

mercato, anche se a discapito, probabilmente, dell'identificazione di quel tratto dinamico della retribuzione che si traduce nell'adeguatezza alle esigenze di vita.

L'art. 36 Cost. assume, in questo modo, un ruolo di correttivo delle procedure di determinazione della retribuzione, proteggendo i salari più bassi ed i contraenti deboli del rapporto di lavoro ed evitando la concorrenza a ribasso tra gli stessi, tanto che recentemente, a seguito di alcune sentenze della Corte costituzionale sul tema³, è stato affermato come “il contrasto al *dumping* sia dunque per la Consulta un principio di rilievo costituzionale insito nell'art. 36, comma 1, il cui naturale e ottimale strumento di attuazione è la contrattazione di categoria”⁴.

Sono necessari, tuttavia, alcuni chiarimenti metodologici: da queste prime considerazioni è evidente, infatti, l'adozione di un approccio secondo cui la retribuzione deve essere collocata all'interno di un mercato di riferimento, poiché nell'economia capitalista la quantificazione ed eventuale variazione dei minimi salariali ha ripercussioni su tutta l'economia⁵. Non si può sfuggire, in sostanza, dalla dimensione c.d. “mercantile” dei salari, dovendoci chiedere, semmai, come si possa regolare la quantificazione degli stessi, nonché come se ne possa garantire il loro rispetto da parte dei datori di lavoro. Dall'esame della giurisprudenza sull'art. 36 risulterà, infatti, come il valore sufficiente della retribuzione sia sempre stato un valore di mercato, individuato da quella che è la fonte privilegiata ad intercettare domanda ed offerta di lavoro: il contratto collettivo⁶.

³ Il riferimento è a Corte cost. 26 marzo 2015, n. 51, in DRI, 2015, III, p. 823 ss., nt. SCHIUMA, ma anche a Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178, in DRI, 2015, IV, p. 1120 ss., nt. FERRANTE.

⁴ ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in LD, 2018, I, p. 13.

⁵ D'altronde, potremmo considerare tutto il diritto del lavoro come un diritto dell'economia capitalista, perché esso “nasce e si sviluppa per regolare il rapporto di scambio tipico dello sviluppo capitalistico”: così BAVARO V., *Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, in LD, 2016, IV, p. 710.

⁶ Questo, infatti, “costituisce un tratto tipico dei paesi democratici post-capitalistici che affidano alla libera contrattazione la determinazione del costo del lavoro ad opera di soggetti organizzati che vengono in vario modo istituzionalizzati quale componente strutturale del complessivo sistema

Dobbiamo porci il problema, allora, non solo di come regolare quel minimo – di individuare, cioè, la fonte idonea a definirne il *quantum* –, ma anche di come garantire che quel minimo sia effettivo, ovvero inderogabile. Essendo il primo problema attinente più alla politica del diritto, tuttavia, in questo lavoro dobbiamo casomai verificare l'efficacia della “via italiana al salario minimo”, in funzione soprattutto dell'utilizzo che il legislatore fa della contrattazione collettiva come fonte primaria di regolazione della retribuzione.

Ulteriore premessa metodologica, infine, è quella per cui l'ambito di indagine sarà limitato alla sola retribuzione fissa c.d. “a tempo”, con esclusione della retribuzione di produttività, poiché i concetti di proporzionalità e sufficienza, sui quali si giocano gran parte dei problemi interpretativi della norma costituzionale in esame, si adattano solo a quella tipologia di retribuzione⁷.

Ricapitolando i passaggi che si susseguiranno nel presente capitolo, bisogna procedere alla ricostruzione e verifica di quell'assunto per cui la retribuzione ha una dimensione mercantile nel nostro ordinamento, secondo la quale quello sufficiente è un valore, prima di tutto, “di mercato”; in secondo luogo, bisogna verificare l'idoneità del meccanismo dell'art. 36 Cost. ad evitare efficacemente la competizione al ribasso sui costi del lavoro, nonché che quel valore minimo sia rispettato da tutti i soggetti economici coinvolti.

Preliminarmente a tali operazioni, tuttavia, spenderemo qualche parola su come la scienza economica ha affrontato la tematica di fissazione dei salari ad un livello minimo ed inderogabile, se non altro per dare più completezza all'indagine che seguirà.

economico e sociale”: così FERRARO G., *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in RIDL, 2010, IV, p. 693.

⁷ Stesso approccio, d'altronde, adottato da CATAUDELLA M.C., *La retribuzione al tempo della crisi: tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Giappichelli, 2013, p. 46.

2. *La retribuzione come “variabile dipendente” dal mercato*

L’attenzione del legislatore alla retribuzione come componente primaria del c.d. costo del lavoro non è nuova nel nostro ordinamento, il quale ha conosciuto – soprattutto in periodo di crisi economica – la legislazione che ha segnato il passaggio progressivo, anche nel dibattito pubblico, dalla retribuzione come variabile indipendente dal mercato alla retribuzione come variabile dipendente⁸: ci si riferisce, in sostanza, agli interventi di blocco delle indicizzazioni automatiche delle retribuzioni dei lavoratori privati e degli stipendi dei dipendenti pubblici, interventi che dimostrano un mutato approccio all’istituto della retribuzione, evidentemente in “funzione di governo dell’economia”⁹, nonché il possibile “bilanciamento fra il diritto sociale alla retribuzione e gli interessi economici perseguiti dal legislatore in contesti di crisi”¹⁰.

Ebbene, il motivo per cui ci si occupa in questa sede di tale argomento è legato alle conseguenze che possiamo trarre da questa nuova consapevolezza in tema di retribuzione: da una parte, cioè, il legislatore è conscio dello stretto collegamento esistente tra entità del costo del lavoro e sue ricadute macro-economiche¹¹; dall’altra parte, pur non potendosi più parlare di retribuzione a prescindere dalla situazione economica generale, anche in contesto di crisi la misura minima del diritto previsto dall’art. 36

⁸ Da ultimo, cfr. RICCI G., *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – INT, 113/2014, p. 3 ss.

⁹ D’ANTONA M., *Le fonti di determinazione della retribuzione*, ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), Massimo D’Antona. Opere, vol. III, Giuffrè, 2000, p. 1026. Tuttavia, che la retribuzione fosse, in realtà, un mezzo per ottenere anche una redistribuzione della ricchezza all’interno di un gruppo sociale di riferimento era cosa già nota: cfr. da ultimo, TREU T., *Contratto di lavoro e corresponsività*, in CARINCI F., PERSIANI M. (diretto da), Trattato di diritto del lavoro, Cedam, 2012, p. 1324.

¹⁰ RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, cit., p. 29.

¹¹ Tanto che, secondo RICCI G., *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, cit., p. 5, “si delinea un modello [...] in cui la misura del diritto alla retribuzione è strutturalmente condizionata, nel settore privato, dalle compatibilità macroeconomiche e, nel settore pubblico, dalla sostenibilità complessiva dei livelli stipendiali”.

Cost. dimostra una particolare forza di resistenza, non potendo subire compressioni in modo indefinito.

Più nel dettaglio, allora, è con la giurisprudenza relativa alla scala mobile¹² che si segnò quella “fine delle politiche espansive di sostegno alla domanda e il definitivo tramonto dell’idea di retribuzione come variabile indipendente”¹³, con ciò causando anche un affievolimento del diritto costituzionale alla giusta retribuzione¹⁴ in funzione di evidente taglio del costo del lavoro. Il riferimento, in particolare, è agli interventi legislativi¹⁵ volti a sterilizzare gli automatismi retributivi mirati a garantire il valore reale del salario, automatismi che stavano causando una vera e propria spirale inflazionistica. Tale legislazione¹⁶ culminò, passando per la legge n. 38/1986, con il definitivo superamento del meccanismo di rivalutazione dei salari, avvenuto a seguito degli Accordi siglati nei primi anni ’90 e, in particolare, con il Protocollo sul costo del lavoro e la politica dei redditi del 23 luglio 1993.

Dunque, la giurisprudenza costituzionale sulla scala mobile riguardava proprio tali limiti posti dalla legge all’indicizzazione dei salari e, in un primo momento, si focalizzò sul fornire una giustificazione giuridico-costituzionale a tali politiche di contenimento del costo del lavoro¹⁷: il fulcro delle motivazioni di quelle decisioni stava, allora, nella negazione che il taglio della scala mobile incidesse sulla proporzionalità e sufficienza delle retribuzioni, poiché non era insito nel principio dell’art. 36 Cost. l’obbligo di

¹² Corte cost. 14 aprile 1980, n. 43, in RGL, 1980, II, p. 543 ss.; 30 luglio 1980, nn. 141 e 142, in RGL, 1981, II, p. 375 ss.; 7 febbraio 1985, n. 34, in RIDL, 1985, II, p. 153 ss.; 23 giugno 1988, n. 697; 26 marzo 1991, n. 124, in D&L, 1991, II, p. 199 ss.

¹³ ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 26.

¹⁴ Parla di ritorno ad una dimensione della retribuzione “come mera soglia di sopravvivenza, come garanzia del solo salario minimo biologico”, RODOTÀ S., *Diritti e libertà nella storia d’Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, 2011, p. 142.

¹⁵ Cfr. *amplius* ROCCELLA M., *I salari*, Il Mulino, 1986, p. 232 ss. e, più recentemente, FERRANTE V., *La retribuzione nella contrattazione collettiva interconfederale*, in GRAGNOLI E., PALLADINI S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, 2011, p. 114 ss.

¹⁶ Su cui cfr. *amplius*, anche RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, cit., p. 18 ss.

¹⁷ Corte cost. 30 luglio 1980, n. 141 e Corte cost. 7 febbraio 1985, n. 34.

adeguare i salari al costo della vita mediante meccanismi di rivalutazione automatica. Al contempo, tuttavia, i giudici costituzionali precisarono come le misure di contenimento del costo del lavoro incidenti sugli automatismi anzidetti dovessero essere necessariamente contingenti e non definitive: il sacrificio richiesto ai lavoratori, insomma, doveva essere eccezionale e temporaneo, nonché collegato ad una situazione di crisi economica¹⁸.

Come si vede, il merito di tale giurisprudenza stava nell'aver riconosciuto il collegamento esistente tra andamento dell'economia e principio della giusta retribuzione, almeno secondo un'ottica, per così dire, macro-economica: gli interventi di contenimento del costo del lavoro sono, dunque, giustificabili solo finché permangono quelle ragioni economiche che ne hanno giustificato l'adozione. Tuttavia, nell'esprimere tale principio, i giudici costituzionali colsero anche l'occasione per segnalare uno stretto legame tra gli artt. 36 e 39 Cost.¹⁹, nella misura in cui il principio della giusta retribuzione portava con sé quello dell'adeguatezza della stessa alle reali esigenze di vita, adeguatezza che poteva essere garantita tramite meccanismi automatici di indicizzazione o la contrattazione collettiva²⁰: di conseguenza, una limitazione senza scadenza dei metodi di adeguamento della retribuzione al valore reale del salario sarebbe stata giudicata in contrasto sia con l'art. 36, sia con l'art. 39 Cost.

Quanto appena esaminato a proposito del superamento della scala mobile e dei meccanismi automatici di indicizzazione ha costituito la base anche della giurisprudenza costituzionale relativa alla legislazione sul blocco degli stipendi dei dipendenti pubblici, sebbene tale normativa fosse stata

¹⁸ Questo, in sostanza, quanto affermato in Corte cost. 30 luglio 1980, n. 142 e Corte cost. 23 giugno 1988, n. 697.

¹⁹ Cfr., emblematicamente, Corte cost. 26 marzo 1991, n. 124.

²⁰ La quale, a chiare lettere, costituisce “fonte regolatrice dei modi di attuazione della garanzia costituzionale del salario sufficiente”: così Corte cost. 26 marzo 1991, n. 124, punto 6. In senso conforme cfr., inoltre, Corte cost. 10 ottobre 1991, n. 380, in MGL, 1992, p. 130 ss. e Corte cost. 19 maggio 1993, n. 243, in GI, 1994, I, p. 494 ss., nt. COLAPIETRO.

dettata più per il contenimento della spesa pubblica che non per il governo del salario reale.

Nel giudicare tale legislazione²¹, infatti, la Corte costituzionale ha ribadito come “il congelamento temporaneo delle retribuzioni dei dipendenti pubblici, attuato in modo generalizzato e nel rigoroso rispetto del dovere costituzionale di distribuire in modo eguale il carico dei sacrifici imposti dall'emergenza, costituisce una componente essenziale di un disegno di politica economica destinato, nel complesso dei suoi elementi e delle sue fasi, a trasformare profondamente la situazione di grave squilibrio finanziario esistente nel settore pubblico”²². Insomma, queste parole ci restituiscono una giustificazione giuridico-costituzionale²³ non diversa da quella fornita per la legislazione emergenziale sul blocco delle indicizzazioni automatiche, parole a cui si aggiunsero delle considerazioni ancora più pregnanti per quanto riguardava i meccanismi di adeguamento al salario reale: così, venne fatto salvo l'art. 7, comma 5, del decreto legge n. 384/1992, nonostante la intervenuta proroga dello stesso, con la conseguenza di inibire in modo indefinito solo gli aumenti automatici delle retribuzioni e non quelli contrattati²⁴. Detto altrimenti, “i livelli fondamentali della retribuzione, la cui determinazione è affidata alla contrattazione collettiva, non possono essere conculcati mediante il blocco della dinamica salariale, che si esplica appunto in sede negoziale, oltre un certo limite temporale, essendo la contingenza il fattore legittimante la costituzionalità di tali misure”²⁵.

²¹ Si veda la legge n. 887/1984; la legge n. 41/1986 ed il decreto legge n. 384/1992.

²² Corte cost. 1 luglio 1993, n. 296, punto 4, in FI, 1994, I, p. 673 ss.

²³ Giustificazione ribadita anche in Corte cost. 18 luglio 1997, n. 245, in GC, 1997, I, p. 2349 ss. e Corte cost., ord. 14 luglio 1999, n. 299, in GC, 1999, p. 2469 ss.

²⁴ Cfr. Corte cost. 17 giugno 1999, n. 242, in D&L, 1999, p. 795 ss.

²⁵ RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, cit., p. 28, il quale precisa, inoltre, come il presupposto a tale ragionamento sia l' idoneità della dinamica contrattual-collettiva ad assicurare la crescita del salario nominale ed a garantire il valore reale dello stesso, garanzia insita nell'art. 36 Cost.

Ritroviamo i medesimi ragionamenti anche nella recente sentenza n. 178/2015 della Corte costituzionale²⁶, la cui rilevanza, al di là di un'apparente inedita ricostruzione del rapporto tra art. 36 e art. 39 Cost. sotto il profilo c.d. dinamico²⁷, sta nell'aver espresso con ancora maggiore chiarezza alcuni principi rilevanti in materia, e non solo per il lavoro pubblico: da una parte, infatti, la contrattazione collettiva è espressione del principio di libertà sindacale; dall'altra parte, spetta all'autonomia collettiva assicurare il rispetto del principio di proporzionalità e sufficienza della retribuzione²⁸.

Concludendo sul punto, allora, il superamento della retribuzione come variabile indipendente dal mercato delinea un quadro in cui dal bilanciamento tra interesse pubblico al buon andamento dell'economia e il diritto dei lavoratori a una retribuzione in grado di provvedere alle reali esigenze di vita si ricava come il costo del lavoro normalmente non possa scendere sotto un livello considerato adeguato, se non per un ristretto periodo di tempo ed in un contesto di eccezionalità²⁹. Siamo di fronte, in sostanza, ad

²⁶ Corte cost. 23 luglio 2015, n. 178, in GC, 2015, V, p. 1651 ss., nt. FIORILLO ed in DRI, 2015, IV, p. 1120 ss., nt. FERRANTE. Altre pronunce recenti sul tema, ma riguardanti il personale pubblico non contrattualizzato, sono Corte cost. 18 luglio 2012, n. 215; 11 ottobre 2012, n. 223; 12 dicembre 2013, n. 304; 17 dicembre 2013, n. 310; 23 gennaio 2014, n. 7; ord. 16 aprile 2014, n. 113; 4 giugno 2014, n. 154 e 9 luglio 2014, n. 219.

²⁷ La dimensione dinamica di quel rapporto sarebbe quella inerente all'esercizio dell'autonomia collettiva come strumento di adeguamento nel tempo delle retribuzioni. Tornando alla sentenza, ci si riferisce alla scissione, da qualcuno criticata, tra incostituzionalità *ex art. 36* ed incostituzionalità *ex art. 39*: nella motivazione, infatti, si argomenta come il blocco della contrattazione collettiva nel pubblico impiego leda l'art. 39, ma non l'art. 36, con ciò compiendo per la prima volta una vera e propria separazione tra queste due norme in tema di giusta retribuzione. Apparentemente la ragione di tale virtuosismo argomentativo starebbe nella necessità di non gravare troppo sulle casse dello Stato, ma è stato anche sostenuto come, ad un più attento esame, il collegamento tra giusta retribuzione e libertà sindacale non sarebbe messo in discussione: il decreto legge n. 78/2010, nonché le sue proroghe, infatti, al momento della pronuncia lederebbe la libertà sindacale, ma non ancora il principio di giusta retribuzione, senza escludere che quest'ultimo possa essere messo in pericolo dal protrarsi del blocco anzidetto. Si veda *amplius* ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 17 ss.

²⁸ Così ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 21.

²⁹ Tanto che si è sostenuto addirittura come da quella legislazione e relativa giurisprudenza si dovesse ricavare la necessità che l'aumento del salario nominale per effetto dell'inflazione non potesse essere gestito da meccanismi automatici, ma dovesse essere periodicamente negoziato dalle parti sociali: così MENGONI L., *Legge e autonomia collettiva*, in MGL, 1980, p. 695 e DELL'OLIO

un limite per il legislatore che si accinga ad incidere su quella dimensione minima della giusta retribuzione, la quale, in quanto comprensiva del valore reale del salario, deve essere accompagnata da strumenti per garantire tale valore reale.

Da quanto appena affermato possono discendere due ulteriori osservazioni. È evidente, infatti, il “carattere di necessità giuridica”³⁰ della contrattazione collettiva su questo tema, la quale, data la propria funzione di garanzia di quel valore reale – e, in generale, dell’attuazione dell’art. 36 Cost. –, può incontrare solo limitazioni contingenti: in sostanza, “gli interventi di legge che comprimono l’esercizio della contrattazione collettiva sono costituzionalmente legittimi se funzionali a perseguire un superiore interesse pubblico e purché siano giustificabili sotto il profilo della ragionevolezza, ovvero purché il grado di compressione sia proporzionato al fine perseguito”³¹. Ancora, e per quanto qui di interesse, le vicende sulla legislazione di emergenza del costo del lavoro dimostrano come i salari possano discostarsi dai valori del mercato solo per poco tempo e in casi di particolare crisi economica, dovendo ricollocarsi a quel “valore mercantile” non appena la crisi sia superata ed, in ogni caso, trascorso un lasso di tempo non eccessivo.

3. *La teoria economica e la regolamentazione del mercato del lavoro*

Se è vero che compito del giurista è prima di tutto l’interpretazione delle norme e la verifica della loro razionalità, nonché tenuta nel sistema, non ci si può esimere dal guardare agli altri settori del sapere scientifico, ove

M., *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il «dopo»)*, in DLRI, 1981, p. 25 ss.

³⁰ RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, cit., p. 29.

³¹ ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 26.

necessario, in ottica di meglio adempiere a quel compito³². Ed il giurista del lavoro, a maggior ragione, non può ignorare le altre discipline, data la particolare connessione esistente tra queste ed il diritto del lavoro. Il tutto senza dimenticare le specificità della materia, anche perché “la storia del diritto del lavoro è una storia di diritto positivo, una storia di dogmi; ma è una storia, appunto, di rapporti sociali qualificati in rapporti formali”³³: tali rapporti sociali possono, allora, trovare spiegazioni di diverso tipo, in particolare nella scienza economica.

Ci si riferisce, in sostanza, alla necessità di non ignorare gli intrecci tra queste due discipline³⁴, non per sottolineare la superiorità o inferiorità dell’una rispetto all’altra, quanto piuttosto per comprendere al meglio l’analisi che si ha intenzione di svolgere³⁵. Occorre chiarire, pertanto, che non si ha la pretesa di usare adeguatamente l’armamentario teorico dell’economista: tuttavia, quando si parla di fissazione di *standard* retributivi minimi ed inderogabili, di concorrenza sleale e di metodi di contrasto alla stessa in funzione di regolazione del mercato, non si possono ignorare le sistemazioni che anche gli economisti hanno operato delle stesse questioni.

Si vogliono richiamare, in particolare, le principali teorie³⁶ che hanno dimostrato le criticità di un mercato del lavoro libero e senza *standard* minimi di regolazione, vale a dire il modello dei salari di efficienza e quello *insider-outsider*. Tali modelli, infatti, hanno cercato di spiegare l’efficienza e razionalità economica di retribuzioni fissate ad un livello evidentemente

³² Tanto che, ormai, “quello del giurista è un destino di relativo eclettismo metodologico, e ciò comporta un arricchimento culturale e scientifico e contiene i germi di un rinnovato orgoglio”: così DEL PUNTA R., *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in DLRI, 2001, I, p. 4.

³³ BAVARO V., *Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, cit., p. 709.

³⁴ Anche perché, riprendendo ancora una volta le parole di BAVARO V., *Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, cit., p. 710, “è l’oggetto stesso di questo diritto – il lavoro – ad avere una natura (almeno anche) economica che rende perciò inevitabile la connessione tra economia e diritto”.

³⁵ Il rapporto tra economia – economisti – e diritto del lavoro – giuslavoristi – è stato oggetto di particolare dibattito negli ultimi anni, dibattito condensato, se si vuole, nella raccolta di saggi contenuta nell’ultimo numero del 2016 della rivista *Lavoro e diritto*, intitolato *Autonomia e subordinazione DEL diritto del lavoro, per i 30 anni di Lavoro e diritto*.

³⁶ Per un quadro più completo, cfr. DEAKIN S., WILKINSON F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in DLRI, 1999, IV, p. 587 ss.

superiore a quello di mercato: in una situazione di concorrenza perfetta, infatti, il valore di mercato dei salari corrisponderebbe alla situazione di incontro tra domanda di lavoro, da parte delle imprese, e di offerta di lavoro, con conseguente assenza di disoccupazione³⁷. Secondo queste teorie economiche, tuttavia, il mercato del lavoro avrebbe delle caratteristiche per cui i livelli salariali si assestano su livelli più alti di tale valore di mercato, sul presupposto che la disoccupazione conseguente è un dato sistemico del mercato del lavoro e che la rigidità verso il basso degli stipendi, i quali in caso contrario potrebbero collocarsi a quei livelli in grado di assorbire tutta l'offerta di lavoro, è economicamente razionale.

3.1. Il modello dei salari di efficienza

La prima di queste teorie è quella dei c.d. salari di efficienza³⁸: partendo dal presupposto che le imprese sono libere di stabilire le proprie politiche salariali, indipendentemente da vincoli istituzionali, quali il salario minimo legale o contratti collettivi, queste sarebbero portate a pagare stipendi più alti rispetto al livello di mercato, col fine di aumentare i profitti aziendali tramite l'incremento della produttività della forza lavoro. L'aumento dei costi che astrattamente ne conseguirebbe sarebbe in realtà ampiamente compensato da tale aumento della produttività.

Nello specifico, per la verità, sono state elaborate diverse varianti della teoria dei salari di efficienza: secondo il modello base³⁹, l'impegno profuso dal lavoratore aumenta all'aumentare del suo salario reale. Conseguentemente, la scelta del livello del salario avviene indipendentemente dal livello di occupazione e si concentra nel tentativo di

³⁷ Questo secondo la c.d. teoria economica neoclassica, su cui cfr. ARROW K.J., DEBREU G., *Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy*, in *Econometrica*, 1954, III, p. 265 ss.

³⁸ Per una efficace spiegazione, cfr. CORNEO G., *I salari di efficienza*, in BRUCCHI LUCHINO, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, 2001, p. 315 ss.

³⁹ Cfr. SOLOW R. M., *Another Possible Source of Wage Stickiness*, in *Journal of Macroeconomics*, 1979, I, p. 79 ss.

minimizzare il costo del lavoro efficiente: in questo modo, tuttavia, il salario può risultare fissato ad un livello in cui le persone disposte a lavorare per quella paga superano la domanda di lavoro, generando un eccesso di offerta di lavoro e, quindi, disoccupazione.

Il risultato di tale operazione è riassumibile nella duplice funzione che il salario viene a svolgere: “incentivante all’interno dell’impresa e allocativa nel mercato del lavoro”⁴⁰, nel senso che se il salario ha una funzione di incentivo all’interno dell’impresa, non può svolgere al contempo il ruolo di “variabile equilibratrice” del mercato del lavoro.

L’elaborazione di modelli più specifici ha fornito, poi, ulteriori argomenti a spiegazione della tendenza dei salari ad essere fissati sopra il livello di equilibrio del mercato: il c.d. “modello della selezione avversa”⁴¹ collega l’offerta di salari alti ai costi di ricerca e selezione del personale più capace nel mercato del lavoro. Il c.d. “modello di *quitting*”⁴² si rifà, invece, alla volontà dell’impresa datrice di lavoro di evitare in *turnover* dei propri dipendenti, che non sarebbero portati a cambiare lavoro se ben remunerati; un modello, poi, che forse fa più leva su una condizione psicologica del lavoratore è quello del c.d. “rischio morale”⁴³, secondo il quale l’impegno profuso dal lavoratore è direttamente proporzionale al salario che riceve, cui deve aggiungersi la minaccia di una grave punizione – il licenziamento, evidentemente – se trovato ad oziare. Il modello di “*gift exchange*”⁴⁴, infine, dimostra come maggiore è il livello del salario che l’impresa eroga, maggiore sarà il grado di fidelizzazione e di comunanza di interessi del lavoratore rispetto al proprio datore di lavoro: in questo modo, la maggiore equità

⁴⁰ CORNEO G., *op. cit.*, p. 316.

⁴¹ WEISS A., *Job Queues and Layoffs in Labour Markets with Flexible Wages*, in *Journal of Political Economy*, 1980, III, p. 526 ss.

⁴² STIGLITZ J.E., *Alternative Theories of Wage Determination and Unemployment in LDC's: The Labor Turnover Model*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1974, II, p. 194 ss.

⁴³ SHAPIRO C., STIGLITZ J.E., *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, in *The American Economic Review*, 1984, III, p. 433 ss.

⁴⁴ AKERLOF G.A., *Labor Contracts as Partial Gift Exchange*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1982, IV, p. 543 ss.

dimostrata dall'impresa nel voler retribuire i propri dipendenti ad un livello più elevato rispetto alle retribuzioni di mercato, o a quelle pagate da altre imprese, stimolerebbe la maggiore dedizione del lavoratore⁴⁵.

Senza dilungarsi, come anticipato, su ulteriori illustrazioni degli assunti appena esposti, si può semplicemente ricapitolare dicendo che queste teorie spiegano come i salari siano fissati senza guardare al perfetto incontro tra domanda ed offerta di lavoro, in un quadro dove neanche l'impresa vorrà abbassare le retribuzioni per venire incontro a quella offerta di lavoro residua.

3.2. *Il modello insider-outsider*

Tradizionalmente, per la verità, esiste una seconda teoria che spiega la determinazione dei salari a livelli c.d. non competitivi, generatori quindi di disoccupazione: il modello *insiders-outsiders*⁴⁶. Tale modello, sul quale non è necessario dilungarsi in questa sede⁴⁷, essendo una spiegazione più della presenza di disoccupazione e della necessità di regolare il mercato del lavoro in funzione delle tutele di chi è già titolare di un rapporto di lavoro, pone in collegamento i costi di *turnover* per le aziende con il conseguente potere contrattuale derivante dalla rendita di posizione degli occupati, i quali utilizzano tale potere nella dinamica salariale.

La conseguenza dell'utilizzo di tale rendita di posizione è la determinazione delle retribuzioni dei lavoratori occupati ad un livello maggiore di quello di equilibrio, perché ricompreso tra un minimo, corrispondente al livello dei salari cui sarebbero disposti a lavorare i

⁴⁵ Questo perché “la percezione dell'equità da parte del lavoratore si attua in particolare confrontando il proprio salario con quelli pagati da altre imprese in circostanze simili. Un salario inferiore al salario di riferimento scalfisce l'immagine dell'impresa come istituzione equa, mentre un salario superiore a quello di riferimento rafforza l'idea dell'impresa come curatrice degli interessi del lavoratore”. Così CORNEO G., *op. cit.*, p. 325.

⁴⁶ LINDBECK A., SNOWER D.J., *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, MIT Press, 1988.

⁴⁷ Si veda per ulteriori approfondimenti ORDINE P., *I modelli insider-outsider*, in BRUCCHI LUCHINO, *op. cit.*, p. 215 ss., DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 13 ss. nonché ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in LD, 1998, II, p. 310 ss.

disoccupati, ed un massimo, corrispondente a sua volta alla somma tra quel salario accettabile per gli *outsiders* ed i costi marginali di assunzione, addestramento e licenziamento⁴⁸. Questi ultimi sono, appunto, i costi di *turnover* per le aziende, la cui presenza permette agli *insiders* di cooperare tra loro ed agire contro gli interessi di chi si trova in stato di disoccupazione.

In definitiva, allora, la teoria *insider-outsider* se, da un lato, viene usata per giustificare le scelte di politica del diritto sulla regolazione di quel potere contrattuale degli occupati⁴⁹, dall'altra lato, ed è ciò che interessa in questa sede, segnala come i costi di *turnover* abbiano una diretta ricaduta sulle dinamiche salariali, potendo “determinare una segmentazione del mercato del lavoro e limitare la competizione salariale tra individui apparentemente identici”⁵⁰. È il caso di ricordare, in questo senso, che tali costi sono una componente ineliminabile del mercato del lavoro, benché il legislatore possa intervenire per aumentarli o diminuirli: ci si muoverebbe, tuttavia, sul terreno della politica del diritto⁵¹, dovendoci limitare casomai a constatare come, dal punto di vista empirico, la persistenza di un elevato tasso di disoccupazione può essere causata anche da altri fattori, quali l'assetto produttivo, finanziario, gestionale ed organizzativo delle imprese⁵².

⁴⁸ Specificamente, le retribuzioni degli *insiders* andrebbero ricomprese nell'intervallo:

$$W_E \leq W_I \leq W_E + H' + F'$$

dove W_E corrisponde al salario di un *outsider*, W_I al salario di un *insider* ed, infine, $H' + F'$ alla somma dei costi marginali di assunzione e addestramento, nonché di licenziamento.

⁴⁹ Nello specifico, scelte contrarie all'adozione di *standard* protettivi inderogabili: cfr. DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 14 e ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro*, in RIDL, 1994, I, p. 459 ss.

⁵⁰ ORDINE P., *op. cit.*, p. 221. Approfondendo ulteriormente il discorso, tuttavia, si può segnalare anche il lavoro di SOLOW R.M., *The Labour Market as a Social Institution*, Blackwell, 1990, secondo il quale, ad ulteriore spiegazione del fatto che anche in situazioni di forte disoccupazione i salari non scendano al livello di equilibrio, esiste una “norma sociale” che vieta tale competizione al ribasso: il fatto che gli *insiders*, poi, decidano di seguirla, tramite l'utilizzo della teoria dei giochi, corrisponde ad una scelta perfettamente razionale.

⁵¹ Si interroga sulle premesse politiche e sociali a questi interventi SAINT-PAUL G., *Dual Labour Markets. A Macroeconomic Perspective*, MIT Press., 1996.

⁵² Tali fattori vengono definiti *inside factors* e contribuiscono a determinare il livello delle retribuzioni in aggiunta a quello che potrebbero fare gli *insiders*, spiegando come mai all'aumento della c.d. *membership* interna degli occupati il salario reale non diminuisca: cfr. NICKELL S.J., WADHWANI S.B., *Insider Forces and Wage Determination*, in *Economic Journal*, 1990, p. 496 ss. e HOLMLUND B., ZETTERBERG J., *Insider Effects in Wage Determination: Evidence from Five Countries*, in *European Economic Review*, 1991, V, p. 1009 ss.

3.3. *I labour standard come strumento di abbattimento dei costi di transazione: l'approccio neo-istituzionalista*

I modelli appena esposti elaborati dalla scienza economica a spiegazione dell'assestamento del mercato del lavoro a livelli non di equilibrio forniscono essenzialmente due indicazioni: in primo luogo, è riduttivo leggere la rigidità verso il basso dei salari come una inefficienza del mercato, potendo al contrario essere il frutto di una scelta economicamente razionale; in secondo luogo, il mercato del lavoro ha delle caratteristiche per cui il raggiungimento dei livelli di equilibrio neoclassico rimane pressoché sulla carta, poiché, se non regolato, questo si assesta su livelli salariali elevati e generatori di disoccupazione; in altre parole, “non c'è nessuna tendenza naturale alla piena occupazione in un mercato libero”⁵³.

In sintesi, le teorie esaminate dimostrano come quella rigidità dei salari non debba necessariamente essere letta come una soluzione economicamente irrazionale o inefficiente: lo stesso giudizio può essere astrattamente riservato a quelle norme giuridiche che proteggono di fatto tale rigidità e che cercano di evitare la fuga da quegli *standard* salariali⁵⁴.

I modelli economici esaminati, infatti, costituiscono le principali basi della teoria economica della legislazione del lavoro, che riescono a dimostrare come la regolamentazione del mercato del lavoro, attraverso evidentemente degli *standard* minimi di trattamento, sia resa necessaria da motivi legati all'efficienza economica, prima ancora che alla giustizia sociale⁵⁵.

⁵³ DEAKIN S., WILKINSON F., *op. cit.*, p. 610.

⁵⁴ In altre parole, “non c'è nessuna ragione per cui, in certe occasioni, l'azione amministrativa di governo non porti ad un miglioramento dell'efficienza economica”: così COASE R.H., *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law and Economics*, 1960, III, p. 119.

⁵⁵ DEAKIN S., WILKINSON F., *op. cit.*, p. 595.

Ovviamente, questi discorsi non aspirano a conciliare il problema, che persiste, della disoccupazione sistemica delle economie capitalistiche⁵⁶, quanto piuttosto a fornire una giustificazione teorica ad un intervento regolatore anche da parte di un'altra scienza: questo perché “in un mercato libero i salari non sono in grado di svolgere le funzioni di allocazione e di incentivo che sono tradizionalmente loro attribuite” e perché “la regolamentazione del mercato del lavoro è necessaria al fine di ristabilire equità ed efficienza”⁵⁷, intesa, quest'ultima, in senso dinamico, cioè come processo della crescita economica avviato in condizioni che portano verso l'innovazione e la sostenibilità economica⁵⁸.

Ancora, non si ha nemmeno la pretesa di fornire una ricetta sul come individuare quel livello minimo dotato di rigidità, quanto di sottolineare, ancora una volta, come la mano invisibile di smithiana memoria non conduca a risultati efficienti nel particolare mercato del lavoro, poiché, in definitiva, “non c'è una tendenza necessaria del mercato ad arrivare ad uno stato che è Pareto-efficiente attraverso l'operare delle forze concorrenziali”⁵⁹.

Stando così le cose, si porta nuova linfa alla giustificazione teorica dell'adozione di *labour standard*⁶⁰, che costituiscono uno degli elementi caratterizzanti il diritto del lavoro, anche rispetto al diritto civile: questi, infatti, quando disciplinano aspetti sostanziali della disciplina, prendono la forma di diritti minimi – vale a dire di norme di base a cui si possono aggiungere miglioramenti, ma a cui non si può derogare se non a certe

⁵⁶ Su questo punto si colloca, in realtà, una critica autorevole ad un certo tipo di norme lavoristiche, individuate come causa, appunto, di disoccupazione: cfr. ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

⁵⁷ DEAKIN S., WILKINSON F., *op. cit.*, p. 617.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ DEAKIN S., WILKINSON F., *op. cit.*, p. 610. In questo modo, cioè, il ruolo del mercato esterno nella determinazione del salario del lavoratore non viene eliminato, ma semplicemente differisce da quello che avrebbe secondo la concezione ortodossa.

⁶⁰ Su una gerarchia dei *labour standards* e sul loro rapporto con le c.d. *rules*, da intendersi come norme imperative, cfr. CABRELLI D., *Rules and standards in the workplace: a perspective from the field of labour law*, in *Legal Studies*, 2011, I, p. 21 ss.

condizioni⁶¹ – che hanno la funzione di regolamentare la concorrenza del mercato, ma che costituirebbero, secondo qualcuno⁶², il principale ostacolo all'efficienza e correttezza dello scambio.

Tra l'altro, ad ulteriore giustificazione della presenza di questi minimi di disciplina⁶³ si possono citare le riflessioni della scuola dei c.d. neo-istituzionalisti⁶⁴: partendo dal presupposto che le transazioni sul mercato hanno un costo e che l'impresa esiste proprio per governare tali transazioni e ridurre il costo, la stabilità delle relazioni contrattuali viene vista come una via per raggiungere maggiore efficienza, soprattutto quando si ha a che fare con la negoziazione di “risorse specifiche”⁶⁵, tra le quali rientra il lavoro. Ebbene, maggiore specificità è posseduta dalla risorsa oggetto di transazione, maggiore sarà la necessità che l'investimento operato su di essa sia stabile, con ricadute, quindi, sulla durata della relazione contrattuale⁶⁶. Se è vero, dunque, che la principale risposta a tale esigenza nell'economia capitalista è l'impresa con le sue strutture di governo, è altrettanto vero che corollario

⁶¹ LORD WEDDERBURN, *Inderogability, Collective Agreements and Community Law*, in *Industrial Law Journal*, 1992, IV, p. 245 ss.

⁶² Cfr. HELDMAN J., BENNET J., JOHNSON M., *Deregulating Labor Relations*, Fisher Institute, 1981; EPSTEIN R., *A Common Law for Labor Relations: a Critique of the New Deal Labor Legislation*, in *Yale Law Journal*, 1983, p. 1357 ss.; POSNER R., *Some Economics of Labor Law*, in *University of Chicago Law Review*, 1984, IV, p. 988 ss.

⁶³ In realtà, si possono richiamare anche gli studi che hanno sostenuto come, in presenza di asimmetrie informative, la contrattazione privata non produca risultati ottimali o che hanno dimostrato come tali asimmetrie causino, in realtà, un comportamento strategico, inteso come comportamento diretto a migliorare la posizione di una parte a discapito dell'altra. Cfr. AGHION V.P., HERMALIN B., *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, VI, p. 381 ss. e AYRES I., GERTNER R., *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 729 ss.

⁶⁴ Il nome deriva dall'aver preso atto, nell'analisi delle dinamiche del mercato, dell'esistenza di fattori istituzionali, sviluppando così le riflessioni di COASE R.H., *The Nature of The Firm*, in *Economica*, 1937, IV, p. 386 ss.: cfr. WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Franco Angeli, 1987; ID., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication*, Free Press, 1975. Per un'analisi più approfondita di queste teorie dall'ottica del giurista, cfr. DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 18 ss. Per quanto riguarda, invece, la scuola istituzionalista classica, cfr. RAMSTAD Y., *Institutional Economics and the Dual Labor Market Theory*, in TOOL M.R. (edited by), *Institutional Economics: Theory, Method, Policy*, Kluwer Academic Publishers, 1994, p. 173 ss.

⁶⁵ WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit., p. 136.

⁶⁶ *Ivi*, p. 140 e DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 23 ss.

necessario è la protezione della continuità del contratto⁶⁷, potendo così immaginare, ad esempio, che un costo del lavoro idoneo a garantire tale continuità sia un costo che il prestatore d'opera reputa, al contempo, giusto.

In sintesi, benché le argomentazioni dei neo-istituzionalisti non siano prive di criticità⁶⁸, ad essi va comunque il merito di aver fornito un ulteriore spunto per la giustificazione non solo economica, ma anche sociale del diritto del lavoro. Tutto ciò va ad aggiungersi a quanto già detto in tema di *labour standard*, e cioè che questi, come efficacemente già sostenuto altrove, “sono importanti, allora, perché la capacità di un'azienda di adottare una strategia di alta produttività che porta al successo concorrenziale, è limitata, se le aziende rivali sono capaci di competere sulla base di salari bassi e condizioni di lavoro modeste.

I livelli minimi di protezione in campi come il salario, l'orario di lavoro e le condizioni di impiego hanno l'obiettivo di prevenire la concorrenza distruttiva, fissando una base al di sotto della quale le condizioni di lavoro non possono andare. *Labour standard* efficaci costituiscono, insomma, una forma di disciplina per le aziende, perché le obbligano a impegnarsi continuamente nel miglioramento del prodotto e delle tecniche al fine di rimanere competitive.

Al contrario, l'esistenza di una riserva di lavoro sottovalutato offre un mezzo con il quale le aziende compensano le loro inadeguatezze organizzative e manageriali”⁶⁹.

In conclusione, allora, possiamo affermare come ormai sia penetrata anche tra gli studiosi dell'economia l'utopia di un mercato del lavoro che, se non regolato, si colloca autonomamente ad un livello efficiente; tuttavia,

⁶⁷ Altro corollario, per la verità, è la presenza di fiducia reciproca tra le parti del contratto, perseguibile attraverso l'introduzione di regole di correttezza al fine di evitare abusi imprenditoriali e garantire la dignità del lavoratore: così WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo*, cit., p. 413 e DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 24.

⁶⁸ Cfr. gli aspetti problematici evidenziati da DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 25 ss.

⁶⁹ DEAKIN S., WILKINSON F., *op. cit.*, p. 617.

queste considerazioni, pur essendo utili ai nostri fini, non devono far dimenticare che il diritto del lavoro vive di valori propri, che non vengono in rilievo nelle analisi economiche. Uno su tutti, che poi è quello che costituisce il “marchio”⁷⁰ della materia, il divieto di competizione al ribasso dei lavoratori ed, in generale, la tutela della persona nel mercato: le teorie appena esaminate, allora, possono fornire lo spunto per rispondere alle critiche degli economisti ortodossi alle norme lavoristiche di limitazione della concorrenza tra imprese, ma non devono far dimenticare che “la razionalità della materia deve essere valutata [...] in rapporto non ad un unico valore, bensì all’insieme dei valori espressi dal sistema giuridico e dall’ambiente sociale, e compito del giurista è esserne il guardiano ed il garante”⁷¹.

4. *La Costituzione ed il salario: la giusta retribuzione*

Come abbiamo precisato, la nostra analisi deve partire dalla norma fondamentale che introduce nel nostro ordinamento il principio della giusta retribuzione, l’art. 36 Cost., secondo il quale “*il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa*”.

Per comprendere al meglio l’applicazione che ne è stata fatta dalla giurisprudenza, e rintracciare così la concreta funzione che la norma esplica ad oggi, conviene ricostruire brevemente il dibattito in sede Costituente che portò al testo di tale norma. L’art. 36 costituisce, tra l’altro, l’esempio lampante del compromesso costituzionale che ha guidato tutti i lavori della Costituente: in esso, infatti, ritroviamo la sintesi delle istanze socialcomuniste e di quelle democristiane progressiste, che si sono

⁷⁰ DEL PUNTA R., *L’economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 28.

⁷¹ *Ivi*, p. 30.

combinare in diverse versioni della norma prima di confluire nella sua versione definitiva.

Rinviando ad altri la ricostruzione completa dei lavori dell'Assemblea costituente⁷², in questa sede possiamo limitarci a sottolineare gli aspetti principali che emergono dallo studio di quel dibattito.

Nel dettaglio, allora, dai lavori della Terza sottocommissione scaturì un'idea, attribuibile ad Amintore Fanfani, di retribuzione collegata non solo alla quantità e qualità del lavoro prestato, ma anche alle necessità della famiglia: si voleva inserire, in sostanza, una garanzia economico-sociale mirata anche alla protezione dell'istituzione familiare e non incentrata solo sull'individuo⁷³, secondo un'ottica che non solo puntava al rafforzamento ed al riconoscimento di diritti in capo ad istituzioni sociali diverse dal singolo, ma che aveva forti ascendenze anche con il cristianesimo⁷⁴.

È interessante notare sul punto come la discussione si incentrò sull'opportunità o meno di riferire un diritto espressamente individuale alle esigenze di un gruppo, la famiglia, e come si fosse semmai cercato di far cadere quel riferimento in favore della menzione alle "possibilità dell'economia nazionale": tuttavia, se quest'ultima espressione era stata considerata pleonastica, essendo sottinteso che lo Stato dovesse avere la concreta possibilità di attuare le previsioni costituzionali, il collegamento tra

⁷² Cfr. AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, 8 voll., Camera dei Deputati, 1970-1971; CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in CALAMANDREI P., LEVI A. (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, 1950, p. LXXXIX ss.; DE SIERVO U., *Verso la nuova Costituzione. Indice analitico dei lavori dell'Assemblea costituente. Spoglio sistematico delle riviste giuridiche dell'epoca*, Il Mulino, 1980; FALERI C., *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in GAETA L. (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014, p. 166 ss. e FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata di note e riferimenti*, Mondadori, 1976.

⁷³ Ciò fu dovuto alle relazioni della socialista Lina Merlin, della democristiana Maria Federici e della comunista Teresa Noce: cfr. FALERI C., *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, cit., p. 167 e 168.

⁷⁴ Per la forte ascendenza con il concetto di "salario familiare" dei lavori dei costituenti, si veda la tradizione della dottrina sociale cattolica, su cui cfr. le *Rerum novarum* di Leone XIII e l'enciclica *Quadragesimo anno* di Pio IX.

dignità dell'individuo ed esigenze familiari venne ritenuto imprescindibile per il nuovo ordinamento costituzionale⁷⁵.

Tornando, però, un attimo al disegno generale dell'art. 36, possiamo evidenziare come alle spalle di quel testo ci fosse stato un confronto all'interno della Terza sottocommissione su concezioni abbastanza contrapposte: le proposte, infatti, del liberale Roberto Lucifero andarono a scontrarsi con quelle del comunista Palmiro Togliatti, secondo il quale “l'esperienza di tutti i Paesi di capitalismo altamente sviluppato mostra(va) come per lo sviluppo stesso delle leggi interne dell'economia capitalistica la libera concorrenza genera il monopolio, cioè genera la fine di tale libertà”. La nuova Costituzione, in sostanza, non poteva non spingersi oltre le mere enunciazioni dei fini da perseguire, dovendo prevedere anche i mezzi idonei al raggiungimento di quegli scopi: così, la retribuzione non doveva essere solo parametrata al lavoro prestato, ma doveva al contempo poter assolvere alle necessità fondamentali del singolo e della sua famiglia. Sviluppando ulteriormente queste idee, Dossetti si spinse, inoltre, ad affermare come la retribuzione dovesse avere anche un ruolo di elevazione delle condizioni di vita dei lavoratori, con l'effetto, quindi, di “orientare l'economia verso retribuzioni che non fossero soltanto rispondenti alle esigenze di vita, ma anche a quelle dell'esistenza libera e perciò degna dell'uomo”⁷⁶.

Siamo di fronte, in definitiva, ad un'idea di retribuzione caratterizzata anche da un forte valore politico-giuridico, in quanto finalizzata ad un

⁷⁵ FALERI C., *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, cit., p. 178 e 179.

⁷⁶ *Ivi*, p. 175.

cambiamento della società⁷⁷ e connotata da quella che venne definita – più avanti – la funzione distributiva⁷⁸ dell’art. 36 Cost.

Dai lavori preparatori, infine, si ricavano interessanti considerazioni su quanto, invece, non è confluito nel testo finale della norma sulla giusta retribuzione⁷⁹: ci si riferisce all’inserimento del collegamento tra retribuzione e categoria merceologica del contratto collettivo, al riconoscimento della retribuzione previdenziale e all’opportunità del salario minimo legale.

Sul primo punto, il dibattito era polarizzato sul mantenere come parametro per la quantificazione della retribuzione la “quantità e qualità” del lavoro prestato⁸⁰ in luogo del semplice rimando al contratto collettivo, sulla base del quale il salario era calcolato con riferimento alla categoria di appartenenza del lavoratore. Tra l’altro, Emilio Canevari in quell’occasione espresse i medesimi dubbi che avremo modo di analizzare più avanti, e cioè che l’espressione usata nella futura norma costituzionale avrebbe potuto ammettere un salario personale, differenziato cioè anche all’interno della stessa categoria, mentre il contratto collettivo era fermo, appunto, sul principio opposto. Tali critiche, tuttavia, non trovarono riscontro ed il riferimento alla quantità e qualità del lavoro nella determinazione del salario venne ritenuto imprescindibile, dato il suo collegamento simultaneo con la professionalità e le ore lavorate⁸¹.

⁷⁷ Sul punto, le suggestioni della dottrina sociale della Chiesa avevano fatto propendere per un’interpretazione della giusta retribuzione come di “giusta mercede”, niente di più, quindi, del risultato dell’applicazione della “legge bronzea dei salari”; tuttavia, alcune elaborazioni successive contenute nelle encicliche di Pio IX propendono per un intervento statale o sindacale in favore di un incremento delle retribuzioni in funzione di un più elevato tenore di vita dei lavoratori. Cfr. ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L. (già diretto da), SCHLESINGER P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, 2003, p. 120.

⁷⁸ In particolare, parla di redistribuzione della rendita monopolistica ICHINO P., *La nozione di «giusta retribuzione» nell’art. 36 della Costituzione*, in RIDL, 2010, I, p. 722.

⁷⁹ Per i lavori della Terza sottocommissione, cfr. da ultimo FALERI C., *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, cit., p. 166 ss.

⁸⁰ Tale dicitura, per la verità, era stata anche criticata per la sua possibile apertura al lavoro a cottimo da Giuseppe Di Vittorio.

⁸¹ Sono le opinioni espresse Fanfani e Gustavo Ghidini.

Un altro aspetto solo parzialmente sopravvissuto nella norma è l'idea di uno Stato fortemente interventista, nel senso di impegnato nella garanzia non solo della retribuzione sufficiente all'individuo ed alla sua famiglia, ma anche di una retribuzione previdenziale⁸², in quanto finalizzata all'accantonamento dei premi assicurativi per provvedere ad ogni evento dannoso prevedibile⁸³. La volontà di prevedere una retribuzione previdenziale venne fortemente osteggiata in seno alla sottocommissione, temendo che potesse pregiudicare la tradizionale funzione del sindacato nella stipulazione dei contratti collettivi: se da un lato si insistette, allora, nel ribadire come la Repubblica avrebbe tuttalpiù avuto un ruolo di garante del godimento di una retribuzione previdenziale e non di determinazione dei salari previdenziali, dall'altro lato si temette questa possibile incursione dello Stato nella determinazione del contenuto del contratto di lavoro in luogo del sindacato.

Il timore era, insomma, di sottrarre al sindacato una delle sue funzioni principali di tutela dei lavoratori e di fissazione dei costi del lavoro, anche perché – sul mero piano formale – la retribuzione previdenziale non poteva considerarsi compenso del lavoro prestato e, quindi, doveva esulare dalla norma sulla giusta retribuzione. È interessante notare come Fanfani, in obiezione a tali critiche, ricordò come la retribuzione previdenziale facesse in realtà parte del salario, poiché questo, secondo quanto già ebbe modo di sostenere nel 1730 Richard Cantillon⁸⁴, doveva variare secondo la gravità dei rischi dell'attività lavorativa: in definitiva, “faceva parte del salario non solo la quota fissa capace di provvedere alle necessità vitali del lavoratore e della sua famiglia, ma anche una quota pari, se non all'intera copertura del rischio, alla cosiddetta quota-premio ritenuta sufficiente a coprire il rischio

⁸² La questione sarà esaminata *infra* al cap. II.

⁸³ Fafani, a riguardo, parlò di una retribuzione vitale, familiare e previdenziale.

⁸⁴ Cfr. la traduzione italiana del saggio *Essai sur la Nature du Commerce en Général* a cura di Roberto Finzi: CANTILLON R., Saggio sulla natura del commercio in generale, CLUEB, 2013.

prevedibile, che doveva essere accantonata sotto forma di assicurazione”⁸⁵. Tuttavia, la contrapposizione di idee sulla questione era troppo marcata e la soluzione all’*impasse* fu la semplice eliminazione del riferimento a questa particolare funzione del salario, che trovò un consenso trasversale tra destra e sinistra.

Stessa sorte ebbe l’emendamento proposto dal comunista Aladino Bibolotti volto ad introdurre il salario minimo fissato dalla legge, che avrebbe dovuto avere la funzione di meglio presidiare le nuove garanzie costituzionali ed evitare non solo la fuga dal giusto salario, ma anche che la retribuzione si assestasse a livelli troppo bassi nella dinamica negoziale. A tali considerazioni si contrappose Gronchi, che vedeva più rischi che benefici nel fissare per legge il salario, il quale doveva rimanere, appunto, diversificato a seconda del settore produttivo e la cui determinazione non poteva che rimanere un compito contrattuale.

Concludendo sul punto, dall’esame di questi ultimi passaggi emerge la volontà dei Costituenti di non danneggiare le prerogative del sindacato ed il suo “ruolo contrattuale”, per così dire, anche se il principio della giusta retribuzione deve mantenersi collegato in modo imprescindibile con la professionalità ed il tempo lavorato, indipendentemente dalla categoria del prestatore di lavoro.

Come si suol dire, “il resto è storia” e, sebbene le considerazioni da ultimo riportate non abbiano trovato diretto riscontro nel testo finale della norma costituzionale, tale ricostruzione, seppur breve, può essere utile per meglio comprendere alcuni dei problemi interpretativi che l’applicazione dell’art. 36 ha suscitato, nonché le sue c.d. aporie.

4.1. La correzione della rendita monopsonistica ed il “saggio minimo di salario”

⁸⁵ FALERI C., *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, cit., p. 171.

Al di là della doverosa disamina del dibattito generale in sede Costituente intorno all'art. 36, bisogna adesso concentrarsi sulla funzione che nel mercato può assumere il principio della giusta retribuzione ed analizzare la possibile regolazione che ne deriva.

Ed allora quello che i padri costituenti evidentemente avevano di fronte all'epoca di quel dibattito era “distorsione monopsonistica tipica della fase in cui l'industria si sviluppa a spese dell'agricoltura”⁸⁶: tradizionalmente, infatti, il mercato del lavoro si trova nella situazione in cui alla domanda di lavoro, tendenzialmente limitata a quell'unico imprenditore che cerca forza lavoro, corrisponde un eccesso di offerta di lavoro, situazione che porta all'abuso di quella posizione dominante del datore di lavoro che ha come diretta conseguenza la concorrenza al ribasso tra lavoratori ed un abbassamento dei salari. Ciò conduce all'affermazione per cui “nei limiti della funzione correttiva della distorsione monopsonistica, l'intervento pubblico e/o sindacale volto a stabilire uno *standard* inderogabile *in pejus* superiore al livello retributivo prodotto spontaneamente dal mercato produce effetti benefici”⁸⁷.

In argomento, è stato osservato come uno degli antecedenti regolativi che la Costituente aveva in mente fosse l'art. 1 della Convenzione OIL n. 26 del 1928, secondo il quale gli Stati ratificanti dovevano impegnarsi a “*introdurre o conservare metodi che permettano di fissare le aliquote minime di salari per i lavoratori occupati nelle industrie o rami di industrie, ove non esista un regime efficace per la fissazione di salari mediante contratto collettivo o in altro modo, e laddove i salari siano eccessivamente bassi*”, cui il successivo art. 3, comma 2, punto 3, aggiungeva che “*le aliquote minime dei salari in tal modo fissato avranno carattere obbligatorio per i datori di*

⁸⁶ ICHINO P., *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 721.

⁸⁷ *Ibidem*.

lavoro ed i lavoratori interessati e non potranno venir ridotte da essi né mediante accordo individuale né [...] mediante contratto collettivo”.

In sostanza, siamo innanzi al riferimento ad un “saggio minimo di salario”⁸⁸ la cui funzione, più che l’incremento del livello generale dei salari rispetto a quello determinato dal mercato, consiste nella correzione del risultato della contrattazione tra due soggetti, dei quali uno si trova in posizione di debolezza rispetto all’altro, al fine di raggiungere lo *standard* normalmente applicato da due controparti col medesimo potere contrattuale: a chiare lettere, quindi, “la Convenzione non impegna gli Stati aderenti a promuovere la crescita generale delle retribuzioni, bensì soltanto a proteggere i lavoratori contro distorsioni marginali (tipiche quelle di natura monopsonistica) che abbiano l’effetto di ridurre il trattamento al di sotto di un livello che possa essere considerato normale”⁸⁹.

Dunque, è doveroso chiedersi quanto di queste idee sia stato trasposto nell’art. 36: se da una parte, infatti, è stato affermato⁹⁰ come astrattamente la nozione di giusta retribuzione possa non avere niente di diverso da quelle aliquote minime di salari, dall’altra parte, non si può ignorare quel dibattito in sede Costituente che abbiamo visto sopra, da cui si ricava un ruolo della norma, almeno in quelle intenzioni, più incisivo, con riferimento all’elevazione del lavoratore ed alla funzione distributiva della retribuzione. Ciò non esclude, tuttavia, come il contrasto agli effetti del monopsonio ed al *dumping* salariale siano comunque insiti nell’art. 36 Cost., tanto da concordare con chi ha affermato che “sia ragionevole sostenere che dal principio della giusta retribuzione può sempre desumersi un obbligo costituzionale a carico dello Stato di operare per la correzione della rendita monopsonistica, comunque essa si manifesti”⁹¹.

⁸⁸ *Ivi*, p. 729. Il saggio minimo di salario risulta anche indenne alle critiche degli economisti ortodossi, perché corrispondente a quel livello cui dovrebbe assestarsi il mercato del lavoro secondo le teorie esaminate *supra*.

⁸⁹ *Ivi*, p. 730.

⁹⁰ *Ivi*, p. 731.

⁹¹ *Ivi*, p. 721.

Tuttavia, a conclusione di questa disamina, possiamo anticipare come poco sia rimasto di quell'intento originario nell'interpretazione che la giurisprudenza ha dato dell'art. 36: se si guarda la casistica, infatti, non è sempre agevole identificare cosa si intenda per retribuzione proporzionata e retribuzione sufficiente, essendo più evidente una commistione dei due criteri e la prevalenza della funzione di limitazione della concorrenza dei lavoratori e di etero-determinazione del salario. Tanto che, detto esplicitamente, "l'estensione degli effetti dei contratti collettivi nazionali può intendersi – e giustificarsi costituzionalmente – come lo strumento con cui, dagli anni '50 in poi lo Stato adempie il compito di correggere gli effetti delle *distorsioni monopsonistiche* diffuse del mercato del lavoro nazionale: le distorsioni, cioè, derivanti nel mercato del lavoro dal difetto di concorrenza dal lato della domanda"⁹².

La dottrina più attenta⁹³ ha cercato di fornire varie spiegazioni a tale fenomeno. Nonostante l'intendimento dei Costituenti, infatti, la funzione del principio della giusta retribuzione si sarebbe appiattita sulla garanzia del "saggio minimo di salario" a causa della non più necessaria correzione delle rendite agrarie e di quelle monopolistiche: la prima, venuta meno a causa della marginalizzazione di quel ceto sociale; la seconda, venuta meno a causa dell'ingresso nel nostro ordinamento del principio *antitrust*. Non solo, che la Repubblica non sia costituzionalmente vincolata ad adottare misure dirette ad incrementare i redditi da lavoro, oltre appunto quel livello corrispondente alla correzione della rendita monopsonistica, discenderebbe anche dalla necessità di mantenere viva la dialettica politica in un ordinamento

⁹² ICHINO P., *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 735.

⁹³ Le considerazioni che seguono sono riprese da ICHINO P., *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 737 ss.

democratico⁹⁴, necessità espressa dall'art. 49 Cost. e dal principio di libertà politica in esso costituzionalizzato⁹⁵.

Quale che sia il motivo di tale eterogenesi dei fini, quel che è certo è che nell'applicazione concreta del principio della giusta retribuzione si è guardato più a garantire un valore minimo, piuttosto che ad interrogarsi in modo più approfondito su cosa si intendesse per retribuzione proporzionata e sufficiente⁹⁶. Da qui, la constatazione che quel valore minimo corrisponde in realtà al valore di mercato della retribuzione, vale a dire al valore normale nel contesto socio-economico dato per una determinata attività lavorativa. Ed è tale valore normale che pare essere diventato principio di carattere generale, strumento di regolamentazione del mercato perché considerato valore al di sotto del quale il costo del lavoro non può spingersi.

4.2. *L'art. 36 Cost. e la funzione di correttivo dell'autonomia individuale*

Le ultime considerazioni del precedente paragrafo ci consentono di introdurre il tema della c.d. via italiana al salario minimo, vale a dire dell'applicazione per via giurisprudenziale dell'art. 36 Cost.

Collocare il presente paragrafo all'interno del discorso generale sul principio costituzionale della giusta retribuzione è volto principalmente ad evidenziare il legame tra l'atteggiamento dei giudici all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione e la necessità di rendere effettive le nuove garanzie ivi previste. Ci si riferisce al noto dibattito sulla natura

⁹⁴ Ci si riferisce alla messa al bando, in quel modo, di tutte le scelte politiche riconducibili alla destra moderna liberista e monetarista: cfr. ICHINO P., *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 738.

⁹⁵ Tanto che Ichino conclude affermando che “la Costituzione non vieta né al legislatore ordinario né al Governo politiche diverse da una politica interventista mirata ad un progressivo aumento o comunque a un sostegno dei livelli retributivi medi, né in termini assoluti, né in termini relativi in rapporto ai profitti”: cfr. ID., *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione*, cit., p. 738 e 739.

⁹⁶ Se è vero che l'attenzione rivolta alla contrattazione collettiva come fonte del minimo sia stata teorizzata anche da MARX K., *Das Kapital: kritik der politischen Ökonomie Erster Band*, Dietz, 1962, strumento per la lotta di classe e l'elevazione sociale degli operai, nell'intento dei Costituenti vi era qualcosa di più, come dimostra, appunto, il riferimento alle condizioni della famiglia.

programmatica o immediatamente precettiva della norma⁹⁷, con riferimento al quale possiamo riprendere le parole di Gino Giugni, il quale affermò, a seguito delle prime sentenze in argomento, che “l’art. 36 della Costituzione, nato senza dubbio come norma programmatica, che avrebbe trovato concretezza soprattutto nel meccanismo contrattuale con efficacia generale di cui all’inattuato art. 39, fu improvvisamente accettato, tra il 1950 e il 1953, come norma precettiva, atta a colmare quello che allora appariva come il vuoto legislativo derivante dall’inattuazione dell’art. 39. Già in questo atteggiamento è dato intravedere, chiarissimamente, una scelta politica, di deliberata supplenza del giudiziario all’inerzia del legislativo”⁹⁸.

Quello che è dato intuire da queste affermazioni è lo stretto legame, già visto sopra, tra art. 36 Cost. e principio di libertà sindacale, nonché la necessità di non far rimanere il principio della giusta retribuzione lettera morta, principio secondo il quale il contratto individuale di lavoro deve rispettare, nell’identificazione e quantificazione di una delle controprestazioni, i criteri di proporzionalità e sufficienza. È stato anche di recente affermato, infatti, che “se in un normale contratto di scambio l’autonomia negoziale delle parti è normalmente libera di fissare il punto di convergenza economica dei contrapposti interessi, nel contratto di lavoro il rilievo personale della prestazione e di quanto ne deriva in termini di tutela della

⁹⁷ A favore della precettività si possono rammentare: PUGLIATTI S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in RGL, 1949-50, I, p. 189 ss.; CESSARI A., *L’invalidità del contratto di lavoro per violazione dell’art. 36 della Costituzione*, in DL, 1951, II, p. 197 ss.; NICCOLÒ R., *L’art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in RGL, 1951, II, p. 5 ss.; SMURAGLIA C., *La determinazione della retribuzione da parte del giudice*, in RGL, 1951, I, p. 83 ss.; NATOLI U., *Ancora sull’art. 36 della Costituzione e sulla sua pratica applicazione*, in RGL, 1952, p. 9 ss.; PANUCCIO V., *L’art. 36 della Costituzione e il contratto di lavoro*, in RGL, 1953, II, p. 20 ss. I sostenitori, invece, della natura programmatica furono: BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 1949, p. 91 ss.; NAPOLETANO D., *Natura ed efficacia della norma di cui all’art. 36, primo comma, della Costituzione e la sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, in MGL, 1951, p. 216 ss.; SCORZA M., *Il diritto al salario minimo e l’art. 36 della Costituzione*, in DL, 1951, II, p. 450 ss.; PERA G., *La giusta retribuzione dell’art. 36 della Costituzione*, in DL, 1953, I, p. 99 ss., ora in Scritti di Giuseppe Pera, vol. I, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 3 ss. e SERMONTI A., *L’adeguatezza della retribuzione di fronte al contratto collettivo di diritto comune e al 1° comma dell’art. 36 della Costituzione*, in MGL, 1952, p. 128 ss.

⁹⁸ GIUGNI G., *Prefazione* a DE CRISTOFARO M.L., *La giusta retribuzione*, Il Mulino, 1971, p. 9 ss.

libertà dal bisogno e della dignità del lavoratore condiziona l'autonomia negoziale privata indirizzandola verso obiettivi inderogabili"⁹⁹.

In realtà, i limiti all'autonomia individuale discendenti dall'art. 36 corrispondono, a monte, ad altrettanti limiti per il legislatore ordinario: se, infatti si mettono in collegamento tale norma con gli altri precetti costituzionali, possiamo concordare con chi ha sostenuto che la nostra Costituzione delinea un sistema in cui la riduzione dei costi del lavoro, financo giustificata dalla tutela dell'iniziativa economica privata, non può spingersi sotto una determinata soglia, nella specie la sufficienza per un'esistenza libera e dignitosa¹⁰⁰. Basti pensare, per capire l'attualità e la portata di tale principio, alle limitazioni che la c.d. Troika ha preteso sui salari nei paesi in crisi da eccessivo indebitamento e che hanno richiesto il sostegno finanziario internazionale, pretese che astrattamente nel nostro ordinamento non potrebbero non incontrare limiti nella tutela della persona-lavoratore. E non è un caso che a queste considerazioni corrisponda l'affermazione della Corte costituzionale per cui il diritto alla giusta retribuzione costituisce un diritto soggettivo perfetto¹⁰¹.

In verità, per quanto riguarda le limitazioni all'autonomia individuale, il nostro ordinamento privatistico già aveva dimostrato una certa sensibilità ad un equilibrio tra prestazione e controprestazione, tanto da poter affermare che i contratti sinallagmatici, pur non postulando necessariamente la proporzionalità delle prestazioni, "non sono del tutto refrattari all'applicazione, più o meno diretta, di principi che incidono – a fini di equilibrio – sull'autonomia negoziale privata individuale"¹⁰². Il riferimento

⁹⁹ PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 11.

¹⁰⁰ CATAUDELLA M.C., *La retribuzione al tempo della crisi: tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, cit., p. 116 e 117, la quale afferma che "le esigenze del mercato possono giustificare l'adozione di misure volte a comprimere i costi di produzione. Compressione che può anche riguardare i costi del lavoro ed essere realizzata anche a mezzo di riduzioni del livello retributivo. Riduzioni che l'art. 41 Cost. non preclude sino a quando portino le retribuzioni a livelli inferiori alla sufficienza imposta dall'art. 36, comma 1, Cost.". Cfr. anche *supra* § 2.

¹⁰¹ Corte cost. 4 maggio 1960, n. 30.

¹⁰² PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 11.

è, per citare alcuni esempi, all'art. 1474 c.c. sulla mancanza di determinazione espressa del prezzo nella vendita; all'art. 1657 c.c. sulla mancanza di determinazione del corrispettivo nell'appalto; all'art. 1709 c.c. sulla mancanza della misura del compenso per il mandato e, infine, all'art. 1755, comma 2, c.c. riguardante il mancato accordo sulla misura della provvigione nella mediazione. Ma possiamo dire di più: dalle norme sulla rescissione per lesione *ex art.* 1448 ss. c.c. e sulla risoluzione del contratto per eccessiva onerosità *ex art.* 1467 ss. c.c., fino a ricomprendervi l'istituto – di matrice giurisprudenziale – della presupposizione, possiamo rintracciare un vero e proprio principio volto ad oggettivare quell'equilibrio delle prestazioni a cui abbiamo fatto cenno¹⁰³. L'introduzione, appunto, della presupposizione come strumento di governo delle sopravvenienze contrattuali¹⁰⁴, unita alla tendenza europea a prestare maggiore attenzione verso l'equilibrio economico nei contratti, sono argomenti per avvalorare tale conclusione¹⁰⁵.

Tutto questo emerge ancor prima di aver esaminato la disciplina codicistica del rapporto di lavoro, la quale, a maggior ragione, contiene nell'art. 2099 c.c. la previsione per cui le parti del contratto di lavoro subordinato non hanno libera disponibilità nella determinazione del salario¹⁰⁶: al di là del riferimento al contratto collettivo corporativo, la norma riconosce alle parti sociali il loro ruolo di autorità salariali, nella misura in cui il giudice interviene in mancanza di accordo delle parti e di contratto collettivo, ma, ove questo fosse presente, tanto basterebbe. E non deve considerarsi un caso se tale previsione del codice civile è stata comunque

¹⁰³ Cfr. *amplius* CATAUDELLA M.C., La retribuzione al tempo della crisi: tra principi costituzionali ed esigenze del mercato, cit., p. 6 ss.

¹⁰⁴ Cfr. sul tema AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002.

¹⁰⁵ Si veda soprattutto GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in *CeI*, 1997, p. 417 ss. e PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *RasDC*, 1999, p. 641 ss.

¹⁰⁶ Cfr. *amplius* CORSO I., *La retribuzione e il contratto individuale*, in GRAGNOLI E., PALLADINI S. (a cura di), *op. cit.*, p. 219 ss.

utilizzata dai giudici nel nuovo ordinamento costituzionale: l'aver riconosciuto la natura immediatamente precettiva del principio della giusta retribuzione¹⁰⁷ ha portato con sé, infatti, il riferimento all'art. 2099 c.c. secondo quella operazione "barocca" per cui la nullità della misura del salario equivarrebbe alla sua assenza, con necessità dell'intervento del giudice in via equitativa e recuperando, così, "quella doverosità dell'applicazione della tariffa collettiva che era già contemplata nell'art. 2099 c.c. e che era venuta meno con la caduta dell'ordinamento corporativo"¹⁰⁸.

Tra l'altro, l'esito di quel dibattito sulla natura dell'art. 36 Cost. non era così scontato: a favore proprio della sua funzione programmatica militava l'opinione di chi vedeva la norma rivolta in primo luogo nei confronti della contrattazione collettiva, sul presupposto che vi fosse stata l'attuazione dell'art. 39 Cost. Tuttavia, riconoscere l'immediata precettività poteva fornire fin da subito uno strumento in mano al lavoratore per far valere il proprio diritto ad un salario che fosse ad una misura giusta, producendo così "il notevole effetto di assicurare una tutela di matrice collettiva attraverso un tipico rimedio individuale, quale il ricorso giurisdizionale"¹⁰⁹: pare questa la ragione di fondo delle motivazioni delle prime sentenze della Cassazione sul tema, le quali si spinsero fino a superare la distinzione tra contratto collettivo corporativo e contratto collettivo di diritto comune, nella misura in cui "la finalità specifica dei contratti collettivi, che prescinde dalla natura pubblicistica o privatistica delle associazioni stipulanti, è quella di sottoporre la pluralità dei soggetti che esse rappresentano ad una disciplina comune dei

¹⁰⁷ Tra l'altro, alla base della teoria della precettività del principio della giusta retribuzione si possono collocare i lavori di quei giuristi che per primi tentarono di meglio ricostruire l'anima lavoristica della Costituzione repubblicana: ci si riferisce a MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in DL, 1954, 148 ss. e GIANNINI M.S., *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in RGL, 1949-50, spec., p. 3 ss.

¹⁰⁸ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in DLRI, 1998, II, p. 224 ss.

¹⁰⁹ Cfr. RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo*, cit., p. 642. Inoltre, si deve precisare come il potere del giudice di utilizzare l'art. 36 deve ritenersi implicito nella domanda di adeguamento della retribuzione, a prescindere da un esplicito richiamo: così Cass. 9 maggio 2003, n. 7157, in NGL, 2003, p. 678 ss. e Cass. 3 agosto 2001, n. 10767, in MGC, 2001, p. 1549 ss.

rapporti individuali di lavoro e di sottrarre quindi la regolamentazione alla libera disponibilità dei singoli”¹¹⁰.

Insomma, indipendentemente dallo stato di avanzamento della costruzione del nuovo ordinamento democratico, già all’indomani dell’entrata in vigore della Costituzione permane la consapevolezza che la materia retributiva debba essere sottratta alla libera determinazione delle parti. Non solo: come vedremo più avanti, tale costruzione giurisprudenziale portava con sé il collegamento con le tariffe salariali dei contratti collettivi di diritto comune in quanto “termine più idoneo di riferimento”¹¹¹, cosa che contribuì all’estensione di fatto dell’efficacia soggettiva dei contratti collettivi e ad allentare le tensioni sociali, “inserendosi funzionalmente nell’ordinamento sindacale di fatto dell’immediato dopoguerra”¹¹².

Concludendo sull’argomento, l’art. 36 Cost. configura un diritto soggettivo ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, nonché, tramite la sua interpretazione come norma direttamente invocabile dalle parti in giudizio, un vero e proprio limite all’autonomia individuale: se, come abbiamo visto, l’integrazione dell’autonomia individuale deve essere letta, per i contratti sinallagmatici, come funzionale all’equilibrio – anche solo economico – del contratto, possiamo evidenziare un ruolo del principio della giusta retribuzione di correttivo delle dinamiche di determinazione della retribuzione¹¹³, la cui funzione è evitare la concorrenza al ribasso dei prestatori d’opera.

¹¹⁰ Cass. 21 febbraio 1952, n. 461, in RGL, 1952, II, p. 95 ss.; rilevante anche il seguente passaggio: “la natura privatistica dei contratti collettivi, nel regime di transizione legislativa che si attraversa, non contrasta col principio della inderogabilità che trova la sua base e la sua giustificazione nella impossibilità giuridica che l’autonomia contrattuale operi, in sede di regolamentazione individuale, in contrasto con la regolamentazione collettiva alla quale i contraenti stessi sono vincolati in forza del mandato alle associazioni stipulanti”.

¹¹¹ Cass. 21 febbraio 1952, n. 461, cit.

¹¹² ROCCELLA M., I salari, p. 67.

¹¹³ La dottrina ha parlato di maggiore invasività della proporzionalità nella corrispettività lavoristica, che, in quanto legata alla qualità e quantità del lavoro, è più incisiva nell’evitare che si persegua uno squilibrio contrattuale: cfr. CATAUDELLA M.C., *op. cit.*, p. 116

5. *L'applicazione giurisprudenziale della retribuzione proporzionata e sufficiente*

La funzione di etero-determinazione della giusta retribuzione che abbiamo appena ricostruito trova la sua contro-prova nell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost.: questa costituisce, inoltre, la prima di quelle tecniche del nostro ordinamento volte a regolare il mercato tramite l'imposizione di determinati *standard* economici di trattamento, nello specifico quelli previsti dai contratti collettivi di settore.

Dall'assetto costituzionale, allora, deriva l'esistenza di un principio direttamente applicabile ai rapporti individuali di lavoro, in virtù del quale il salario deve collocarsi ad un valore proporzionato e sufficiente, principio che impone, quindi, una correzione dell'equilibrio del contratto: è da qui che dobbiamo partire nella nostra disamina, poiché siamo di fronte a “principi, entrambi, che, grazie alla esplicita previsione costituzionale [...] conformano *ab origine*, immediatamente e direttamente, l'autonomia negoziale privata individuale, quindi integrandola (o correggendola) obbligatoriamente onde scongiurare i prevedibili effetti connessi allo squilibrio di potere delle parti”¹¹⁴.

In ogni caso, di seguito cercheremo di dimostrare come nell'applicazione concreta le nozioni di proporzionalità e sufficienza sono andate via via sfumandosi, non essendo più molto chiaro dove vada collocato il confine tra le due: tale effetto può trovare origine nel semplice atteggiamento dei giudici, preoccupati più di individuare un valore di mercato del salario che, in quanto stabilito da soggetti – collettivi – in un piano di sostanziale equilibrio, poteva considerarsi rispettoso anche dei valori costituzionali.

¹¹⁴ PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 13.

La dottrina, dal canto suo, ha provato ad approfondire le due caratteristiche che, secondo l'art. 36 Cost., il salario del lavoratore subordinato deve rispettare. In argomento, si è arrivati a sostenere addirittura che la stessa compresenza della proporzionalità e della sufficienza – la prima facente riferimento alla funzione della retribuzione come corrispettivo e la seconda, invece, ad una sua funzione sociale – facesse venir meno il carattere corrispettivo del contratto individuale di lavoro nel suo complesso¹¹⁵: tale tesi, tuttavia, pur avendo il pregio di evidenziare la doppia funzione del salario come remunerazione della quantità e qualità del lavoro prestato e come garanzia ad un'esistenza libera e dignitosa, non ha convinto fino in fondo, soprattutto alla luce dell'opinione, prevalente, che vede il contratto individuale di lavoro come contratto a prestazioni corrispettive, in cui al massimo possiamo scorgere delle deroghe derivanti, appunto, dalla commistione tra l'obbligo di lavorare e la persona del lavoratore, che dal rapporto lavorativo ricava il proprio mezzo di sostentamento¹¹⁶.

Il contemperamento tra principi costituzionali e teoria della corrispettività, allora, deve essere inteso come segue: il contratto di lavoro, pur soggetto al principio costituzionale della giusta retribuzione, mantiene come caratteristica la corrispettività, la quale, tutt'al più, viene declinata in questo particolare contratto anche secondo una funzione sociale. Insomma, "l'art. 36 incide sullo stesso concetto di corrispettività nel contratto di lavoro, il quale è speciale sia perché, ove previsto, prescinde dall'interdipendenza tra le prestazioni, sia perché, là dove vi è interdipendenza tra le prestazioni,

¹¹⁵ È la tesi di ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, 1991, nello specifico p. 279 ss. ma si veda anche ROMA G., *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, 1997, p. 32 ss. e ZILIO GRANDI G., *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Jovene, 1996, p. 32 ss. Nel suo lavoro Zoppoli accentua la portata delle deroghe al principio della corrispettività, che vengono usate non tanto per giustificare il carattere derogatorio del contratto di lavoro rispetto al diritto civile, quanto come base di una diversa ricostruzione generale del contratto di lavoro, con conseguente sganciamento dal principio della corrispettività.

¹¹⁶ Cfr. TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1968, p. 341 ss.

l'equilibrio sussistente tra di esse si riconduce ad un principio proporzionalistico socialmente orientato¹¹⁷.

Appurato che la compresenza di proporzionalità e sufficienza non fa venir meno la corrispettività del rapporto di lavoro, la dottrina si è anche misurata sull'esistenza di una gerarchia tra i due concetti: secondo una prima impostazione, infatti, al criterio della proporzionalità andrebbe riconosciuto un ruolo prioritario, con conseguenza che alla sufficienza andrebbe, invece, ricollegata una funzione residuale¹¹⁸; di segno opposto quelle opinioni per cui è alla sufficienza che spetta un ruolo primario, questo poiché – valorizzando la locuzione «in ogni caso» presente nel testo dell'art. 36 Cost. – la componente imprescindibile della giusta retribuzione sarebbe, appunto, la sua idoneità a condurre un'esistenza libera e dignitosa, di cui la corrispondenza alla quantità e qualità di lavoro svolto ne costituirebbe passaggio logico successivo¹¹⁹.

Tuttavia, tali sforzi di ricostruzione di una gerarchia tra proporzionalità e sufficienza non paiono convincenti, soprattutto alla luce della tesi che vede operare queste componenti in modo congiunto, contestuale e simultaneo¹²⁰, secondo una concezione per cui la retribuzione deve rispettare contemporaneamente e, in ogni caso, entrambe le caratteristiche¹²¹: stando così le cose, il salario del lavoratore subordinato è dotato di un “substrato di retribuzione minima inderogabile”¹²², connesso a

¹¹⁷ PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 17.

¹¹⁸ Cfr. CATAUDELLA M.C., *op. cit.*, p. 14 ss., che spiega tale concezione con due argomenti diversi: da una parte, la proporzionalità di norma è idonea a garantire anche una misura minima di salario che sia sufficiente ai bisogni del lavoratore; dall'altra parte, non è vero il contrario, cioè che il minimo vitale corrisponda anche alla quantità e qualità del lavoro prestato. Cfr., inoltre, DELL'OLIO M., *Retribuzione e qualità del lavoro, qualità di vita*, in ADL, 1995, II, p. 9; PERONE G., voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, 1989, p. 45 e SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Franco Angeli, 1978, p. 78 ss.

¹¹⁹ Questo giustificerebbe, addirittura, nella ricerca del trattamento economico giusto, l'utilizzo di elementi non suscettibili di una valutazione in termini di proporzionalità, quali le aspettative esistenziali del lavoratore, le aspirazioni culturali e di elevazione del tenore di vita: così ROMA G., *op. cit.*, p. 97.

¹²⁰ TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, cit., p. 345.

¹²¹ BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2002, p. 79.

¹²² MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., p. 66.

quella finzione sociale cui si è fatto cenno, sul quale poi deve essere ancorata la componente del corrispettivo maggiormente legata alla logica dello scambio¹²³.

5.1. *Il minimo collettivo come tecnica di adeguamento della retribuzione iniqua*

Se questi sono gli sforzi che la dottrina ha profuso nella ricostruzione del principio della giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.*, dobbiamo notare che la giurisprudenza ha dato un contributo in senso contrario¹²⁴, nella misura in cui non solo nelle decisioni dei giudici di legittimità si perde quella distinzione tra proporzionalità e sufficienza – intesa, beninteso, come contemporanea presenza –, ma pare anche difficile sostenere che il minimo costituzionale – oggetto come vedremo di quell’opera di estensione di fatto *erga omnes* dei contratti collettivi – si identifichi a pieno in quei principi. Emerge, casomai, la volontà di generalizzare uno *standard* minimo per quanto riguarda il costo del lavoro¹²⁵, che, in quanto individuato dalle autorità salariali ad un valore di mercato, ha come principale effetto l’eliminazione della concorrenza tra i datori di lavoro sui salari dei propri dipendenti.

Guardando finalmente nel dettaglio tale applicazione giurisprudenziale, dobbiamo precisare come ci si stia muovendo mantenendo sullo sfondo il contenzioso individuale instaurato dal singolo prestatore d’opera, che lamenta in sede giurisdizionale o il mancato pagamento della retribuzione o la sua corresponsione ad un valore ritenuto insufficiente, a

¹²³ Cfr. TREU T., Sub *art. 36*, in BRANCA G. (a cura di), Commentario alla Costituzione, Tomo I, Artt. 35-40, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1979, p. 76, che parla addirittura di arbitrarietà e pericolosità del tentativo di operare una distinzione tra i due principi.

¹²⁴ BELLOMO S., Sub *art. 36 Cost.*, cit., p. 127 e NOGLER L., sub *art. 36 Cost.*, in DE LUCA TAMAJO R., MAZZOTTA O. (a cura di), Commentario breve alle leggi sul lavoro, Cedam, 2013, p. 41.

¹²⁵ MENEGATTI E., Il salario minimo legale, cit., p. 67.

fronte di un datore di lavoro che può aver applicato o meno un contratto collettivo.

I giudici, in sostanza, facendo specifico riferimento all'art. 2099 c.c., hanno individuato il procedimento logico-giuridico per verificare l'inadeguatezza del salario corrisposto e per rideterminare lo stesso in modo conforme alla Costituzione, a prescindere dall'assenza della clausola retributiva richiesta dal codice civile¹²⁶: in questo modo, la giurisprudenza sulla giusta retribuzione non è altro che un insieme di decisioni sulle “tecniche di adeguamento della retribuzione iniqua”¹²⁷, le quali a loro volta devono essere rispettose dell'art. 36 Cost.

Ebbene, su queste premesse si è formata la giurisprudenza sulla giusta retribuzione, la quale, anche sotto questo aspetto¹²⁸, ha messo in evidenza il collegamento tra art. 36 e art. 39 Cost. dato dall'aver fatto ricorso alle retribuzioni previste dai contratti collettivi di settore quali parametro più idoneo di riferimento: in sostanza, il giudice, chiamato a verificare che il trattamento del lavoratore sia rispettoso del precetto costituzionale, guarda ai minimi tabellari dei contratti collettivi di settore – il c.d. minimo collettivo – e, se ne accerta il mancato rispetto, compie un'operazione di integrazione del contratto individuale, imponendo l'applicazione di quei minimi di trattamento¹²⁹.

Tutto questo, inoltre, presuppone un ulteriore passaggio, che si sostanzia nel riutilizzo di una norma, per la verità, non applicabile al contratto collettivo di diritto comune¹³⁰: nei casi, infatti, di mancanza di un contratto collettivo applicato, il giudice ricorre all'art. 2070 c.c. ed individua la

¹²⁶ RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo*, cit., p. 643.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Avevamo evidenziato tale collegamento con riferimento alla retribuzione come “variabile dipendente” dal mercato e con riferimento alla teoria della precettività dell'art. 36.

¹²⁹ In ciò si concretizza l'estensione di fatto *erga omnes* della parte economica dei contratti collettivi, in quanto direttamente invocabili da chiunque lamenti la violazione dell'art. 36 Cost.

¹³⁰ Così Cass. 18 dicembre 2014, n. 26742; 5 maggio 2004, n. 8565, in RIDL, 2005, II, p. 80, nt. GRECO; Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2665, in GC, 1997, I, p. 1199 ss., nt. PERA e Cass. 9 settembre 1995, n. 9549, in MGC, 1995, p. 1633 ss.

retribuzione parametro per il giusto salario in quella prevista dal contratto collettivo per il tipo di attività svolto dall'impresa¹³¹, contribuendo in questo modo a quello che qualcuno ha definito “strisciante ritorno [...] ad una concezione otologica del concetto di categoria merceologica”¹³².

Tornando all'utilizzo dei contratti collettivi in tema di giusta retribuzione, in tale operazione è altresì lampante il rischio di aggiramento dell'art. 39 Cost., da cui ci si salva solo grazie al riferimento ad un “parametro esterno” di adeguamento ed alla possibilità per il giudice, invero astratta¹³³, di non essere vincolato dalle previsioni dei contratti collettivi¹³⁴: queste sono le conseguenze, infatti, ricavabili dall'aver mascherato tale ragionamento dietro il ricorso ad una presunzione *iuris tantum* di adeguatezza¹³⁵ e dall'aver considerato, in sostanza, il contratto collettivo come mezzo di attuazione dell'art. 36 Cost.

Ora, è chiaro che quello che interessava ai giudici era propriamente individuare il valore di mercato della prestazione lavorativa, ovviamente sul presupposto che quel valore non fosse il risultato di una disparità di potere tra i soggetti contraenti: ritorna, sul punto, la considerazione che abbiamo fatto sopra con riferimento al fatto che i singoli non hanno piena libertà nello stabilire le clausole del proprio rapporto di lavoro, nonché la constatazione che la contrattazione collettiva è la fonte più idonea ad individuare tale valore

¹³¹ Cass. 23 dicembre 2016, n. 26953; 5 luglio 2002, n. 9759, in MGC, 2002, p. 1167 ss.; 26 gennaio 1993, n. 928, in RIDL, 1993, II, p. 692, nt. TULLINI.

¹³² PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 21.

¹³³ BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, cit., p. 64 ss.

¹³⁴ In argomento, c'è chi ha sostenuto che la stessa discontinuità nelle decisioni della Cassazione sui minimi tabellari fosse giustificata proprio da non produrre un effetto di pacifica estensione generale di quei minimi, essendo presenti nelle sentenze molte soluzioni applicative: cfr. RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo*, cit., p. 644. Altra dottrina ha, invece, precisato come “la retribuzione proporzionata e in ogni caso sufficiente rappresenta un *aliquid*, sia sul piano logico sia su quello giuridico, rispetto al contenuto potenzialmente assai più ampio dei contratti collettivi *erga omnes* contemplati dall'ultimo comma dell'art. 39, anzi più correttamente, una loro componente basilare, ma comunque non l'unica”: così BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, cit., p. 54.

¹³⁵ Cass. 23 dicembre 2016, n. 26925; 28 ottobre 2008, n. 25889, in MGC, 2008, X, p. 1528 ss. e 7 maggio 2003, n. 7752, in RGL, 2004, II, p. 584 ss., nt. VITALETTI.

di mercato¹³⁶, dato che “il contratto collettivo, in quanto norma formulata, in condizioni che garantiscono la formazione del libero consenso, dalle stesse parti che sono immerse nella realtà da disciplinare, è il più adeguato parametro per determinare il contenuto del diritto alla retribuzione”¹³⁷. Dimostrazione di tali affermazioni può essere anche il superamento della teoria della onnicomprensività della retribuzione¹³⁸, che prima del suo definitivo accantonamento¹³⁹ aveva causato un travisamento del funzionamento dell’autonomia collettiva come autorità salariale, “con effetti distorsivi degli equilibri salariali raggiunti nella contrattazione rispetto al contemperamento dei contrapposti interessi”¹⁴⁰.

Dunque, rammentando la ricerca della migliore tecnica di adeguamento di cui sopra, da tale procedimento logico-giuridico possiamo trarre due conclusioni: da una parte, la retribuzione stabilita nei contratti collettivi non è iniqua; dall’altra parte, quel valore proporzionato e sufficiente deve essere sostenibile dal mercato, dato che deve essere individuato al suo interno.

In definitiva, da queste considerazioni discenderebbe la volontà della giurisprudenza – evidentemente in applicazione di quel principio costituzionale – di fissare degli *standard* minimi di trattamento in grado, così, di regolare il mercato: tutto questo getterebbe nuova luce su alcuni angoli bui dell’applicazione per via giurisprudenziale della giusta retribuzione, vale a dire il fatto che sia fissata ad un valore minimo e la difficoltà, già segnalata,

¹³⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2001, n. 38, in RIDL, 2001, II, p. 662 ss., nt. BORELLI e Cass. 29 luglio 2000, n. 10002, in RIDL, 2001, II, p. 395 ss., nt MANGANIELLO. Che tale funzione debba essere appannaggio esclusivo delle “autorità salariali” lo si legge anche in LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 221.

¹³⁷ Cass. 18 marzo 2004, n. 5519, in MGC, 2004, p. 3 ss., in cui si legge, inoltre, che “il contratto collettivo, incontro delle volontà in una specifica contingenza di tempo, esprime il pensiero collettivo adeguato alle esigenze oggettive del tempo in cui il contratto stesso deve essere applicato”.

¹³⁸ Cfr. *amplius* PERSIANI M., I nuovi problemi della retribuzione, Cedam, 1982.

¹³⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 13 febbraio 1984, nn. 1069, 1071, 1073, 1075 e 1081, in GI, 1984, I, p. 1557 ss., nt. PERSIANI e Cass., Sez. Un., 4 aprile 1984, n. 2183, in RGL, 1984, II, p. 41 ss., nt. PETROCELLI.

¹⁴⁰ PERONE G., voce *Retribuzione*, cit., p. 77. Cfr. anche TREU T., *Problemi giuridici della retribuzione*, in DLRI, 1980, p. 1 ss.

nell'individuare il corretto operare dei principi di proporzionalità e sufficienza.

5.2. *Il minimo costituzionale come strumento di regolazione del mercato*

Il primo di questi punti oscuri riguarda il problema della differenza tra retribuzione corrispettivo e retribuzione parametro, la differenza, cioè, tra tutto ciò che costituisce controprestazione del lavoro e la minor misura che invece viene assunta a parametro di confronto¹⁴¹: in sostanza, non tutto quello che il lavoratore riceve come compenso è oggetto di quell'estensione di fatto generalizzata, rilevando solo le voci che compongono il c.d. minimo costituzionale¹⁴². All'interno di tale espressione la giurisprudenza ha ricompreso la retribuzione di base dei contratti collettivi¹⁴³, comprensiva della tredicesima mensilità e della indennità sostitutiva delle ferie¹⁴⁴, nonché dell'indennità di contingenza¹⁴⁵; ha escluso da tale computo, al contrario, i compensi¹⁴⁶ e le altre mensilità aggiuntive, come la quattordicesima¹⁴⁷, così come tutte le erogazioni collegate a particolari caratteristiche della prestazione o a qualità personali del lavoratore¹⁴⁸, come i premi di produzione¹⁴⁹, le maggiorazioni¹⁵⁰ e le indennità speciali¹⁵¹. Discussa invece è l'opportunità di ricomprendere in tale calcolo gli scatti di anzianità, sebbene la più recente giurisprudenza la ammetta ove il giudice li consideri collegati

¹⁴¹ Cass., Sez. Un., 1 aprile 1993, n. 3888, in RGL, 1994, II, p. 109 ss., nt. DE MARCHIS.

¹⁴² Cass. 23 dicembre 2016, n. 26925; 29 marzo 2010, n. 7528, in GI, 2010, p. 2374, nt. CATAUDELLA; 9 giugno 2008, n. 15148, nonché la risalente Cass., Sez. Un., 29 maggio 1993, n. 6030, in RIDL, 1993, II, p. 653 ss., nt. DEL PUNTA.

¹⁴³ Cass. 16 maggio 2016, n. 10014; 4 dicembre 2013, n. 27138; 26 luglio 2001, n. 10260, in RIDL, 2002, II, p. 299 ss., nt. STOLFA.

¹⁴⁴ Cass. 7 luglio 2008, n. 18584, in MGC, 2008, VII-VIII, p. 1100 ss.

¹⁴⁵ Cass. 8 giugno 1992, n. 7004 e 21 maggio 1992, n. 6108.

¹⁴⁶ Cass. 11 gennaio 2012, n. 153, in D&L, 2012, I, p. 200 ss., nt. PREMOLI.

¹⁴⁷ Cass. 7 luglio 2004, n. 12520.

¹⁴⁸ Cass. 16 dicembre 2004, n. 23422.

¹⁴⁹ Cass. 24 agosto 1996, n. 7818, in GI, 1997, I, p. 1374 ss., nt. FANTINI.

¹⁵⁰ Cass. 7 aprile 1981, n. 1975.

¹⁵¹ Cass. 25 giugno 1983, n. 4366 e 7 aprile 1981, n. 1975.

ad un effettivo miglioramento della professionalità e, quindi, della qualità della prestazione¹⁵².

Ebbene, come abbiamo già visto, la differenziazione tra retribuzione corrispettivo e retribuzione parametro in tema di art. 36 Cost. viene introdotta proprio per restituire margine di manovra alle autorità salariali, che devono così essere libere di governare anche quella componente del salario che poi verrà fatta oggetto di estensione *erga omnes*. Tale potere di regolazione è esercitato tramite l'individuazione di minimi di trattamento¹⁵³ e questo spiega come mai la giurisprudenza abbia individuato quella retribuzione parametro ad una misura inferiore rispetto alla retribuzione corrispettivo¹⁵⁴, con la conseguenza che, al contrario, non tutto il trattamento economico erogato al lavoratore sulla base del contratto collettivo rispetta i precetti costituzionali ed è meritevole, in quanto tale, di estensione generalizzata di fatto.

Avendo a mente quest'ultima considerazione – la necessità, cioè, che il mercato sia regolato da valori minimi da esso sostenibili – possiamo meglio comprendere sia il particolare atteggiarsi di proporzionalità e sufficienza per quel minimo costituzionale, sia la tendenza della giurisprudenza a interpretare in modo riduttivo tale minimo.

Sotto il primo aspetto, le decisioni in tema di giusta retribuzione hanno conosciuto fasi alterne di prevalenza della sufficienza sulla proporzionalità e viceversa, questo perché i giudici avevano inizialmente inteso il proprio ruolo a garanzia solo di un trattamento minimo¹⁵⁵, utilizzando a tale scopo il principio di sufficienza in funzione riduttiva rispetto a quello di proporzionalità¹⁵⁶.

¹⁵² Cass. 11 gennaio 2012, n. 153, cit.; si veda, in generale, Cass. 27 luglio 2004, n. 4076 e 1 settembre 2003, n. 12756. In verità, esiste un orientamento per cui gli scatti di anzianità andrebbero esclusi dal minimo costituzionale poiché, ai fini della loro maturazione, molte volte sono utili anche periodi di non lavoro, senza miglioramento qualitativo della prestazione: cfr. Cass. 26 maggio 2008, n. 13544; 3 febbraio 2005, n. 2144 e 18 marzo 2004, n. 5519.

¹⁵³ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 221.

¹⁵⁴ BELLOMO S., voce *Retribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, 2010, p. 4.

¹⁵⁵ MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., p. 84.

¹⁵⁶ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 213.

Tuttavia, la stessa declinazione della sufficienza è stata considerata non pienamente coerente, se si guarda alla completa omissione di qualsiasi riferimento ai bisogni della famiglia del lavoratore, nonché, più in generale, alla vicenda dei c.d. contratti di riallineamento *ex art. 5* della legge n. 608/1996: ci si riferisce a quei contratti provinciali che avevano la funzione di differenziare, al ribasso, i trattamenti retributivi in base alle diverse condizioni ambientali dei lavoratori, con lo scopo di adeguare col tempo le retribuzioni a quelle stabilite a livello nazionale, contrastare il lavoro nero e favorire l'occupazione¹⁵⁷. È chiaro, infatti, che con i contratti di riallineamento è stato ammesso nel nostro ordinamento un minimo di trattamento inferiore a quello che, fino a poco tempo prima, era stato ritenuto sufficiente, operazione che è stata giustificata sempre con argomenti riferiti alla condizione del contesto economico e temporale del momento e che dimostrano una "attitudine pragmatica" delle parti sociali, che "accettano di venire a compromessi con la realtà produttiva nella prospettiva di sottoporla a controllo"¹⁵⁸: si vedano i riferimenti al carattere provvisorio, al loro fine di riallineamento alla contrattazione nazionale¹⁵⁹ ed alla tutela dell'occupazione¹⁶⁰, anche in situazioni di crisi aziendali¹⁶¹.

Sempre con riferimento a particolari condizioni socio-economiche del contesto di riferimento¹⁶² – e quindi del mercato da regolare – può essere letta la casistica dei discostamenti verso il basso che i giudici hanno ammesso rispetto al minimo collettivo: ci si riferisce alle ipotesi di modifica al ribasso

¹⁵⁷ Sul tema cfr. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001, p. 443 ss. e LAMBERTUCCI P., voce *Contratti di riallineamento, contratti d'area, patti territoriali*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento*, 1999, p. 2 ss.

¹⁵⁸ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 200.

¹⁵⁹ TOSCANO N.R., *I contratti collettivi di riallineamento. Problemi applicativi ed osservazioni critiche*, in RGL, 1991, I, p. 103.

¹⁶⁰ ZOLI C., *La retribuzione tra garantismo e flessibilità: recenti scenari contrattuali e giurisprudenziali*, in DRI, 1997, p. 19 ss.

¹⁶¹ RICCI G., *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse: la visione «socialmente avanzata» della Cassazione*, in LD, 1995, p. 542.

¹⁶² Cfr. BELLOMO S., voce *Retribuzione*, cit., p. 5, che parla di casi in cui "tanto la motivazione quanto l'entità dell'intervento riduttivo rispetto al parametro di riferimento vengono argomentati con il riferimento a fattori la cui incidenza non appare oggettivamente giustificabile né sul fronte della corrispettività né su quello della rispondenza alle esigenze di vita del lavoratore".

basata sulla natura dell'attività svolta o su criteri equitativi¹⁶³, sulle condizioni locali e del costo della vita¹⁶⁴, nonché sulle condizioni personali e familiari del lavoratore, sulle “mercedi” applicate nella zona e sul carattere artigianale dell'impresa¹⁶⁵. Come è evidente, si tratta di ipotesi in cui il minimo collettivo, rispettoso, come abbiamo visto, dei parametri costituzionali, viene piegato a ragioni che poco o nulla hanno a che vedere con la proporzionalità e, soprattutto, con la sufficienza così come intese dalla dottrina: insomma, paiono essere tutte deroghe legate a circostanze particolari, di cui evidentemente la contrattazione collettiva non aveva potuto tener conto¹⁶⁶.

Dunque, se questo è stato l'utilizzo del principio di sufficienza ad opera della giurisprudenza sulla giusta retribuzione, tanto di meglio non è toccato al principio di proporzionalità, relegato per molto tempo al semplice collegamento col livello di inquadramento del lavoratore. Se, infatti, le decisioni sugli scatti di anzianità e sulla negazione di un principio di parità di trattamento tra lavoratori in tema di salari¹⁶⁷ paiono restituire spazi di manovra alla valutazione della qualità del lavoro del singolo, in altre occasioni si è assistito a “palesi incongruenze argomentative”¹⁶⁸ laddove, per giustificare l'utilizzo di un criterio economico nel rispetto del principio costituzionale della proporzionalità, sono state ammesse differenze di salari sulla base delle capacità economiche dell'utilizzatore della prestazione¹⁶⁹: in

¹⁶³ Cass. 25 luglio 1986, n. 4787.

¹⁶⁴ Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, cit.; 15 novembre 2001, n. 14211, in RIDL, 2002, II, p. 299 ss., nt. STOLFA.

¹⁶⁵ Cass. 28 agosto 2004, n. 17250, in DL, 2005, p. 208 ss. e 9 agosto 1996, n. 7383, in RIDL, 1997, II, p. 481 ss., nt. MAMMONE.

¹⁶⁶ Le deroghe alla contrattazione collettiva da parte del giudice, infatti, paiono essere ammissibili solo per “circostanze particolari di cui le associazioni stipulanti non abbiano potuto tenere conto”: così ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, cit., p. 141. Sulla questione del potere per il giudice di discostarsi dalla contrattazione collettiva, cfr. *infra*.

¹⁶⁷ Pur nel rispetto del principio di non discriminazione, cfr. sul punto Cass. 19 luglio 2007, n. 16015, in NGL, 2008, I, p. 12 ss. e Sez. Un., 17 maggio 1996, n. 4570, in GC, 1996, I, p. 1899 ss., nt. DEL PUNTA.

¹⁶⁸ RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo*, cit., p. 649.

¹⁶⁹ Cass. 15 novembre 2001, n. 14211, cit., in cui si legge che “la medesima attività lavorativa, valutabile in una certa misura dalla grande impresa, può esserlo in misura minore da un datore di

sostanza, in tale motivazione è sottointesa la giustificazione di una differenza di trattamento economico basata non su un criterio oggettivo legato all'effettivo apporto lavorativo, ma sulla semplice capacità di "valorizzazione" della prestazione in capo al datore di lavoro.

Concludendo sul punto, la particolare casistica in tema di giusta retribuzione, ed applicazione dei principi di proporzionalità e sufficienza della stessa, poco ci dice su cosa siano concretamente queste due caratteristiche del salario; al contrario, vi si può leggere la tendenza a ricercare sempre il minimo di trattamento economico nella retribuzione minima stabilita dai contratti collettivi nazionali, riconoscendone il ruolo di autorità salariali. Allo stesso modo, la giurisprudenza ha declinato quei principi in modo non sempre coerente, col fine di venire in contro ad esigenze, anche temporanee, del contesto – si legga del mercato – di riferimento, in tutti quei casi in cui la contrattazione collettiva non aveva potuto esercitare il proprio ruolo di fissazione del salario ad un valore di mercato¹⁷⁰.

6. *L'idoneità dell'art. 36 ad evitare la competizione al ribasso e la prospettiva di un salario minimo legale*

L'ultima affermazione del precedente paragrafo ci consente di riflettere sull'idoneità del meccanismo dell'art. 36 Cost. ad evitare la competizione al ribasso tra lavoratori: abbiamo visto, infatti, che l'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. altro non è stata che l'attuazione della via italiana ad un salario minimo, tramite l'individuazione

lavoro dotato di mezzi modesti e perciò assoggettabile a sacrifici patrimoniali non oltre certi limiti, oltrepassati i quali sarebbe a rischio la sua stessa sopravvivenza economica".

¹⁷⁰ Quel tipo di scostamenti, tuttavia, paiono non essere più ammissibili dalla stessa giurisprudenza, la quale ha recentemente escluso che le dimensioni dell'impresa valgano a derogare ai minimi collettivi, dato che l'elaborazione delle tabelle a livello nazionale ha tenuto conto delle esigenze di tutto il territorio di riferimento: cfr. Cass. 17 gennaio 2011, n. 896, in D&L, 2011, p. 170 ss., nt. MERONI.

dello stesso da parte dell'autonomia collettiva. Ora, da quanto detto si deve ricavare la conclusione che la misura del giusto salario non può prescindere dalla conoscenza del mercato di riferimento, poiché “se si tratta di apprezzare il valore economico di una prestazione occorre far capo, così come per ogni bene, a quanto da prestazioni della stessa natura è dato mediamente ricavare come corrispettivo: vale a dire al suo valore di mercato”¹⁷¹. Beninteso, questo non vuol dire identificare il valore del lavoro usando un criterio semplicemente economico: ci si riferisce semmai alla imprescindibile considerazione dell'esistenza di un mercato del lavoro al cui interno la prestazione lavorativa ha un prezzo, ovviamente mediato dalla contrattazione collettiva¹⁷².

Tra l'altro, che il valore minimo di una prestazione lavorativa sia un valore di mercato ha indubbi vantaggi in tema di lavoro nero: si deve aver presente, infatti, che la garanzia di quei minimi deve anche essere effettiva, e tale effettività la si combatte se si evita la fuga dalla legalità. Certo, non si deve neanche ammettere una corsa al ribasso dei minimi salariali giustificata solo dal contrasto al lavoro nero: questo deve essere combattuto con tutti i mezzi che l'ordinamento ha a disposizione, ma, allo stesso tempo, un salario fissato ad un livello non insostenibile dalle imprese ha il vantaggio di non causare una fuga di massa dallo stesso. D'altronde, “l'incidenza preminente della contrattazione collettiva della determinazione della misura dello scambio costituisce garanzia dell'equilibrio dello stesso”¹⁷³.

¹⁷¹ CATAUDELLA M.C., La retribuzione al tempo della crisi: tra principi costituzionali ed esigenze del mercato, cit., p. 24.

¹⁷² Ci si richiama alla “consapevolezza che la tariffa collettiva – anche se contenuta in un contratto non efficace *erga omnes* – esprime comunque un valore di mercato e che questo valore di mercato non costituisce la semplice ricognizione di un dato medio risultante da pattuizioni individuali, una sorta di mercuriale, bensì rappresenta l'imposizione di una regola, un atto di disciplina del mercato del lavoro prodotto nell'esercizio di un potere al quale nell'ordinamento risulta riconosciuto il compito di determinare le retribuzioni, il cui assolvimento contribuisce alla promozione di una maggiore partecipazione dei lavoratori all'organizzazione sociale ed economica del paese”: così LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 213-214.

¹⁷³ CATAUDELLA M.C., La retribuzione al tempo della crisi: tra principi costituzionali ed esigenze del mercato, cit., p. 24.

Sul punto, inoltre, il ruolo di autorità salariale è stato pacificamente demandato alla contrattazione collettiva nazionale fin dal Protocollo del 1993, secondo uno schema per cui alla contrattazione decentrata spettava la ponderazione dei trattamenti economici integrativi o degli altri trattamenti eventualmente delegati dal livello nazionale: questo assetto, coerente – per quanto ci interessa in questa sede – con la fissazione di un trattamento economico minimo per tutto il mercato di riferimento, nonché produttivo di un effetto di stabilizzazione economico-sociale¹⁷⁴, è stato confermato anche dal recente Accordo interconfederale sulle relazioni industriali del 28 febbraio 2018, il cui punto 5 stabilisce che “*il contratto nazionale di categoria dovrà individuare il trattamento economico complessivo (TEC) e il trattamento economico minimo (TEM)*” (lett. E), in un quadro complessivo in cui al contratto nazionale è demandata la “*funzione di fonte di regolazione dei rapporti di lavoro e di garante dei trattamenti economici e normativi comuni a tutti i lavoratori del settore, ovunque impiegati sul territorio nazionale*” (lett. C).

Queste considerazioni lasciano sullo sfondo un tema controverso in dottrina, vale a dire la vincolatività dell’art. 36 Cost. nei confronti dell’autonomia collettiva e, di riflesso, il potere del giudice di sindacare le scelte operate dalla stessa¹⁷⁵. La questione presuppone che si risponda alla domanda su quale sia la miglior fonte per la regolazione dei minimi di trattamento economico dei lavoratori, consapevoli che la decisione sul *quantum* di quei minimi ha evidenti riflessi sulla concorrenza tra i datori di lavoro.

¹⁷⁴ TREU T., *Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi*, in DLRI, 2013, IV, p. 597 ss.

¹⁷⁵ Tale potere di deroga *in peius* è sempre stato riconosciuto al giudice, previa opportuna motivazione: cfr. Cass. 25 febbraio 1994, n. 1903, in RGL, 1994, II, p. 408 ss.; 25 gennaio 1992, n. 833; 29 agosto 1997, n. 7131; 3 aprile 1982, n. 2049, in RIDL, 1983, II, p. 60 ss.; 8 febbraio 1975, n. 495, in GC, 1975, I, p. 518 ss. e 25 marzo 1960, n. 636, in MGL, 1960, p. 147 ss., nt. SANTORO-PASSARELLI F.

Nel dettaglio sull'argomento, la giurisprudenza, alla luce del valore solo orientativo del contratto collettivo¹⁷⁶, ha sempre interpretato l'art. 36 Cost. come vincolante anche i prodotti dell'autonomia collettiva, con la conseguenza di far discendere in capo al giudice un potere di controllo sul rispetto della sufficienza anche da parte dei parametri del contratto collettivo¹⁷⁷. La dottrina, dal canto suo, ha fortemente criticato questo orientamento, tacciato di superbia nei confronti di un soggetto, il sindacato, che "rappresenta l'istituzione alla quale risulta naturalmente affidata, in un'economia di mercato, la responsabilità del governo del sistema dei salari"¹⁷⁸. La critica verte, insomma, sulla mancanza di limiti per il giudice, se di sufficienza può astrattamente parlarsi indipendentemente dalle tariffe dei contratti collettivi, nel decidere quali tecniche di adeguamento della retribuzione iniqua utilizzare, secondo quel procedimento già descritto sopra, nonché sulla stessa esistenza del potere di allontanarsi da quei parametri collettivi¹⁷⁹: potendosi discostare, soprattutto al ribasso, dal contratto collettivo, infatti, la magistratura, da una parte, danneggerebbe l'interesse del lavoratore a vedersi applicate condizioni di lavoro negoziate nella sede in cui viene superata la propria debolezza contrattuale; dall'altro lato, verrebbe leso l'interesse collettivo al controllo del mercato del lavoro¹⁸⁰.

In definitiva, ammettere che il giudice possa sindacare il prodotto dell'autonomia collettiva equivarrebbe a riconoscere in capo allo stesso un ruolo di cui non vi è traccia nel quadro normativo, se non nell'art. 2099 c.c.,

¹⁷⁶ Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2001, n. 38, cit. e 9 marzo 1999, n. 2022, in OGL, 1999, I, p. 325 ss.

¹⁷⁷ A tali conclusioni si è pervenuti in occasione della legge Vigorelli n. 741/1959 e delle pronunce sul tema: cfr. Corte cost. 6 luglio 1971, n. 156 e 13 luglio 1963, n. 129.

¹⁷⁸ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 209. Cfr., inoltre, D'ANTONA M., *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, in RGL, 1986, I, p. 5, quando afferma che "se scala salariale e scala professionale sono i due termini che definiscono l'efficienza e l'equità del sistema salariale, solo la contrattazione collettiva può esercitare il governo simultaneo di queste variabili".

¹⁷⁹ PERA G., *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, in MGL, 1961, p. 416 ss., ora in Scritti di Giuseppe Pera, vol. I, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 53 ss.

¹⁸⁰ L'interesse a cui ci si riferisce esiste nel nostro ordinamento a prescindere dall'attuazione dell'art. 39 Cost., che rappresenta, semmai, "solo un meccanismo, il più diretto, di soddisfazione di quell'interesse, ma non lo fonda, né esaurisce le modalità del suo soddisfacimento": così LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 216.

ma solo, come abbiamo visto, in caso di assenza di pattuizioni individuali o collettive. Insomma, non abbiamo riferimenti normativi alla possibilità per la giurisprudenza di definire in modo autonomo quali siano i minimi di trattamento economico da applicare, mentre possiamo ben immaginare come sia difficile in questo caso, da una parte, assicurare la proporzionalità della retribuzione, “dal momento che la proporzione alla qualità altro non rappresenta che il rinvio ad un dato di mercato che appunto viene, per definizione, registrato e prescritto proprio dall’autonomia collettiva”¹⁸¹; dall’altro lato, la stessa sufficienza, che vuole perseguire un valore quantitativo del salario sganciato da semplici dinamiche economiche in ottica sociale, è difficilmente applicabile a prescindere dalle determinazioni dell’autonomia collettiva, che “di queste dinamiche di mercato costituisce al tempo stesso espressione, ma anche forza di controllo”¹⁸².

Ancora, non si deve sottacere la forte valenza politica dell’atto di individuazione di minimi salariali¹⁸³, visto che, come ripetuto più volte nel corso della presente disamina, la fissazione di *standard* di trattamento minimo costituisce un “atto delicato di regolazione del mercato dalle cui dinamiche discendono determinate conseguenze sul piano occupazionale e sul tessuto produttivo: tutte le aziende marginali che non sono in grado di rispettare quel livello dovranno chiudere oppure si asterranno dal procedere ad assunzioni”¹⁸⁴.

Non essendo, quindi, ammissibile in capo al giudice la presenza di tale potere, le deroghe che sono state ammesse dalla giurisprudenza a quei minimi possono essere spiegate valorizzando il particolare meccanismo dell’art. 36 Cost., che consente anche adeguamenti all’esercizio di quel potere e

¹⁸¹ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 219.

¹⁸² *Ibidem*, che si chiede, inoltre, come si possa considerare insufficiente un trattamento responsabilmente accettato dal sindacato.

¹⁸³ Ammettere, al contrario, la sussistenza di tale potere politico in capo al giudice porterebbe alla conclusione di ammetterne l’esercizio anche nei confronti di un’ipotetica legge sul salario minimo, secondo un’ottica per cui la magistratura sarebbe depositaria di un concetto “metafisico” di giusta retribuzione: così PERA G., *La giusta retribuzione dell’art. 36 della Costituzione*, cit., p. 109.

¹⁸⁴ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 221.

dimostra, quindi, una particolare idoneità a governare il fenomeno della garanzia di *standard* minimi di trattamento: se da una parte, infatti, non si può non concordare con chi ha escluso che i giudici abbiano quel potere politico di fissazione dei minimi, dall'altra parte, per meglio garantire quella funzione autentica di regolazione del mercato, il principio della giusta retribuzione ammette che la giurisprudenza possa introdurre dei correttivi ogniqualvolta, evidentemente, l'autonomia collettiva non ha esercitato correttamente il proprio potere. La differenza è sottile, ma ammettere l'esistenza di un potere è cosa ben diversa dall'ammettere l'esistenza di strumenti per verificare il corretto esercizio di quel potere, tramite l'esercizio dell'obbligo di motivazione; insomma, il giudice può correggere al ribasso le determinazioni dei contratti collettivi, ma solo se quelle determinazioni non sono genuine o se i soggetti collettivi hanno una dubbia forza rappresentativa¹⁸⁵: infatti, la casistica delle deroghe viste sopra ha evidenti connessioni o con la situazione economica contingente, o con l'incapacità di quel contratto collettivo rilevante nel caso specifico di tenere conto delle esigenze di tutte le aziende.

Tra l'altro, tale conclusione è ulteriormente avvalorata dalla recente giurisprudenza, che esplicita l'esistenza di limiti stringenti alla fuga dalle determinazioni collettive anche da parte del giudice ordinario¹⁸⁶: si veda, per esempio, l'ipotesi di deroga giustificata dalla presenza di dati certi, rilevati ed elaborati da istituti di ricerca, sulla situazione economica contingente¹⁸⁷, nonché l'ipotesi di irrilevanza della dimensione dell'impresa, dato che i soggetti collettivi, nel determinare le tabelle salariali, hanno tenuto in considerazione anche le esigenze delle piccole e medie imprese¹⁸⁸.

¹⁸⁵ *Ivi*, p. 220.

¹⁸⁶ Cass. 1 febbraio 2006, n. 2245, in D&L, 2006, II, p. 557 ss., nt. BIANCHI, nonché BELLOMO S., voce *Retribuzione*, cit., p. 5.

¹⁸⁷ Cass. 26 luglio 2001, n. 10260, cit.

¹⁸⁸ Cass. 17 gennaio 2011, n. 896, cit.

Infine, a conclusione di questa disamina, resta da spendere qualche parola su una ipotetica legislazione sui minimi salariali¹⁸⁹: quel potere di fissazione dei minimi, infatti, in quanto potere politico, può essere legittimamente esercitato anche dal legislatore ordinario nella sua qualità di autorità salariale, senza che ciò sia astrattamente vietato dall'art. 36 Cost.¹⁹⁰, anche alla luce del fatto che, per come si è atteggiata l'applicazione per via giurisprudenziale della giusta retribuzione, “una legislazione sui minimi avrebbe rappresentato una praticabile e solida alternativa all'efficacia generalizzata dei contratti collettivi, in grado di far fronte all'esigenza di garantire a tutti trattamenti minimi in attuazione dell'art. 36 Cost.”¹⁹¹.

Tale argomento ha a che fare evidentemente con la politica del diritto e non è questa la sede per sviscerarlo¹⁹², potendo tuttavia esprimere qualche considerazione sulle ragioni e conseguenze della sua introduzione alla luce di quanto appena esaminato in tema di giusta retribuzione e sua applicazione giurisprudenziale.

Il dibattito intorno al salario minimo ha conosciuto recentemente un nuovo fervore soprattutto a causa del particolarismo decisionale della giurisprudenza visto sopra e dalla presenza di una rilevante componente di lavoratori in situazione di dipendenza economica, ma non coperta dalla

¹⁸⁹ Per la verità, l'art. 1, comma 7, lett. g), della legge n. 183/2014 conteneva una delega al Governo all'introduzione di un salario minimo legale nei settori non regolati da contratti collettivi stipulati da soggetti comparativamente più rappresentativi. Tale delega, tuttavia, non è stata esercitata, probabilmente a causa della difficoltà ad individuare settori non regolati dai contratti collettivi ed a causa, quindi, del suo probabile “impatto zero”: così MENEGATTI E., *La delega sul salario minimo: verso una riforma ad “impatto zero”*, in GI, 2015, p. 743 ss. Cfr. inoltre sul punto BAVARO V., *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in QRS, 2014, IV, p. 61 ss.; BIASI M., *Il salario minimo legale nel Jobs Act: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?*, in ADL, 2015, I, p. 371 ss.

¹⁹⁰ Cfr. recentemente MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., p. 70 ss., nonché Corte cost. 7 febbraio 1985, n. 34; 30 luglio 1980, n. 141; 16 giugno 1970, n. 99 e 11 dicembre 1962, n. 106, secondo la quale, in particolare, non esiste una riserva normativa in materia di giusta retribuzione da parte delle organizzazioni sindacali.

¹⁹¹ MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., p. 69, cfr. inoltre GRANDI M., *Prospettive in Italia per una legislazione sui minimi*, in Pol. sind., 1962, p. 104.

¹⁹² Si rinvia a MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., specialmente p. 99 ss., nonché BELLAVISTA A., *Il salario minimo legale*, in DRI, 2014, III, p. 741 ss.; MAGNANI M., *Il salario minimo legale*, cit., p. 796 ss.; SPEZIALE V., *Il salario minimo legale*, in WP “Massimo D'Antona”.IT – 244/2015.

contrattazione collettiva, che ha spinto verso la fuga dal lavoro stabile e verso la contrazione dei salari. Non meno rilevante il fenomeno della presenza di soggetti sindacali poco rappresentativi che, negoziando contratti collettivi al ribasso, mettono in atto una vera e propria concorrenza tra associazioni sindacali.

Ebbene, è opinione prevalente nella dottrina che ha provato a misurarsi sulla questione che un eventuale salario minimo legale andrebbe a collocarsi ad un livello più basso dei minimi tabellari dei contratti collettivi nazionali¹⁹³, questo sulla base di un dato statistico relativo ai paesi europei in cui è presente tale tipologia di normativa ed in cui la media dei minimi contrattuali è più alta del minimo legale. In questo dato empirico si nasconde la prima forte critica all'introduzione di una legislazione sui minimi nel nostro ordinamento: questa, infatti, avrebbe come effetto immediato un appiattimento dell'interpretazione della retribuzione sufficiente su quella minima legale, cosa che avrebbe come conseguenze, da un lato, una lesione dei diritti patrimoniali dei lavoratori e, dall'altro lato, un depotenziamento dell'autonomia collettiva. Quest'ultimo effetto è quello maggiormente osteggiato e troverebbe causa in un duplice ordine di fattori: nella fuga, cioè, dalla contrattazione collettiva da parte delle imprese al fine di poter applicare la sola minor misura del minimo legale e nella scomparsa del c.d. "effetto trascinamento"¹⁹⁴ dei minimi tabellari, vale a dire di quella tendenza dei datori di lavoro ad applicare tutto il contratto collettivo e non solo la sua parte economica, data l'impossibilità di sottrarsi all'applicazione di quei minimi oggetto di estensione di fatto *erga omnes*. Tra l'altro, conseguenze negative vi sarebbero anche per il lavoratore che non beneficia dell'applicazione diretta di un contratto collettivo, poiché si troverebbe a rinunciare

¹⁹³ SPEZIALE V., *Il salario minimo legale*, cit., p. 4 ss.

¹⁹⁴ *Ivi*, p. 6.

all'applicazione del minimo tabellare, più alto, *ex art. 36 Cost.* in luogo del minimo legale¹⁹⁵.

Argomenti, invece, utilizzati a favore dell'introduzione di un salario minimo legale vertono sulla valorizzazione di quella distinzione tra proporzionalità e sufficienza, di cui pare si senta la mancanza: secondo tale ottica, il minimo legale risponderebbe al canone della retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa, mentre la definizione della misura proporzionale sarebbe demandata *de plano* all'autonomia collettiva.

Pare difficile, tuttavia, comprendere come possa concretamente atteggiarsi questo rinnovato dualismo, dato che, come abbiamo visto, proporzionalità e sufficienza operano in modo simultaneo e concomitante: anche qui, l'effetto probabile sarebbe l'appiattimento della proporzionalità collettiva sulla sufficienza legale. Altra ragione, inoltre, a favore dell'introduzione del salario minimo legale è ravvisata in quella tendenza a rivedere al ribasso i minimi collettivi causata dai minimi legali già segnalata sopra: l'abbassamento dei minimi, infatti, avrebbe come effetto una maggiore flessibilizzazione del salario, con effetti positivi immaginabili in tema di remunerazione della produttività e di emersione del lavoro nero per quelle aree meno sviluppate che non possono sostenere salari troppo elevati¹⁹⁶.

Tuttavia, al di là della disamina dei relativi *pro* e contro, pare corretto tenere a mente che alla base della questione stia la scelta di quale sia l'autorità salariale più idonea a dettare le regole in un dato ordinamento giuridico. La stessa adozione dei minimi legali ha un chiaro legame con lo stato di sviluppo delle relazioni industriali di un determinato ordinamento: insomma, non è scorretto immaginare una sorta di gerarchia tra autorità salariali, nella misura in cui al mancato operare di quella di rango superiore, l'autonomia collettiva,

¹⁹⁵ Così BAVARO V., *Il salario minimo legale e le relazioni industriali*, in *Il diariodellavoro.it*, 2014, par. 3.

¹⁹⁶ MAGNANI M., *Il salario minimo legale*, cit., p. 792 e MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, cit., p. 115.

possa richiedersi l'intervento di quella di rango inferiore, la legge¹⁹⁷. La ragione per cui si ritiene essere questa la gerarchia tra autorità salariali risiede in due ordini di fattori: da una parte, la funzione tipica del contratto collettivo nei confronti dei rapporti individuali di lavoro risiede proprio nella fissazione dei salari¹⁹⁸; dall'altra parte, la scarsa conoscenza del mercato di riferimento può portare alla fissazione del salario minimo ad un valore non di equilibrio, con conseguenze negative in tema di occupazione ed aggiustamento della domanda ed offerta di lavoro¹⁹⁹.

In conclusione, l'applicazione dell'art. 36 Cost., pur avendo aspetti problematici legati in maggior misura al c.d. soggettivismo decisionale, pare essere comunque preferibile all'introduzione, allo stato attuale, di un minimo legale o, in ogni caso, non in grado di convivere con lo stesso, date le conseguenze negative che la legislazione sui minimi pare in grado di causare sul versante collettivo, fonte preferibile per la fissazione di uno *standard* di trattamento economico che sia effettivo ed in grado di stimolare una corretta competizione tra datori di lavoro in tema di costi del lavoro²⁰⁰.

Tuttavia, rimane il problema della proliferazione di contratti collettivi sovrapponibili, stipulati da organizzazioni sindacali poco rappresentative e col solo fine di operare un *dumping* contrattuale, i quali dal punto di vista giuridico sono comunque pienamente validi. Anche in questo caso, però, la soluzione del minimo legale porterebbe più svantaggi che benefici – con riferimento, ancora, all'indebolimento della contrattazione collettiva e

¹⁹⁷ Secondo un approccio diverso, incentrato sulle fonti, alla contrattazione collettiva spetterebbe la produzione di norme e di parametri salariali; alla contrattazione individuale spetterebbe un ruolo integrativo e migliorativo; la legge, infine, avrebbe una funzione di garanzia minimale e di sostegno: così D'ANTONA M., *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, cit., p. 3.

¹⁹⁸ Si veda MESSINA G., *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, 2007, p. 1 ss.

¹⁹⁹ Cfr. *amplius* LEONARDI M., PICA G., *La regolamentazione del mercato del lavoro*, in PEPI DE CALEO, BRUCCHI LUCHINO, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, 2015, p. 165 ss.

²⁰⁰ Non è un caso, poi, che in tema di adeguamento nel tempo del salario minimo legale si immaginino organismi adibiti a tale scopo, secondo l'alternativa tra un modello negoziale ed un modello consultivo: cfr. BAVARO V., *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, cit., p. 70, e DELFINO M., *Prove generali di regolazione legale del salario minimo*, in MGL, 2015, p. 695.

riduzione dei minimi tabellari – oltre a non risolvere a pieno il problema: niente esclude, infatti, la legittimità di tali contratti pirata, che potrebbero comunque continuare a fissare il rispettivo minimo tabellare poco sopra il minimo legale, ma comunque molto al di sotto dei minimi collettivi dei contratti nazionali maggiormente rappresentativi²⁰¹.

La soluzione, dunque, andrebbe ricercata altrove, forse nel riferimento alla rappresentatività a cui si è già fatto cenno con riguardo al potere del giudice di discostarsi dai minimi tabellari, anche se, guardando in altre aree nel nostro ordinamento, possiamo trovare norme che possono fornire spunti di soluzione anche per quest'ultima questione, norme che, a loro volta, sono pensate per estendere la portata della giusta retribuzione oltre l'ambito di applicazione dell'art. 36 Cost. ed avere lo stesso effetto di regolazione del mercato di quel principio costituzionale. L'esame di questa normativa, o di queste tecniche di regolazione dei costi del lavoro, sarà oggetto dei prossimi capitoli.

²⁰¹ BAVARO V., *Il salario minimo legale e le relazioni industriali*, in *Il diariodellavoro.it*, 2014, par. 4.

CAPITOLO II

IL COSTO DEL LAVORO NELL'ECONOMIA GLOBALIZZATA

SOMMARIO: 1. Introduzione: le tecniche di estensione dell'efficacia di regolazione del mercato dell'art. 36 Cost. – 2. Le clausole sociali: evoluzione e tipologie. – 2.1. Le clausole sociali negli appalti pubblici: il modello dell'art. 36 Stat. lav. tra promozione della contrattazione collettiva e contrasto alla concorrenza sleale. – 2.2. Le clausole sociali nel codice degli appalti pubblici: l'effettività della norma lavoristica tra libertà sindacale e concorrenza tra imprese. – 2.2.1. Clausole sociali e selezione del contratto *leader*. – 2.2.2. Il criterio dell'offerta anomala. – 2.2.3. Il DURC e la sua possibile valorizzazione. – 2.3. Clausole sociali e compatibilità con l'ordinamento europeo. – 3. Le deleghe legislative alla contrattazione collettiva in tema di retribuzione: il caso delle cooperative. – 4. Il governo dei fenomeni di *outsourcing*. – 4.1. Il sistema della responsabilità solidale. – 4.2. La responsabilità solidale come norma generale?

1. *Introduzione: le tecniche di estensione dell'efficacia di regolazione del mercato dell'art. 36 Cost.*

Nel capitolo precedente abbiamo ricostruito l'applicazione giurisprudenziale del principio di giusta retribuzione *ex art. 36 Cost.*, cercando di dimostrare come questa sia stata la principale tecnica adoperata nel nostro ordinamento per regolare il mercato in tema di costi del lavoro, usando, in particolare, le norme sulla determinazione della retribuzione.

L'art. 36 Cost., quindi, ci ha mostrato un quadro in cui la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente, tramite l'interpretazione dello stesso come norma precettiva ed il riferimento alle tariffe collettive come parametro esterno di adeguatezza, è demandata all'autonomia collettiva, la quale, meglio di altri soggetti, è in grado di individuare il prezzo di mercato corretto della prestazione lavorativa. Tale esigenza nasce dal fatto che gli *standard* minimi di trattamento economico, il cui fine è evitare la corsa al ribasso dei salari ed imporre una concorrenza tra imprese-datrici di lavoro su altre voci di costo, devono essere individuati avendo riguardo al mercato in cui vanno ad operare, al fine di garantirne il miglior funzionamento e l'effettivo rispetto da parte degli operatori.

Dobbiamo, tuttavia, tener presente che la particolare tecnica regolativa dell'art. 36 Cost. non è da sola sufficiente a contrastare il fenomeno del *dumping* salariale che può essere messo in atto dai datori di lavoro, trovando applicazione solo in un'area del mercato del lavoro – quella del lavoro subordinato – con esclusione di altri settori, dove, tuttavia, l'esigenza di regolazione della concorrenza è altrettanto forte. A ciò deve aggiungersi la possibilità, insita nel principio di libertà sindacale, che i datori di lavoro non applichino alcun contratto collettivo o che ne applichino uno stipulato da soggetti non maggiormente rappresentativi, con il solo fine di riconoscere minimi tabellari quantitativamente più bassi.

A tal fine, nel nostro ordinamento sono presenti ulteriori strumenti che, di fatto, ripetono quell'operazione vista in tema di giusta retribuzione: le c.d. clausole sociali, le deleghe legislative ai prodotti dell'autonomia collettiva e le norme sulla responsabilità solidale per i crediti retributivi e contributivi sono tutte accomunate dal medesimo scopo, estendere, cioè, attraverso tecniche regolative diverse in tema di salari, quell'effetto di regolazione della concorrenza tramite l'imposizione di determinati minimi di trattamento economico e garantirne il rispetto.

2. *Le clausole sociali: evoluzione e tipologie*

La prima tecnica di regolazione del costo del lavoro che andiamo ad analizzare è costituita dalla normativa che impone ai datori di lavoro il rispetto di trattamenti economici e normativi pari a quelli dei contratti collettivi come condizione per ottenere determinati benefici o per svolgere determinate attività economiche¹: ci si riferisce all'imposizione delle c.d.

¹ Benché siano contributi specifici sull'art. 36 dello Statuto dei lavoratori, sul tema delle clausole sociali, in generale, si possono confrontare: ASSANTI C., Sub *art. 36*, in ASSANTI C., PERA G., Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori, Cedam, 1972, p. 419 ss; BORTONE R., Sub *art. 36*, in GIUGNI G. (diretto da), Lo statuto dei lavoratori: commentario, 1979, p. 646 ss.; CENTOFANTI S., Sub *art. 36*, in PROSPERETTI U. (diretto da), Commentario dello statuto dei lavoratori, Tomo II, Giuffrè, 1975, p. 1194 ss.; FRENI A., GIUGNI G., Lo statuto dei lavoratori: commento alla legge

clausole sociali – il cui esempio più importante è forse costituito dall’art. 36 Stat. lav. –, che si basano sul presupposto della corrispondenza tra giusta retribuzione e minimi collettivi² e che costituiscono, di fatto, un meccanismo di “recezione mediata dei contratti collettivi”³.

Tra l’altro, tale tecnica normativa non è stata appannaggio solo del periodo repubblicano⁴, essendo presente anche prima della Costituzione la tendenza all’ingerenza della Pubblica Amministrazione nella disciplina che le imprese applicavano ai propri dipendenti nei casi di appalti di opere pubbliche, al fine di garantire la “regolare e tempestiva erogazione del salario”⁵, tramite un meccanismo più simile, per la verità, ad una garanzia fideiussoria prestata dallo Stato in favore dei lavoratori: in questo modo poteva perseguirsi anche l’interesse pubblico alla regolare esecuzione dell’opera, proteggendo i lavoratori da turbamenti derivanti da trattamenti economici giudicati bassi e forieri di possibili conflitti collettivi⁶. Ci si sta riferendo, in particolare, all’art. 357 della legge n. 2248/1865, che costituisce, anticipando quanto diremo *infra*, un primo esempio di responsabilità solidale: già da questa legislazione, dunque, possiamo evidenziare come ampliare lo spettro della responsabilità del pagamento dei crediti dei lavoratori possa essere utilizzato alla stregua di una garanzia all’effettiva erogazione del salario stesso.

20 maggio 1970, n. 300, Giuffrè, 1971, p. 155 ss. e MANCINI F., Sub *art. 36*, in GHEZZI G., MANCINI F., MONTUSCHI L., ROMAGNOLI U., Statuto dei diritti dei lavoratori, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1972, p. 542 ss.

² BELLOMO S., Sub *art. 36 Cost.*, cit., p. 187. Tra l’altro, si tratta, anche qui, di una presunzione relativa di conformità: cfr. Cass. 17 maggio 2003, n. 7752, cit. e 28 ottobre 2008, n. 25889, cit.

³ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, 2001, II, p. 134.

⁴ Cfr. la rassegna di precedenti in MANCINI F., Sub *art. 36*, cit., p. 543 ss.

⁵ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 133, che fa riferimento all’art. 357 della legge n. 2248/1865, allegato f), secondo il quale l’Amministrazione si impegnava a retribuire i lavoratori in caso di mancato pagamento dell’impresario senza giustificato motivo.

⁶ NAPOLETANO D., *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in RGL, 1953, I, p. 267 ss.

In ogni caso, le clausole sociali genericamente intese hanno conosciuto un'evoluzione normativa costituita da diverse fasi⁷: in un primo momento, anteriormente al periodo corporativo, questa tecnica regolativa era posta a garanzia di un equo trattamento per i lavoratori⁸; in un secondo momento, invece, a seguito della ratifica della convenzione OIL n. 94 tramite la legge n. 1305/1952, si era reso necessario garantire nel settore degli appalti di opere pubbliche e di pubblici servizi un trattamento economico non inferiore ai minimi previsti dalla contrattazione collettiva; in una terza fase, infine, le clausole sociali sono state inserite nella legislazione di sostegno alle imprese da parte dello Stato, laddove il riconoscimento del beneficio o agevolazione di carattere finanziario o creditizio veniva subordinato alla garanzia di determinati diritti e tutele ai lavoratori⁹.

Per la verità, l'evoluzione normativa e gli sforzi di sistematizzazione di discipline eterogenee, settoriali ed in perenne cambiamento hanno mostrato una rinnovata espansione nell'utilizzo delle clausole sociali, al cui interno sono state ricondotte sia le disposizioni miranti a garantire la continuità occupazionale nella successione di imprenditori nell'esecuzione di opere pubbliche e nella gestione di servizi pubblici dati in affidamento e/o concessione a soggetti privati, sia nella legislazione, ancora, di sostegno a determinate aree del Paese¹⁰. Dello stesso tenore anche le norme riconducibili ad un nuovo schema di clausole sociali, non più funzionali alla sola tutela di un trattamento minimo e non più circoscritte all'attività semi-pubblicistica o al tipo di sostegno erogato al datore di lavoro in questione: ci si riferisce alla normativa sulla ristrutturazione e liberalizzazione dei servizi pubblici e delle

⁷ CENTOFANTI S., *Sub art. 36*, cit., p. 1196 ss.

⁸ Cfr. CARNELUTTI F., *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in RDC, 1909, I, p. 416 ss.

⁹ Cfr. ROMEO C., *Sul raccordo tra benefici all'impresa e privata e tutela del lavoro*, in RIDL, 1983, I, p. 254 ss. e TULLINI P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, in RTDPC, 1990, p. 33 ss. Per quanto riguarda la legislazione, ormai per la maggior parte non più vigente, cfr. l'art. 43 della legge n. 634/57; l'art. 26 della legge n. 717/1965; l'art. 34 de Testo Unico n. 1523/1968 e l'art. 35 del d.P.R. n. 218/1978.

¹⁰ Cfr. l'art.9 della legge n. 675/1977.

attività di pubblica utilità¹¹, che sarebbero finalizzate a “regolare gli effetti sociali dei processi di liberalizzazione del mercato e di privatizzazione delle imprese operanti in determinati settori dell’economia”¹², più che a garantire il rispetto di un trattamento minimo. Tale utilizzo originale della tecnica normativa in esame è stato ritenuto così radicalmente diverso da ipotizzare una vera e propria bipartizione tra clausole sociali, per così dire, tradizionali – volte cioè ad assicurare il minimo dei contratti collettivi – e clausole sociali di nuovo conio, mirate a vincolare le scelte dell’imprenditore e la stessa autonomia collettiva¹³.

Questi ultimi esempi, in particolare, ci restituiscono l’immagine di una politica industriale fortemente dirigistica¹⁴, in cui le clausole sociali in questione assumono quasi la funzione di “ammortizzatori di tali processi”¹⁵ di liberalizzazione e successione tra imprenditori: questo utilizzo inconsueto della tecnica normativa in esame, poiché improntato all’assolvimento anche di una funzione sociale, ha creato, per la verità, non pochi problemi di compatibilità col principio di libertà di iniziativa economica privata, dati i possibili risvolti di limitazione dell’ingresso di nuovi soggetti imprenditoriali nel mercato¹⁶.

Non è il caso di approfondire questo specifico tema in questa sede, si può tuttavia accennare al fatto che la normativa sulle liberalizzazioni ricorre

¹¹ Si veda, ad esempio, l’art. 19 del d.lgs. n. 422/1997 per il settore del trasporto pubblico locale, che parla di «*applicazione, per le singole tipologie del comparto dei trasporti, dei rispettivi contratti collettivi di lavoro*»; gli artt. 13 e 14 del d.lgs. n. 18/1999 in materia di libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti; l’art. 8 del d.lgs. n. 79/1999 sul mercato dell’energia elettrica e la legge n. 186/2000 in tema di operazioni portuali e di fornitura del lavoro portuale temporaneo.

¹² GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 137.

¹³ Così GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 138.

¹⁴ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 138.

¹⁵ *Ivi*, p. 140.

¹⁶ Non a caso una definizione ampia delle clausole sociali in tema di appalti fa riferimento alle “previsioni, siano esse di fonte normativa o contrattuale, che condizionano o limitano la libertà economica e i principi dell’economia di mercato, subordinandoli a interessi socialmente rilevanti”: così VARVA S., *Le clausole sociali*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011, p. 335.

alle clausole sociali non tanto per regolare un'attività che era esercitata dalla Pubblica Amministrazione in regime di riserva originaria o, ancora, per l'erogazione di un beneficio, quanto piuttosto per gestire un periodo transitorio da un regime di monopolio ad un esercizio dell'attività in concorrenza, in modo da tutelare in questo passaggio i livelli occupazionali, i diritti dei lavoratori e la stessa autonomia collettiva. Ebbene, stando così le cose, la limitazione alla libertà di iniziativa economica privata giustificata dal fine sociale appare difficile da sostenere¹⁷: alla base di tale affermazione stanno alcune pronunce della Corte costituzionale su normative che, invece di imporre limitazioni motivate dalla tutela di finalità generali, incidevano in via di fatto direttamente sull'attività di singoli operatori¹⁸ o, ancora, sulla legittimità costituzionale di alcune norme basata sulla diversità esistente tra settori dell'economia in cui vigeva un regime vincolativo di autorizzazione amministrativa e settori, al contrario, aperti alla concorrenza¹⁹. In quest'ultimo caso, nello specifico, ci si sta riferendo alla necessità, secondo i giudici costituzionali, che i limiti posti alla libertà di impresa siano accompagnati da altrettanti vantaggi economici per i datori di lavoro, in modo da non comportare "un aggravio eccessivo del costo del lavoro tale da pregiudicare gli equilibri finanziari di bilancio"²⁰, sul presupposto, però, che ci sia un interesse pubblico ad un esercizio controllato dell'attività imprenditoriale²¹. In caso contrario, la clausola sociale non potrebbe essere giustificata dall'art. 41, comma 2, Cost.

¹⁷ In generale sull'argomento, cfr. Corte cost. 26 gennaio 1957, n. 29; 9 aprile 1963, n. 46; 14 marzo 1964, n. 21; 23 aprile 1965, n. 30; 23 aprile 1974, n. 111; 19 dicembre 1990, n. 548, in GC, 1990, p. 3147 ss.; 22 novembre 1991, n. 420, in GC, 1992, I, p. 307 ss.

¹⁸ Corte cost. 30 dicembre 1958, n. 78, in GC, 1958, p. 1290 ss.

¹⁹ Corte cost. 5 luglio 1990, n. 316, in GC, 1990, p. 2033 ss., nt. LUCIANI.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Tale impostazione è stata confermata anche da Corte cost. 28 luglio 1993, n. 356, in GC, 1993, p. 2801, con riferimento all'art. 67 della legge della Regione Sicilia n. 15/1993, che obbligava le società e i consorzi che avevano assunto l'appalto dei lavori di censimento, catalogazione, inventariazione dei beni culturali e ambientali di assumere una quota di lavoratori che avevano prestato la loro opera nelle stesse attività.

Comunque, al di là di questi brevi cenni, in questo lavoro ci si concentrerà solo sulle norme volte alla tutela dei minimi di trattamento, poiché è in questi casi che la Corte costituzionale, ad esempio, ha rinvenuto la “migliore realizzazione dell’interesse pubblico, secondo i principi della concorrenza tra imprenditori (per ottenere la pubblica amministrazione le condizioni più favorevoli) e della parità di trattamento dei concorrenti nella gara (per assicurare il miglior risultato della procedura concorsuale senza alterazioni e/o turbative)”²².

Già da questa prima ricognizione, in ogni caso, appare evidente il legame tra la tecnica normativa delle clausole sociali ed il principio di libertà sindacale *ex art. 39 Cost.*: anzi, questo pare essere il *letimotiv* di tale insieme di norme, pensate per assicurare il trattamento economico minimo dei lavoratori a prescindere dall’art. 36 Cost. e dalla sua applicazione giurisprudenziale. Come anticipato, infatti, queste tecniche normative cercano di creare un collegamento tra quanto stabilito dalle autorità salariali in tema di retribuzione e settori dell’ordinamento dove tale collegamento non è possibile, vuoi per il campo di applicazione dell’art. 36 Cost., vuoi per la libertà delle imprese di non sottostare ad alcun contratto collettivo: le clausole sociali, dunque, e in particolare quella prevista dalla legge n. 300/1970, sono pensate proprio per sopperire a tale situazione di mancanza di contrattazione collettiva ad efficacia generale.

Tra l’altro, la tensione tra imposizione di clausole sociali e principio di libertà sindacale ha trovato varie soluzioni da parte della Corte costituzionale. Un esempio è fornito dalle norme sugli sgravi contributivi e fiscalizzazione degli oneri sociali, che considerano l’applicazione di condizioni contrattuali minime come presupposto legale al diritto alla riduzione contributiva, cosa ben diversa dalla clausola sociale dell’art. 36 Stat. lav., su cui torneremo *infra*, che costituisce, di fatto, un vincolo di natura

²² Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226, in OGL, 1998, I, p. 857 ss.

obbligatoria per l'impresa. Di conseguenza, nel caso del primo esempio, non siamo di fronte ad un rapporto negoziale tra impresa e Pubblica Amministrazione, ma ad un rapporto contributivo con l'istituto previdenziale: la scelta di applicare un determinato contratto collettivo, allora, corrisponde ad un obbligo che il datore di lavoro si assume nello scegliere di usufruire della riduzione contributiva²³, non essendovi alcuna lesione del principio di libertà sindacale in quanto "il requisito dell'applicazione dei contratti collettivi non importa una estensione obbligatoria della normativa contrattuale dei confronti di tutte le imprese di un determinato settore, ma produce solamente benefici a vantaggio soltanto delle imprese che liberamente abbiano deciso di applicare quella normativa ai propri dipendenti"²⁴.

Ne deriva, in sostanza, il principio per cui diviene dirimente la possibilità in capo al datore di lavoro di scegliere se sottoporsi all'applicazione della clausola sociale: in definitiva, benché i trattamenti dei contratti collettivi non possano essere estesi *erga omnes* in base all'art. 39 Cost., la loro adozione può essere imposta come requisito per l'esercizio di determinate facoltà e per l'accesso a particolari benefici, rimanendo libera la scelta dei datori di lavoro se adeguarsi o meno alla condizione fissata di volta in volta dalla legge. In questo senso, allora, le clausole sociali costituiscono un'eccezione alla libertà sindacale negativa dell'imprenditore e, al contempo, al libero esercizio dell'attività economica ex art. 41 Cost.

²³ Nel merito, cfr. Cass. 2 marzo 1999, n. 1761, in MGC, 1999, p. 477 ss. secondo la quale "l'inosservanza del trattamento minimo previsto dalla contrattazione collettiva del settore di attività dell'impresa comporta l'inapplicabilità delle riduzioni contributive sulle retribuzioni corrisposte e non già l'obbligo di versamento della contribuzione corrispondente alle maggiori retribuzioni previste dal contratto collettivo rispetto a quelle effettive".

²⁴ Così GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 139, su Corte cost. 16 luglio 1987, n. 270, in FI, 1988, I, p. 1604 ss., in cui si legge che "la verità è che gli imprenditori delle categorie contemplate nell'art. 1 sono stati posti di fronte all'alternativa di fruire della detrazione dai contributi INAM, nella quale si sostanzia il "credito", e di applicare contratti collettivi aziendali e gli accordi sindacali ovvero di non fruire della detrazione dai contributi INAM e di non applicare clausole di contratti collettivi e di accordi aziendali stipulati da associazioni sindacali alle quali non sono iscritti".

2.1. *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il modello dell'art. 36 Stat. lav. tra promozione della contrattazione collettiva e contrasto alla concorrenza sleale*

In quanto “norma cornice”²⁵, o “archetipo normativo”²⁶ delle clausole sociali, dobbiamo ora concentrarci sull'art. 36 della legge n. 300/1970, il quale prescrive, al suo primo comma, che “*nei provvedimenti di concessione di benefici accordati ai sensi delle vigenti leggi dello Stato a favore di imprenditori che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata e nei capitolati di appalto attinenti all'esecuzione di opere pubbliche, deve essere inserita la clausola esplicita determinante l'obbligo per il beneficiario o appaltatore di applicare o di far applicare nei confronti dei lavoratori dipendenti condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona*”.

La norma in esame è stata dettata con riferimento al settore degli appalti di opere pubbliche, ma, come anticipato, esempi analoghi sono tutt'ora presenti nel nostro ordinamento con riferimento alla legislazione sulla fiscalizzazione degli oneri sociali e ausilio alle aree depresse del Paese²⁷; sull'esclusione dalla retribuzione imponibile a fini previdenziali delle erogazioni previste nella contrattazione collettiva decentrata²⁸ e, infine, sull'assunzione di particolari categorie di lavoratori²⁹.

²⁵ ROMEO C., *Sul raccordo tra benefici all'impresa e privata e tutela del lavoro*, cit., p. 69.

²⁶ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 141.

²⁷ Cfr. l'art. 10 della legge n. 30/2003; l'art. 6, lett. g), della legge n. 448/1998 e l'art. 8 del decreto ministeriale n. 527/1995.

²⁸ Cfr. l'art. 2 del decreto legge n. 67/1997, convertito in legge n. 135/1997.

²⁹ Per quanto riguarda i lavoratori extracomunitari, cfr.: l'art. 22, comma 3, del d.lgs. n. 286/1998; l'art. 33, comma 2, lett. d), della legge n. 189/2002; l'art. 1, comma 2, del decreto legge n. 195/2002 e, infine, l'art. 1 *ter*, comma 4, del decreto legge n. 78/2009. Per i lavoratori marittimi su navi autorizzate alla navigazione internazionale, cfr. l'art. 3 del decreto legge n. 457/1997 e l'art. 29 della legge n. 234/1989. Sui lavoratori disabili, cfr. gli artt. 12 e 12-*bis* della legge n. 68/1999 e, infine, l'art. 10 del d.P.R. n. 333/2000. Per quanto riguarda i lavoratori alle dipendenze di imprese sociali, cfr. l'art. 14 del d.lgs. n. 155/2006; per i lavoratori a domicilio, cfr. l'art. 8 della legge n. 877/1973; nell'art. 22 della legge n. 354/1975 è contenuta, invece, un'ultima clausola sociale in tema di utilizzo di lavoratori detenuti.

In ogni caso, concentrandosi sulla norma dello Statuto, dalla lettera della disposizione è chiaro l'intento del legislatore di sopperire alla mancanza di contratti collettivi ad efficacia generale: tale tecnica normativa, infatti, pur non imponendo direttamente l'applicazione di un contratto collettivo, opera un rinvio indiretto allo stesso, utilizzandolo come schema di riferimento. In questo modo si perviene al risultato di "ampliare l'ambito di tutela dei lavoratori fissata attraverso la contrattazione collettiva"³⁰, senza tuttavia incorrere nella violazione dell'art. 39 Cost., anche perché la clausola sociale in questione è rivolta, in prima battuta, alla Pubblica Amministrazione e non al datore di lavoro, il quale resta obbligato solo a contratto concluso³¹.

Da tale impostazione deriva, altresì, la soluzione sposata da dottrina e giurisprudenza sulla natura giuridica della norma in esame: questa configurerebbe, infatti, una clausola a favore di terzi³², i lavoratori, *ex art.* 1411 c.c., da cui discenderebbe in capo a questi ultimi il diritto di credito ai trattamenti economici e normativi non inferiori al contratto collettivo di categoria. A riguardo, è stato detto che su questa ricostruzione non incidesse il fatto che il beneficio in capo al terzo fosse imposto dalla legge, essendo una caratteristica precipua del diritto del lavoro la formulazione di norme a integrazione della volontà dei soggetti individuali³³.

Di più difficile sistemazione è stato un altro problema interpretativo posto dall'art. 36 Stat. lav., vale a dire le conseguenze dal mancato inserimento nel capitolato d'appalto della clausola sociale in questione. Ci si è chiesti, in sostanza, quali fossero gli esiti derivanti da tale omissione e se fosse configurabile, in tal caso, una qualche forma di responsabilità dello

³⁰ BORTONE R., *op. cit.*, p. 647. Cfr. anche BALANDI G., *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in RTDPC, 1973, p. 698 ss.

³¹ BORTONE R., *op. cit.*, p. 650.

³² Cfr. Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, in GI, 1993, I, p. 640 ss., nt. PICCININI; 25 luglio 1998, n. 7333, in RIDL, 1998, II, p. 459, nt. BELLAVISTA; 29 aprile 1999, n. 4070, in OGL, 1999, I, p. 309 ss. e, recentemente, 8 settembre 2014, n. 18860.

³³ BORTONE R., *op. cit.*, p. 651.

Stato nei confronti dei lavoratori³⁴. La soluzione, per la verità, dipende dall'opzione interpretativa che si accoglie in tema di natura giuridica del capitolato: questo, infatti, secondo una prima interpretazione, avrebbe natura contrattuale, con la conseguenza di applicare la normativa in tema di contratti e, quindi, l'art. 1339 c.c. sull'inserzione automatica di clausole nel contratto³⁵; nel caso in cui, invece, si optasse per la natura normativa, troverebbero applicazione le norme sui provvedimenti amministrativi e, in particolare, sull'annullamento dell'atto³⁶.

In ogni caso, a di là delle soluzioni prospettate dalla dottrina – che ha immaginato addirittura il ricorso al 1339 c.c. anche in caso di natura normativa del capitolato³⁷ – la giurisprudenza ha da sempre escluso l'efficacia reale della clausola sociale *ex art. 36 Stat. lav.*, con la conseguenza di non riconoscere in capo ai lavoratori il diritto a trattamenti minimi in caso di omissione della clausola da parte della Pubblica Amministrazione³⁸ e aderendo, di conseguenza, alla teoria della natura normativa del capitolato. Tale soluzione sembra criticabile se non altro perché, di fatto, consegna alla discrezionalità amministrativa – nel caso in cui, appunto, non venisse inserita la clausola nel capitolato d'appalto – il potere di sterilizzare una previsione normativa pensata per tutelare non solo l'interesse dei lavoratori, ma anche quello della stessa amministrazione al regolare svolgimento degli appalti che la riguardano. Tra l'altro, l'imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, nonché la tutela del lavoro subordinato, sono principi richiamati dalla stessa Corte costituzionale, quando ha sancito l'incostituzionalità della norma in esame nella parte in cui non aveva

³⁴ Imposta la questione in questo modo, escludendo evidentemente la responsabilità dello Stato, ASSANTI C., Sub *art. 36*, p. 420.

³⁵ Optano per la natura contrattuale dei capitolati d'appalto STOLFI M., voce *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958, p. 629 ss. e CIANFLONE A., voce *Capitolato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, 1960, p. 209 ss.

³⁶ BORTONE R., *op. cit.*, p. 649.

³⁷ CENTOFANTI S., Sub *art. 36*, cit. p. 1226.

³⁸ Cass. 21 dicembre 1991, n. 13834, cit.; 5 giugno 1997, n. 5027, in RGL, 1998, II, p. 231 ss., nt. FORTE; 10 marzo 1999, n. 2108, in MGL, 1999, p. 378 ss. e 29 aprile 1999, n. 4070, cit.

ricompreso nel suo ambito di applicazione anche le concessioni di pubblico servizio, in violazione, inoltre, dell'art. 3 Cost.³⁹

Quanto appena detto, poi, dovrà fare i conti anche con il nuovo Codice dei contratti pubblici, il d.lgs. n. 50/2016, il quale sembra aderire alla tesi della natura contrattuale dei capitolati, quando prevede, all'art. 32, comma 14-bis, che “*i capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell’invito, fanno parte integrante del contratto*”.

In conclusione, l'art. 36 Stat. lav. sostanzialmente è espressione della volontà di non agevolare, nel nostro ordinamento, gli imprenditori che si sottraggono all'operatività della contrattazione collettiva⁴⁰, generalizzando un principio di necessaria connessione tra attività economica e contrattuale dello Stato e garanzia di *standard* minimi di trattamento per i lavoratori⁴¹. Risulta evidente, in questo modo, una doppia anima di tale clausola sociale: quella di sostegno alla contrattazione collettiva, aggirando la mancata attuazione dell'art. 39 Cost., e quella, connessa alla garanzia di un livello minimo di tutela, di “selezionare le imprese contraenti contrastando forme di concorrenza sleale ed evitando che siano avvantaggiate, con il concorso dello Stato ed in violazione dell'obbligo di buon andamento della Pubblica Amministrazione, le imprese che non applicano i contratti collettivi di lavoro”⁴².

2.2. *Le clausole sociali nel codice degli appalti pubblici: l'effettività della norma lavoristica tra libertà sindacale e concorrenza tra imprese*

L'accenno fatto al paragrafo precedente ad una sentenza della Corte costituzionale ci consente di introdurre l'approfondimento, resosi necessario

³⁹ Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit.

⁴⁰ ASSANTI C., *Sub art. 36*, p. 420.

⁴¹ Cfr. GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 141 e BORTONE R., *op. cit.*, p. 647.

⁴² GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 138. Cfr. anche Cass. 16 aprile 1996, n. 328, in MGC, 1996, p. 576 ss.

dalla rilevanza della materia e dalla risonanza delle questioni anche con riferimento alla normativa europea, sul particolare mercato degli appalti pubblici nel suo complesso. L'aver esteso l'applicazione dell'art. 36 Stat. lav. anche alle concessioni di pubblico servizio si è basato, infatti, sul riferimento ad un principio generale di tutela del lavoro subordinato, ricollegato a sua volta al soggetto che meglio di altri può assolvere a tale compito: il contratto collettivo. Ciò sarebbe ricavabile dallo stesso art. 39 Cost., il quale, benché rimasto sulla carta, assegna all'autonomia collettiva la funzione di fissazione dei trattamenti minimi necessari a riequilibrare il potere contrattuale delle parti. A ben vedere, questa sarebbe l'operazione di fondo delle clausole sociali, “nella misura in cui queste intendono assicurare al lavoratore una tutela minima attribuendo ai contratti collettivi una efficacia soggettiva generalizzata”⁴³ tramite un meccanismo non diverso dall'art. 36 Cost. ed il riferimento al contratto collettivo come parametro esterno per la quantificazione della giusta retribuzione, al contempo “impedendo agli imprenditori di trarre un vantaggio competitivo dal *dumping* salariale”⁴⁴.

Su questi argomenti la Corte costituzionale ha, allora, ricavato un principio generale secondo il quale la Pubblica Amministrazione deve garantire condizioni contrattuali minime per i lavoratori nella propria attività contrattuale⁴⁵, principio che, a seguito soprattutto delle norme di derivazione europea, deve essere controbilanciato con la libertà di concorrenza, nel senso di non distorcere in modo eccessivo il libero esplicarsi di questa: tale obiettivo emerge, ad esempio, nel Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, in cui si legge che “*la necessità di affrontare le sfide a valenza sociale non deve ridurre l'efficienza degli appalti pubblici. Pur tenendo conto di considerazioni di carattere politico*

⁴³ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 143.

⁴⁴ FORLIVESI M., *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in WP CSDLE “Massimo D'Antona” – IT, 275/2015, p. 12.

⁴⁵ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 145.

*nel contesto degli appalti pubblici, sarà necessario evitare la creazione di ulteriori e sproporzionati oneri amministrativi per le amministrazioni aggiudicatrici e la distorsione della concorrenza nei mercati degli appalti*⁴⁶.

In questo quadro va a collocarsi la legislazione, sia nazionale che europea, sugli appalti pubblici, il cui fine è, appunto, “impedire agli enti pubblici di aggiudicare appalti ad offerenti che non raggiungano determinati *standard* di comportamento sociale”⁴⁷: in sostanza, anche questa normativa, tramite, come vedremo, l’estromissione dalla gara e l’esclusione di offerte anormalmente basse, rispecchia la volontà di sottrarre il costo del lavoro dalla competizione tra imprese nell’aggiudicazione di appalti pubblici⁴⁸, in un settore in cui “i dispositivi anti-concorrenziali del diritto del lavoro sono messi in tensione e s’insinua, in maggiore o minor misura, il rischio della competizione al ribasso”⁴⁹.

Stando allora a queste premesse, appare evidente il motivo per cui si è più volte auspicato un approfondimento della riflessione dei giuristi del lavoro sul tema degli appalti pubblici, approfondimento che potrebbe portare a rendere evidente un’ulteriore funzione della norma lavoristica, chiamata non solo a tutela, come da tradizione, del soggetto debole nel rapporto di lavoro: ci si sta riferendo alla “finalità regolativa dei rapporti di mercato e dei comportamenti degli operatori, la funzione di indirizzo verso modelli produttivi di elevata qualità, tanto economica quanto sociale”⁵⁰, già segnalata anche nel presente lavoro.

⁴⁶ COM/2011/15, par. 4. Si vedano anche COM/1996/583; COM/1998/143 e COM/2001/566.

⁴⁷ COSTANTINI S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., p. 31.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ TULLINI P., *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in RIDL, 2018, I, p. 204. D’altronde, che la possibilità per il datore di lavoro pubblico di inserire clausole sociali per gli appalti fosse in stretto collegamento con la tutela della concorrenza lo rilevava già VARVA S., *Requisiti di partecipazione, criteri di scelta, condizioni di esecuzione*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *op. cit.*, p. 361.

⁵⁰ SCARPELLI F., *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *op. cit.*, p. 307.

Questa disciplina, inoltre, oltre a dimostrare la volontà di governare anche la leva economica insieme a quella della regolazione⁵¹, costituisce l'esempio di tecnica normativa usata dal legislatore per porre rimedio alle incertezze applicative derivanti dalla particolare situazione di convivenza, in regime di libertà sindacale, di più contratti collettivi applicabili ai medesimi soggetti: se nel caso dell'art. 36 St. lav. dottrina e giurisprudenza avevano fatto ricorso in via interpretativa al medesimo criterio per individuare la giusta retribuzione, l'art. 2070 c.c., accompagnato dal riferimento al sindacato maggiormente o comparativamente più rappresentativo nel caso di compresenza di più contratti collettivi⁵², nel caso del codice dei contratti pubblici viene, invece, adottato in via legislativa il criterio del c.d. contratto *leader*, nel tentativo di porre rimedio alla "sterile esperienza"⁵³ della norma statutaria.

In ogni caso, nel prosieguo dell'analisi di adotterà l'impostazione di fondo del gruppo di ricerca che, in occasione del PRIN 2007, si è occupato dello studio degli appalti privati e pubblici⁵⁴ e, in particolare, dell'unità di ricerca dell'Università Milano-Bicocca: secondo tale impostazione possono essere individuati tre piani di azione delle norme lavoristiche in tema di appalti, che vanno dall'imposizione del rispetto della legalità e regolarità lavoristica⁵⁵, alla promozione di pratiche di attuazione di politiche sociali⁵⁶,

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Cfr. SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., p. 773 ss.; FORLIVESI M., *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, cit., p.14 e Cass. 4 settembre 2003, n. 12915, in RIDL, 2004, II, p. 319 ss.; Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2665, cit., p. 1199 ss.; 25 luglio 1998, n. 7333, cit., p. 459.

⁵³ Cfr. Cass. 29 aprile 1999, n. 4070 e, da ultimo, TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in VTDL, 2017, IV, p. 1162.

⁵⁴ Tale ricerca, che ha avuto come Responsabile scientifico nazionale la prof.ssa Maria Teresa Carinci, ha prodotto il seguente contributo: CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, cit.

⁵⁵ Il riferimento è a *standard* di sicurezza, regolarità contributiva e osservanza della disciplina degli orari di lavoro, ad esempio.

⁵⁶ Si vedano, ad esempio, le clausole di riassorbimento dei lavoratori, le iniziative di promozione di azioni positive e di pari opportunità, nonché la promozione del lavoro dei soggetti diversamente abili.

passando, infine, per la promozione di *standard* minimi di trattamento, tramite, appunto, le clausole sociali. Il tutto rispettando la distinzione di fondo che rispecchia, in qualche modo, le varie fasi degli appalti pubblici: ci si riferisce alle regole dettate per la selezione e qualificazione dei soggetti ammessi al mercato delle commesse pubbliche; a quelle dettate per l'aggiudicazione dell'appalto; a quelle di controllo dell'esecuzione e della garanzia delle condizioni dei lavoratori; a quelle, per finire, che promuovono specifiche finalità di rilievo sociale⁵⁷.

Nello specifico, allora, verranno esaminate in questa sede le norme che, data la loro rilevanza in tema di concorrenza tra imprese, impongono il rispetto della regolarità lavoristica e *standard* minimi di trattamento, che a loro volta rilevano nella fase di selezione e partecipazione alla gara d'appalto.

2.2.1. *Clausole sociali e selezione del contratto leader*

Alla luce di quanto detto con riferimento all'art. 36 Stat. lav., dunque, ci si concentrerà sulla normativa contenuta dapprima nel d.lgs. n. 163/2006 e, da ultimo, nel d.lgs. n. 50/2016, al fine di evidenziarne l'evoluzione.

Preliminarmente bisogna ricordare, a riguardo, i tratti di fondo della clausola sociale dello Statuto dei lavoratori, che faceva riferimento a "*condizioni non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro della categoria e della zona*", al fine di meglio notare le differenze con la prima delle norme, anche in ordine cronologico, che andiamo ad analizzare: l'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006. La clausola sociale del c.d. testo unico sui lavori pubblici, d'ora in avanti TULP, statuisce, infatti, che "*l'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore o per la zona nella quale si eseguono le prestazioni*".

⁵⁷ Ancora, è l'impostazione segnalata da SCARPELLI F., *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, cit., p. 308.

La norma si poneva in continuità con una serie di provvedimenti settoriali del passato, ma sempre attinenti al mercato degli appalti pubblici⁵⁸. In questo caso, tuttavia, appare più evidente l'intento che le imprese rispettino le regole del lavoro, quindi anche del contratto collettivo, applicabili al mercato in cui operano: si è passati, infatti, dal generico richiamo al "contratto collettivo vigente per la categoria"⁵⁹, al contratto collettivo "vigente nella località al tempo dei lavori"⁶⁰, fino ad arrivare al riferimento congiunto alla categoria ed alla zona di applicazione⁶¹, ritornando, quindi, all'impostazione della clausola sociale statutaria. In questo modo il legislatore risolve la questione della concorrenza tra contratti collettivi in regime di libertà sindacale nel senso di non ammettere scostamenti dal settore di riferimento ed, in sostanza, dai contratti collettivi applicati dalle imprese concorrenti, così da non ammettere eventuali offerte economiche più basse giustificate dall'applicazione di un contratto collettivo di un settore diverso⁶².

Si potrebbe muovere a tale ricostruzione la critica per cui il collegamento, in definitiva, al criterio dell'art. 2070 c.c. per individuare il trattamento economico e normativo *ex art.* 118 TULP sia "incompleto e parziale"⁶³, visto che la giurisprudenza sull'art. 36 Cost., già ampiamente ricostruita sopra, lo ha utilizzato solo per individuare il c.d. minimo costituzionale. Tuttavia, la lettera della legge viene in soccorso in questo caso, dovendo prendere atto della volontà legislativa di riferirsi al

⁵⁸ In particolare, riprende quasi fedelmente l'art. 18 della legge n. 55/1990, applicabile ai soli appaltatori di opere pubbliche.

⁵⁹ Così l'art. 2 del d.P.R. n. 1192/1961 per gli appalti ferroviari, postali e settore telecomunicazioni.

⁶⁰ Cfr. l'art. 17 del d.P.R. n. 1063/1962 per gli appalti rientranti nella competenza del Ministero dei lavori pubblici.

⁶¹ Così l'art. 26 della legge n. 717/1965 su interventi pubblici nel mezzogiorno e art. 7 del d.P.R. n. 967/1976 sul regolamento sui servizi in economia dell'Amministrazione degli archivi notarili.

⁶² Così VARVA S., *Le clausole sociali*, cit., p. 343, che fa riferimento ad alcune pronunce del Consiglio di Stato che non hanno considerato congrue offerte economiche più basse rispetto ad altre perché giustificate dall'applicazione di un contratto collettivo di un settore merceologico diverso: cfr. C. St., 18 agosto 2010, n. 5820 e 30 marzo 2010, n. 1813.

⁶³ Cfr. BELLOMO S., *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in LG, 2010, p. 57.

“trattamento complessivo” e non solo a quello rientrante nel minimo costituzionale; tra l’altro, è stato anche osservato come più che alla categoria così come intesa nell’art. 2070 c.c., il TULP faccia uso di un criterio ontologico, quale il contratto collettivo applicato nel settore o nella zona⁶⁴.

In ogni caso, già da queste battute iniziali appaiono evidenti le differenze intercorrenti tra la clausola sociale dell’art. 36 Stat. lav. e la clausola sociale che si sta esaminando: questa, infatti, pare essere strutturata in modo da garantire una maggiore efficacia della relativa tutela, poiché qui il riferimento non è, come appena accennato, a condizioni “non inferiori” a quelle di un determinato contratto collettivo, ma al trattamento economico e normativo complessivo. In questo modo, come già rilevato dalla dottrina, non sarebbero ad esempio compatibili con questa normativa eventuali scostamenti *in pejus* dalla disciplina collettiva accompagnati, però, da previsioni compensative *in melius* sotto altri versanti⁶⁵, nonché eventuali interpretazioni in senso riduttivo delle condizioni economiche *ex art. 36 Stat. lav.*, ridotte da parte di una certa giurisprudenza al mero trattamento economico minimo previsto dal contratto⁶⁶.

Tornando ad aspetti più generali della disciplina in esame, l’aspetto più caratterizzante, e più problematico, del codice degli appalti pubblici era costituito dal relativo regolamento attuativo, il d.P.R. n. 207/2010, il quale introduceva una sorta di selezione legislativa dei contratti collettivi rilevanti ai fini dell’art. 118: l’art. 4 del Regolamento, infatti, recitava che “*per i contratti relativi lavori, servizi e forniture, l’esecutore, il subappaltatore e i soggetti titolari di subappalti e cottimi [...] devono osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona stipulati tra le parti*

⁶⁴ Ancora VARVA S., *Le clausole sociali*, cit., p. 343; sul criterio dell’attività effettivamente esercitata per individuare il contratto collettivo *ex art. 36 Stat. lav.*, cfr. Cass. 25 luglio 1998, n. 7333, cit., p. 459.

⁶⁵ Cfr. VARVA S., *Le clausole sociali*, cit., p. 342, che fa riferimento, soprattutto pensando alla prospettiva di apertura al mercato europea degli appalti, ad eventuali *benefits* o maggiorazioni per il lavoro straordinario.

⁶⁶ Così, ad esempio, Trib. Cagliari, 25 maggio 1997, in *Riv. giur. sarda*, 1999, p. 521 ss.

sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative”.

In sostanza, il contratto collettivo rilevante secondo il TULP era un contratto, per così dire, qualificato, data la selezione operata dal legislatore in punto di rappresentatività, con a conseguenza di complicare il quadro dal punto di vista della compatibilità col principio di libertà sindacale: se nel caso dell’art. 36 Stat. lav., infatti, il rinvio a determinati prodotti dell’autonomia collettiva era solo indiretto, in questo caso veniva operata direttamente una selezione tramite il riferimento alla maggiore rappresentatività comparata ed, in definitiva, si consideravano i parametri di quella contrattazione collettiva quali criteri di congruità del costo del lavoro contenuto nell’offerta⁶⁷.

A riguardo sono state fornite due giustificazioni: sotto un primo profilo, riprendendo gli argomenti della Consulta quando si è dovuta pronunciare sull’art. 36 Stat. lav.⁶⁸, il rispetto di condizioni minime e dignitose è un modo per garantire il buon andamento della Pubblica Amministrazione e la parità di trattamento tra i concorrenti partecipanti alle gare pubbliche; sotto un secondo profilo, è stato evidenziato come nonostante il precetto dell’art. 4 su citato, l’imprenditore che voglia partecipare alla selezione pubblica rimanga libero di scegliere se concorrere a quelle condizioni o meno, decidendo, di conseguenza, se vincolarsi o meno al rispetto di quei contratti collettivi, senza alcun *vulnus* alla propria libertà sindacale. In questo modo, allora, la clausola sociale in esame non sarebbe “un giogo per la libertà d’iniziativa privata ma piuttosto quale condizione per l’accesso al mercato degli appalti pubblici”⁶⁹.

Tuttavia, non bisogna sottovalutare il fatto che il Regolamento mettesse in campo un’operazione abbastanza invasiva della libertà sindacale: l’art. 4 affermava, in sostanza, che chi volesse partecipare ad un appalto

⁶⁷ TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell’offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1138.

⁶⁸ Corte cost. 19 giugno 1998, n. 226, cit., p. 857 ss.

⁶⁹ VARVA S., *Le clausole sociali*, cit., p. 342.

pubblico non potesse applicare, al fine di formulare l'offerta, un contratto collettivo di un soggetto non comparativamente più rappresentativo, anche se non necessariamente dotato di una rappresentatività inconsistente. Anche qui, però, si è cercato di trovare una giustificazione a questo impianto normativo nella necessità di individuare un contratto unico ed evitare così il gioco al ribasso delle offerte economiche⁷⁰.

Medesime considerazioni possono valere oggi per le norme vigenti, dettate dal d.lgs. n. 50/2016, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, in attuazione nel nostro ordinamento della direttiva 2014/24/UE. Su questa direttiva, in particolare, e sul suo esser probabilmente ancora sbilanciata più sulla tutela della concorrenza che non dei diritti sociali, diremo in seguito, per ora basti ricordare che risulta comunque espressione di una tendenza dell'ordinamento europeo a rivedere il bilanciamento tra tutele del lavoratore e tutele del mercato⁷¹, tendenza presente anche nella direttiva 2014/67/UE sul distacco transnazionale. Tuttavia, il fatto che tra le ragioni che hanno spinto ad emanare le nuove direttive ci siano il contrasto al *dumping* salariale e la garanzia di una leale concorrenza non deve essere visto come una dimostrazione che i profili sociali abbiano ancora un ruolo ancillare rispetto alla tutela del mercato, quanto piuttosto come un'occasione in cui è stato esplicitato il ruolo della regolazione lavoristica nel garantire il buon funzionamento di quest'ultimo⁷².

Tornando al d.lgs. n. 50/2016, l'art. 30, commi 3 e 4, conferma l'impostazione di fondo del TULP, disponendo che gli appaltatori rispettino gli obblighi stabiliti, oltre che dalla legge, anche dai contratti collettivi e che, in particolare, siano applicati integralmente i contratti collettivi nazionali e territoriali in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le

⁷⁰ *Ivi*, p. 344.

⁷¹ La direttiva è stata accolta, per la verità, con scetticismo da qualcuno: cfr. ALLAMPRESE A., ORLANDINI G., *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in RGL, 2014, I, p. 169 ss.

⁷² Così come evidenziato da SCARPELLI F., *La dimensione sociale nella regolazione degli appalti pubblici*, cit., p. 311.

prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Anche in questo caso, dunque, nonostante la selezione di un contratto *leader* e la previsione, su cui torneremo *infra*, dell'automatica esclusione dell'offerta che non rispetti tali contratti *ex art. 97, comma 5, lett. a)*, possono usarsi le stesse giustificazioni alla mancata lesione della libertà sindacale, essendo l'applicazione di quel contratto un onere per il datore che voglia partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, e non un obbligo⁷³. L'unica differenza degna di nota, semmai, è il requisito ancora più stringente relativo al contratto collettivo *leader*, qualificato in questo caso dall'esser stato stipulato anche dalle associazioni datoriali comparativamente più rappresentative.

In conclusione, tramite la disciplina del codice dei contratti pubblici possiamo notare come, a differenza di quanto detto per la clausola sociale statutaria, il legislatore possa obbligare i datori di lavoro che vogliono intrattenere un rapporto contrattuale con la Pubblica Amministrazione, che passi attraverso una selezione pubblica, non solo al rispetto dei contratti collettivi in generale, ma anche a determinati contratti, poiché qualificati dal punto di vista della rappresentanza dei soggetti sindacali stipulanti: il principio di libertà sindacale non sarebbe scalfito, poiché permane la possibilità per questi datori di lavoro di non partecipare agli appalti pubblici e, conseguentemente, di non stipulare contratti con l'amministrazione.

2.2.2. *Il criterio dell'offerta anomala*

La verifica ed esclusione delle offerte anomale è uno strumento tradizionale di tutela della Pubblica Amministrazione nell'affidamento a

⁷³ Da ultimo, TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1156, il quale affronta anche la questione della lesione della libertà sindacale del prestatore, che potrebbe rifiutare l'applicazione del contratto *leader*. Anche questo problema, tuttavia, è risolto ricorrendo agli stessi argomenti già analizzati.

privati di appalti pubblici⁷⁴, poiché garantisce alla stessa la stabilità dei propri rapporti negoziali: in sostanza, viene visto con sospetto chi non sia in grado di giustificare offerte che si discostano verso il basso dai valori normali del mercato, con la conseguenza di mettere in dubbio la stessa solidità economica del *partner* contrattuale. Permettere di vincere un appalto grazie ad offerte “non serie”, come già osservato da altri e segnalato anche in generale in tema di clausole sociali, mette in pericolo la corretta e tempestiva esecuzione dell’appalto e, conseguentemente, lede l’interesse pubblico dietro alla realizzazione dell’opera o del servizio in questione⁷⁵; allo stesso tempo, però, deve poter essere garantito un certo spazio di manovra per valutare che l’offerta particolarmente bassa non sia giustificata dalle capacità imprenditoriali dell’offerente.

Tuttavia, per quanto qui di interesse, tale strumento ha un’importante rilevanza lavoristica, visto che tendenzialmente i risparmi sul costo del lavoro sono la principale voce su cui le aziende intervengono per formulare offerte sempre più vantaggiose: basti pensare al ricorso al lavoro nero, nei casi più estremi, o al mancato rispetto di norme sulla salute e sicurezza dei lavoratori.

Il codice dei contratti pubblici nella sua prima versione conteneva la disciplina relativa all’art. 86 del d.lgs. n. 163/2006, che dettava sostanzialmente due metodi per individuare l’offerta anormalmente bassa in base al fatto che si fosse adottato per l’aggiudicazione della commessa il criterio del prezzo più basso o dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Con l’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 si è assistito, poi, ad un rafforzamento di tale disciplina nel senso di rendere il criterio del prezzo più basso marginale, in modo da privilegiare quello dell’offerta economicamente

⁷⁴ Per la verità, il riferimento a offerte “anormalmente basse” era contenuto anche all’art. 30, n. 4, della direttiva 93/37/CEE, ripreso poi anche nella direttiva 2004/18/CE.

⁷⁵ ROMANO S.A., L’affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, Giuffrè, 2011, p. 165.

più vantaggiosa, essendo questa più incline al perseguimento di finalità sociali⁷⁶.

In ogni caso, quello che qui interessa, al di là del criterio utilizzato, è il fatto che il TULP imponesse “un controllo obbligatorio sulle offerte matematicamente individuate come potenzialmente anomale dalla legge, e (*lasciasse*) alla discrezionalità delle amministrazioni di indagare circa le offerte che (*fossero risultate*) anormalmente basse in base a parametri oggettivi”⁷⁷, segnando con ciò un definitivo abbandono del modello dell’esclusione automatica già criticato dalla Corte di giustizia per l’eccessiva rigidità che esso portava⁷⁸.

A riguardo è importante rammentare il disposto dell’art. 86, comma 3-bis, che imponeva alle stazioni appaltanti di “*valutare che il valore economico (fosse) adeguato a sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all’entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture*”, il tutto sulla base di apposite tabelle ministeriali elaborate prendendo a riferimento la parte economica dei contratti collettivi dei sindacati comparativamente più rappresentativi, in considerazione anche delle norme previdenziali e di quelle in materia assistenziale⁷⁹. A ciò doveva aggiungersi anche una norma che costituiva una vera e propria novità nella disciplina delle esclusioni di offerte anomale: secondo l’art. 87, comma 3, ora ripreso dall’art. 97, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016, infatti, in sede di verifica dell’offerta “*non (erano) ammesse giustificazioni in relazione a*

⁷⁶ TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell’offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1139.

⁷⁷ VARVA S., *L’offerta anomala*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *op. cit.*, p. 370.

⁷⁸ Cfr. C. giust., 22 giugno 1989, c-103/1988, *Fratelli Costanzo S.p.a.*; sull’evoluzione normativa della verifica dell’anomalia dell’offerta, cfr. TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell’offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1141 ss.

⁷⁹ Riprendendo in questo modo quanto previsto dall’art. 21, comma 1-bis, della legge n. 109/1994, che conteneva il riferimento a “dati ufficiali” necessari per valutare la soglia dei minimi inderogabili dall’offerta, indentificati, poi, con gli indici del costo medio del lavoro elaborati dalle associazioni sindacali in apposite tabelle sulla base dei valori della trattazione collettiva. La legge n. 327/2000, poi, introdusse il riferimento a tabelle elaborate, questa volta, dal Ministero del Lavoro.

trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge”.

L'amministrazione che, dunque, avesse voluto valutare se escludere o meno dalla procedura un'offerta anomala non avrebbe potuto che seguire le disposizioni dell'art. 88 del TULP, che introduceva una procedura in contraddittorio tra le parti per valutare le eventuali giustificazioni addotte. Il tutto solo nel caso degli appalti c.d. sopra soglia, essendo libera la Pubblica amministrazione di esercitare la propria discrezionalità nel caso di appalti sotto la soglia di rilevanza europea, in applicazione di una sorta di presunzione assoluta di illegittimità⁸⁰.

Tale impianto normativo è pressoché ripreso anche dalla disciplina attualmente vigente: l'art. 97, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 contiene, infatti, tra le cause di esclusione dell'offerta, oltre alla inidoneità della giustificazione adottata, anche il mancato rispetto degli obblighi di cui all'art. 30, comma 3, e la quantificazione di un costo del personale inferiore ai “*minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16*”. Anche in questo caso, il mancato rispetto degli obblighi dei contratti collettivi deve essere accertato con riferimento al contratto *leader*, così come previsto dal combinato disposto dei commi 3 e 4 del citato art. 30.

È chiaro che tale disciplina ha un indubbio interesse in questa sede, visto che, da una parte, è terreno fertile per il contenzioso in sede giurisdizionale e, dall'altra parte, costituisce un'importante strumento di garanzia che la concorrenza sui costi del lavoro non passi attraverso il mancato rispetto delle norme di tutela e garanzia del trattamento dei lavoratori. In particolare, sul contenzioso in merito al valore delle tabelle, conviene segnalare in via preliminare un parere dell'Autorità di vigilanza sugli appalti, il quale aveva chiarito come le tabelle ministeriali citate non costituissero un parametro inderogabile, ma dovessero essere valutate alla

⁸⁰ VARVA S., *L'offerta anomala*, cit., p. 371.

stregua di “indici del giudizio di adeguatezza del valore economico delle offerte”, con la conseguenza che, tramite un’esauriente giustificazione, offerte economiche anche basse non dovessero essere automaticamente escluse⁸¹.

Venendo, dunque, alla giurisprudenza in argomento, possiamo affermare che oggetto del contendere sia, appunto, se attribuire alle tabelle ministeriali un valore solo ricognitivo o meno. Tra l’altro, è evidente come questo tema sia intrecciato con quello della libertà sindacale: se è vero, come abbiamo accennato sopra, che la dottrina ha giustificato la selezione legislativa di un contratto *leader* cui fare riferimento per accedere al mercato degli appalti pubblici, è anche vero che la giurisprudenza ha in alcuni casi giudicato illegittima l’esclusione di offerte basse perché basate sull’applicazione di un contratto diverso, ma pertinente all’oggetto dell’appalto e contenente livelli retributivi comunque adeguati e congrui⁸².

In ogni caso, la stessa questione era già stata affrontata nella vigenza legge n. 109/1994, il cui art. 21, comma 1-*bis*, conteneva un’analogha previsione: in quel caso la giurisprudenza amministrativa costantemente ha escluso la vincolatività delle tabelle, elaborate però dalle associazioni sindacali, poiché rappresentavano un “mero supporto conoscitivo”, da cui al massimo poteva derivare l’instaurazione del contraddittorio con l’offerente e solo successivamente l’esclusione dalla gara⁸³. Allo stesso esito è giunto il Consiglio di Stato anche con riguardo alle tabelle di competenza del Ministero del Lavoro, così come stabilito a seguito della legge n. 327/2000⁸⁴.

Su questi precedenti, allora, non sorprende come la giurisprudenza costante del Consiglio di Stato, anche con riferimento all’art. 86, comma 3-*bis*, del d.lgs. n. 163/2006 abbia sostenuto il semplice carattere di supporto

⁸¹ Cfr. Aut. vig. contr. pubblici, parere n. 40/2009.

⁸² Così TAR Lazio 11 febbraio 2016, n. 1969.

⁸³ Cfr., ad esempio, Cons. Stato 19 maggio 2000, n. 2908, in *Foro amm.*, 2000, p. 1782 ss.

⁸⁴ Cfr. Cons. Stato 31 dicembre 2003, n. 9318, in *Foro amm.*, 2003, p. 3782 ss.; così anche Cons. Stato 10 giugno 2002, n. 3210 e 9 luglio 2003, n. 2213, consultabili su *DeJure*.

strumentale e conoscitivo all'avvio del contraddittorio delle tabelle in esame⁸⁵, con la conseguenza di ammettere l'esclusione solo nei casi di discordanze considerevoli e palesemente ingiustificate⁸⁶. Tuttavia, in questo caso un elemento di complicazione era costituito dall'art. 87, comma 3, su citato: quelle pronunce appaiono, infatti, non tenere adeguatamente in considerazione il precetto di "fonti autorizzate dalla legge", delegate ad individuare i minimi sottratti dalla competizione tra imprese anche nella formulazione dell'offerta.

La questione presente due differenti ordini di problemi. In primo luogo, si può anche mettere in discussione che la norma non possa intendersi riferita alla contrattazione collettiva: questo perché, astrattamente, si può sostenere che non esista nel nostro ordinamento alcun riferimento al contratto collettivo come fonte delegata dalla legge in tema di retribuzioni⁸⁷. Tuttavia, sia parlando di giusta retribuzione, sia parlando dell'art. 36 Stat. lav., abbiamo evidenziato come non solo tale delega sia ricavabile dal combinato disposto degli artt. 36 e 39 Cost., ma anche come questa sia altresì il miglior modo per individuare il valore di mercato della prestazione lavorativa, data la funzione tariffaria tradizionalmente riconosciuta al contratto collettivo. La questione, poi, appare risolvibile anche basandosi su queste ulteriori considerazioni: si è sostenuto, infatti, che non ci si potesse riferire ai contratti collettivi dato il potere del giudice, in forza della mancata attuazione dell'art. 39 Cost., di derogare ad essi⁸⁸. Anche in questo caso abbiamo visto, tuttavia, come il potere del giudice di discostarsi, evidentemente al ribasso, dai minimi

⁸⁵ Cfr., tra le tante, Cons. Stato 4 settembre 2013, n. 4431; 18 febbraio 2013, n. 973; 28 maggio 2012, n. 3134; 7 marzo 2011, n. 1419 e 7 ottobre 2008, n. 4847, consultabili su *DeJure*.

⁸⁶ Cfr. Cons. Stato 30 marzo 2017, n. 1465; 31 marzo 2017, n. 1495; 6 febbraio 2017, n. 501; 25 novembre 2016, n. 4989; 17 giugno 2016, n. 2685; 9 dicembre 2015, n. 5597; 24 luglio 2014, n. 3937; 14 giugno 2013, n. 3314 e 22 marzo 2013, n. 1633, consultabili su *DeJure*.

⁸⁷ TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1144.

⁸⁸ A titolo esemplificativo, cfr. BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, cit., p. 58; ROMA G., *Le funzioni della retribuzione*, cit., p. 33 e, da ultimo, TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1144.

tabellari non sia pienamente discrezionale, ma risponda a determinati limiti già esaminati sopra⁸⁹.

Il secondo problema riguarda, appunto, la selezione di un contratto collettivo *leader*: alla luce della piena cittadinanza nel nostro ordinamento di sindacati dotati comunque di un minimo di rappresentatività, non dovrebbe essere esclusa *de plano* l'offerta dell'impresa che applica, appunto, un contratto collettivo diverso da quello individuato dal legislatore, pena la lesione della libertà sindacale. Anche in questo caso, però, possiamo ripetere le considerazioni svolte sul tema generale delle clausole sociali e della loro compatibilità con l'art. 39 Cost.: non solo, infatti, quello dell'accesso al mercato degli appalti pubblici rimane un onere e non un obbligo per l'imprenditore, ma quella normativa non ha fatto altro che risolvere l'incertezza che si era avuta nell'applicazione dell'art. 36 Stat. lav., visto che in presenza di più contratti collettivi si faceva riferimento a quello maggiormente rappresentativo.

In ogni caso, non si capisce perché si possa al limite giustificare un'offerta bassa e poi imporre, tramite la clausola sociale, l'applicazione di contratti collettivi contenenti trattamenti retributivi più alti durante l'esecuzione dell'appalto: in questo modo, infatti, risulterebbe difficile quella valutazione *ex ante* sulla solidità del *partner* contrattuale, il quale, benché in grado di formulare una determinata offerta all'inizio della procedura, non necessariamente potrebbe poi sostenere livelli salariali più alti. Senza considerare che uno dei requisiti per accedere alla gara è la dimostrazione della c.d. regolarità lavoristica, tramite il Documento unico di regolarità contributiva, d'ora in avanti DURC, che riguarda anche i contributi previdenziali, a loro volta calcolati secondo la disciplina del minimale contributivo, che, come vedremo più avanti, viene identificato sulla base dei contratti collettivi maggiormente rappresentativi.

⁸⁹ Cfr. cap. I, § 6.

Sensibile a queste considerazioni è stata una parte della giurisprudenza amministrativa, soprattutto all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 97, comma 5, lett. d), che ha riconosciuto il valore semi-vincolante alle tabelle ministeriale ed imposto l'esclusione dell'offerta non rispettosa delle stesse⁹⁰, avallando, inizialmente, un'interpretazione della norma come intesa a "definire in via autoritativa il costo del lavoro"⁹¹. Ora, tale indirizzo giurisprudenziale non può che essere salutato con favore da chi, con riferimento alla prima formulazione del TULP, aveva segnalato un'eccessiva discrezionalità dell'amministrazione nel valutare le giustificazioni addotte alle offerte anormalmente basse⁹²; tuttavia, è stato anche criticato da chi vi ha evidenziato un'incongruenza tra, da un lato, l'introduzione in via amministrativa del valore congruo del costo del lavoro e, dall'altro lato, i rinvii alla contrattazione collettiva presenti nel codice degli appalti, auspicando piuttosto la presa di atto di un errore nella redazione del testo normativo, che pareva essere troppo rigido e di difficile coordinamento sistematico⁹³. In ogni caso, questa posizione è comunque eccessivamente rigida, se si considera l'esigenza vista in apertura di garantire un minimo di flessibilità nelle giustificazioni addotte dall'imprenditore, anche in base ai principi europei.

Sul punto, quindi, ha ripreso vigore un orientamento minoritario del Consiglio di Stato, formatosi anche in vigenza del precedente codice degli appalti, che ammette offerte che si discostino dalle tabelle ministeriali solo in misura minima e debitamente motivata in sede di verifica dell'anomalia⁹⁴.

⁹⁰ TAR Reggio Calabria 15 dicembre 2016, n. 1315, in *FI*, 2017, III, p. 163 ss.

⁹¹ TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1160.

⁹² VARVA S., *L'offerta anomala*, cit., p. 375.

⁹³ Così TAR Roma 30 dicembre 2016, n. 12873, in *FI*, 2017, III, p. 163 ss., e TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell'offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit., p. 1160.

⁹⁴ Cons. Stato 2 marzo 2017, n. 974, consultabile su *DeJure*; 13 ottobre 2015, n. 4699, in *RGL*, 2016, II, p. 20 ss., nt. CALDERARA. Esempi più risalenti di tale orientamento minoritario sono Cons. Stato 21 luglio 2010, n. 4783; 7 ottobre 2008, n. 4847; 5 agosto 2005, n. 4196 e 3 maggio 2002, n. 2334, tutti consultabili su *DeJure*.

Tale orientamento è stato riconfermato di recente ed assume una particolare rilevanza poiché riesce a valorizzare al meglio la disciplina delle clausole sociali alla luce dell'ultima formulazione del codice degli appalti pubblici⁹⁵: secondo il Consiglio di Stato, infatti, “una determinazione complessiva dei costi basata su un costo del lavoro inferiore ai livelli economici minimi per i lavoratori del settore costituisce, per ciò solo, indice di inattendibilità economica dell'offerta e di lesione della *par condicio* dei concorrenti ed è fonte di pregiudizio per le altre imprese partecipanti alla gara che abbiano correttamente valutato i costi delle retribuzioni da erogare”⁹⁶. Il principio che trova conferma, in sostanza, è che gli scostamenti al ribasso delle offerte possono desumersi da diversi fattori, ma non dall'utilizzo di contratti collettivi non stipulati da organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative⁹⁷, pena, appunto, una lesione della concorrenza tra imprese.

In conclusione, si auspica che questo orientamento prenda sempre più piede, anche perché non si vede come possa essere coerente un sistema in cui, pur essendo presenti varie clausole sociali volte anche a riequilibrare la competizione tra le imprese in un modo socialmente sostenibile, si possano ammettere alla gara offerte difformi in modo consistente dai valori delle tabelle ministeriali.

2.2.3. *Il DURC e la sua possibile valorizzazione*

Un'importante strumento di tutela e controllo nella disciplina degli appalti è costituito da requisito della c.d. regolarità lavoristica, espressione che possiamo ricollegare semplicemente alla necessità che chi partecipi all'appalto non abbia commesso “*violazioni gravi, definitivamente accertate,*

⁹⁵ FORLIVESI M., *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in RIDL, 2017, IV, p. 686 ss.

⁹⁶ Così Cons. Stato, 15 maggio 2017, n. 2252, consultabile su *DeJure*.

⁹⁷ BORGOGELLI F., *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in LD, 2016, IV, p. 989.

alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali”, così come era stabilito dall’art. 38, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 163/2006, ed ora dall’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, il quale ha cura di precisare che *“costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all’articolo 8 del di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015 ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale”*.

Ora, la rilevanza del DURC⁹⁸ in tema di appalti pubblici sta proprio nel suo essere, di fatto, un’attestazione della congruità del costo del lavoro con riferimento all’accesso ad una procedura ad evidenza pubblica e alla formulazione della relativa offerta economica⁹⁹. Il DURC, inoltre, viene usato nel codice degli appalti pubblici come leva per assicurare l’effettività del trattamento economico dei lavoratori coinvolti nell’appalto: l’art. 30, commi 5 e 6, del d.lgs. n. 50/2016 introduce, infatti, un importante principio di responsabilizzazione delle imprese affidatarie, visto che se il responsabile del procedimento ottiene un DURC che segnali un’inadempienza contributiva da parte di uno degli appaltatori o subappaltatori, scatta l’intervento sostitutivo del committente, che trattiene dal certificato di pagamento l’importo corrispondente all’inadempienza e paga direttamente gli enti preposti; nel caso, invece, di omissione retributiva la stazione appaltante pagherà direttamente i lavoratori.

⁹⁸ Sul DURC in generale, cfr. LAMBERTI C., *La tutela dei lavoratori e la regolarità contributiva*, in DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., SANDULLI A. (diretto da), *Il regolamento di attuazione. Trattato sui contratti pubblici*, vol. VIII, Giuffrè, 2011, p. 4428 ss. Nel caso degli appalti pubblici siamo di fronte al DURC c.d di seconda generazione, su cui cfr. *amplius* FAIOLI M., *Semplificazioni. DURC, sanzioni e procedure*, in Treccani *Il libro dell’anno del diritto 2015*, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2015.

⁹⁹ La rilevanza del DURC non si limita, tuttavia, alla sola fase iniziale, essendo richiesto anche per la stipula del contratto; nel corso dell’esecuzione del contratto periodicamente; per i certificati di collaudo, di regolare esecuzione, di verifica di conformità, l’attestazione di regolare esecuzione e il pagamento del saldo finale, così come stabilito dall’art. 6 del d.P.R. n. 207/2010.

Siamo di fronte, in sostanza, ad una tecnica di tutela non dissimile da quelle primordiali forme di responsabilità solidale già viste parlando dell'art. 357 della legge n. 2248/1865: dato ovviamente il rischio di esser chiamati a pagare i salari dei lavoratori dell'appaltatore, il committente dovrebbe essere spinto a vigilare maggiormente sulla solidità economica dei datori di lavoro coinvolti nella commessa pubblica, solidità che, abbiamo visto, può desumersi dalla capacità di sostenere economicamente i minimi retributivi dei contratti collettivi comparativamente più rappresentativi. Il DURC, allora, viene in soccorso proprio in questo caso, essendo un'attestazione della congruità dei costi previdenziali sostenuti per la manodopera con riferimento al contratto affidato, la cui presentazione, inoltre, blocca la stessa garanzia della responsabilità solidale.

In ogni caso, al di là di questo legame tra DURC e responsabilità solidale, anche questa normativa ha creato non pochi problemi interpretativi in sede giurisdizionale¹⁰⁰: secondo un primo orientamento dei giudici amministrativi, infatti, la mancata certificazione della regolarità contributiva non intaccherebbe la possibilità per le stazioni appaltanti di valutare comunque la gravità dell'irregolarità ed ammettere l'impresa alla gara, con la conseguenza di estromettere quest'ultima solo nel caso di gravi omissioni da valutarsi in concreto¹⁰¹. Un secondo orientamento, invece, che poi è stato indirettamente confermato dapprima dall'art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 e successivamente dall'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, fa seguire alle irregolarità accertate nel DURC l'esclusione automatica dalla gara, senza alcuna valutazione sulla gravità dell'inadempienza¹⁰². Questo perché, da un lato, sono gli enti previdenziali, e non la stazione appaltante, i soggetti competenti a valutare la gravità delle violazioni previdenziali e,

¹⁰⁰ Cfr. LIPPOLIS V., *Il Durc negli appalti pubblici e il contenzioso amministrativo*, in *Il giurista del lavoro*, 2010, X, p. 2 ss.

¹⁰¹ Così Cons. Stato 16 settembre 2011, n. 5186; 15 settembre 2010, n. 6907 e 27 febbraio 2008, n. 716.

¹⁰² Tra le più rilevanti, cfr. Cons. Stato 16 settembre 2011, n. 5194; 24 agosto 2010, n. 5936; 9 aprile 2010, n. 1998 e 23 ottobre 2007, n. 5574.

dall'altro lato, il DURC certifica in modo ufficiale la sussistenza o meno della regolarità contributiva, non residuando alcun potere in capo ai committenti pubblici in argomento¹⁰³.

Tuttavia, la rigidità di questa interpretazione dell'accertamento dell'irregolarità contributiva è solo apparente, poiché la disciplina di riferimento richiede che le violazioni siano definitivamente accertate, che siano cioè “*contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione*”, così come precisato dall'art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016. Ciò permette di rintracciare l'unico spazio in cui permane un'autonomia valutativa in capo all'amministrazione¹⁰⁴: se, infatti, la gravità della violazione è attestata dal DURC, ciò non accade per il suo carattere di definitività, visto che, come stabilito da decreto del Ministero del Lavoro del 24 ottobre 2007, “la pendenza di qualsivoglia contenzioso amministrativo impedisce di ritenere il soggetto in posizione irregolare e che, fino alla decisione che respinge il ricorso, può essere dichiarata la regolarità contributiva”¹⁰⁵. Allo stesso tempo, inoltre, la presenza di un DURC regolare al momento della presentazione della domanda non protegge dal rischio di esclusione successiva se, nel corso della procedura, emergono delle irregolarità contributive¹⁰⁶.

In conclusione, il DURC all'interno dell'impianto normativo del codice degli appalti pubblici rappresenta un importante strumento di tutela, anche se permangono degli aspetti da migliorare: non è questa la sede per approfondire, ma il c.d. processo di dematerializzazione del DURC, a seguito

¹⁰³ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 4 maggio 2012, n. 8. Tra l'altro, sempre secondo questa pronuncia, il DURC ha “valenza di una dichiarazione di scienza, da collocarsi tra gli atti di certificazione o di attestazione redatti da un pubblico ufficiale ed aventi carattere meramente dichiarativo di dati in possesso della Pubblica Amministrazione, assistito da pubblica fede ai sensi dell'art. 2700 c.c., facente quindi prova fino a querela di falso”.

¹⁰⁴ COSTANTINI S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le “clausole sociali” fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, cit., p. 20.

¹⁰⁵ *Ibidem*. Cfr. anche D'HERIN H., *La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, VIII-IX, p. 915 e GOTTI P., *Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in *FA*, 2012, p. 2235.

¹⁰⁶ Cons. Stato, 5 maggio 2017, n. 2041 e 15 settembre 2017, n. 4349.

soprattutto dell'art. 4 del d.l. n. 34/2014, ha accentuato la sua natura di adempimento solo formale, quando invece sarebbe necessario un vero e proprio procedimento di *due-diligence* accompagnato da un adeguato impianto sanzionatorio in caso di irregolarità¹⁰⁷, soprattutto alla luce della rilevanza che tale attestazione assume con riferimento all'operare di meccanismi di responsabilità solidale.

2.3. *Clausole sociali e compatibilità con l'ordinamento europeo*

Se è vero che le clausole sociali, come abbiamo visto, sono compatibili con i principi dell'ordinamento interno, soprattutto in tema di libertà sindacale, più complessa è la questione con riguardo all'ordinamento europeo, tra l'altro già accennata introducendo questo lavoro. È evidente, infatti, che le clausole sociali come previste nel nostro ordinamento costituiscono una di quelle voci su cui si può instaurare la competizione tra ordinamenti giuridici, soprattutto se consideriamo che il mercato degli appalti pubblici italiani deve essere aperto anche a imprese straniere e che l'ordinamento europeo è molto attento, per così dire, alla garanzia della concorrenza al suo interno¹⁰⁸.

Il motivo per cui dobbiamo porci tale questione è legato alla opzione interpretativa che si adotta in tema di trattamento economico oggetto della clausola sociale e agli esiti cui è giunta la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea in tema di distacco transnazionale e clausole sociali negli appalti pubblici¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Cfr. FAIOLI M., *Semplificazioni. DURC, sanzioni e procedure*, cit.

¹⁰⁸ Ha sottolineato di recente il collegamento tra clausole sociali e competizione regolatoria INGLESE I., *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in DRI, 2018, II, p. 574.

¹⁰⁹ Si veda ampiamente sull'argomento ALLAMPRESE A., ORLANDINI G., *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, cit., p. 169 ss; ORLANDINI G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013 e GOTTARDI D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in DLRI, 2010, p. 509 ss.

Partendo dalle ultime direttive in argomento, possiamo subito osservare come l'art. 18, par. 2, della direttiva 2014/24/UE preveda che Stati membri adottino “*misure adeguate per garantire che gli operatori economici, nell'esecuzione degli appalti pubblici, rispettino gli obblighi applicabili in materia di diritto ambientale, sociale e del lavoro, stabiliti dal diritto dell'Unione, dal diritto nazionale, da contratti collettivi e da disposizioni transnazionali*”. Ora, il problema sta proprio in questa norma: sembra, infatti, che non possano ricomprendersi in tale espressione le previsioni dei contratti collettivi privi di efficacia generale¹¹⁰, ciò in base anche alla direttiva sul distacco transnazionale, la 2014/67/UE, che non ha modificato l'art. 3 della precedente direttiva 1996/71/CE, il quale, appunto, ammette restrizioni solo da contratti collettivi di applicazione generalizzata. A ciò si aggiunga, appunto, la questione della misura del trattamento economico, la cui applicazione è imposta alle imprese appaltatrici dalle clausole sociali. Ma procediamo con ordine.

Tralasciando quanto già detto in apertura a questo lavoro con riferimento al riconoscimento, in linea teorica, delle clausole sociali come legittima tecnica di contrasto al *dumping* salariale¹¹¹, dobbiamo ora esaminare più da vicino i motivi per cui si può dubitare della legittimità delle norme del codice dei contratti pubblici e i problemi interpretativi che ne conseguono.

Come già affermato, la prima sentenza che si occupa di clausole sociali è quella relativa al caso *Ruffert*¹¹²: sul presupposto che limitazioni alla libertà di circolazione dei servizi sono ammissibili solo se, tra le altre, corrispondenti alla tutela di un trattamento minimo *ex art. 3, par. 1, dir. 1996/71/CE*, la Corte non ha considerato tali le previsioni di un contratto

¹¹⁰ INGLESE I., *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, cit., p. 577; BRINO V., *Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso RegioPost*, in RGL, 2016, II, p. 145 e CORTI M., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, cit., p. 514.

¹¹¹ Cfr. Introduzione, § 3.

¹¹² C. giust., 3 aprile 2008, C-346/06, *Dirk Ruffert*, cit., p. 479 ss.

collettivo territoriale del solo settore degli appalti pubblici imposte agli appaltatori da una legge regionale della Bassa Sassonia. Tra l'altro, in quel caso, le clausole sociali in argomento non erano state neanche state sottoposte al test di proporzionalità e ragionevolezza, poiché erano state previste per il solo settore degli appalti pubblici e non per quelli privati, da cui non si è fatta conseguire la giustificazione della protezione dei lavoratori.

Tale sentenza è stata aspramente criticata dalla dottrina giuslavoristica¹¹³: i giudici di Lussemburgo ammettevano, di fatto, la piena competizione tra ordinamenti giuridici nel caso in cui non ci fosse stato un minimo salariale con efficacia *erga omnes*, senza considerare la scelta del legislatore nazionale di escludere dalla competizione delle imprese appaltatrici sui costi le voci che avessero ecceduto tale minimo di trattamento economico. Insomma, se il diritto del lavoro, e la protezione sociale, potevano avere un ruolo di orientamento della concorrenza, lo potevano fare solo all'interno di determinati limiti, quali, appunto, il salario minimo e l'efficacia generale delle norme a sua garanzia.

Al di là dell'opzione di politica del diritto che si accolga, è evidente quantomeno che, in questo caso, nel bilanciamento tra concorrenza e protezione dei lavoratori, quest'ultima è risultata soccombente alla prima, soprattutto alla luce del fatto che i giudici hanno fatto ricorso alla tecnica ermeneutica del c.d. effetto utile della direttiva, con la conseguenza di non consentire limitazioni alla concorrenza eccedenti la tutela di condizioni minime, poiché queste avrebbero privato di efficacia concreta la direttiva stessa¹¹⁴. Il tutto senza considerare la completa omissione di qualsiasi sforzo per giudicare la differente disciplina tra settore pubblico e privato degli appalti ragionevole¹¹⁵: in particolare, non è stato preso in considerazione tra

¹¹³ Cfr. COSTANTINI S., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 309/2016, p. 5 ss.

¹¹⁴ Cfr. C. giust., 3 aprile 2008, C-346/06, par. 33.

¹¹⁵ In argomento, cfr. *amplius* COSTANTINI S., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, cit., p. 6 ss.

le esigenze di ordine pubblico in grado di giustificare una legislazione oltre i minimi di tutela *ex art. 3, par. 10*, della direttiva 1996/71/CE il principio di parità dei concorrenti nella gara¹¹⁶, senza rammentare tutte quelle ragioni sopra esaminate riguardo alla solidità economica del *partner* contrattuale della Pubblica Amministrazione ed alla rilevanza del principio di buon andamento della stessa.

Benché non riguardante direttamente la direttiva 1996/71/CE, considerazioni in linea con questa giurisprudenza le rinveniamo anche nel c.d. caso *Bundesdruckerei*¹¹⁷: la Corte in quell'occasione ha affermato, infatti, che l'imposizione ai subappaltatori esteri di minimi tariffari nazionali, in luogo di quelli più bassi che avrebbero dovuto applicare in base alle leggi del paese di origine, costituiva una restrizione alla libera circolazione delle imprese, senza che rilevasse alcun fine di garanzia dell'effettiva protezione dei lavoratori¹¹⁸. In questo caso, dunque, appare ancora più evidente come l'art. 56 TFUE sia stato utilizzato per ammettere una vera e propria competizione tra gli ordinamenti giuridici, soprattutto sul versante della protezione sociale¹¹⁹, visto che il confronto tra i minimi salariali di paesi diversi è stato risolto solo considerando il diverso costo della vita e, quindi, la tipica funzione del salario del lavoratore, mentre, come abbiamo visto, il ricorso a tecniche di tutela come le clausole sociali ha più a che fare con le regole della concorrenza tra datori di lavoro che non con la protezione sociale, da cui però non si prescinde. Tanto che si è parlato, in toni critici, di

¹¹⁶ GIUBBONI S., ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, 2007, p. 120.

¹¹⁷ C. giust., 18 settembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei c. Stadt Dortmund*, cit., p. 550 ss.

¹¹⁸ Su queste argomentazioni cfr. *amplius* FOLRIVESI M., *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in RIDL, 2015, II, p. 558 ss.

¹¹⁹ GUADAGNO S., *Subappalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, in RGL, 2015, II, p. 41.

“lettura minimalista”¹²⁰ delle norme di tutela dei lavoratori e di “costituzionalizzazione”¹²¹ del *dumping* sociale.

Su queste premesse, dobbiamo tuttavia cercare di valorizzare un’inversione di tendenza dell’opinione della Corte di Giustizia nelle successive pronunce, anche su stimolo del mutato quadro normativo a livello europeo: ci si sta riferendo all’art. 26 della direttiva 2004/18/CE, secondo il quale, in sintesi, può essere imposta l’osservanza di “*condizioni particolari*” a favore dei lavoratori impiegati nell’appalto, purché si tratti di misure compatibili con il diritto comunitario, vale a dire di misure effettive e proporzionate allo scopo, nonché trasparenti e non discriminatorie.

Per capire quali misure rispettino tali requisiti può essere utile, nel prosieguo dell’analisi, confrontare le tecniche normative che sono state oggetto delle sentenze della Corte di Giustizia e la loro conseguente evoluzione: se, infatti, nel caso *Ruffert* una legge regionale rinviava ai minimi salariali di un contratto collettivo privo di efficacia generalizzata, nel caso *Bundesdruckerei* le clausole sociali obbligavano al rispetto di minimi salariali imposti per legge¹²², tanto che si è parlato di frustrazione da parte della Corte degli “sforzi compiuti dal legislatore tedesco per adeguare la propria normativa ai principi dettati dalla sentenza *Ruffert*”¹²³.

Nelle pronunce successive, invece, l’entrata in vigore della direttiva 2004/18/CE cambia radicalmente l’esito delle controversie: nel caso *RegioPost*¹²⁴, infatti, è stata giudicata compatibile con l’ordinamento europeo

¹²⁰ PALLINI M., *Law shopping e autotutela sindacale nell’Unione Europea*, cit., p. 9.

¹²¹ COSTANTINI S., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, cit., p. 11.

¹²² GUADAGNO S., *Subappalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, cit., p. 35 ss.

¹²³ COSTANTINI S., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, cit., p. 12 e GUADAGNO S., *Subappalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, cit., p. 43. Tra l’altro, è stato anche osservato come l’aver ammesso questo tipo di competizione tra minimi salariali di diverse nazioni non avesse consentito di invocare il c.d. divieto di discriminazione “alla rovescia”: cfr., sul punto, PALLINI M., *La tutela dell’“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, 2009, p. 204.

¹²⁴ C. giust., 17 novembre 2015, C-115/14, *RegioPost GmbH & Co. KG c. Stadt Landau in der Pfalz.*, cit., p. 519 ss.

una legge della Renania-Palatinato che fissava direttamente il livello minimo salariale per una determinata regione indipendentemente dal settore interessato. In sostanza, la normativa in esame rispettava tutti i requisiti richiesti dai giudici: infatti, l'obbligo del rispetto di quelle condizioni minime era finalizzato alla tutela dei lavoratori ed era formulato in modo trasparente ed adeguato alle finalità perseguite, poiché fissato direttamente da una legge di portata generale, anche se solo per il luogo di esecuzione del servizio¹²⁵. Ma non solo: il problema della limitazione al solo settore degli appalti pubblici è stato risolto proprio grazie a quell'art. 26 sopra citato, che ha giustificato, in definitiva, l'ammissibilità di una normativa differenziata per il solo settore pubblico, visto che "la limitazione dell'ambito di applicazione della misura nazionale agli appalti pubblici è, infatti, la mera conseguenza del fatto che esistano norme nel diritto dell'Unione che sono specifiche per tale settore"¹²⁶.

Dunque, tornando al problema della compatibilità delle norme nazionali con l'ordinamento europeo, è abbastanza pacifico che, non trattandosi di contratti collettivi di efficacia generale, il rinvio ad essi delle clausole sociali italiane sembri in contrasto con la disciplina e gli orientamenti giurisprudenziali appena esaminati, indipendentemente dal fatto che ormai anche a livello europeo le clausole sociali negli appalti pubblici abbiano piena cittadinanza. Questo perché, come affermato altrove, l'imporre il rispetto di contratti collettivi privi di efficacia generale non riesce a superare il c.d. test di proporzionalità, dato che "solo quella parte del contratto collettivo di fatto considerato vincolante per tutte le imprese di un settore può legittimamente essere imposta alle imprese aggiudicatrici straniere"¹²⁷.

¹²⁵ Cfr. *amplius* FORLIVESI M., *L'atteso reassessment della Corte di Giustizia sulle clausole sociali relative al "salario minimo" negli appalti pubblici*, in RIDL, 2016, II, p. 538 ss.

¹²⁶ C. giust., 17 novembre 2015, C-115/14, par. 65.

¹²⁷ BORGOGELLI F., *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, cit., p. 991.

Stesso discorso può valere anche con riferimento alla questione della misura del trattamento economico oggetto delle clausole sociali: il trattamento economico complessivo visto sopra, infatti, oltre a non essere espresso da una fonte di generale applicazione, è eccedente la nozione di tariffa minima salariale. E non potrebbe neanche venire in soccorso l'apertura della Corte di Giustizia espressa nella sentenza *Ammattiliitto*¹²⁸ tramite un'interpretazione estensiva della nozione di "tariffa minima salariale", comprensiva di tutti gli istituti utili alla tutela del lavoratore distaccato, visto che, anche in questo caso, il riferimento è sempre a un contratto collettivo di efficacia *erga omnes*¹²⁹.

Se ci fermassimo qui, non residuerebbero molti spazi per ritenere le clausole sociali contenute nelle varie normative italiane compatibili con il diritto europeo. Tuttavia, una dottrina minoritaria ha cercato di risolvere la questione sottolineando come, alla luce della direttiva 2014/24/UE, la nuova disciplina sulle clausole sociali negli appalti pubblici sia ormai dotata di quei caratteri di esaustività e specificità che le consentono di essere valutata solo alla luce del diritto derivato dalla direttiva e non del diritto primario dei trattati, in modo da prescindere completamente dal riferimento all'art. 56 TFUE¹³⁰: in questo modo, venuta meno la necessità di valutare la compatibilità delle clausole sociali col diritto primario dei trattati, le norme come quelle del d.lgs. n. 50/2016 possono essere raffrontate solo alle norme della direttiva di riferimento, che, nello specifico, appunto, parla di "*misure adeguate*" a garantire il rispetto di obblighi applicabili in materia di diritto sociale e del lavoro ed elimina il riferimento testuale alla compatibilità delle clausole sociali con il diritto primario europeo.

¹²⁸ C. giust., 12 febbraio 2015, C-396/13, *Sähköalojen Ammattiliitto ry c. Elektrobudowa Spolka Akcyjna*, cit., p. 898 ss.

¹²⁹ BORGOGELLI F., *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, cit., p. 992; GIUBBONI S., *Salario minimo e distacco transnazionale*, in RGL, 2015, II, p. 221 ss. e INGLESE I., *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, cit., p. 579.

¹³⁰ FORLIVESI M., *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, cit., p. 693.

Tale percorso logico, dunque, conduce ad ammettere che le clausole sociali abbiano un regime giuridico speciale, con la conseguenza che le tutele garantite ai lavoratori distaccati *ex art. 3* della direttiva 1996/71/CE vadano interpretate come tutele minime e non massime¹³¹ e che il d.lgs. n. 50/2016 sia pienamente legittimo anche rispetto al diritto europeo.

Tuttavia, nonostante queste considerazioni e i vari sforzi per legittimare le clausole sociali anche alla luce delle direttive europee, resta molta incertezza con riferimento al ruolo della contrattazione collettiva in Italia ed alla disciplina applicabile alle imprese straniere che distaccano in Italia in esecuzione di un appalto pubblico. Pertanto, se da una parte bisogna, a parere di chi scrive, sottolineare le particolarità della via italiana al salario minimo anche con riguardo al diritto europeo, dall'altra parte rimangono grossi problemi di coordinamento tra il codice dei contratti pubblici ed il d.lgs. n. 136/2016 di attuazione della direttiva 2014/67/UE sul distacco¹³²: il combinato disposto degli artt. 2, lett. e), e 4 di tale decreto dovrebbero essere interpretati, infatti, nel senso che le “*medesime condizioni di lavoro*” debbano corrispondere ai trattamenti retributivi minimi stabiliti dai contratti collettivi *ex art. 51* del d.lgs. n. 81/2015, con la conseguenza di lasciare irrisolta la questione del *quantum* di salario rientrante nella nozione di “trattamento retributivo minimo” e frustrando qualsiasi tentativo di promuovere la parità di trattamento tra imprese nazionali ed imprese che ricorrono al distacco per partecipare all'appalto pubblico.

Appare opportuno, allora, anche alla luce di quanto detto sul ruolo delle clausole sociali, volte a “condizionare e/o limitare la libertà economica e i principi di economia di mercato, subordinandoli ad interessi socialmente rilevanti”¹³³, proporre una interpretazione sistematica di quelle “*medesime condizioni di lavoro*” ed intenderle come corrispondenti al trattamento

¹³¹ *Ivi*, p. 694.

¹³² BORGOGELLI F., *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, cit., p. 992.

¹³³ GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, cit., p. 145.

economico complessivo ex art. 30 del d.lgs. n. 50/2016, superiore, quindi, ai minimi tabellari dei contratti collettivi. Questo perché, da un lato, il dato letterale della disposizione dell'art. 2, lett. e), del d.lgs. n. 136/2016 contiene solo il riferimento a “*condizioni di lavoro*”, mentre l'art. 4 aggiunge espressamente “*medesime*”; dall'altro lato, il campo di applicazione del d.lgs. n. 136/2016 va dalle imprese e unità produttive fino ad altri destinatari, comprensivi, quindi, del committente pubblico¹³⁴.

Quello che si sta sostenendo, in sostanza, è che la definizione di condizioni di lavoro – riferite anche alle tariffe minime salariali – è altra cosa rispetto al concetto di medesime condizioni di lavoro, alla luce del fatto che quelle disposizioni in tema di distacco si applicano sia agli appalti privati che agli appalti pubblici, in cui vige quel regime speciale esaminato sopra. Non si può ammettere, infatti, che una legge dello Stato conceda all'impresa straniera che ricorra al distacco di limitarsi ad applicare solo le tariffe minime salariali e, quindi, di violare le norme del codice degli appalti pubblici e, più in generale, di sottrarsi al gioco della concorrenza leale.

A questa interpretazione, inoltre, conducono sia la circolare n. 1/2017 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, sia la recente direttiva 2018/958/UE: nella circolare, infatti, riprendendo l'interpello del Ministero del Lavoro n. 33/2010, si precisa, con riferimento alle tariffe salariali, “*che nella nozione di retribuzione devono essere ricomprese tutte le erogazioni patrimoniali del periodo di riferimento, al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta. La retribuzione così intesa, va dunque più strettamente legata alla definizione di "reddito da lavoro dipendente" valida ai fini fiscali e nella stessa rientrano tutte le erogazioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro in senso lato, senza operare una comparazione per singola voce retributiva che risulterebbe comunque impossibile in considerazione dei differenti regimi normativi applicabili nei diversi Paesi europei*”.

¹³⁴ BORGOGELLI F., *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, cit., p. 992.

La nuova direttiva, invece, accoglie sostanzialmente quell'interpretazione allargata di minimi salariali proposta nella sentenza *Ammattiliitto*: l'espressione "tariffa minima", contenuta nell'art. 3, paragrafo 1, comma 1, della direttiva 1996/71/CE, viene, infatti, sostituita con quella più ampia di "retribuzione", corrispondente ad una nozione onnicomprensiva e, quindi, più efficace nel garantire il principio di parità di condizioni per lo stesso lavoro nello stesso luogo.

Concludendo sul punto, possiamo ancora una volta sottolineare il mutamento in atto anche all'interno dell'ordinamento europeo volto a considerare con maggiore attenzione il ruolo delle norme in materia sociale e la loro funzione anche di orientamento della concorrenza: l'aver riconosciuto una piena autonomia al settore degli appalti pubblici e, specialmente nella direttiva 2018/958/UE, il principio di parità di retribuzione per i lavoratori distaccati dimostrano la consapevolezza di voler garantire una concorrenza leale tra datori di lavoro che non passi dal mettere in competizione tra loro le normative sociali dei rispettivi paesi di provenienza.

3. Le deleghe legislative alla contrattazione collettiva in tema di retribuzione: il caso delle cooperative

Come abbiamo appena visto, le clausole sociali rappresentano una tecnica efficace di estensione della portata dell'art. 36 Cost. ed, in generale, di sostegno alla contrattazione collettiva. Quella tecnica di regolazione, infatti, non fa altro che incentivare l'applicazione spontanea del datore di lavoro che voglia vedersi riconosciuto determinati benefici o che voglia instaurare un rapporto contrattuale con la Pubblica Amministrazione.

Tale tecnica regolativa rientra nel più ampio insieme delle norme che considerano i contratti collettivi come parametro di determinazione della retribuzione, norme che, di fatto, sono considerate come una sorta di salario

minimo legale, secondo un modello alternativo alla fissazione di un minimo retributivo orario per legge: ci si riferisce alle ipotesi in cui il legislatore sostanzialmente “impone che la retribuzione sia commisurate ad un determinato livello il cui parametro è costituito dai contratti collettivi”¹³⁵, ipotesi corrispondenti all’indennità di disponibilità nella somministrazione, nel lavoro intermittente e nel lavoro agile; alle norme sul trattamento economico dei lavoratori soci di cooperativa¹³⁶, dei lavoratori del terzo settore¹³⁷ e dei lavoratori distaccati¹³⁸, nonché all’equo compenso dei giornalisti.

Come si vede, la *ratio* di tali disposizioni non è diversa da quella che di fondo ha animato l’opera interpretativa dei giudici in tema di giusta retribuzione: anche in questi casi, infatti, si riconosce che la fissazione del trattamento economico debba avvenire ad opera dell’autorità salariale che meglio di altre può assolvere a tale compito, vale a dire l’autonomia collettiva; tuttavia, si pone anche per questa tecnica normativa il problema di coordinamento con la mancata attuazione dell’art. 39 Cost. e della mancanza di efficacia generale dei contratti collettivi oggetto di tali rinvii.

Nel presente lavoro ci concentreremo, allora, sulla vicenda della retribuzione da garantire al socio lavoratore di cooperativa¹³⁹, poiché è stata oggetto della sentenza n. 51/2015 della Corte costituzionale¹⁴⁰, che ha introdotto un’inedita ricostruzione dei principi anti-*dumping* contenuti

¹³⁵ PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 43.

¹³⁶ Cfr. art. 3, comma 1, della legge n. 142/2001.

¹³⁷ Cfr. art. 16 del d.lgs. n. 117/2017.

¹³⁸ Cfr. il riferimento al “*contratto collettivo in materia di durata minima delle ferie annuali retribuite e di trattamento retributivo minimo*” contenuto nell’art. 4, comma 4, del d.lgs. n. 136/2017, il cui art. 26 ha tuttavia abrogato l’art. 3 del d.lgs. n. 72/2000.

¹³⁹ Cfr. più in generale PALLADINI S., *La retribuzione del socio di cooperativa tra principi costituzionali e vincoli di sistema*, in VTDL, 2017, II, p. 347 ss.

¹⁴⁰ Corte cost. 1 aprile 2015, n. 51, in ADL, 2015, II, p. 928 ss., nt. LAFORGIA; in RGL, 2015, II, p. 493 ss., nt. BARBIERI; in DRI, 2015, II, nt. SCHIUMA. Un precedente sulla stessa questione, risolto dichiarando improponibile il ricorso, è stato Corte cost. 29 marzo 2013, n. 59, in DRI, 2013, III, p. 779 ss., nt. IMBERTI.

nell'art. 36 Cost., valevole anche per quelle disposizioni simili riferite ad altre tipologie di lavoratori¹⁴¹.

Nel dettaglio, oggetto di tale pronuncia sono state, in sostanza, due norme che, nel tentativo di definire le regole per la quantificazione del trattamento economico dei soci lavoratori di cooperativa, hanno fatto riferimento ai minimi tabellari della contrattazione collettiva, secondo uno schema, come già segnalato, mirato a replicare anche in altri settori dell'ordinamento quanto fatto con l'art. 36 Cost., la cui interpretazione giurisprudenziale considera la retribuzione fissata contratto collettivo rispettosa dei principi costituzionali¹⁴². L'art. 3, comma 1, della legge n. 142/2001, infatti, afferma che *“fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine”*. Nel caso, poi, siano presenti più contratti collettivi astrattamente applicabili, il legislatore ha stabilito con l'art. 7, comma 4, del d.l. n. 248/2007 che *“fino alla completa attuazione della normativa in materia di socio lavoratore di società cooperative, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, le società cooperative che svolgono attività ricomprese nell'ambito di applicazione di quei contratti di categoria applicano ai propri soci lavoratori, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, della legge 3 aprile 2001, n. 142, i trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria”*.

¹⁴¹ Si veda sul lavoro giornalistico non subordinato, ad esempio, DELFINO M., *Prove generale di regolazione legale del salario minimo*, cit., p. 697 ss.

¹⁴² Cfr. Cass. 15 febbraio 1962, n. 308, in RIDL, 1962, II, p. 386 ss.; Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1979, n. 6492 e Cass. 29 luglio 2000, n. 10002. Così GRECO M.G., *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro*, in VTDL, 2017, II, p. 369.

Rimanendo fermi, al momento, sul solo dato letterale di queste norme, possiamo subito evidenziare come il rinvio operato al contratto collettivo non sia, in questo caso, il medesimo di quelli visti precedentemente: non siamo di fronte, infatti, all'attività contrattuale della Pubblica amministrazione ed il giudice, stando a quanto emerge dal testo normativo, non potrebbe discostarsi da quanto previsto da quei contratti collettivi individuati dal legislatore, come potrebbe fare, seppur con dei limiti, nel caso dell'art. 36 Cost.¹⁴³.

Quello che, evidentemente, il legislatore ha fatto, allora, è stato prevedere delle misure di contrasto al fenomeno, comune nel settore delle cooperative, della presenza di più contratti collettivi stipulati da soggetti di dubbia rappresentatività con il solo scopo di attuare un *dumping* salariale: la contrattazione c.d. pirata¹⁴⁴. E la tecnica usata a tale scopo è consistita nello stabilire un salario minimo legale determinato in rapporto alla contrattazione collettiva nazionale di soggetti collettivi comparativamente più rappresentativi¹⁴⁵. Questa operazione, tuttavia, si espone alla critica del mancato rispetto dell'art. 39 Cost.: saremmo di fronte, anche in questo caso, ad un meccanismo per attribuire efficacia generalizzata ai contratti collettivi di diritto comune¹⁴⁶, piuttosto che, come è stato di contro osservato, ad un semplice richiamo ad un parametro esterno di commisurazione dei salari¹⁴⁷.

¹⁴³ Cass. 14 dicembre 2005, n. 27591 e 18 marzo 2004, n. 5519. In dottrina, cfr. IMBERTI L., Il socio lavoratore di cooperativa, Giuffrè, 2012, p. 181.

¹⁴⁴ Il legislatore è intervenuto a causa del conflitto derivato dalla presenza nel settore di contratti collettivi stipulati dalle maggiori centrali cooperative, Legacoop, Confcooperative e Agci, con le maggiori associazioni sindacali e contratti stipulati dall'Unci con soggetti di dubbia rappresentatività. Questo non ha comunque impedito l'emersione di un rilevante contenzioso sulla legittimità o meno dei contratti stipulati dall'Unci: cfr., ad esempio, Trib. Torino 24 ottobre 2008 in senso favorevole; Trib. Milano 21 dicembre 2009, in DL, 2010, p. 529 ss., nt. PAGANUZZI in senso sfavorevole.

¹⁴⁵ Così GRECO M.G., *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro*, cit., p. 369.

¹⁴⁶ VALLEBONA A., *Il trattamento economico e previdenziale dei soci di cooperativa*, in MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Giappichelli, 2002, p. 43 e FERLUGA L., *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Giuffrè, 2005, p. 155.

¹⁴⁷ Così IMBERTI L., *Il socio lavoratore di cooperativa*, cit., p. 181; LAFORGIA S., *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffrè, 2009, p. 100 e ZOLI C., *Il corrispettivo della prestazione lavorativa*, in NOGLER L., TREMOLADA M., ZOLI C. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 408 ss.

La questione, come detto, è stata recentemente risolta dalla Corte costituzionale, la quale ha accolto tale ultima interpretazione ed ha ribadito come quelle norme sopra citate non portassero ad una estensione *erga omnes* dei contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, ma fossero semplicemente un'indicazione, appunto, di un parametro per definire la proporzionalità e sufficienza del trattamento economico da corrispondere al socio lavoratore di cooperativa, replicando le stesse soluzioni cui giunge la giurisprudenza con riferimento all'applicazione dell'art. 36 Cost.

Le conseguenze di tale pronuncia non sono di poco conto. Come è stato osservato, infatti, questa sentenza ha l'importante merito di aver dimostrato come "l'attuazione per via giurisprudenziale dell'art. 36 Cost. non necessariamente coincida con l'attuazione che della stessa norma può fare il legislatore"¹⁴⁸: se consideriamo, infatti, che nulla vieta al legislatore di fissare un salario minimo legale compatibile con l'art. 36 Cost., allo stesso modo nulla dovrebbe vietargli di ricorrere ad un parametro esterno che più di altri è idoneo a tale scopo¹⁴⁹. Questo, tuttavia, tenendo presente che non necessariamente la misura della tutela sia la medesima: si dovrebbe distinguere, cioè, tra un contenuto essenziale della giusta retribuzione azionabile sempre in sede giurisdizionale ed una declinazione diversa dello stesso diritto, ma comprensiva del suo contenuto essenziale¹⁵⁰, di modo da giustificare, nel caso delle cooperative, il vincolo al rispetto di un trattamento economico complessivo ed eccedente il minimo costituzionale oggetto di estensione *ex art. 36 Cost.*¹⁵¹.

¹⁴⁸ ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 10.

¹⁴⁹ BARBIERI M., *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in RGL, 2015, p. 498 e BELLAVISTA A., *Il salario minimo legale*, cit., p. 746.

¹⁵⁰ ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 11.

¹⁵¹ Si riferivano, invece, al solo trattamento minimo SPOLVERATO G., PIOVESANA A., *Trattamento economico del socio subordinato di cooperativa*, in DPL, 2008, p. 1215 ss. e

Allo stesso tempo, l'attuazione dell'art. 36 per via legislativa può avvenire anche nella perdurante inattuazione dell'art. 39 Cost.: solo così, infatti, si può spiegare il riferimento ad un parametro esterno che non ha nulla a che vedere con l'estensione *erga omnes* del contratto collettivo.

Stando così le cose, allora, il rinvio mobile al contratto collettivo c.d. *leader* costituisce un modo per attuare l'art. 36 Cost. senza violare l'art. 39 Cost.: rimane, infatti, la libertà per i soggetti di stipulare contratti collettivi, che hanno piena cittadinanza nell'ordinamento, col solo limite del trattamento economico, che può esser fissato in una misura minima per dare attuazione al principio anti-*dumping* contenuto nello stesso art. 36 Cost., di modo da assicurare un trattamento uniforme su tutto il territorio nazionale e la parità di trattamento tra datori di lavoro e lavoratori. A ciò si aggiunga che nulla vieta di stipulare contratti collettivi contenenti trattamenti economici eccedenti quel minimo, che troveranno conseguentemente applicazione in luogo di quelli con le tariffe più basse¹⁵².

4. *Il governo dei fenomeni di outsourcing*

Il ricorso a forme di lavoro flessibile è tendenzialmente lo specchio di un fenomeno ben più profondo, che riguarda l'assetto organizzativo dell'impresa e la scelta dell'imprenditore tra il sistema di produzione "*make*" ed il sistema di produzione "*buy*", tra un'impresa organizzata secondo il c. d. modello "fordista" e quella organizzata secondo il c. d. modello "*post-fordista*". Il riferimento è ai fenomeni di *outsourcing*, consistenti nella scomposizione del ciclo produttivo al fine di concentrare il *core business* dell'attività solo su alcuni segmenti di esso, facendo ricorso alla

MARESCA A., *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in ADL, 2002, p. 611 ss.

¹⁵² BARBIERI M., *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, cit., p. 504 e ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, cit., p. 13.

collaborazione di altre imprese per quelle parti che invece si decide di affidare all'esterno – “esternalizzando”, appunto, le stesse – e creando così una “rete estesa di unità semiautonome o autonome con forme elastiche di coordinamento”¹⁵³.

La reazione dell'ordinamento non poteva essere di semplice ostacolo al fenomeno: la globalizzazione ha imposto profondi cambiamenti nel modo di fare impresa e le esternalizzazioni hanno mostrato che si possono ottenere vantaggi competitivi. In sostanza, non si deve cadere nell'equivoco che sia possibile soltanto un utilizzo fraudolento di tali processi: concentrare la propria attività solo su ciò su cui si è specializzati, e coinvolgere le competenze di altri soggetti economici dove se ne ha progressivamente bisogno, produce una riduzione dei rischi, un'ottimizzazione dei costi ed un guadagno di flessibilità¹⁵⁴, a scapito evidentemente della tradizionale struttura verticistica dell'impresa.

Da qui la necessità, comunque, di governare il fenomeno dell'*outsourcing* e, con particolare riferimento alle norme lavoristiche, di approntare un sistema di tutele per i lavoratori coinvolti¹⁵⁵. Ora, il fenomeno, come detto, è complesso e si realizza con il ricorso di diverse forme di cooperazione commerciale tra imprese, che possono instaurare relazioni non solo paritarie, ma anche rapporti in cui uno dei soggetti economici è in una posizione di inferiorità rispetto all'altro.

Principalmente, tuttavia, gli schemi negoziali che mettono maggiormente in crisi gli istituti classici del diritto del lavoro, sui quali ci si concentrerà, sono la mera fornitura di manodopera e l'appalto di opera o

¹⁵³ DE LUCA TAMAJO R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in RIDL, 2007, I, p. 4.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ Anche perché “i lavoratori sono in qualche misura assimilati agli altri mezzi di produzione: così come per il capitale, gli strumenti ed i capannoni che l'imprenditore può procurarsi per contratto, questi può procurarsi la forza lavoro non necessariamente attraverso un rapporto di dipendenza diretta, ma attraverso forme di integrazione nel meccanismo produttivo distinte dal contratto di lavoro subordinato”, cfr. DE LUCA TAMAJO R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, cit., p. 21.

servizio e non è un caso che il nostro ordinamento contenga una disciplina i cui cardini essenziali si rinvencono proprio nel divieto assoluto di interposizione, ad eccezione degli appalti leciti.

Cercando, tuttavia, di ricostruire brevemente un quadro complessivo delle tutele, ma in generale delle norme pensate per governare la destrutturazione dell'impresa, possiamo affermare che il criterio comune sia il riconoscimento di una maggiore o minore libertà organizzativa in capo all'imprenditore¹⁵⁶: si va, in sostanza, dal divieto assoluto di ricorso a determinati modelli di esternalizzazione, fino alla piena libertà di usare meri intermediari per ottenere forza lavoro.

A livelli intermedi possiamo poi collocare l'atteggiamento permissivo alle esternalizzazioni, ma alla condizione che queste siano funzionali ad una autentica competizione industriale e non sugli oneri della forza lavoro: la norma sulla parità di trattamento tra lavoratori dell'impresa appaltatrice o dell'azienda di somministrazione, infatti, serve proprio a scoraggiare che la convenienza sia solo legata ad un minore costo del lavoro, indirizzandola piuttosto su ragioni di specializzazione produttiva o su risparmi di tipo logistico e organizzativo.

Una competizione sui costi del lavoro è invece ammessa tutte le volte in cui, a scapito della parità di trattamento tra lavoratori, sia prevista solo una garanzia al trattamento economico del prestatore tramite la previsione di una responsabilità solidale per i crediti di natura retributiva e contributiva: in questo caso l'imprenditore che vuole fare ricorso a lavoratori altrui si rende garante del trattamento economico di questi ultimi nel caso in cui il relativo datore di lavoro sia incapiente. È un modo, in sostanza, per far sì, da un lato, che l'impresa decentrante scelga *partner* commerciali affidabili; dall'altro lato, che l'impresa ausiliaria possa far concorrenza sul costo del lavoro solo a condizione di essere solida e di poter adempiere regolarmente le

¹⁵⁶ *Ivi*, p. 24.

obbligazioni nei confronti dei propri lavoratori¹⁵⁷.

Su un piano in parte diverso, perché, piuttosto che riguardare l'assetto organizzativo dell'impresa, incide sull'autonomia contrattuale, si colloca l'atteggiamento di sfavore verso la dissociazione tra titolare formale del rapporto e utilizzatore effettivo della prestazione lavorativa. Lo sfavore, in altri termini, nei confronti dell'interposizione di manodopera espresso tramite la sanzione della imputazione del rapporto di lavoro in tutti i casi in cui si verifichi, anche se possono essere previste specifiche eccezioni, quali la somministrazione di lavoro tramite agenzia ed il distacco.

È evidente, dunque, come un ruolo di garanzia del trattamento economico del prestatore d'opera, nonché di irrigidimento del costo lavoro, lo abbiano le norme sulla parità di trattamento e sulla responsabilità solidale sparse nel nostro sistema; parimenti è evidente che il modo in cui vengono graduate queste tutele esprime, da un lato, l'approccio di un ordinamento alla questione; dall'altro lato, determina le scelte degli attori economici: un esempio, per quanto riguarda il presente discorso, può essere proprio il rapporto tra la parità di trattamento e la responsabilità solidale, essendo stata espunta la prima dalla disciplina che riguarda gli appalti¹⁵⁸. È chiaro, allora, il tentativo di rendere tale forma di decentramento preferibile alla somministrazione di lavoro¹⁵⁹, ma ciò può portare anche ad un uso distorto di tale strumento contrattuale: partendo dal presupposto che sia comunque applicabile un contratto collettivo, quanto meno per quanto riguarda la parte economica, all'appaltatore, l'appaltante potrebbe scegliere quest'ultimo unicamente sulla base del contratto collettivo le cui condizioni economiche

¹⁵⁷ CORAZZA L., "Contractual integration" e rapporti di lavoro, Cedam, 2004, p. 252.

¹⁵⁸ La norma in questione era presente nella l. n. 1369/1960, ma è stata superata dal d. lgs. n. 276/2003.

¹⁵⁹ SCARPELLI F., *Art. 29. Appalto*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, p. 436 ss.; CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO P. (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il d. lgs. 276/2003*, Cacucci, 2004, p. 155 ss.; ALLEVA G., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, 2004, p. 165 ss.

siano più vantaggiose.

In conclusione, bisogna verificare come operano le norme sulla responsabilità solidale; occorre accertarsi che queste riescano a mettere in campo una effettiva tutela al trattamento economico del lavoratore e che riescano a salvaguardare allo stesso tempo una concorrenza leale tra terzisti e rispettivi committenti, avendo bene in mente come una giusta misura di limitazione della concorrenza tra i prestatori d'opera, con ricadute anche sui rispettivi datori di lavoro, è in grado di evitare la fuga fraudolenta dal rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato. Usando, ancora, i termini della teoria economica, bisogna accertarsi che i costi imposti dalle norme non siano maggiori dei costi di transazione che si avrebbero in una libera economia di mercato: è questo il motivo per cui le imprese potrebbero scegliere, sul versante lavoro, di ricorrere a fenomeni di *outsourcing* in luogo del tradizionale contratto di lavoro subordinato¹⁶⁰.

4.1. *Il sistema della responsabilità solidale*

Come abbiamo appena esaminato, il nostro sistema di norme protettive è condizionato dalla presenza di un appalto lecito¹⁶¹ che, assieme alla presenza del divieto di ricorso alla mera fornitura di manodopera, se non per mezzo delle agenzie autorizzate, condiziona l'applicazione della sanzione dell'imputazione del rapporto in capo a chi effettivamente si avvantaggia della prestazione lavorativa: in sostanza, un appalto genuino assicura che non si sia innanzi ad una mera interposizione fittizia del datore di lavoro, residuando solo la tutela della responsabilità solidale in capo al lavoratore dell'appaltatore.

¹⁶⁰ R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, cit., p. 38.

¹⁶¹ Si dà per pacifico che l'esame delle norme di interesse al presente lavoro possa essere limitato alle principali forme di decentramento, riproducendosi per le altre le medesime tecniche di estensione.

La norma più risalente che prefigura tale garanzia è l'art. 1676 c. c.¹⁶² che, tuttavia, la condizionava alla presenza, ovviamente, di un appalto lecito, da intendersi come organizzazione di mezzi e gestione a proprio rischio; alla presenza di una prestazione lavorativa in esecuzione di quell'appalto a vantaggio di quell'appaltante-committente; alla presenza di un credito di lavoro inadempito da parte dell'appaltatore-datore di lavoro; infine, all'esistenza di un credito dell'appaltatore verso il committente. Al verificarsi di tutte queste condizioni, il lavoratore può esercitare un'azione contro il committente per ottenere la minor somma tra quanto gli spetta e quanto è dovuto dal committente all'appaltatore¹⁶³.

Come si vede, tale norma addossa al committente la responsabilità per il solo fatto di ricavare un'utilità dall'esecuzione di prestazioni di lavoro da parte di soggetti che non sono suoi dipendenti¹⁶⁴.

Avendo chiaro il punto di partenza, è interessante notare come con l'evoluzione legislativa su questa materia sia anche cambiato l'approccio del nostro ordinamento al fenomeno degli appalti: un rilievo in questa evoluzione lo ha ovviamente la l. n. 1369/1969 che, per quanto riguardava gli appalti c.d. endo-aziendali, con organizzazione e gestione sempre in capo all'appaltatore, prevedeva, "attraverso un meccanismo di integrazione legale"¹⁶⁵ in favore dei dipendenti dell'appaltatore, un trattamento minimo inderogabile retributivo e un trattamento normativo non inferiore a quello dei lavoratori dell'appaltante, di fatto sostituendo il trattamento in essere tra appaltatore e suoi dipendenti. A ciò doveva aggiungersi la perdurante presenza della regola sulla responsabilità solidale, estesa anche ai trattamenti di previdenza e

¹⁶² Per una ricostruzione storica accurata, cfr. CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in Comm. Schlesinger, 2000, p. 474 ss.

¹⁶³ Cass. 14 marzo 2001, n. 3559, in GI, 2001, p. 1883 ss. La norma, poi, è sempre stata interpretata in modo restrittivo, nel senso di limitare l'azione alla soddisfazione del solo credito di lavoro maturato in relazione all'esecuzione di quell'appalto: così Cass. 19 novembre 2010, n. 23489.

¹⁶⁴ Si parla anche di "codatorialità sostanziale" CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2008, p. 118.

¹⁶⁵ CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, cit., 525.

assistenza.

È evidente, dunque, come l'intento del legislatore dell'epoca fosse quello di sfavorire questo tipo di relazioni commerciali tra imprese, imponendo, da un lato, la sostanziale parità tra il costo dei lavoratori assunti direttamente e i lavoratori del proprio appaltatore; da un altro lato, ampliando lo spettro delle somme che il lavoratore poteva far valere nei confronti dei soggetti a capo della filiera, con l'importante eccezione, tuttavia, dei lavoratori impiegati in appalti esterni.

Tale atteggiamento muta radicalmente con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 276/2003, tramite il quale viene superata la norma sulla parità di trattamento, nonché la distinzione tra appalti interni ed esterni, e viene estesa la responsabilità a tutti i crediti retributivi e contributivi del lavoratore – anche se, inizialmente, rimarrà una distinzione tra appalti di opere e appalti di servizi.

Rinviando ad altra sede l'esegesi delle varie evoluzioni di questa norma¹⁶⁶, possiamo soffermarci su alcuni aspetti dibattuti, uno dei quali è il regime di estensione della responsabilità nella catena dei subappalti: prendendo come dato pacifico che nei confronti del committente possono agire i lavoratori dipendenti dall'appaltatore, nonché di uno qualsiasi dei subappaltatori eventualmente impegnati nell'appalto in questione, si discute se lo stesso lavoratore possa rivalersi anche nei confronti dell'appaltatore e di tutti i successivi subappaltatori della filiera, facendo sì che responsabile di tutta la catena sia non solo il committente, ma anche tutti i soggetti che subappaltano¹⁶⁷.

A tale interpretazione estensiva si può pervenire se si considera come il subappalto sia tale solo se riferito all'appalto principale, ma se lo si isola da tale visuale riprende i connotati di un appalto, non essendoci nulla di

¹⁶⁶ IMBERTI L., *Il trattamento economico e normativo*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss.

¹⁶⁷ A favore di tale ricostruzione IMBERTI L., *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d. l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in LG, 2008, n. 7.

giuridicamente rilevante in grado di distinguerlo da esso. Non solo, come abbiamo già visto, la *ratio* dell'art. 29 è quella di assicurare una particolare tutela nei confronti dei lavoratori ausiliari dell'appaltatore, atta a proteggerli dal rischio di inadempimento di quest'ultimo – esigenza che ricorre sia nell'appalto che nel subappalto¹⁶⁸. Ancora, tale interpretazione estensiva sembra coerente con quell'ulteriore fine che si sta cercando di rintracciare nell'ordinamento, vale a dire il perseguimento di una concorrenza leale e senza la rincorsa spasmodica ai risparmi sul personale, a maggior ragione in tutte quelle situazioni di dubbia legittimità e dove è più facile il ricorso al lavoro nero¹⁶⁹.

Un'ulteriore questione da porsi attiene poi al carattere eccezionale o meno dell'art. 29 d. lgs. 276/2003: la risposta a tale interrogativo condiziona, infatti, la risposta del nostro ordinamento a fenomeni simili all'appalto, ma non disciplinati, nonché, più in generale, una scelta sui principi di fondo del nostro sistema di tutela.

Il problema non è di poco conto, e riguarda la possibilità di estendere in via analogica la norma sulla responsabilità solidale anche ad ipotesi non previste, operazione, come ben noto, condizionata al fatto che la norma in oggetto abbia portata di regola generale dell'ordinamento, essendo vietata l'analogia della legge eccezionale.

Tuttavia, il confine tra norma eccezionale e norma generale non è sempre chiaro, dovendosi ribadire come non ogni legge che faccia eccezione ad una regola sia per ciò stesso eccezionale: invero, “eccezionali senza alcun dubbio sono solo le norme che dettano regole che derogano a principi cardine

¹⁶⁸ Così Cass., sez. lav., 9 agosto 2003, n. 12048, in MGC, 2003, 7-8; Cass., sez. lav., 7 marzo 2008, n. 6208.

¹⁶⁹ Questa interpretazione ha anche sei risvolti per quanto riguarda il pagamento dei contributi previdenziali ed i premi assicurativi, di cui sono responsabili non solo il committente verso l'appaltatore ed i successivi subappaltatori, e l'appaltatore verso il primo subappaltatori, ma tutti i subappaltatori tra loro; stesso discorso vale per i debiti fiscali, per i quali è comunque salvo il committente, stando al tenore letterale della norma del c. d. Decreto Bersani. Di opinione diversa, anche se l'assunto di partenza sembra essere il medesimo, è IMBERTI L., *Il trattamento economico e normativo*, cit., 82.

dell'ordinamento, cosicché la loro estensione al di là dei limiti fissati dalla legge creerebbe nell'ambito del sistema condizioni di contraddittorietà”¹⁷⁰.

Comunque, secondo una parte della dottrina¹⁷¹ la responsabilità solidale¹⁷² avrebbe proprio una portata generale, ricavabile dal fatto che la legge richiede che tutti i processi di esternalizzazione e disintegrazione della struttura verticale dell'impresa comportino l'obbligo di quest'ultima di tutelare i soggetti più deboli da tutte le distorsioni che si potrebbero verificare, prima tra tutte la moltiplicazione dei soggetti fruitori in senso lato della prestazione di lavoro. Tutte le realtà imprenditoriali coinvolte in tali processi devono essere “aggregabili”, per così dire, dai lavoratori esternalizzati, proprio perché “i contratti commerciali tra imprese determinano modalità organizzative e di produzione che concretamente incidono sui rapporti di lavoro di chi concorre con il proprio lavoro alla realizzazione dei contratti commerciali posti in essere”¹⁷³. In sostanza, tale collegamento tra contratto commerciale e rapporto di lavoro sarebbe ascrivibile alla categoria del “contatto sociale qualificato”, consistente nella innegabile partecipazione congiunta alla medesima operazione economica¹⁷⁴.

A favore della natura di norma speciale depone, invece, la parte maggioritaria della dottrina, che essenzialmente valorizza la specialità della

¹⁷⁰ GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Esi, 2017, p. 50.

¹⁷¹ CORAZZA L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP CSDL “Massimo D’Antona” – IT, 93/2009. Parlano esplicitamente di applicazione di norme generali in tema di fideiussione FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell’appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in RGL, 2012, I, p. 463 ss.

¹⁷² In questo caso il termine di paragone è dato dalla codatorialità, che viene considerata come tutela generalizzata, in quanto estesa a tutti i possibili danni subiti dal lavoratore e comportante tutti gli obblighi ex art. 2087 c.c.: cfr. SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in DLRI, 2010, p. 79.

¹⁷³ GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. – Cassino 18-19 maggio 2017, dattiloscritto, p. 26. Nello stesso senso anche VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, BUP, 2017, p. 244 ss.

¹⁷⁴ VENTURI D., *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in DRI, 2010, III, p. 847.

norma lavoristica in rapporto al diritto generale dei contratti¹⁷⁵, specialità che si rinviene, inoltre, nella disparità di forza tra committente e appaltatore.

Il vero discrimine, in sostanza, si avrebbe “ove la responsabilità solidale fosse ricollegabile a tutte le possibili forme di decentramento e/o esternalizzazione, dandosi così fiato alla tesi dell’applicazione generalizzata della responsabilità solidale, quest’ultima potrebbe guadagnare il rango di principio generale dell’ordinamento”¹⁷⁶. Tuttavia, allo stato attuale, e nonostante l’opera della giurisprudenza di estensione di tale norma¹⁷⁷, sembra difficile arrivare ad affermare tanto, anche se si potrebbe trovare un ulteriore argomento in senso contrario se si pensa alla responsabilità solidale come norma generale, specifica per le ipotesi di esternalizzazione, di tutela del trattamento economico del lavoratore e di limitazione della concorrenza sui costi del lavoro, in collegamento con tutto il sistema di norme che da più parti nell’ordinamento sono accomunate da quel medesimo fine, ma sono espressione di tecniche regolative diverse.

4.2. *La responsabilità solidale come norma generale?*

Gli argomenti a favore della interpretazione della responsabilità solidale come norma a carattere generale per tutte le ipotesi di dissociazione formale del datore di lavoro sono stati confermati dalla recente sentenza della Corte costituzionale in tema di subfornitura¹⁷⁸. La giurisprudenza di merito, infatti, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell’art. 29 del d. lgs. n. 276/2003, colpevole di aver approntato una garanzia per il trattamento economico del lavoratore irragionevolmente limitata alla sola

¹⁷⁵ ROMEI R., *Il diritto del lavoro e l’organizzazione dell’impresa*, in PERULLI A. (a cura di), *L’idea di diritto del lavoro oggi*, Cedam, 2016, p. 517 ss. e MAIO V., *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in ADL, 2016, I, p. 795 ss.

¹⁷⁶ GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, cit., p. 27.

¹⁷⁷ Tanto da parlare di un “sistema a geometria variabile nel tempo e nello spazio”: cfr. COSTA G., *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 302/2016.

¹⁷⁸ Corte cost. 6 dicembre 2017, n. 254, in DRI, 2018, II, p. 611 ss., nt. DEL FRATE.

ipotesi dell'appalto di opera o servizio, principale strumento contrattuale di decentramento produttivo dell'impresa¹⁷⁹.

In particolare, la questione è stata sollevata da una Corte di Appello¹⁸⁰ che non ha ritenuto di poter estendere in via analogica l'art. 29 del d. lgs. n. 276/2003 all'ipotesi della subfornitura ex l. n. 192/1998, data la sua natura di norma speciale. Al contempo i giudici non hanno potuto fare a meno di evidenziare un contrasto con l'art. 3 Cost., “non risultando ragionevole che nel fenomeno diffuso della esternalizzazione e della parcellizzazione del processo produttivo, i dipendenti del subfornitore siano privati di una garanzia legale di cui, per contro, possono godere i dipendenti di appaltatore e subappaltatore”, nonché una lesione della garanzia alla giusta retribuzione ex art. 36 Cost.

Invero, sulla base di questo ragionamento i giudici di secondo grado non avrebbero potuto non sollevare la questione di legittimità costituzionale; al contempo, però, bisogna evidenziare come con una differente lettura avrebbero potuto fornire un'altra soluzione: l'argomentazione alla base della ordinanza, infatti, si fondava sulla impossibilità di ricorrere all'analogia in tema di responsabilità solidale, con conseguente applicazione dell'art. 29 alle sole ipotesi espressamente previste di appalto e subappalto. Seguendo, invece, un ragionamento diverso, volto ad interpretare in modo estensivo la nozione di appalto oggetto delle tutele lavoristiche, più che ad estendere queste ultime tramite l'analogia oltre le ipotesi espressamente previste, si sarebbe potuta evitare la necessità di sottoporre la norma al giudizio della Corte costituzionale.

In ogni caso, per meglio comprendere l'esito a cui sono pervenuti i giudici costituzionali, può essere utile spendere qualche considerazione sul particolare rapporto tra subfornitura e appalto, di modo da comprendere le

¹⁷⁹ Tra gli ultimi, CORDELLA C., *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in DRI, 2016, II, p. 521 ss.

¹⁸⁰ App. Venezia, ord. 13 luglio 2016.

ragioni che hanno portato a dichiarare la norma sulla responsabilità solidale applicabile anche oltre i confini tradizionali dell'appalto.

Allora, bisogna rammentare in via preliminare che la disciplina di cui stiamo discutendo, come già evidenziato *supra*, costituisce la risposta del nostro ordinamento al fenomeno del decentramento produttivo, nel contesto del superamento del modello c. d. "fordista" di organizzazione dell'impresa in favore di quello c.d. "post-fordista". Come abbiamo detto, l'appalto d'opera o servizio è lo strumento contrattuale principale con cui avviene tale decentramento, al punto che, a seguito del d.lgs. n. 276/2003, si è parlato di una "nozione giuslavorista di appalto"¹⁸¹, quanto meno riferita ad una sorta di "dematerializzazione" del requisito organizzativo, nel caso di appalti c. d. "*labour intensive*"¹⁸².

In buona sostanza, il legislatore ha mostrato un rinnovato approccio alla questione del decentramento produttivo e, nel fornire alle imprese gli strumenti giuridici idonei a tal fine, ha mantenuto, da una parte, il divieto di interposizione fittizia del datore di lavoro come principio generale dell'ordinamento e, dall'altra, ha ritagliato la nozione di appalto lecito da quella di somministrazione di lavoro, prevedendo apposite tutele per i lavoratori coinvolti in tali processi.

In particolare, a fronte del superamento della regola della parità di trattamento *ex art. 3, l. n. 1369/1960*, un ruolo centrale lo ha assunto la norma sulla responsabilità solidale dell'appaltante per i crediti di natura retributiva vantati dai lavoratori impiegati dall'appaltatore *ex art. 29, d.lgs. n. 276/2003*¹⁸³, nel disegno di una generalizzata responsabilizzazione delle

¹⁸¹ Ancora C. CORDELLA, *op. cit.*, p. 523 ss., nonché ALVINO I., *L'appalto e i suoi confini*, in AIMO M., IZZI D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014, p. 17 ss.; ALBI P., *Il contratto di appalto*, in BROLLO M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1595 ss.

¹⁸² DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in ADL, 2005, I, p. 62.

¹⁸³ Cfr. *amplius*, anche con riferimento alla tutela originaria ed oramai residuale *ex art. 1676 c.c.*, IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, in M. AIMO M., IZZI D. (a cura di), *op. cit.*, p. 52 ss., e IMBERTI L., *Il trattamento economico e normativo*, cit., p. 63 ss.

imprese nella scelta dei rispettivi *partner* commerciali cui affidare segmenti della produzione.

Se da un lato, infatti, non si poteva non dare risposta alle esigenze degli operatori del mercato, da un altro lato si doveva evitare che questo processo consentisse un mero risparmio dei costi del lavoro: spostare il rischio dell'inadempimento dell'obbligazione del prestatore di lavoro su colui che, per un verso, si era appropriato dell'utilità di quella prestazione e per il quale, per altro verso, il sacrificio economico era più sostenibile, appariva come un rimedio ragionevole¹⁸⁴.

Un rimedio di questo tipo è stato, come già visto, ritenuto di natura eccezionale per il nostro sistema: il regime di responsabilità solidale è stato, infatti, previsto in modo esplicito per specifiche ipotesi individuate di volta in volta dal legislatore ed ha configurato, in sostanza, una responsabilità in capo ad un soggetto terzo al rapporto di lavoro originario. Tutto questo ha portato all'esclusione della interpretazione analogica della norma sulla responsabilità solidale in base all'art. 12 delle preleggi, con conseguente impossibilità di estensione ad ipotesi affini all'appalto, ipotesi che, invero, potrebbero essere utilizzate dagli operatori per eludere le tutele di quest'ultimo¹⁸⁵.

È il caso questo della subfornitura¹⁸⁶, tanto che già da qualche tempo, nel far riferimento alla facilità con cui le imprese gestiscono l'estensione della propria rete di collaborazioni con rinnovi contrattuali e nuove commesse, si fa un parallelismo tra imprenditore appaltatore ed imprenditore subfornitore¹⁸⁷.

Ora, è evidente che, da un lato, queste ipotesi pongono le medesime

¹⁸⁴ MOLLO M., *Articolo 29, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in ADL, 2015, I, p. 114 ss., nonché ALVINO I., op. cit., p. 15, e CORAZZA L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, cit., p. 14.

¹⁸⁵ ALVINO I., op. cit., 43 ss.; IZZI D., *Appalti e responsabilità solidale*, cit., p. 85; IMBERTI L., *Il trattamento economico e normativo*, cit., p. 78.

¹⁸⁶ Per un quadro generale, cfr. GAMBERINI G., *Ai confini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale*, in DRI, 2012, IV, p. 1055 ss.

¹⁸⁷ DEL PUNTA R., *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in DRI, 2004, II, p. 218 ss.

esigenze di tutela, nel senso che “nel contesto produttivo svolgono la stessa funzione economico-organizzativa di decentramento del lavoro producendo i medesimi rischi per il lavoratore”¹⁸⁸, e, dall’altro lato, che la *ratio* dell’art. 29 del d. lgs. n. 276/2003 è proprio quella di rafforzare la tutela dei diritti dei lavoratori coinvolti nelle scelte di decentramento produttivo. Una soluzione a tale dicotomia, allora, si sarebbe potuta rivenire in uno sforzo interpretativo sulla nozione stessa di appalto ai fini del diritto del lavoro, nel senso di preoccuparsi, più che di estendere in via analogica l’art. 29 ad altre ipotesi contrattuali non previste, di far rientrare nell’ipotesi dell’appalto le altre tipologie di confine.

Tale operazione non è nuova e si è basata, in altri casi, sulla valorizzazione dell’obbligazione di *facere* rispetto a quella di dare, riconoscendo in questo modo la presenza di un contratto di appalto tutte le volte in cui le parti formalmente avevano stipulato un contratto diverso¹⁸⁹: emblematica, in tal senso, è la vicenda del contratto di trasporto con riferimento alle grandi società specializzate nel settore, che ha richiesto perfino l’emanazione da parte del Ministero del lavoro di una circolare al fine di distinguere il c.d. appalto di servizi di trasporto dal contratto di trasporto vero e proprio¹⁹⁰. In queste ipotesi, nei termini delle regole dell’interpretazione dei contratti, siamo di fronte ad una *quaestio voluntatis*: si è alla ricerca della effettiva volontà dei contraenti, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito dalle parti al contratto.

Tornando alla questione in esame, la subfornitura¹⁹¹ è una particolare

¹⁸⁸ CARINCI M.T., *Il concetto di appalto rilevante ai fini delle tutele giuslavoristiche e la distinzione da fattispecie limitrofe*, in CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *op. cit.*, p. 24.

¹⁸⁹ Cfr. Trib. Milano 29 novembre 2007, in D&L, 2008, n. 1, p. 262 ss.; Trib. Milano 27 ottobre 2009, *ivi*, 2009, n. 4, p. 1019 ss., nt. CAPURRO; Trib. Milano 31 maggio 2011, *ivi*, n. 3, p. 688 ss., nt. CAPURRO.

¹⁹⁰ Cfr. GAMBERINI G., VENTURI D., *La responsabilità solidale nel settore trasporti: commento alla circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012*, in DRI, 2012, III, p. 859 ss.; sul punto, inoltre, CAROSIELLI G., *La responsabilità solidale nell’autotrasporto merci per conto terzi*, in DRI, 2015, I, p. 251 ss., e MOLLO M., *op. cit.*, p. 113 ss.

¹⁹¹ LECCESE R., voce *Subfornitura (contratto di)*, in DDPComm, 1998, XV, p. 238 ss., e SUPPA M., voce *Subfornitura (contratto di)*, in EGT, 2001, XVII, p. 1 ss.

forma di cooperazione commerciale tra imprese, caratterizzata dalla dipendenza tecnico-organizzativa e, di conseguenza, economica del subfornitore dal committente. Tralasciando il fatto che ci si trovi di fronte ad una subfornitura di lavorazioni o ad una subfornitura di beni o servizi, quello che rileva è la stretta integrazione nel processo produttivo del committente della prestazione del subfornitore, che deve conformarsi a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente. In questo si può cogliere l'asimmetria di fondo di tale disciplina: siamo innanzi, infatti, ad un imprenditore che si trova in una forma di soggezione nei confronti di un altro imprenditore, proprio per il fatto che la sua sopravvivenza dipende dalle commesse di quest'ultimo, rispetto al quale versa in una sorta di rapporto di mono-committenza.

Invero, la dottrina maggioritaria considera la subfornitura non come un contratto a sé, ma come un insieme di norme a tutela dell'imprenditore "debole", con una tecnica normativa simile a quella per la tutela dei consumatori, ed applicabili a vari contratti, tra cui l'appalto¹⁹²: quello di cui si discute, tuttalpiù, è se si possa estendere una normativa di protezione del soggetto imprenditoriale debole anche ai rispettivi dipendenti.

Un primo tentativo può corrispondere a quanto sostenuto già alcune pronunce che hanno rinvenuto gli elementi dell'appalto in ipotesi di contratti qualificati come "subfornitura", con applicazione della relativa disciplina sulla responsabilità solidale¹⁹³. E non si vede come si sia potuto fare altrimenti: benché sia innegabile che l'imprenditore subfornitore si trovi in una posizione di particolare debolezza, anche solo per il fatto di dover produrre sulla base delle richieste stringenti del committente, allo stesso

¹⁹² MARINELLI M., *La subfornitura*, in BROLLO M. (a cura di), *op. cit.*, 1650; SALA CHIRI M., *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in ADL, 2003, I, p. 221 ss.; parlava già di disciplina per "i rapporti di natura commerciale tra l'impresa committente e l'impresa subfornitrice, senza che questo venga a incidere sui rapporti di lavoro instaurati dalla subfornitrice con i propri dipendenti, che come tali sono soggetti alle regole generali del diritto del lavoro" BIAGI M., *Disciplina della subfornitura e rapporto di lavoro*, in GLav, 1999, VIII, p. 15.

¹⁹³ Cfr. App. Brescia 11 maggio 2016, in ADL, 2016, II, p. 1033 ss., nt. TAGLIENTE; App. Torino 5 aprile 2016, n. 65, e Trib. Rovigo 9 febbraio 2016, entrambe a quanto consta inedite.

tempo, però, non si può negare come questa caratteristica non basti a escludere, da una parte, l'esercizio di un potere organizzativo, che può a maggior ragione essere limitato all'esercizio del potere direttivo nei confronti dei lavoratori, e, dall'altra, l'assunzione di un autonomo rischio d'impresa. Se, infatti, ci interroghiamo sulle tutele da riconoscere ai lavoratori coinvolti in tali operazioni, dobbiamo guardare al sistema complessivo del c.d. "decreto Biagi", limitandoci a verificare cioè se ci si trovi innanzi ad una interposizione fittizia di un datore di lavoro o ad un appalto genuino, indipendentemente dall'analisi di quella che è una disciplina a tutela di alcune tipologie di imprenditori. In caso contrario, dovremmo ammettere di poterci trovare di fronte ad una normativa di protezione dell'imprenditore debole usata per eludere le tutele di un soggetto ancora più debole: il lavoratore subordinato.

In quest'ottica, si può senza dubbio valorizzare il ragionamento di chi, in una disciplina che tipizza concetti come la dipendenza tecnica ed economica, vi ha visto, a maggior ragione, un rischio di somministrazione irregolare di lavoratori: all'atto pratico, il subfornitore che utilizza lavoratori subordinati o ricade in un appalto lecito, i cui requisiti vanno di volta in volta verificati sulla base del d.lgs. n. 276/2003, o rischia di essere un mero interposto, data l'eventualità che la dipendenza tecnica ed economica immaginata dalla l. n. 192/1998 possano tradursi in una piena ingerenza del committente sul terzista¹⁹⁴. Si dovrebbe concludere, allora – e l'adozione di questo punto di vista avrebbe evitato di sollevare la questione di legittimità costituzionale –, che la nozione di appalto *ex* d.lgs. n. 276/2003 può essere intesa in modo da comprendere le ipotesi di subfornitura, nella misura in cui questa resta una delle possibili vie di regolazione dei rapporti commerciali tra imprenditori, mentre la tutela dei lavoratori coinvolti in tali processi

¹⁹⁴ TAGLIENTE A., *Il rapporto di subfornitura tra elementi tipici e derivati dall'appalto: la questione della responsabilità solidale*, in ADL, 2016, II, p. 1041 ss.; SALA CHIRI M., *op. cit.*, p. 219; BIAGI M., *op. cit.*, p. 16.

sarebbe rimessa al sistema delineato dal d. lgs. n. 276/2003, ed in particolare alle disposizioni in tema di appalto lecito e responsabilità solidale *ex art. 29, comma 2*. L'interprete dovrebbe, dunque, preoccuparsi, più che dei limiti dell'interpretazione analogica dell'art. 29, dell'indagine sugli elementi tipici dell'appalto genuino: in questo modo non solo si rispetterebbero i canoni dell'interpretazione dei contratti in generale, ma si fornirebbe anche la medesima tutela ad ipotesi simili di decentramento produttivo, con l'ulteriore conseguenza di scoraggiare comportamenti volti a qualificare un contratto diversamente dall'appalto al solo fine di eluderne le relative tutele.

È parso opportuno riprendere queste considerazioni perché, nonostante siano state usate per risolvere la medesima questione, non sono state minimamente riprese dalla Corte costituzionale quando ha sancito l'ammissibilità dell'analogia per l'art. 29, comma 2, del d.lgs. n. 276/2003, tanto da far parlare di "metodo argomentativo carente ed impreciso"¹⁹⁵. Questa, infatti, si è solo limitata ad un richiamo del sotto-ambito del lavoro indiretto, presupposto per considerare quella della responsabilità solidale come norma di carattere generale: questo richiamo, tuttavia, appare eccessivamente impreciso e, forse, per risolvere il dubbio di cosa sia lavoro indiretto idoneo a vedersi applicata la norma sulla responsabilità solidale può ancora farsi ricorso a quella interpretazione estensiva della nozione di appalto vista sopra.

¹⁹⁵ Cfr. DEL FRATE M., *La Corte costituzionale sull'applicabilità della responsabilità solidale alla subfornitura: condivisibile il risultato ma non il metodo*, in DRI, 2018, II, p. 614.

CAPITOLO III

IL COSTO DEL LAVORO E IL SISTEMA PREVIDENZIALE

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'incidenza della contribuzione previdenziale sul c.d. costo del lavoro. – 2. La determinazione del prelievo contributivo: la retribuzione imponibile ai fini previdenziali. – 2.1. Dalla corrispettività alla onnicomprensività della retribuzione imponibile. – 2.2. La retribuzione imponibile ai fini previdenziali e ai fini fiscali. – 2.3. La tassatività delle esclusioni e il fine di riduzione del costo del lavoro. – 3. La determinazione del prelievo contributivo: il minimale contributivo. – 3.1. L'individuazione della base di calcolo del minimale contributivo. – 3.2. L'individuazione del contratto *leader*: la concorrenza tra autorità salariali. – 4. Il minimale contributivo e i riflessi sull'efficacia del contratto collettivo.

1. *Introduzione: l'incidenza della contribuzione previdenziale sul c.d. costo del lavoro*

Già con riguardo ai lavori della Costituente avevamo accennato alla necessità, secondo qualcuno, di accogliere un concetto di retribuzione più ampio di quello rilevante nella sola dimensione contrattuale: ci si sta riferendo al principio del c.d. salario previdenziale¹, da intendersi come “quello che, nello spirito dell'art. 38, comma 2, Cost., abbia riguardo non solo ai bisogni presenti, ma altresì ai bisogni futuri ed eventuali del prestatore, condizionanti la sua stessa attività di lavoro”². In questo modo, il contributo previdenziale del lavoratore subordinato sarebbe stato concepito come “parte integrante del salario”³, con evidente rilevanza di tutte le considerazioni svolte sull'art. 36 Cost. ed il c.d. minimo costituzionale: insomma, anche sulla determinazione della misura dei contributi previdenziali hanno una diretta incidenza i principi costituzionali e l'esigenza di fissazione di costi del lavoro secondo una misura *standard*, di cui non si può prescindere in questo lavoro.

¹ Cfr., in generale, SANTORO-PASSARELLI F., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in RIPS, 1948, I, p. 193 ss.; PESSI R., *Salario previdenziale e rapporto di lavoro*, in RDSS, 2003, II, p. 459 ss.

² PERONE G., voce *Retribuzione*, cit., p. 44.

³ *Ibidem*.

La nozione di un salario previdenziale, però, non può considerarsi risolutiva, se non altro perché, pur mettendo in evidenza il rapporto tra lavoratore e datore di lavoro anche in ottica previdenziale, non è in grado di spiegare la natura giuridica dei contributi in tutti i casi in cui non si abbia a che fare col lavoro subordinato o, in generale, con riferimento al rapporto tra ente previdenziale e soggetto passivo diverso dal datore di lavoro⁴.

Quanto detto non basta, tuttavia, a nascondere la rilevanza ai fini del nostro discorso di tutta la normativa che, parallelamente in un certo senso alle norme sulla determinazione della retribuzione, contribuisce alla misura complessiva del costo del lavoro in capo agli imprenditori, anche perché lo sviluppo della c.d. previdenza contrattuale⁵ potrebbe, secondo qualcuno⁶, riattualizzare la teoria del salario previdenziale.

Diventa necessario, allora, l'esame della disciplina che, in una certa misura, può comunque considerarsi espressione di quella teoria, vale a dire delle norme sulla determinazione e quantificazione dell'obbligazione contributiva, in particolare dell'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 338/1989, convertito in legge n. 389/1989: tale norma riguarda la retribuzione-parametro da considerare ai fini della soglia minima per il calcolo dei contributi previdenziali, che va individuata in base "*all'importo delle retribuzioni stabilito da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale*" e che costituisce il c.d. minimale contributivo.

2. *La determinazione del prelievo contributivo: la retribuzione imponibile ai fini previdenziali*

⁴ Così PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2011, p. 91.

⁵ Su cui cfr. SQUEGLIA M., *La "previdenza contrattuale". Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, 2014.

⁶ TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. – Palermo 17-19 maggio 2018, dattiloscritto, p. 1.

L'analisi del legame tra costo del lavoro genericamente inteso e sistema previdenziale riguarda l'adempimento dell'obbligazione contributiva, che presuppone, quindi, l'adempimento di una prestazione di lavoro subordinato. Al fine di individuare l'ammontare del contributo dovuto agli enti previdenziali, allora, è necessario muovere dalla determinazione della retribuzione dovuta al lavoratore *ex art. 2099 c.c.*, in cui un ruolo di rilievo è assunto, come visto, dalla contrattazione collettiva; in seconda battuta, bisogna passare alla individuazione della retribuzione utile ai fini contributivi – quella, cioè, su cui deve essere computato il prelievo contributivo – e, infine, verificare se la retribuzione imponibile così calcolata sia o meno inferiore ai minimali contributivi previsti dall'ordinamento.

Nel prosieguo dell'analisi ci si concentrerà, dunque, sugli ultimi due passaggi, essendo questi “di particolare rilievo ed incidenza nella determinazione del costo complessivo del lavoro”⁷ ed essendo il minimale contributivo espressione del medesimo criterio ispiratore dell'applicazione giurisprudenziale dell'art. 36 Cost., secondo cui la contrattazione collettiva è la fonte privilegiata per l'individuazione della retribuzione proporzionata e sufficiente e, quindi, del costo del lavoro⁸.

2.1. Dalla corrispettività alla onnicomprensività della retribuzione imponibile

Il problema dell'individuazione della nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali passa, ovviamente, dall'esame dell'evoluzione legislativa in argomento⁹. In via preliminare, tuttavia,

⁷ CINELLI M., *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, in DLRI, 1996, III, p. 457.

⁸ CINELLI M., *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, in RIDL, 1997, II, p. 109.

⁹ Cfr. *amplius* FILÌ V., *Il reddito imponibile ai fini contributivi*, Giappichelli, 2010 e ZACCARELLI L., *Il regime fiscale e previdenziale della retribuzione*, in GRAGNOLI E., PALLADINI S. (a cura di), *La retribuzione*, cit., p. 792 ss.

dobbiamo ricordare come, dal lato del rapporto di lavoro, sia ormai assodato il superamento del principio di onnicomprensività della retribuzione rilevante *ex art. 36 Cost.*¹⁰ e come sia parimenti evidente l'esistenza nel nostro ordinamento di diverse nozioni di retribuzione¹¹, tanto da poter affermare che “le diverse accezioni giuridiche del termine «retribuzione» ed i relativi segmenti di disciplina si presentino sempre più frequentemente quali singole e distinte chiavi di volta di altrettanti «microsistemi» autonomi e distinti di regolazione del fenomeno, in relazione ai particolari e specifici profili regolati dal legislatore o dalle parti negoziali”¹². Il legislatore, insomma, ricorre al concetto di retribuzione delineandone nozioni non sempre coincidenti, da cui deriva l'esigenza di tracciarne di volta in volta i confini, soprattutto nei casi, come quello in esame, in cui apparentemente ci si riferisce ad una nozione onnicomprensiva di retribuzione.

La prima norma in ordine cronologico a rilevare è, allora, l'art. 12 della legge n. 153/1969, secondo il quale “*per la determinazione della base imponibile per il calcolo dei contributi di previdenza ed assistenza sociale, si considera retribuzione tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in danaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro*”.

Una tale locuzione legislativa è stata considerata come la principale dimostrazione dell'esistenza nel nostro ordinamento del c.d. principio del dovuto e non del percepito, o del principio di competenza dell'obbligazione contributiva, poiché “alla base del calcolo dei contributi previdenziali deve essere posta la retribuzione dovuta per legge o per contratto individuale o collettivo e non quella di fatto corrisposta, in quanto l'espressione usata dall'art. 12 legge n. 153/1969 per indicare la retribuzione imponibile («tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro...») va intesa nel senso di

¹⁰ Cfr. *supra* e Cass. 24 giugno 2008, n. 17145.

¹¹ Cfr. PERSIANI M., I nuovi problemi della retribuzione, cit., p. 61 e D'ANTONA M., *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in DLRI, 1984, p. 269 ss.

¹² BELLOMO S., voce *Retribuzione*, cit., p. 1.

«tutto ciò che ha diritto di ricevere», ove si consideri che il rapporto assicurativo e l'obbligo contributivo ad esso connesso sorgono con l'instaurarsi del rapporto di lavoro, ma sono del tutto autonomi e distinti, nel senso che l'obbligo contributivo del datore di lavoro verso l'istituto previdenziale sussiste indipendentemente dal fatto che gli obblighi retributivi nei confronti del prestatore d'opera siano stati del tutto o in parte soddisfatti¹³. Insomma, ad essere rilevante ai fini dell'obbligazione contributiva è la sussistenza dell'obbligo di retribuire il lavoratore e non l'effettivo adempimento a tale obbligo.

Ad onor del vero, tuttavia, a monte di tale definizione legislativa stava l'art. 13 del r.d.l. 17 giugno 1937, n. 1048, confluito poi nell'art. 27 del T.U. delle norme sugli assegni familiari, il d.P.R. n. 797/1955, in base al quale “*il contributo per gli assegni familiari è dovuto in relazione all'ammontare della retribuzione lorda di ciascun prestatore di lavoro*”. La nozione di retribuzione imponibile derivante da questa disciplina, quindi, era evidentemente collegata alla sinallagmaticità insita nel rapporto di lavoro, nel senso che era retribuzione “tutto ciò che il lavoratore riceve corrispettivamente al dispendio delle proprie energie lavorative, mentre non lo è tutto ciò che il datore eroga in assenza della prestazione di lavoro”¹⁴: la conseguenza più evidente di tale approccio legislativo era che, nei casi dubbi, doveva guardarsi all'esistenza di una corrispettività tra l'emolumento erogato e l'eventuale svolgimento di una prestazione lavorativa¹⁵.

Forse per superare le difficoltà derivanti da quest'ultimo aspetto, l'art. 12 su citato segna, allora, il passaggio da una base imponibile fortemente collegata al principio di corrispettività all'adozione di una nozione “*onnicomprendiva*” della retribuzione imponibile: le ragioni di tale evoluzione normativa sono state individuate nell'esigenza di garantire

¹³ Cass. 13 aprile 1999, n. 3630, in NGL, 1999, p. 548.

¹⁴ MADONIA G., PUNZI C., TERSIGNI S., *L'imponibile contributivo*, in FONZO F., PANDOLFO A., SGROI A. (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Giuffrè, 2008, p. 97.

¹⁵ PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, cit., p. 101.

un'effettiva e concreta attuazione di un sistema di sicurezza sociale finalizzato ad assicurare mezzi adeguati alle esigenze di vita *ex art. 38 Cost.*, nonché nella necessità, di stampo solidaristico, che il datore di lavoro contribuisse al finanziamento del sistema anche laddove il lavoratore non avesse potuto svolgere la prestazione, facendo gravare le conseguenze di tale impossibilità sull'imprenditore¹⁶. In ogni caso, il risultato di tale operazione legislativa, pur ispirata ad una logica antielusiva degli obblighi contributivi, fu un ampliamento dell'imponibile contributivo, in un quadro in cui la corrispettività veniva relegata solo alla sua c.d. nozione soggettiva¹⁷, nella misura in cui restava rilevante esclusivamente che l'erogazione ricevuta dal lavoratore fosse provenuta dal datore di lavoro, in contrapposizione, evidentemente, ad una nozione oggettiva, in quanto riferita alla controprestazione di stampo civilistico.

L'esigenza di un allargamento delle fonti di finanziamento delle prestazioni non venne ignorata neanche dalla giurisprudenza in materia, che non mancò fin da subito di interpretare la locuzione "*in dipendenza del rapporto di lavoro*" come riguardante tutto ciò che il lavoratore avesse ricevuto in concomitanza al rapporto di lavoro, dando rilevanza alla sola coincidenza temporale tra lo svolgimento del rapporto stesso e l'erogazione da parte del datore di lavoro, con l'unico limite della tassatività dell'elencazione di esclusioni previste dalla legge¹⁸. Il risultato di tale interpretazione giurisprudenziale venne però giudicato in termini negativi dalla dottrina, secondo la quale si era pervenuti ad una nozione di

¹⁶ MADONIA G., PUNZI C., TERSIGNI S., *L'imponibile contributivo*, cit., p. 97. Non meno importante, inoltre, il passaggio dal sistema a capitalizzazione a quello a ripartizione, onde la necessità di aumentare le fonti di finanziamento delle prestazioni.

¹⁷ PERSIANI M., *Sul concetto di "in dipendenza del rapporto di lavoro"*, in MGL, 1994, p. 652.

¹⁸ Cass. 15 aprile 1987, n. 3761, in MGL, 1987, p. 385 ss. Cfr., inoltre, PERSIANI M., *Problematiche generali relative all'obbligo contributivo: 1) la retribuzione imponibile ex d.lg. n. 314 del 2 settembre 1997; 2) il minimale contributivo e il contratto collettivo; 3) la disciplina dei contratti di riallineamento retributivo*, in Iprev, 2002, VI, p. 1358 ss.

corrispettività “a-causale”¹⁹ o, addirittura, “astratta”²⁰, visto che diventava rilevante ai fini del computo nella retribuzione imponibile, ma anche dei limiti di quest’ultima, la presenza di un “collegamento di tipo non canonico tra erogazione e rapporto di lavoro”²¹.

Tuttavia, se da un lato la giurisprudenza aveva contribuito al forte ampliamento della nozione di retribuzione imponibile²², dall’altro lato tale fenomeno era stato in parte arginato da un mutato approccio del legislatore in tema di esclusione di voci da computare ai fini dell’art. 12, con il chiaro fine di riduzione del costo del lavoro, su cui però torneremo *infra*: in ogni caso, ci si riferisce all’art. 3 del decreto legge n. 318/1996, convertito in legge n. 402/1996, secondo il quale *“la retribuzione dovuta in base agli accordi collettivi di qualsiasi livello non può essere individuata in difformità dalle obbligazioni, modalità e tempi di adempimento come definiti negli accordi stessi dalle parti stipulanti, in riferimento alle clausole sulla non computabilità nella base di calcolo di istituti contrattuali e di emolumenti erogati a vario titolo, diversi da quelli di legge, ovvero sulla quantificazione di tali emolumenti comprensiva dell’incidenza sugli istituti retributivi diretti o indiretti. Allo stesso fine valgono le clausole per la limitazione di tale incidenza relativamente ad istituti retributivi introdotti da accordi integrativi aziendali in aggiunta a quelli previsti dal contratto collettivo nazionale di lavoro. Le predette disposizioni operano anche agli effetti delle prestazioni previdenziali”*.

La dottrina ha ravvisato in tale disposizione il definitivo accoglimento del principio di separazione tra il rapporto previdenziale ed il rapporto di

¹⁹ VISCOMI A., *Sulla “retribuzione imponibile” (art. 12, legge n. 153 del 1969)*, in ADL, 1995, II, p. 259.

²⁰ DONDI G., *Una nozione di retribuzione a fini contributivi*, in MGL, 1988, p. 552 ss.

²¹ CINELLI M., *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, cit., p. 460.

²² Si vedano i casi delle somme erogate dal datore di lavoro in favore di soggetti diversi dai lavoratori; le somme di cui i lavoratori erano beneficiari solo eventuale e, infine le somme erogate per finanziare servizi aziendali in favore della generalità dei lavoratori.

lavoro²³, secondo un approccio per cui le previsioni negoziali incidono nella determinazione dell'imponibile contributivo: in sostanza, la contrattazione collettiva veniva delegata non solo a regolare l'efficacia delle voci contrattuali aggiuntive sugli istituti indiretti rispetto a quelle legislativamente disciplinate, ma poteva anche prevedere, a livello aziendale, l'attribuzione di voci aggiuntive ai fini degli istituti indiretti disciplinati dalla legge²⁴, il tutto in un quadro in cui un conto è la garanzia di una retribuzione giusta, perché proporzionata e sufficiente, altra cosa è garantire risorse sufficienti al perseguimento di un fine sociale – l'adeguatezza della prestazione previdenziale – espressione anche di un interesse pubblico.

È evidente, in questo modo, la tendenza a delegare alla contrattazione collettiva la definizione anche dei trattamenti retributivi a fini previdenziali a discapito della riserva fino a quel momento riconosciuta in capo alla legge, evitando così interpretazioni della normativa contrattuale in contrasto con quanto voluto dalle parti²⁵ e con l'ulteriore conseguenza della caduta del monopolio dei pubblici poteri in favore di un ruolo più incisivo dell'autonomia collettiva²⁶.

2.2. *La retribuzione imponibile ai fini previdenziali e ai fini fiscali*

L'ultimo passaggio nell'evoluzione legislativa in tema di retribuzione imponibile è costituito dalla legge delega n. 662/1996, mirata ad armonizzare, razionalizzare e semplificare le disposizioni fiscali e

²³ MADONIA G., PUNZI C., TERSIGNI S., *L'imponibile contributivo*, cit., p. 101; cfr. anche PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, 1960, p. 88 ss.

²⁴ *Ibidem*. Sulla questione se tale disposizione possa essere applicata anche alle previsioni anteriori alla sua entrata in vigore, cfr. Cass. 9 febbraio 2004, n. 2387, che risolve la questione sulla base del principio per cui non si possono determinare i contributi da versare sulla base di norme non ancora vigenti al momento di maturazione del relativo obbligo.

²⁵ ZACCARELLI L., *Il regime fiscale e previdenziale della retribuzione*, cit., p. 806.

²⁶ Cfr. CINELLI M., *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, cit., p. 478, anche se si riferiva più all'art. 5 del decreto legge n. 396/1996 relativo alla c.d. decontribuzione, ritenendo la legge n. 402/1996 espressione della concezione tradizionale, in quanto riguardante la determinazione della retribuzione dovuta.

previdenziali in tema di redditi da lavoro dipendente e portatrice del definitivo abbandono di una nozione di retribuzione imponibile in favore di una nozione di reddito da lavoro rilevante a fini previdenziali, secondo una concezione per cui la retribuzione rilevante ai fini del rapporto di lavoro è cosa diversa rispetto a quella rilevante ai fini del calcolo dei contributi. Ciò era reso evidente dai principi e criteri direttivi per l'esercizio della delega ex art. 3, comma 19, vale a dire dalla necessità di operare una *“revisione della definizione di reddito di lavoro dipendente ai fini fiscali e previdenziali, per prevederne la completa equiparazione”*, nonché una *“revisione, razionalizzazione e armonizzazione, ai fini fiscali e previdenziali, delle ipotesi di esclusione dal reddito di lavoro dipendente [...]”*.

Il legislatore eserciterà tale delega con l'art. 6 del d.lgs. n. 314/1997, che, rinviando agli artt. 46 e 48 (ora 49 e 51) del T.U. delle imposte sui redditi, il d.P.R. n. 917/1986, riscriverà l'art. 12 della legge n. 153/1969 nei seguenti termini: *“costituiscono redditi di lavoro dipendente ai fini contributivi quelli di cui all'art. 46, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, maturati nel periodo di riferimento. Per il calcolo dei contributi di previdenza e assistenza sociale si applicano le disposizioni contenute nell'art. 48 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, salvo quanto specificato nei seguenti commi. Le somme e i valori di cui al comma 1 dell'art. 48 del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, si intendono al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta, ivi comprese quelle di cui al comma 2, lettera h), dello stesso art. 48”*.

L'esito di tale novella legislativa è stato una completa identificazione dell'imponibile previdenziale con l'imponibile fiscale²⁷, secondo una logica

²⁷ Cfr. in giurisprudenza Cass. 21 febbraio 2001, n. 2571.

di semplificazione degli adempimenti in capo ai soggetti coinvolti, ma da cui probabilmente è derivato un nuovo ed ulteriore ampliamento della nozione di imponibile contributivo e del suo carattere onnicomprensivo: questo sarebbe il risultato dall'aver formulato, di fatto, “una definizione positiva, di stampo fiscale, temperata da un elenco comune di voci non imponibili, e da un secondo elenco di voci escluse ai soli fini previdenziali”²⁸, definizione che a sua volta estende al lavoro subordinato il metodo di individuazione della base imponibile a fini previdenziali previsto per il lavoro autonomo, parasubordinato e per le libere professioni, secondo il quale deve guardarsi ai redditi dichiarati dal prestatore o comunque accertati in funzione del versamento delle imposte²⁹.

Diviene necessario, allora, ai fini dell'individuazione della nozione di retribuzione rilevante a fini fiscali, fare riferimento non tanto all'art. 49 del T.U. delle imposte sui redditi, il cui dispositivo è sostanzialmente coincidente con la precedente formulazione dell'art. 12, quanto al successivo art. 51, il quale, di fatto, abbandona il nesso di dipendenza dal rapporto di lavoro in favore del “meno intenso”³⁰ nesso di relazione con il rapporto stesso, compiendo una conseguente estensione della retribuzione utile ai fini previdenziali. In questo senso si è mossa anche la giurisprudenza, arrivata ad affermare l'assoggettabilità a contribuzione previdenziale del reddito da lavoro dipendente costituito da tutte le somme e i valori in genere a qualunque titolo percepiti nel periodo di imposta anche sotto forma di elargizioni liberali in relazione al rapporto di lavoro³¹.

In sostanza, dunque, il baricentro dell'imponibile previdenziale non è più la retribuzione del lavoratore civilisticamente intesa, ma il reddito in senso generico, secondo un'operazione complessiva in cui “si è passati dal

²⁸ Così TURSÌ A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 3.

²⁹ NICOLINI C.A., *I problemi della contribuzione previdenziale*, Eum, 2008, p. 187.

³⁰ MADONIA G., PUNZI C., TERSIGNI S., *L'imponibile contributivo*, cit., p. 105.

³¹ Cfr. App. Milano, 8 febbraio 2002, in RDT, 2003, II, p. 416 ss., nt. BEGHIN, ma si veda anche Cass. 4 settembre 2006, n. 19023, in RGL, 2007, II, p. 331 ss., nt. CAPONETTI.

riferimento alla accezione del compenso a considerare tutto ciò che affluisce nella sfera giuridica e patrimoniale del dipendente, uscendo dalla sfera di disponibilità del datore di lavoro, senza che di per sé assuma rilevanza che l'erogazione abbia inteso compensare direttamente prestazioni lavorative, anche riferibili ad incarichi presso terzi, svolti in relazione alla qualità di dipendenti”³².

Ma possiamo dire di più. Nella giurisprudenza prevalente della Cassazione sembra ormai aver trovato piena cittadinanza la tesi, espressa dalla Corte costituzionale, per cui è in atto un “passaggio ad una più ampia accezione di base contributiva imponibile, tale da ricomprendere non solo il corrispettivo dell’attività di lavoro, ma anche altre attribuzioni economiche che nell’attività stessa rinvergono soltanto mera occasione”³³, secondo una concezione di corrispettività sganciata perfino dalla sua dimensione soggettiva: ai fini dell’individuazione della retribuzione imponibile ai fini previdenziali, allora, si deve prescindere dalla natura retributiva dell’emolumento, poiché è sufficiente che l’attribuzione patrimoniale provenga dal datore di lavoro e che sia semplicemente in correlazione col rapporto di lavoro, “direttamente o indirettamente, attualmente o potenzialmente”³⁴.

Alla luce di queste affermazioni, è evidente tutta la difficoltà esegetica in ordine alla individuazione dei confini della retribuzione rilevante ai fini previdenziali, tanto che una parte della dottrina si è spinta addirittura a considerare la nuova espressione dell’art. 12 della legge n. 153/1969 come portatrice di una nuova nozione di imponibile contributivo, corrispondente, probabilmente, ad un *tertium genus*³⁵: secondo questa opinione, infatti,

³² DUI P., Tassazione e contribuzione nel lavoro dipendente, Giuffrè, 2005, p. 43.

³³ Così Corte cost. 7 novembre 2001, n. 354, in GC, 2001, p. 6 ss. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. 12 dicembre 2017, n. 29779; 1 luglio 2008, n. 17963; 20 maggio 2008, n. 12724, in GC, 2008, XII, p. 2984 ss.; 12 marzo 2007, n. 5698, in MGC, 2007, p. 3 ss. e 21 marzo 2006, n. 6238, in MGC, 2006, p. 3 ss.

³⁴ DUI P., Tassazione e contribuzione nel lavoro dipendente, cit., p. 60.

³⁵ NICOLINI C.A., I problemi della contribuzione previdenziale, cit., p. 196.

nonostante la lettera della legge, la retribuzione imponibile ai fini previdenziali manterrebbe una disciplina che in parte si discosterebbe non solo dalla retribuzione contrattuale, ma anche dall'imponibile fiscale e la cui specificità, rispetto a quest'ultimo, andrebbe rintracciata nel mantenimento del criterio di competenza e nella regola per cui l'imponibile previdenziale, a differenza di quello fiscale, si determina al lordo di qualsiasi contributo e trattenuta a carico del lavoratore³⁶.

In ogni caso, indipendentemente dall'accoglimento di questa opzione interpretativa o di quella per cui la retribuzione previdenziale risulta semplicemente appiattita su quella fiscale³⁷, dalla disciplina in esame sembra emergere una nozione di corrispettività, appunto, a-causale, da differenziare rispetto alla corrispettività propria del rapporto di lavoro civilisticamente inteso: l'opera di individuazione delle voci da sottoporre a contribuzione, allora, sarebbe resa complicata dall'ampiezza di questa nozione, visto che, ai fini dell'esclusione dall'imponibile previdenziale, non è sufficiente la mancanza di un nesso di corrispettività, ma è richiesto che l'emolumento sia erogato sulla base di un titolo autonomo, diverso e distinto rispetto al rapporto di lavoro, che ne giustifichi la corresponsione³⁸.

Le difficoltà appena esaminate in punto di individuazione dei confini dell'imponibile contributivo si sono tramutate, all'atto pratico, in una forte incidenza della contribuzione previdenziale sul costo del lavoro genericamente inteso, tanto da spingere il legislatore stesso ad individuare

³⁶ Si tratta, rispettivamente, dei commi 1 e 3 dell'art. 12 della legge n. 153/1969.

³⁷ Anche se la piena coincidenza delle due nozioni appare irrazionale, alla luce del fatto che "il gettito fiscale [...] è destinato ad alimentare, indiscriminatamente e nel complesso, le finanze pubbliche e, quindi, è destinato al generico e non differenziato perseguimento dell'interesse pubblico generale. [...] Il gettito dei contributi previdenziali è destinato, invece, esclusivamente alla realizzazione della tutela previdenziale e, cioè, alla erogazione, nei casi previsti dalla legge, di mezzi adeguati alle esigenze di vita": così PERSIANI M., *Problematiche generali relative all'obbligo contributivo: 1) la retribuzione imponibile ex d.lg. n. 314 del 2 settembre 1997; 2) il minimale contributivo e il contratto collettivo; 3) la disciplina dei contratti di riallineamento retributivo*, cit., p. 1362.

³⁸ Così Cass. 9 maggio 2002, n. 6663, in MGL, 2002, p. 674, nt. PARISELLA.

delle esclusioni da quel compunto accomunate unicamente dal fine di riduzione di quel costo.

2.3. *La tassatività delle esclusioni e il fine di riduzione del costo del lavoro*

I confini della disciplina delle esclusioni dalla base imponibile previdenziale sono tracciati dalla norma che ne prevede la loro tassatività, l'art. 12, comma 5, della legge n. 153/1969, nonché dalle disposizioni che contengono tale elenco tassativo, vale a dire il comma 4 del su citato art. 12, con riferimento alle esclusioni rilevanti solo sotto il profilo previdenziale, e l'art. 51, comma 2 e ss., del T.U. delle imposte sui redditi, sulle esclusioni rilevanti anche sotto il profilo fiscale.

Per quanto riguarda la tassatività dell'elenco, per la verità, la giurisprudenza aveva già fatto suo tale principio³⁹, con la conseguenza, da un lato, di escludere l'interpretazione analogica e estensiva delle voci ricomprese tra le esclusioni⁴⁰ e, dall'altro lato, di imporre all'ente previdenziale l'onere di provare che il lavoratore ha ricevuto somme dal datore di lavoro in dipendenza dal rapporto di lavoro e, al contrario, a quest'ultimo di dimostrare l'esistenza di una delle cause di esclusione previste dalla legge⁴¹.

In ogni caso, a titolo generale possiamo affermare come la *ratio* delle esclusioni sia il perseguimento di una riduzione dell'imponibile contributivo

³⁹ Si veda, ad esempio, la massima di Cass. 20 settembre 1990, n. 9585, in MGC, 1990, IX, secondo la quale "la retribuzione imponibile ai fini previdenziali, prevista dall'art. 12 della legge n. 153 del 1969, comprende tutto ciò che in danaro od in natura venga dal datore di lavoro corrisposto in favore del lavoratore in costanza ed a causa del rapporto di lavoro, con la sola esclusione delle somme erogate per uno dei titoli tassativamente elencati nel capoverso della norma medesima, a nulla rilevando che in ipotesi l'attribuzione patrimoniale venga effettuata, non già nelle mani del lavoratore medesimo, bensì a terzi estranei al sinallagma del rapporto di lavoro". In senso conforme cfr. Cass. 27 luglio 2004, n. 14129, in MGL, 2004, p. 848 ss. e 3 aprile 2004, n. 6607, in MGI, 2004.

⁴⁰ Cfr. Cass. 19 agosto 2003, n. 12155, in MGC, 2003, p. 7 ss.

⁴¹ Così Cass. 8 febbraio 1999, n. 1077, in MGC, 1999, p. 290 e 22 luglio 1983, n. 5060, in MGC, 1983.

rispetto alla obbligazione contributiva, secondo un ragionamento che merita di essere ripreso anche in questa sede.

La dottrina più recente⁴², infatti, è tornata ad interrogarsi su tale presunta diversità tra corrispettività in senso proprio e corrispettività previdenziale⁴³, provando a sostenere come alla base di tale distinzione ci sia un equivoco di fondo, alimentato dall'aver considerato la corrispettività civilistica – il corrispettivo, cioè, della complessiva posizione d'obbligo del lavoratore – come qualcosa di meno ampio rispetto all'area della imponibilità contributiva. Infatti, se si guarda alla ricostruzione della teoria della corrispettività nel rapporto di lavoro⁴⁴, si può giungere ad affermare esattamente il contrario, e cioè il principio generale per cui anche le elargizioni in denaro apparentemente non collegate ad uno specifico obbligo di fare del lavoratore, come nel caso delle sospensioni protette, non sono senza causa o corrisposte a titolo gratuito, ma trovano la propria fonte nel rapporto negoziale tra datore e prestatore, allo stesso modo della retribuzione corrisposta nei periodi di effettivo lavoro⁴⁵.

Insomma, a conclusione di questo ragionamento potrebbe affermarsi che “l'area della c.d. imponibilità contributiva sia più ristretta, e non più ampia, di quella della obbligazione retributiva”⁴⁶, trovando conferma tale affermazione in alcuni esempi di esclusione o inclusione dall'imponibile contributivo, finalizzati, a ben vedere, a restringere l'imponibile

⁴² Così TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 5 ss.

⁴³ Diversità, tra l'altro, confermata dalla stessa Inps, la quale, nella circolare 24 dicembre 1997, n. 263, ha affermato che “anche nel nuovo quadro normativo la nozione della base imponibile contributiva continua, come nel precedente regime, ad avere la propria specifica qualificazione dal collegamento al rapporto di lavoro, nel senso che anche nel nuovo assetto il concetto di retribuzione imponibile continua ad essere svincolato dal criterio di impronta civilistica di rigida corrispettività con la prestazione lavorativa e risulta comprensivo di tutte le attribuzioni patrimoniali aventi causa nel rapporto di lavoro”.

⁴⁴ Cfr., in particolare, TREU T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, cit., p. 257 ss.

⁴⁵ PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1989, p. 141.

⁴⁶ TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 6.

previdenziale rispetto alla corrispettività civilistica, o a ricollegare l'erogazione di volta in volta esaminata a quest'ultima⁴⁷.

Un esempio di voce che dall'essere esclusa dal compunto dell'imponibile contributivo vi è poi stata inclusa è quello delle liberalità, a seguito dell'abrogazione dell'art. 51, comma 2, lett. b), del T.U. delle imposte sui redditi ad opera della legge n. 126/2008: al di là di ragioni antielusive, questa inclusione nell'imponibile contributivo costituisce di fatto una riconduzione all'area della corrispettività contrattuale di qualcosa che solo in apparenza se ne discostava, essendo difficile individuare una liberalità scollegata dalla causa del contratto di lavoro.

Ancora, la teoria della a-causalità non riesce a spiegare il caso delle somme corrisposte a titolo transattivo, le quali, nei casi di dubbia riconduzione all'imponibile previdenziale, vedevano applicarsi la distinzione tra transazioni semplici e novative⁴⁸, queste ultime escluse dalla base imponibile dei contributi perché non riconducibili per nessuna causa al rapporto di lavoro. Tale esclusione, tuttavia, è durata poco, fino al momento in cui ai fini dell'esclusione di un istituto dall'imponibile non si è richiesto, oltre alla mancanza di un nesso di corrispettività, anche l'esistenza di un

⁴⁷ Per le considerazioni che seguiranno, si veda *amplius* TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 7 ss.

⁴⁸ Cfr. Cass. 16 luglio 1999, n. 7552, secondo cui “il concetto di retribuzione imponibile di cui all'art. 12 della l. n. 153 del 1969 è più ampio rispetto al concetto di retribuzione generalmente applicabile ai fini della disciplina del rapporto di lavoro subordinato. La disposizione dianzi citata, infatti, ha adottato il principio di causalità - il cui ambito applicativo supera quello del principio di corrispettività - che porta ad escludere dalla nozione di retribuzione utile ai fini contributivi esclusivamente le erogazioni derivanti da causa autonoma rispetto al rapporto di lavoro le quali sono tassativamente elencate dalla disposizione stessa (sicché non sono ammissibili al riguardo analogie ed equiparazioni se non nei limiti puntualmente individuati da successive disposizioni). Ne consegue che le erogazioni del datore di lavoro derivanti da titolo transattivo sono assoggettate a contribuzione assicurativa se siano corrisposte ad integrazione del trattamento di fine rapporto e non sia dimostrato che esse sono state determinate sulla base dei criteri previsti dall'art. 2120 c.c. e a completamento dell'insufficiente liquidazione del trattamento di fine rapporto operata in precedenza, mentre le erogazioni stesse non sono assoggettabili a contribuzione assicurativa qualora il titolo transattivo, finalizzato non ad eliminare la “*res dubia*” oggetto della lite ma ad evitare il rischio della lite stessa, non contenga un riconoscimento neppure parziale del diritto del lavoratore sicché il nesso che collega gli emolumenti al rapporto di lavoro si configura come di mera occasionalità e non di dipendenza”.

“titolo autonomo, diverso e distinto dal rapporto di lavoro”⁴⁹, dovendosi prescindere dalla veste formale delle erogazioni e dovendosi porre la questione se la transazione novativa costituisca o meno titolo autonomo. In questo caso, allora, divenne dirimente l’esistenza di un vincolo più incisivo rispetto alla semplice relazione col rapporto di lavoro, essendo richiesto, appunto, un titolo ulteriore ai fini dell’esclusione dalla contribuzione.

Ebbene, la transazione novativa può costituire tale ulteriore titolo, a patto, tuttavia, che non abbia come presupposto un atto fraudolento di sottrazione di un titolo retributivo dalla contribuzione: in questo caso, allora, per dirimere la questione occorre verificare che i crediti vantati dal prestatore abbiano o meno natura retributiva, essendo questi, in caso di accertamento positivo, ad essere sottoposti a contribuzione in luogo della somma erogata a titolo transattivo.

Il caso, infine, delle somme corrisposte per risarcimento del danno, escluse dall’imponibile previdenziale *ex art. 12, comma 4, lett. c)*, della legge n. 153/1969, sarebbe la dimostrazione del non funzionamento della teoria della a-causalità dell’imponibile previdenziale: ad essere escluse dal computo dell’imponibile sono, infatti, le sole somme che non derivano dall’inadempimento di obblighi retributivi⁵⁰, non trovando spiegazione, però, la non inclusione di elargizioni in denaro che si trovano comunque in relazione col rapporto di lavoro. Insomma, a giustificare tale esclusione non starebbe tanto la natura a-causale dell’obbligazione contributiva, quanto il collegamento con la causa del contratto di lavoro, dato dal riferimento alla natura retributiva o meno dell’obbligazione: in questo senso, allora, l’inadempimento di una obbligazione retributiva non può trasformare questa in qualcosa che non è, rimanendo quindi compresa nella base imponibile, mentre l’inadempimento di qualsiasi altra obbligazione rimane escluso in quanto non corrispondente ad obblighi retributivi.

⁴⁹ Cass. 9 maggio 2002, n. 6663, cit.

⁵⁰ Cfr. ad esempio Cass. 26 agosto 2003, n. 12505.

3. *La determinazione del prelievo contributivo: il minimale contributivo*

Come abbiamo anticipato, se l'operazione di quantificazione dei contributi previdenziali richiede un'esegesi della nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali, tale operazione non può prescindere dalla normativa che il legislatore ha posto a tutela dell'effettività del prelievo contributivo, vale a dire la norma sul c.d. minimale retributivo ai fini contributivi. In sostanza, una volta calcolati i contributi da versare sulla base di una determinata base imponibile, si deve anche valutare che tale base imponibile non sia in ogni caso inferiore a quella individuabile utilizzando come retribuzione-parametro quella stabilita da leggi, regolamenti, contratti collettivi, stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, così come stabilito dall'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 338/1989.

L'esistenza di tale disciplina sarebbe la dimostrazione del principio per cui la previdenza sociale, al fine di assolvere quel ruolo che le è riconosciuto dal nostro ordinamento ai sensi dell'art. 38 Cost., “deve, nel suo insieme, vedersi riconosciuto un valore intrinseco non comprimibile al di sotto di un livello dato”⁵¹. Tale disposizione, inoltre, deve essere letta insieme all'art. 2, comma 25, della legge n. 549/1995, secondo la quale, con una tecnica normativa simile a quella delle clausole sociali di cui sopra, “*in caso di pluralità di contratti collettivi intervenuti per la medesima categoria, la retribuzione da assumere come base per il calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali è quella stabilita dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative nella categoria*”.

La similitudine con norme già esaminate precedentemente consiste nel

⁵¹ CINELLI M., *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, cit., p. 472.

far riferimento per legge ad una retribuzione-parametro fissata da determinati soggetti collettivi, secondo un procedimento che a valle deve aver già compiuto un bilanciamento tra la libertà sindacale ed il principio di libera iniziativa economica privata. E non è un caso che anche in questa situazione si pongano i medesimi problemi, risolti in modo diverso a causa della specificità della materia in esame, già visti con riferimento alle clausole sociali. Non solo: tale tecnica di regolazione presenta una somiglianza particolare proprio con riferimento all'art. 36 Cost., se si considera che nel caso del minimale contributivo e del minimo costituzionale, più che guardare alla retribuzione materialmente erogata al lavoratore o ai livelli garantiti dalla contrattazione collettiva, si stabilisce che una determinata voce del costo del lavoro, contribuzione o giusto salario, non possa mai scendere oltre una certa soglia indipendentemente dall'applicazione o meno di un contratto collettivo da parte del datore di lavoro⁵².

Infatti, la tecnica normativa espressione del principio del minimale contributivo costituisce un ulteriore esempio di quelle norme il cui effetto finale è una regolazione del mercato al fine di garantire determinati *standard* minimi di trattamento, in questo caso con riferimento ai contributi da versare all'ente previdenziale. Il minimale contributivo, allora, si preoccupa di regolare il possibile inadempimento del datore di lavoro sotto questo aspetto, obbligando quest'ultimo a versare i contributi calcolati sulla base di retribuzioni fissate da contratti collettivi non necessariamente applicati all'impresa: per questa via si impone, quindi, una "retribuzione virtuale"⁵³ anche nel caso in cui al lavoratore spetti un salario inferiore e che, in qualche modo, "accelera e accentua il processo di definizione su base convenzionale della c.d. retribuzione imponibile"⁵⁴.

⁵² Così CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2018, p. 191.

⁵³ CINELLI M., *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, cit., p. 472.

⁵⁴ *Ibidem*.

Scendendo nel dettaglio della normativa, il minimale contributivo presenta tre ordini di questioni per l'interprete: prima di tutto bisogna capire quanto della retribuzione stabilita dai contratti collettivi debba essere presa in considerazione per la quantificazione del minimale contributivo; in secondo luogo, bisogna risolvere il problema dell'eventuale mancanza di un contratto collettivo da usare come parametro nel settore di riferimento; infine, in caso di compresenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili, bisogna capire quale sia il c.d. contratto *leader*.

Tutto questo deve, però, fare i conti con due problemi preliminari, vale a dire il rispetto del principio di libertà sindacale e l'individuazione della categoria di riferimento. Con riguardo alla prima problematica, la Corte costituzionale ha stabilito, con riguardo in quell'occasione alla disciplina dei contributi agricoli unificati *ex art. 28 del d.P.R. n. 488/1968*, che il richiamo alla contrattazione collettiva non imponesse l'applicazione della stessa da parte del datore di lavoro, quindi la sua efficacia generalizzata, ma che avesse il solo fine di utilizzare il contratto collettivo come modello generale o parametro valido per la generalità dei lavoratori⁵⁵. La *ratio* di tale norma è stata, poi, specificata successivamente dalla giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la scelta del legislatore di utilizzare i contratti collettivi maggiormente rappresentativi su base nazionale sarebbe stata giustificata dall'esigenza di "stabilire un parametro comune di riferimento per la determinazione dell'entità dell'obbligazione contributiva, al fine di garantire una sostanziale parità di trattamento dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema previdenziale"⁵⁶, il tutto secondo un disegno complessivo di attuazione del principio di adeguatezza della prestazione previdenziale *ex art. 38 Cost.*⁵⁷

⁵⁵ Corte cost. 20 luglio 1992, n. 342, in GI, 1994, I, p. 27 ss.

⁵⁶ Così Cass. 7 marzo 2002, n. 3311, in MGC, 2002.

⁵⁷ La massima per cui "non è configurabile la violazione dell'art. 39 Cost., alla stregua dei principi espressi con la sentenza della Corte costituzionale n. 342 del 1992, per via dell'assunzione di efficacia "erga omnes" dei contratti collettivi nazionali, essendo l'estensione limitata - secondo la previsione della legge - alla parte economica dei contratti soltanto in funzione di parametro

Il contratto collettivo qualificato, in sostanza, assolverebbe alla duplice funzione di garantire una tutela assicurativa al lavoratore, nonché l'equilibrio complessivo delle gestioni, derivante dalla garanzia di una soglia minima di finanziamento delle pensioni: il fatto, allora, che la contribuzione sia parametrata su retribuzioni astrattamente non percepite corrisponde ad una libera scelta del legislatore in ordine alla effettiva realizzazione della tutela assicurativa per il maggior numero di lavoratori. In questo caso, come è evidente, bisogna sottolineare come la principale giustificazione del rispetto del principio di libertà sindacale, e quindi della libertà anche di non applicare alcun contratto collettivo, sia collegata al finanziamento complessivo del sistema previdenziale, fondato sul principio di ripartizione.

Il secondo problema preliminare consiste nell'individuazione della categoria di riferimento: in questo caso non si può prescindere dalla già richiamata sentenza delle Sezioni Unite, secondo la quale nel nostro sistema non può trovare applicazione il criterio dell'art. 2070 c.c., se non nel caso in cui ci si ponga il problema di individuare la retribuzione-parametro dell'art. 36 Cost.⁵⁸

Ebbene, se abbiamo anticipato che nel caso del minimale contributivo il legislatore pare voler risolvere il problema della concorrenza tra contratti collettivi, tramite l'art. 2, comma 25, della legge n. 549/1995, dobbiamo constatare come rimanga in secondo piano la questione della categoria, dovendoci allora riferire a quanto affermato dalla giurisprudenza in tema di minimo costituzionale⁵⁹, e cioè che “per "categoria" non si può che intendere come il settore produttivo in cui opera l'impresa, risultando altrimenti incongruo l'obbligo di applicazione, sia pure ai soli fini contributivi, di una contrattazione collettiva vigente in un settore diverso, stante il rilievo

contributivo minimale comune, idoneo a realizzare le finalità del sistema previdenziale ed a garantire una sostanziale parità dei datori di lavoro nel finanziamento del sistema stesso” è stata confermata anche recentemente da Cass. 2 agosto 2017, n. 19284.

⁵⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, n. 2665, cit.

⁵⁹ Secondo l'opzione interpretativa espressa da ultimo da TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 21.

pubblicistico della materia, che non può consentire riserve a scelte soggettive, pena, diversamente, l'illogicità del sistema"⁶⁰.

3.1. *L'individuazione della base di calcolo del minimale contributivo*

Questo appena esposto è un caso di convergenza tra il minimale contributivo e minimo retributivo ai fini della giusta retribuzione, convergenza che non riscontriamo in altri aspetti delle due discipline. Ci sta riferendo adesso al primo di quei problemi interpretativi che la norma sui minimali contributivi pone, e cioè se ci sia perfetta identità tra tale tipologia di minimo ed il minimo costituzionale *ex art. 36 Cost.*

La Corte di Cassazione, per la verità, ha in un primo momento interpretato l'art. 1, comma 1, del decreto legge n. 338/1989 nel senso che gli emolumenti eccedenti il minimo costituzionale, la soglia minima, quindi, rilevante ai fini dell'individuazione della giusta retribuzione, non dovessero essere assoggettati a contribuzione⁶¹. Il principale motivo alla base di tale risultato giudiziale sta nell'aver interpretato l'espressione "*tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro*" come "*tutto ciò che il lavoratore ha diritto di ricevere dal datore di lavoro*", facendosi riferimento alla retribuzione stabilita dalla contrattazione collettiva limitata alla sua concreta applicazione ai sensi dell'art. 36 Cost. e, in un certo senso, al principio del c.d. dovuto e non del percepito. La conseguenza più evidente di questa opzione ermeneutica è che il lavoratore, cui astrattamente non è applicabile alcun contratto collettivo e che richiede conseguentemente il riconoscimento del minimo costituzionale, non rischia di dover versare contributi su una quota di retribuzione maggiore che effettivamente non ha percepito, secondo una concezione in cui le esigenze di cassa degli enti previdenziali cedono il

⁶⁰ Così, recentemente, Cass. 20 gennaio 2012, n. 801.

⁶¹ Espressione di questo orientamento sono Cass. 4 marzo 1997, n. 1898, in RIDL, 1998, II, p. 171 ss., nt. BRIDA; 22 maggio 1999, n. 5002 e 12 agosto 1999, n. 8620.

passo all'esigenza di congruenza del sistema, poiché, in caso contrario, il minimo contributivo sarebbe corrisposto in realtà ad una retribuzione massima.

Nella giurisprudenza di legittimità si è però fatta strada l'interpretazione di segno opposto⁶², confermata poi dalle Sezioni Unite⁶³, secondo la quale concorrono nella individuazione del minimo contributivo anche gli emolumenti eccedenti la quota del minimo costituzionale, secondo una concezione che, evidentemente, non corrisponde propriamente alla individuazione di un minimale: questa l'opinione di chi ha considerato tale orientamento giurisprudenziale come espressione di una regola per cui, soprattutto nei casi di mancata applicazione di un contratto collettivo, la retribuzione-parametro dell'imponibile previdenziale corrisponderebbe alla retribuzione-corrispettivo prevista nei contratti collettivi c.d. *leader*, anche se quest'ultima non sarebbe dovuta perché eccedente perfino il minimo costituzionale⁶⁴.

In ogni caso, alla base di quelle motivazioni fatte proprie anche dalle Sezioni Unite starebbe la diversità funzionale tra la retribuzione imponibile ai fini previdenziali e la retribuzione dovuta sul piano del rapporto, essendo la prima finalizzata alla fissazione di un imponibile da sottoporre a contribuzione soprattutto nei casi in cui la retribuzione erogata sia inferiore, secondo il principio per cui "l'importo della retribuzione da assumere come base di calcolo dei contributi previdenziali non può essere inferiore all'importo di quella che ai lavoratori di un determinato settore sarebbe dovuta in applicazione dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni sindacali più rappresentative su base nazionale, secondo il riferimento ad essi fatto - con esclusiva incidenza sul rapporto previdenziale - dall'art. 1 DL n.

⁶² Cass. 10 maggio 2000, n. 6024; 17 febbraio 2000, n. 1767; 28 ottobre 1999, n. 12122, in GC, 2000, I, p. 2723, nt. SORDI.

⁶³ Cass., Sez. Un., 29 luglio 2002, n. 11199, in DL, 2002, II, p. 602 ss., nt. DAL MASO.

⁶⁴ Così, in tono critico, NICOLINI C.A., I problemi della contribuzione previdenziale, cit., p. 203 e CINELLI M., *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, cit., p. 113.

338 del 1989, senza le limitazioni derivanti dall'applicazione dei criteri di cui all'art. 36 Cost., che sarebbero giustificate solo ove a detti contratti si dovesse ricorrere – con incidenza sul distinto rapporto di lavoro – ai fini della determinazione della giusta retribuzione”⁶⁵.

L'applicazione di questo principio di diritto consentirebbe, allora, non solo un maggiore gettito contributivo, e quindi l'equilibrio finanziario della gestione, ma anche una migliore tutela dei lavoratori e la parità delle condizioni tra le imprese, chiamate tutte a contribuire indipendentemente dalla loro adesione a sindacati più rappresentativi.

Questo orientamento deve considerarsi ormai consolidato⁶⁶, ma, come poco fa accennato, non sono mancate voci critiche di questa deriva massimalista, per così dire, del minimale contributivo: al di là del profilo dell'equità retributiva, già segnalato con riferimento al fatto che il lavoratore sotto inquadrato, a seguito del riconoscimento del minimo costituzionale, deve poi versare contributi su una retribuzione onnicomprensiva che non ha percepito, con un esborso in proporzione maggiore rispetto a chi ha visto l'applicazione del contratto *leader* fin da subito⁶⁷, c'è stato, infatti, chi ha rilevato un'incoerenza di fondo anche rispetto alla parità concorrenziale tra datori di lavoro, poiché si prescinderebbe da “fenomeni di differenziazione del costo del lavoro riconducibili all'esercizio legittimo della libertà sindacale e di contrattazione collettiva – ivi comprese sia la facoltà di non applicare alcun contratto collettivo, salva la giusta retribuzione costituzionale; sia quella di stipulare accordi collettivi in deroga peggiorativa”⁶⁸. Ci si sta riferendo ad una lettura congiunta della legge n.

⁶⁵ Cass., Sez. Un., 29 luglio 2002, n. 11199, cit.

⁶⁶ Cfr. Cass. 7 novembre 2003, n. 16762; 19 maggio 2003, n. 7842; 24 febbraio 2004, n. 3675; 21 maggio 2004, n. 9761; 26 settembre 2005, n. 18761, in RIDL, 2006, II, p. 911 ss., nt. GENTILE e 8 febbraio 2006, n. 2758.

⁶⁷ Ancora, CINELLI M., *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, cit., p. 113.

⁶⁸ Così, da ultimo, TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 16, ma cfr. anche CINELLI M., *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, cit., p. 207, che parla esplicitamente di una *minimum tax* regressiva ai danni di chi legittimamente non applica i contratti collettivi *leader*.

389/1989 e della legge n. 549/1995, il cui effetto è l'utilizzo del contratto collettivo c.d. *leader* per l'individuazione della base di calcolo dei contributi tutte le volte in cui nella medesima categoria siano presenti più contratti collettivi, astrattamente legittimi.

Non solo. Tale orientamento giurisprudenziale pare sottintendere uno stretto collegamento tra adeguatezza della prestazione previdenziale, sulla cui quantificazione incidono ormai esclusivamente i contributi versati, e condizione economica complessivamente goduta in età lavorativa, tanto che è stato affermato come, in assenza della norma sul minimale contributivo così interpretata, la retribuzione imponibile sarebbe soltanto quella dovuta, quella cioè corrispondente alla giusta retribuzione costituzionalmente dovuta⁶⁹.

Questa, al contrario, sarebbe una possibile giustificazione di quell'orientamento giurisprudenziale risultato soccombente, che aveva proprio il merito di aver ribadito uno stretto collegamento tra sufficienza, e non valore complessivo, della retribuzione e adeguatezza della pensione: in questi termini, è stato autorevolmente evidenziato come quella sentenza della Cassazione sarebbe stata sottovalutata perché intervenuta in un contesto in cui il sistema previdenziale era sostanzialmente mono-pilastro. Infatti, l'affermazione per cui la retribuzione-parametro della contribuzione debba essere circoscritta ad una nozione ristretta di minimo costituzionalmente imposto, piuttosto che ad una nozione più ampia di retribuzione-corrispettivo o di retribuzione a-causale, potrebbe trovare nuova giustificazione nella recente evoluzione del sistema previdenziale italiano, in cui il ruolo dello Stato si sta concentrando sulla garanzia della sola adeguatezza della prestazione e non del complessivo tenore di vita⁷⁰. In questo senso, si potrebbe, allora, valorizzare l'opinione di chi ha rilevato come si possa “ritenere equo prospettare alle generazioni future uno schema ispirato alla garanzia del minimo vitale per tutti i pensionati (cittadini e/o lavoratori),

⁶⁹ TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 16.

⁷⁰ *Ivi*, p. 18.

incrementabile con una previdenza complementare, che potrebbe farsi obbligatoria”⁷¹.

In conclusione sul punto, l’auspicio di un *revirement* della Cassazione sarebbe giustificato dall’opportunità di “rendere la contribuzione alla previdenza obbligatoria, proporzionale rispetto alla *retribuzione sufficiente ad assicurare ... un’esistenza libera e dignitosa*, sicché essa possa assolvere al compito di finanziare la provvista dei *mezzi adeguati alle esigenze di vita*; si tratta, insomma, di finanziare prestazioni previdenziali costituzionalmente *adeguate* attraverso la retribuzione costituzionalmente *equa*”⁷², tramite la corretta creazione di un collegamento tra retribuzione, contribuzione e prestazione previdenziale: per questa via si potrebbero, inoltre, chiarire i confini della nozione di retribuzione imponibile ai fini previdenziali, che risulterebbe identificata col minimo costituzionale di cui abbiamo già tratteggiato i contorni, nonché conferire maggiore coerenza al sistema dei minimi, nel cui ambito abbiamo già esaminato la portata del minimo costituzionale *ex art. 36 Cost.*

In questo modo, allora, non solo si prenderebbe atto e si rafforzerebbe il meccanismo di individuazione della giusta retribuzione, ma non sarebbe più necessario creare, anche per via legislativa, quel collegamento tra imponibile previdenziale e autonomia collettiva visto sopra, essendo già contenuto nel parametro del minimo costituzionale. I vantaggi pratici che ne deriverebbero, soprattutto con riferimento alla migliore definizione dei costi del lavoro, appaiono evidenti.

Concludendo, possiamo affermare come le regola del minimale contributivo imponga il rispetto di un determinato costo del lavoro, quello previdenziale, agli imprenditori indipendentemente dalla loro affiliazione sindacale, nonché che il *quantum* di quel costo sia individuato da soggetti collettivi dotati di un certo grado di rappresentatività. In questo contesto,

⁷¹ Così PESSI R., *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in RDSS, 2016, IV, p. 595 ss.

⁷² TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 18.

allora, identificare il minimo costituzionale col minimo contributivo faciliterebbe l'applicazione della norma e assolverebbe meglio al ruolo di identificazione di una soglia minima di trattamento previdenziale.

3.2. L'individuazione del contratto leader: la concorrenza tra autorità salariali

Uno dei problemi comuni delle norme esaminate fin qui, la cui *ratio* è la creazione di un collegamento tra art. 36 Cost. e contrattazione collettiva, consiste nel come si atteggia l'applicazione del contratto collettivo di diritto comune nel nostro ordinamento: ci si sta riferendo alle questioni, rimaste in sospeso anche in tema di minimale contributivo, di assenza di contrattazione collettiva nel settore di riferimento e, di contro, di compresenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili all'impresa.

Per quanto riguarda la prima questione, la Suprema Corte ha affermato, anche recentemente, che “ove per uno specifico settore non risulti stipulato un contratto collettivo, legittimamente l'Istituto previdenziale può raggugliare la contribuzione dovuta alla retribuzione prevista dalla contrattazione collettiva di un settore affine, restando a carico del datore di lavoro l'onere di dedurre l'esistenza di altro contratto affine che preveda retribuzioni tabellari inferiori rispetto a quello applicato dall'Istituto”⁷³, cui deve aggiungersi il principio per cui le parti possono anche volontariamente decidere di applicare il contratto collettivo del settore affine, ma a patto che non ne derivi un trattamento peggiorativo del lavoratore⁷⁴.

Tale esito non è stato tuttavia giudicato positivamente da quella dottrina che vi ha ravvisato un difficile dialogo tra principio di libertà sindacale e necessità di individuazione eteronoma della categoria di

⁷³ Cass. 14 maggio 2018, n. 11650, ma cfr. anche 26 aprile 2007, n. 9967 e 16 giugno 2001, n. 8177.

⁷⁴ Cass. 18 novembre 2002, n. 16246, in NGL, 2003, p. 394 ss.

riferimento⁷⁵: tale critica si basa su una presunta diversità tra la concezione di categoria secondo il linguaggio giuridico-sindacale, corrispondente di fatto alla concettualizzazione *ex post* dei destinatari di un determinato contratto collettivo, e la categoria intesa dal legislatore, corrispondente ad un “costrutto normativo che va codificato con criteri eteronomi”⁷⁶.

Alla luce di queste difficoltà, unite al fatto che la legge si basa, appunto, sulla individuazione di una categoria e dei prodotti dell'autonomia collettiva applicabili in quella categoria, si comprende l'esigenza di una oggettivazione delle categorie merceologiche, anche alla luce del fatto che l'Accordo interconfederale sulle relazioni industriali del 28 febbraio 2018, al punto 4, su democrazia e misurazione della rappresentanza, ammette che *“la ricognizione dei perimetri contrattuali potrà consentire alle parti sociali, se del caso, di apportarne i necessari correttivi, intervenendo sugli ambiti di applicazione della contrattazione collettiva nazionale di categoria, anche al fine di garantire una più stretta correlazione tra CCNL applicato e reale attività di impresa”*, il tutto al fine dichiarato di contrastare il fenomeno del *dumping* contrattuale.

Ebbene, proprio questo pare essere il problema anche alla base di una norma come l'art. 2, comma 25, della legge n. 549/1995, che, prendendo atto del fenomeno della pluralità di contratti collettivi qualificati nella medesima categoria, fornisce come soluzione il criterio della maggiore rappresentatività comparata, il cui onere della prova spetterebbe all'ente previdenziale⁷⁷. Tra l'altro, occorre precisare in via preliminare che nel paragrafo precedente ci siamo concentrati sulla quantificazione della base su cui calcolare i contributi da versare all'ente previdenziale, mentre in questa sede dobbiamo preoccuparci della fonte cui è delegata l'individuazione di quella base: appunto, il contratto collettivo maggiormente rappresentativo o, in caso di

⁷⁵ TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, cit., p. 22.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Così Cass. 23 aprile 1999, n. 4074.

più contratti collettivi, quello comparativamente più rappresentativo.

A ben vedere, allora, queste norme cercano di risolvere il problema della concorrenza interna dell'autorità salariale: ci si sta sempre chiedendo, infatti, quale sia il soggetto che meglio di altri può individuare un salario di base su cui in un secondo momento calcolare la contribuzione previdenziale, col fine di risolvere l'aporia della apparente compresenza di più autorità salariali nel medesimo ambito di riferimento. In questo caso, infatti, si instaura una competizione al ribasso tra gli stessi contratti collettivi, spinta dalla possibilità che nel nostro ordinamento, a causa della mancata attuazione dell'art. 39 Cost. e dell'assenza di una nozione di categoria generalmente applicabile, possano sovrapporsi più contratti collettivi contemporaneamente: in questa ipotesi, infatti, organizzazioni sindacali non necessariamente prive di rappresentatività possono mettere in atto un processo di divisione tra sindacati e frammentazione della contrattazione, col solo fine di fissare minimi tabellari più bassi dei contratti collettivi stipulati da organizzazioni concorrenti⁷⁸.

Ebbene, la norma in esame vuole proprio evitare che da questo procedimento derivi un abbattimento del gettito contributivo⁷⁹, tramite l'imposizione dell'utilizzo del contratto collettivo stipulato da organizzazioni comparativamente più rappresentative sia dal lato dei datori di lavoro che da quello dei lavoratori. Non è questa la sede per approfondire il problema della rappresentanza delle organizzazioni sindacali, dovendosi rinviare a quanto detto in tema di appalti pubblici e cooperative; può essere utile, tuttavia, richiamare alcuni principi: da un lato, allora, la legge non può individuare a priori le organizzazioni maggiormente rappresentative, ma sarà sempre necessaria una valutazione comparativa caso per caso dei sindacati esistenti;

⁷⁸ Tale fenomeno è stato approfondito da GOTTARDI D., *Significato e anomalia di un contratto*, in LI, 1997, V, p. 21 ss.; LASSANDARI A., *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in LD, 1997, p. 261 ss. e MORETTI G., *La contrattazione collettiva "al ribasso"*, in DRI, 1997, III, p. 177 ss.

⁷⁹ BELLOMO S., *Sub art. 36 Cost.*, cit., p. 193.

dall'altro lato, benché la legge possa prevedere tra gli indici di rappresentatività il dato quantitativo, non si può prescindere da altri criteri, come il grado di copertura settoriale e la diffusione sul territorio⁸⁰.

4. *Il minimale contributivo e riflessi sull'efficacia del contratto collettivo*

L'effetto dell'applicazione del meccanismo appena esaminato si ripercuote anche sull'applicazione dell'art. 36 Cost. e sulla quantificazione del minimo costituzionale, secondo due argomenti: uno pratico ed uno esegetico, se così vogliamo dire.

All'interno di un'impresa, infatti, il combinato disposto della legge n. 389/1989 e della legge n. 549/1995, unito all'efficacia propria del principio della giusta retribuzione, potrebbero causare la singolare situazione di una duplicazione dei contratti collettivi applicati dall'azienda: se, infatti, l'imprenditore non applica un contratto collettivo qualificato, per così dire, ma comunque legittimo ai fini dell'individuazione del minimo costituzionale, questi potrebbe dover poi calcolare i contributi sulla retribuzione prevista da quei contratti collettivi qualificati, che però non ha accettato di applicare. La coincidenza della base di calcolo di tali adempimenti si avrebbe solo se il datore di lavoro scegliesse spontaneamente di applicare il contratto collettivo *leader*: in questo consisterebbe un importante effetto di trascinamento della legge n. 549/1995, che costituirebbe, più che una *minimum tax*, come definita da qualcuno⁸¹, un incentivo, in ottica di semplificazione, all'applicazione dei contratti collettivi dotati di maggiore rappresentatività comparata, indipendentemente dal voler comunque indentificare la base di calcolo del minimale contributivo col

⁸⁰ Così Corte cost. 19 ottobre 1988, n. 975, in GI, 1989, I, p. 1460 ss., nt. COLAPIETRO.

⁸¹ Cfr., *supra*, CINELLI M., *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, cit., p. 207.

minimo costituzionale⁸².

Ma vi è di più: nel caso in cui il datore di lavoro proprio non applichi alcun contratto collettivo, ed il lavoratore al contempo richieda per via giudiziale il riconoscimento della giusta retribuzione, anche in questo caso il giudice potrebbe, in ottica di semplificazione degli adempimenti e di coordinamento con l'adempimento dell'obbligazione contributiva, applicare il minimo stabilito dai contratti *leader*. Il fatto, ancora, che non ci sia coincidenza tra minimo costituzionale e base di calcolo del minimale contributivo rileva, semmai, da un punto di vista solo quantitativo.

Queste considerazioni sono alla base delle opinioni di chi, ponendosi appunto il problema della contrattazione collettiva pirata in tema di giusta retribuzione, ha rinvenuto nelle indicazioni della disciplina previdenziale un importante criterio per risolvere la questione: basandosi sulla medesima *ratio* e situazione di fondo, vale a dire la circostanza di datore di lavoro che non applica alcun contratto collettivo e compresenza di più contratti collettivi astrattamente applicabili, dotati di minimi tabellari anche molto diversi tra loro, si è sostenuto come il criterio del minimale contributivo, cioè la preferenza per il sindacato comparativamente più rappresentativo nella categoria come fonte per individuazione di quel *quantum*, fosse utilizzabile anche in tema di minimo costituzionale⁸³. Evidentemente, questa opzione interpretativa si basa su una concezione di fondo c.d. "trentanovista", poiché trova giustificazione in un principio che risulterebbe espresso dall'art. 39 Cost. anche indipendentemente dalla sua attuazione, che, sebbene con riferimento all'efficacia *erga omnes* del contratto collettivo, riconosce maggiore rilevanza alle organizzazioni sindacali dotate di un maggior seguito tra i lavoratori⁸⁴.

⁸² BRIDA E., *Retribuzione imponibile previdenziale ed efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune*, in RIDL, 1998, I, 171 ss.

⁸³ LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, cit., p. 244.

⁸⁴ Così PERA G., *Note sui contratti collettivi «pirata»*, in RIDL, 1997, I, p. 381 ss. p. 1681, ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. II, *Diritto sindacale*, Giuffrè, 2007, p. 1681.

In conclusione tali considerazioni hanno il pregio di mettere in collegamento la norma sul minimale contributivo e l'art. 36 Cost., usando come comune denominatore la fissazione di costi del lavoro non aggirabili dagli imprenditori: la competizione, allora, che questi ultimi mettono in atto tramite il ricorso alla contrattazione collettiva pirata, sia per quanto riguarda il minimale contributivo che il minimo costituzionale, potrebbe trovare nella legge n. 549/1995 un efficace strumento di contrasto, se interpretata dalla giurisprudenza nei termini appena esposti.

CONCLUSIONI

LE NORME SULLA DETERMINAZIONE DEL COSTO DEL LAVORO COME TECNICHE DI REGOLAZIONE DEL MERCATO

Uno degli obiettivi di questo lavoro è stato quello di rintracciare, in definitiva, una funzione abbastanza inedita delle norme giuslavoristiche, che non possono sottrarsi a quello che è stato definito come “il problema della regolarità e delle tutele sociali, sia come fine in sé sia come misura e regola della concorrenza”¹: oggetto di analisi sono state, allora, tutta una serie di norme accomunate dall’essere relative al trattamento economico del lavoratore subordinato e dall’aver come fine e/o effetto anche la regolamentazione della concorrenza tra imprenditori.

Questo ha portato a mettere in collegamento diversi settori dell’ordinamento e rintracciare sostanzialmente le medesime questioni e soluzioni: nel primo capitolo si è cercato di sottolineare la funzione insita nell’applicazione giurisprudenziale dell’art. 36 Cost. del contrasto al *dumping* salariale, funzione che, nel ricollegare il trattamento economico del lavoratore subordinato al valore individuato nel mercato dai soggetti sindacali, ha evidenziato come quella stessa operazione, se messa in atto tramite una legge sui minimi salariali, porterebbe ad un indebolimento di quella che è, e deve rimanere, l’autorità salariale più idonea a tale scopo.

È opportuno notare come queste considerazioni siano state riprese anche dalla Corte costituzionale in tema di cooperative, in modo da introdurre, quasi, un principio di necessaria prevalenza della fonte collettiva su quella legislativa nella definizione dei minimi salariali².

Tra l’altro, nel secondo e terzo capitolo sono state esaminate tecniche normative analoghe, ma riguardanti settori diversi, e si è potuto notare come

¹ SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., p. 755.

² DELFINO M., *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in DRI, 2016, II, p. 356 ss.

le soluzioni interpretative in tema di lesione alla libertà sindacale e *quantum* del trattamento economico collettivo oggetto delle varie estensioni legislative siano convergenti.

Questo ci porta ad affermare che il diritto del lavoro ricorre frequentemente a tecniche regolative diverse dalla classica norma inderogabile³: tali sono le clausole sociali, che rispondono all'intento di regolazione della logica concorrenziale sottraendo alcuni fattori dalla competizione, e la responsabilità solidale, che, invece, ha il fine di responsabilizzare i soggetti economici. A riguardo, si può sostenere come la logica della certificazione della regolarità lavoristica sia ancora lontana da una corretta implementazione: avendone visto l'utilizzo negli appalti pubblici come strumento per sollevare dalla responsabilità solidale, si potrebbe ripetere il medesimo schema anche nel settore degli appalti privati, in modo da favorire una corretta applicazione di *standard* di trattamento uniformi.

Allo stesso tempo, sono emerse alcune questioni con riferimento alla necessità, ormai indefettibile, di selezione delle autorità salariali: nel nostro ordinamento pare, allora, che, a fronte della mancata attuazione dell'art. 39 Cost. in tema di efficacia del contratto collettivo, si possa ricorrere alla tecnica del rinvio alle previsioni del contratto *leader*: stando così le cose, bisognerebbe sottolineare la particolarità di questa scelta, e la sua legittimità, anche quando ci si interroga sulla compatibilità delle clausole sociali negli appalti pubblici con l'ordinamento europeo. Inoltre, sul punto occorre osservare che la stessa soluzione della Corte costituzionale espressa con la sentenza n. 51/2015 non sia esente da critiche: si potrebbe sostenere che le norme sul trattamento economico del socio lavoratore di cooperativa siano solo in apparenza un rinvio ad un parametro esterno di commisurazione. Quell'operazione, infatti, nel caso dell'art. 36 Cost. è compiuta dal giudice

³ SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, cit., p. 754.

su domanda del singolo lavoratore, mentre nel caso delle cooperative è una legge dello Stato che, di fatto, impone l'applicazione di un contratto collettivo a tutti i lavoratori. E ciò è evidente anche alla luce della Circolare n. 3/2018 dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro.

In ogni caso, i giudici costituzionali si sono espressi in modo chiaro ed alla luce di ciò si può anche immaginare la tecnica del rinvio mobile al contratto collettivo come idonea, da un lato, a contrastare forme di *dumping* salariale e, dall'altro lato, a resistere alle censure in tema di mancata attuazione dell'art. 39 Cost.

Dunque, in conclusione, da questo lavoro emerge come ormai il rispetto delle regole lavoristiche sia sempre di più una condizione necessaria al dispiegarsi del gioco della libera, e leale, concorrenza tra imprenditori.

Rimangono, tuttavia, alcune questioni aperte. La prima è quella della categoria: le norme esaminate lasciano troppi spazi di incertezza su tale nozione, pur essendo rilevante ogniqualvolta si cerchi di risolvere un conflitto tra autorità salariali che operano nello stesso ambito. In secondo luogo, resta irrisolto il problema dell'introduzione di un salario minimo legale per quei settori non coperti dalla contrattazione collettiva ed in cui non ci sono lavoratori comparabili al lavoratore subordinato⁴.

Come è evidente, non si tratta di problematiche di secondo piano, tuttavia non possiamo non ritenere che il sistema di norme all'interno del nostro ordinamento pensate per sottrarre dalla concorrenza tra imprenditori i costi del lavoro sia comunque efficace, restando necessari eventualmente quegli aggiustamenti appena segnalati.

⁴ PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, cit., p. 54.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, 8 voll., Camera dei Deputati, 1970-1971.

AGHION V.P., HERMALIN B., *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, VI, p. 381 ss.

AIMO M., IZZI D. (a cura di), *Esternalizzazioni e tutela dei lavoratori*, Utet, 2014.

AKERLOF G.A., *Labor Contracts as Partial Gift Exchange*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1982, IV, p. 543 ss.

ALBI P., *Il contratto di appalto*, in BROLLO M. (a cura di), *Il mercato del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1595 ss.

ALLAMPRESE A., ORLANDINI G., *Le norme di rilievo lavoristico nella nuova direttiva sugli appalti pubblici*, in *RGL*, 2014, I, p. 169 ss.

ALLEVA G., *La nuova disciplina degli appalti di lavoro*, in GHEZZI G. (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione*, Ediesse, 2004, p. 165 ss.

AMBROSOLI M., *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002.

ARROW K.J., DEBREU G., *Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy*, in *Econometrica*, 1954, III, p. 265 ss.

ASSANTIC., *Sub art. 36*, in ASSANTIC., PERA G., *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Cedam, 1972, p. 419 ss.

AYRES I., GERTNER R., *Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules*, in *Yale Law Journal*, 1992, p. 729 ss.

BALANDI G., *Le «clausole a favore dei lavoratori» e l'estensione dell'applicazione del contratto collettivo*, in *RTDPC*, 1973, p. 698 ss.

BARASSI L., *Il diritto del lavoro*, Giuffrè, 1949.

BARBIERI M., *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *RGL*, 2015, p. 493 ss.

BARNARD C., *The UK and posted workers: The Effect of Commission v. Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law*, in *International Law Journal*, 2009, p. 122 ss.

BAVARO V., *Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro*, in LD, 2016, IV, p. 707 ss.

BAVARO V., *Il salario minimo legale fra Jobs Act e dottrina dell'austerità*, in QRS, 2014, IV, p. 61 ss.

BAVARO V., *Il salario minimo legale e le relazioni industriali*, in *Il diariodellavoro.it*, 2014.

BELLAVISTA A., *Il salario minimo legale*, in DRI, 2014, III, p. 741 ss.

BELLOMO S., voce *Retribuzione*, in *Enc. giur. Treccani*, 2010.

BELLOMO S., *Esternalizzazioni, norme a tutela dei lavoratori e normativa speciale in materia di servizi pubblici locali*, in LG, 2010, p. 57.

BELLOMO S., Sub *art. 36 Cost.*, in AMOROSO G., DI CERBO V., MARESCA A. (a cura di), *Diritto del lavoro. La Costituzione, il codice civile e le leggi speciali*, vol. I, Giuffrè, 2009, p. 164 ss.

BELLOMO S., *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Giappichelli, 2002.

BERLE A.A., MEANS G.C., *The Modern Corporation and Private Property*, The Macmillan Company, 1932.

BIAGI M., *Disciplina della subfornitura e rapporto di lavoro*, in GLav, 1999, VIII, p. 14 ss.

BIASI M., *Il salario minimo legale nel Jobs Act: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva?*, in ADL, 2015, I, p. 371 ss.

BORGOGELLI F., *Appalti pubblici e dumping salariale: un caso di subordinazione dell'autonomia collettiva?*, in LD, 2016, IV, p. 985 ss.

BORTONE R., Sub *art. 36*, in GIUGNI G. (diretto da), *Lo statuto dei lavoratori: commentario*, 1979, p. 646 ss.

BRATTON W., Mc CAHERY J.A., PICCIOTTO S., SCOTT S., *International Regulatory Competition and Coordination*, Oxford University Press, 1997.

BRIDA E., *Retribuzione imponible previdenziale ed efficacia soggettiva del contratto collettivo di diritto comune*, in RIDL, 1998, I, 171 ss.

BRINO V., *Salario minimo legale e appalti pubblici: il caso RegioPost*, in RGL, 2016, II, p. 135 ss.

BRUCCHI LUCHINO, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, 2001.

CABRELLI D., *Rules and standards in the workplace: a perspective from the field of labour law*, in *Legal Studies*, 2011, I, p. 21 ss.

CALAMANDREI P., *Cenni introduttivi sulla Costituente e i suoi lavori*, in CALAMANDREI P., LEVI A. (diretto da), *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, Barbera, 1950, p. LXXXIX ss.

CANTILLON R., *Saggio sulla natura del commercio in generale*, CLUEB, 2013.

CARINCI M.T., *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Giappichelli, 2008.

CARINCI M.T., *La fornitura di lavoro altrui*, in *Comm. Schlesinger*, 2000, p. 474 ss.

CARINCI M.T., CESTER C., MATTAROLO M.G., SCARPELLI F. (a cura di), *Tutela e sicurezza sul lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Utet, 2011.

CARNELUTTI F., *Sul contratto di lavoro relativo ai pubblici servizi assunti da imprese private*, in RDC, 1909, I, p. 416 ss.

CAROSIELLI G., *La responsabilità solidale nell'autotrasporto merci per conto terzi*, in DRI, 2015, I, p. 251 ss.

CASSESE S., *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2003.

CATAUDELLA M.C., *La retribuzione al tempo della crisi: tra principi costituzionali ed esigenze del mercato*, Giappichelli, 2013.

CENTOFANTI S., Sub *art. 36*, in PROSPERETTI U. (diretto da), Commentario dello statuto dei lavoratori, Tomo II, Giuffrè, 1975, p. 1194 ss.

CESSARI A., *L'invalidità del contratto di lavoro per violazione dell'art. 36 della Costituzione*, in DL, 1951, II, p. 197 ss.

CHIECO P., *Somministrazione, comando, appalto. Le nuove forme di prestazione di lavoro a favore del terzo*, in CURZIO P. (a cura di), Lavoro e diritti dopo il d. lgs. 276/2003, Cacucci, 2004, p. 155 ss.

CIANFLONE A., voce *Capitolato*, in *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, 1960, p. 209 ss.

CINELLI M., *Diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, 2018.

CINELLI M., *Nuove forme di retribuzione, attualità dei principi costituzionali, imponibile contributivo*, in RIDL, 1997, II, p. 107 ss.

CINELLI M., *I problemi della retribuzione imponibile a fini previdenziali*, in DLRI, 1996, III, p. 457 ss.

COASE R.H., *The Problem of Social Cost*, in *The Journal of Law and Economics*, 1960, III, p. 1 ss.

COASE R.H., *The Nature of The Firm*, in *Economica*, 1937, IV, p. 386 ss.

CORAZZA L., *La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 93/2009.

CORAZZA L., “*Contractual integration*” e rapporti di lavoro, Cedam, 2004.

CORDELLA C., *Appalti: nozione lavoristica e tutela dei crediti retributivi dei lavoratori*, in DRI, 2016, II, p. 521 ss.

CORTI M., *Concorrenza e lavoro: incroci pericolosi in attesa di una svolta*, in DLRI, 2016, p. 505 ss.

COSTA G., *Solidarietà e codatorialità negli appalti*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 302/2016.

COSTANTINI S., *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 309/2016.

COSTANTINI S., *La finalizzazione sociale degli appalti pubblici. Le "clausole sociali" fra tutela del lavoro e tutela della concorrenza*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 196/2014.

D'ANTONA M., *Le fonti di determinazione della retribuzione*, ora in CARUSO B., SCIARRA S. (a cura di), Massimo D'Antona. Opere, vol. III, Giuffrè, 2000, p. 1026 ss.

D'ANTONA M., *Appunti sulle fonti di determinazione della retribuzione*, in RGL, 1986, I, p. 3 ss.

D'ANTONA M., *Le nozioni giuridiche della retribuzione*, in DLRI, 1984, p. 269 ss.

DEAKIN S., WILKINSON F., *Il diritto del lavoro e la teoria economica: una rivisitazione*, in DLRI, 1999, IV, p. 587 ss.

DE CRISTOFARO M.L., *La giusta retribuzione*, Il Mulino, 1971.

DELFINO M., *Legge e contrattazione collettiva sui minimi salariali nel prisma dei principi costituzionali*, in DRI, 2016, II, p. 335 ss.

DELFINO M., *Prove generali di regolazione legale del salario minimo*, in MGL, 2015, p. 694 ss.

DEL FRATE M., *La Corte costituzionale sull'applicabilità della responsabilità solidale alla subfornitura: condivisibile il risultato ma non il metodo*, in DRI, 2018, II, p. 611 ss.

DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, 2003.

DELL'OLIO M., *Retribuzione e qualità del lavoro, qualità di vita*, in ADL, 1995, II, p. 3 ss.

DELL'OLIO M., *Emergenza e costituzionalità (le sentenze sulla scala mobile e il «dopo»)*, in DLRI, 1981, p. 1 ss.

DEL PUNTA R., *Statuto dei lavori ed esternalizzazioni*, in DRI, 2004, II, p. 218 ss.

DEL PUNTA R., *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in DLRI, 2001, I, p. 3 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Diritto del lavoro e decentramento produttivo in una prospettiva comparata: scenari e strumenti*, in RIDL, 2007, I, p. 4 ss.

DE LUCA TAMAJO R., *Trasferimento di azienda, esternalizzazione del lavoro, somministrazione, appalto dei servizi, distacco, nella riforma del diritto del lavoro*, in ADL, 2005, I, p. 62 ss.

DE SIERVO U., *Verso la nuova Costituzione. Indice analitico dei lavori dell'Assemblea costituente. Spoglio sistematico delle riviste giuridiche dell'epoca*, Il Mulino, 1980.

D'HERIN H., *La Plenaria fa luce sull'efficacia del DURC ai fini dell'esclusione dalle gare d'appalto*, in *Urbanistica e appalti*, 2012, VIII-IX, p. 905 ss.

DONDI G., *Una nozione di retribuzione a fini contributivi*, in MGL, 1988, p. 552 ss.

DUI P., *Tassazione e contribuzione nel lavoro dipendente*, Giuffrè, 2005.

EPSTEIN R., *A Common Law for Labor Relations: a Critique of the New Deal Labor Legislation*, in *Yale Law Journal*, 1983, p. 1357 ss.

ESTY D.C., GERARDIN D., *Regulatory Competition and Economic Integration*, Oxford University Press, 2001.

FAIOLI M., *Semplificazioni. DURC, sanzioni e procedure*, in Treccani Il libro dell'anno del diritto 2015, Istituto della Enciclopedia Italiana Treccani, 2015.

FALZONE V., PALERMO F., COSENTINO F. (a cura di), *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori e corredata di note e riferimenti*, Mondadori, 1976.

FERLUGA L., *La tutela del socio lavoratore tra profili lavoristici e societari*, Giuffrè, 2005.

FERRANTE V., BRICCHI M., *Solidarietà e responsabilità del committente nella disciplina dell'appalto alla luce della più recente giurisprudenza*, in RGL, 2012, I, p. 463 ss.

FERRARO G., *Retribuzione e assetto della contrattazione collettiva*, in RIDL, 2010, IV, p. 693 ss.

- FILÌ V., *Il reddito imponibile ai fini contributivi*, Giappichelli, 2010.
- FONZO F., PANDOLFO A., SGROI A. (a cura di), *La contribuzione previdenziale*, Giuffrè, 2008.
- FORLIVESI M., *Sulle clausole sociali di equo trattamento nel nuovo codice degli appalti pubblici*, in RIDL, 2017, IV, p. 686 ss.
- FORLIVESI M., *L'atteso reassessment della Corte di Giustizia sulle clausole sociali relative al "salario minimo" negli appalti pubblici*, in RIDL, 2016, II, p. 538 ss.
- FOLRIVESI M., *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in RIDL, 2015, II, p. 558 ss.
- FORLIVESI M., *Le clausole sociali negli appalti pubblici: il bilanciamento possibile tra tutela del lavoro e ragioni del mercato*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 275/2015.
- FRENI A., GIUGNI G., *Lo statuto dei lavoratori: commento alla legge 20 maggio 1970, n. 300*, Giuffrè, 1971.
- GAETA L. (a cura di), *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, Ediesse, 2014.
- GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e malafede del contraente forte*, in CeI, 1997, p. 417 ss.
- GAMBERINI G., *Ai confini della certificazione dei contratti: la subfornitura industriale*, in DRI, 2012, IV, p. 1055 ss.
- GAMBERINI G., VENTURI D., *La responsabilità solidale nel settore trasporti: commento alla circolare del Ministero del lavoro n. 17/2012*, in DRI, 2012, III, p. 859 ss.
- GAROFALO D., *Lavoro, impresa e trasformazioni organizzative*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. – Cassino 18-19 maggio 2017, dattiloscritto.
- GHERA E., *Le c.d. clausole sociali: evoluzione di un modello di politica legislativa*, in DRI, 2001, II, p. 133 ss.

GIANNINI M.S., *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in RGL, 1949-50, spec., p. 3 ss.

GIUBBONI S., *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in RGL, 2015, I, p. 811 ss.

GIUBBONI S., *Salario minimo e distacco transnazionale*, in RGL, 2015, II, p. 221 ss.

GIUBBONI S., ORLANDINI G., *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, 2007.

GOTTARDI D., *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in DLRI, 2010, p. 509 ss.

GOTTARDI D., *Significato e anomalia di un contratto*, in LI, 1997, V, p. 21 ss.

GOTTI P., *Vincolatività o meno delle risultanze in materia di regolarità contributiva nelle procedure di affidamento degli appalti pubblici al vaglio dell'Adunanza Plenaria*, in FA, 2012, p. 2235 ss.

GRAGNOLI E., PALLADINI S. (a cura di), *La retribuzione*, Utet, 2011.

GRANDI M., *Prospettive in Italia per una legislazione sui minimi*, in Pol. sind., 1962, p. 102 ss.

GRECO M.G., *Contrattazione collettiva, contratti pirata e regolamenti nella determinazione dei livelli retributivi nelle cooperative di produzione e lavoro*, in VTDL, 2017, II, p. 367 ss.

GUADAGNO S., *Subappalto transnazionale e ambito di applicazione delle norme sul salario minimo*, in RGL, 2015, II, p. 33 ss.

HAYEK F., *Law, Legislation and Liberty. A New Statement of the Principles of Justice and Political Economy*, Routledge, 1979.

HELDMAN J., BENNET J., JOHNSON M., *Deregulating Labor Relations*, Fisher Institute, 1981.

HOLMLUND B., ZETTERBERG J., *Insider Effects in Wage Determination: Evidence from Five Countries*, in *European Economic Review*, 1991, V, p. 1009 ss.

ICHINO A., ICHINO P., *A chi serve il diritto del lavoro*, in RIDL, 1994, I, p. 459 ss.

ICHINO P., *La nozione di «giusta retribuzione» nell'art. 36 della Costituzione*, in RIDL, 2010, I, p. 719 ss.

ICHINO P., *Il contratto di lavoro*, in CICU A., MESSINEO F., MENGONI L. (già diretto da), SCHLESINGER P. (continuato da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. II, Giuffrè, 2003.

ICHINO P., *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in LD, 1998, II, p. 309 ss.

ICHINO P., *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

IMBERTI L., *Il socio lavoratore di cooperativa*, Giuffrè, 2012.

IMBERTI L., *Responsabilità solidali negli appalti e subappalti dopo il d. l. n. 97/2008: una disciplina in continuo movimento*, in LG, 2008, n. 7.

INGLESE I., *Le clausole sociali nelle procedure di affidamento degli appalti alla luce delle novità normative*, in DRI, 2018, II, p. 571 ss.

LAFORGIA S., *La cooperazione e il socio-lavoratore*, Giuffrè, 2009.

LAMBERTI C., *La tutela dei lavoratori e la regolarità contributiva*, in DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., SANDULLI A. (diretto da), *Il regolamento di attuazione. Trattato sui contratti pubblici*, vol. VIII, Giuffrè, 2011, p. 4428 ss.

LAMBERTUCCI P., voce *Contratti di riallineamento, contratti d'area, patti territoriali*, in *Enc. giur. Treccani, Aggiornamento*, 1999.

LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, Giuffrè, 2001.

LASSANDARI A., *Pluralità di contratti collettivi nazionali per la medesima categoria*, in LD, 1997, p. 261 ss.

LECCESE R., voce *Subfornitura (contratto di)*, in *DDPComm*, 1998, XV, p. 238 ss.

LINDBECK A., SNOWER D.J., *The Insider-Outsider Theory of Employment and Unemployment*, MIT Press, 1988.

LIPPOLIS V., *Il Dure negli appalti pubblici e il contenzioso amministrativo*, in *Il giurista del lavoro*, 2010, X, p. 2 ss.

LISO F., *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, 1998, II, p. 191 ss.

LYON-CAEN A., *A proposito del dumping sociale*, in *LD*, 2011, I, p. 7 ss.

MAGNANI M., *Il salario minimo legale*, in *RIDL*, 2010, I, p. 796 ss.

MAIO V., *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in *ADL*, 2016, I, p. 795 ss.

MANCINI F., Sub *art. 36*, in GHEZZI G., MANCINI F., MONTUSCHI L., ROMAGNOLI U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1972, p. 542 ss.

MARESCA A., *Il rapporto di lavoro subordinato del socio di cooperativa*, in *ADL*, 2002, p. 611 ss.

MARX K., *Das Kapital: kritik der politischen Ökonomie Erster Band*, Dietz, 1962.

MENEGATTI E., *Il salario minimo legale*, Giappichelli, 2017.

MENEGATTI E., *La delega sul salario minimo: verso una riforma ad “impatto zero”*, in *GI*, 2015, p. 743 ss.

MENGONI L., *Legge e autonomia collettiva*, in *MGL*, 1980, p. 692 ss.

MESSINA G., *I concordati di tariffa nell'ordinamento giuridico del lavoro*, in *Scritti giuridici*, vol. IV, Giuffrè, 2007, 1 ss.

MOLLO M., *Articolo 29, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 e contratto di trasporto: una deroga discutibile*, in *ADL*, 2015, I, p. 114 ss.

MONTUSCHI L., TULLINI P. (a cura di), *Lavoro e cooperazione tra mutualità e mercato*, Giappichelli, 2002.

MORETTI G., *La contrattazione collettiva “al ribasso”*, in *DRI*, 1997, III, p. 177 ss.

MORTATI C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, 148 ss.

NAPOLETANO D., *Appalto di opere pubbliche e tutela dei diritti del lavoratore*, in RGL, 1953, I, p. 267 ss.

NAPOLETANO D., *Natura ed efficacia della norma di cui all'art. 36, primo comma, della Costituzione e la sua rilevanza sui contratti individuali di lavoro*, in MGL, 1951, p. 216 ss.

NATOLI U., *Ancora sull'art. 36 della Costituzione e sulla sua pratica applicazione*, in RGL, 1952, p. 9 ss.

NICCOLÒ R., *L'art. 36 della Costituzione e i contratti individuali di lavoro*, in RGL, 1951, II, p. 5 ss.

NICKELL S.J., WADHWANI S.B., *Insider Forces and Wage Determination*, in *Economic Journal*, 1990, p. 496 ss.

NICOLINI C.A., *I problemi della contribuzione previdenziale*, Eum, 2008, p. 196.

NOGLER L., *sub art. 36 Cost.*, in DE LUCA TAMAJO R., MAZZOTTA O. (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013, p. 41 ss.

OCCHINO A., *Minimi salariali e comunità europea*, in DL, 2001, I, p. 149 ss.

ORLANDINI G., *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in LD, 2018, I, p. 7 ss.

ORLANDINI G., *Mercato unico dei servizi e tutela del lavoro*, Franco Angeli, 2013.

PALLADINI S., *La retribuzione del socio di cooperativa tra principi costituzionali e vincoli di sistema*, in VTDL, 2017, II, p. 347 ss.

PALLINI M., *La tutela dell'“ordine pubblico sociale” quale limite alla libertà di circolazione dei servizi nel mercato UE*, in VIMERCATI A. (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, 2009, p. 197 ss.

PALLINI M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in RGL, 2008, II, p. 3 ss.

PANUCCIO V., *L'art. 36 della Costituzione e il contratto di lavoro*, in RGL, 1953, II, p. 20 ss.

PASCUCCI P., *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. – Palermo 17-19 maggio 2018, dattiloscritto.

PEPI DE CALEO, BRUCCHI LUCHINO, *Manuale di economia del lavoro*, Il Mulino, 2015.

PERA G., *Note sui contratti collettivi «pirata»*, in RIDL, 1997, I, p. 381 ss. p. 1681, ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. II, *Diritto sindacale*, Giuffrè, 2007, p. 1677 ss.

PERA G., *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, in MGL, 1961, p. 416 ss., ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. I, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 53 ss.

PERA G., *La giusta retribuzione dell'art. 36 della Costituzione*, in DL, 1953, I, p. 99 ss., ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, vol. I, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, 2007, p. 3 ss.

PERONE G., voce *Retribuzione*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, 1989, p. 34 ss.

PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, 2011.

PERSIANI M., *Problematiche generali relative all'obbligo contributivo: 1) la retribuzione imponibile ex d.lg. n. 314 del 2 settembre 1997; 2) il minimale contributivo e il contratto collettivo; 3) la disciplina dei contratti di riallineamento retributivo*, in *Iprev*, 2002, VI, p. 1358 ss.

PERSIANI M., *Sul concetto di "in dipendenza del rapporto di lavoro"*, in MGL, 1994, p. 652 ss.

PERSIANI M., *I nuovi problemi della retribuzione*, Cedam, 1982.

PERSIANI M., *Il sistema giuridico della previdenza sociale*, Cedam, 1960.

PERULLI A., *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in LD, 2011, I, p. 13 ss.

PESSI R., *Tornando su adeguatezza e solidarietà nel welfare*, in RDSS, 2016, IV, p. 595 ss.

PESSI R., *Salario previdenziale e rapporto di lavoro*, in RDSS, 2003, II, p. 459 ss.

PESSI R., *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1989.

PLAIA A., *La competizione tra ordinamenti giuridici*, Giuffrè, 2007.

PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in RasDC, 1999, p. 639 ss.

POSNER R., *Some Economics of Labor Law*, in *University of Chicago Law Review*, 1984, IV, p. 988 ss.

PUGLIATTI S., *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in RGL, 1949-50, I, p. 189 ss.

RICCI G., *La retribuzione in tempi di crisi: diritto sociale fondamentale o variabile dipendente?*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – INT, 113/2014.

RICCI G., *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona” – IT, 163/2012.

RICCI G., *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul salario minimo*, in LD, 2011, IV, p. 635 ss.

RICCI G., *La retribuzione equa e sufficiente nelle aree socio-economicamente depresse: la visione «socialmente avanzata» della Cassazione*, in LD, 1995, p. 523 ss.

ROCCELLA M., *I salari*, Il Mulino, 1986.

RODOTÀ S., *Diritti e libertà nella storia d’Italia. Conquiste e conflitti 1861-2011*, Donzelli, 2011.

ROMA G., *Le funzioni della retribuzione*, Cacucci, 1997.

ROMANO S.A., *L’affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Giuffrè, 2011.

ROMEI R., *Il diritto del lavoro e l'organizzazione dell'impresa*, in PERULLI A. (a cura di), *L'idea di diritto del lavoro oggi*, Cedam, 2016, p. 517 ss.

ROMEO C., *Sul raccordo tra benefici all'impresa e privata e tutela del lavoro*, in RIDL, 1983, I, p. 254 ss.

SAINT-PAUL G., *Dual Labour Markets. A Macroeconomic Perspective*, MIT Press., 1996.

SALA CHIRI M., *Subfornitura ed appalto di lavoro*, in ADL, 2003, I, p. 221 ss.

SANTORO-PASSARELLI F., *Rischio e bisogno nella previdenza sociale*, in RIPS, 1948, I, p. 193 ss.

SCARPELLI F., *Regolarità del lavoro e regole della concorrenza: il caso degli appalti pubblici*, in RGL, 2006, I, p. 753 ss.

SCARPELLI F., *Art. 29. Appalto*, in GRAGNOLI E., PERULLI A. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali*, Cedam, 2004, p. 436 ss.

SCHLECHTRIEM P., SCHWENZER I., *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford University Press, 2005.

SCOGNAMIGLIO R., *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Franco Angeli, 1978.

SCORZA M., *Il diritto al salario minimo e l'art. 36 della Costituzione*, in DL, 1951, II, p. 450 ss.

SERMONTI A., *L'adeguatezza della retribuzione di fronte al contratto collettivo di diritto comune e al 1° comma dell'art. 36 della Costituzione*, in MGL, 1952, p. 128 ss.

SHAPIRO C., STIGLITZ J.E., *Equilibrium Unemployment as a Worker Discipline Device*, in *The American Economic Review*, 1984, III, p. 433 ss.

SMURAGLIA C., *La determinazione della retribuzione da parte del giudice*, in RGL, 1951, I, p. 83 ss.

SOLOW R.M., *The Labour Market as a Social Institution*, Blackwell, 1990.

SOLOW R. M., *Another Possible Source of Wage Stickiness*, in *Journal of Macroeconomics*, 1979, I, p. 79 ss.

SPEZIALE V., *Il salario minimo legale*, in WP “Massimo D’Antona”.IT – 244/2015.

SPEZIALE V., *Il datore di lavoro nell’impresa integrata*, in DLRI, 2010, p. 3 ss.

SPOLVERATO G., PIOVESANA A., *Trattamento economico del socio subordinato di cooperativa*, in DPL, 2008, p. 1215 ss.

SQUEGLIA M., *La “previdenza contrattuale”. Un modello di nuova generazione per la tutela dei bisogni previdenziali socialmente rilevanti*, Giappichelli, 2014.

STIGLITZ J.E., *Alternative Theories of Wage Determination and Unemployment in LDC's: The Labor Turnover Model*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1974, II, p. 194 ss.

STOLFI M., voce *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, 1958, p. 629 ss.

SUPPA M., voce *Subfornitura (contratto di)*, in EGT, 2001, XVII, p. 1 ss.

TAGLIENTE A., *Il rapporto di subfornitura tra elementi tipici e derivati dall’appalto: la questione della responsabilità solidale*, in ADL, 2016, II, p. 1041 ss.

TARDIVO D., *Contrattazione collettiva e anormalità dell’offerta nel nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in VTDL, 2017, IV, p. 1133 ss.

TOOL M.R. (edited by), *Institutional Economics: Theory, Method, Policy*, Kluwer Academic Publishers, 1994.

TOSCANO N.R., *I contratti collettivi di riallineamento. Problemi applicativi ed osservazioni critiche*, in RGL, 1991, I, p. 91 ss.

TOSI P., *La retribuzione nel diritto del lavoro dell’emergenza*, in DLRI, 1979, p. 511 ss.

TREU T., *Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi*, in DLRI, 2013, IV, p. 597 ss.

TREU T., *Contratto di lavoro e corresponsività*, in CARINCI F., PERSIANI M. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 2012, p. 1323 ss.

TREU T., *Problemi giuridici della retribuzione*, in DLRI, 1980, p. 1 ss.

TREU T., Sub *art. 36*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Tomo I, Artt. 35-40, Zanichelli – Il Foro Italiano, 1979, p. 72 ss.

TREU T., *Onerosità e corresponsività nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 1968.

TULLINI P., *Concorrenza ed equità nel mercato europeo: una scommessa difficile (ma necessaria) per il diritto del lavoro*, in RIDL, 2018, I, p. 199 ss.

TULLINI P., *Finanziamenti pubblici alle imprese e «clausole sociali»*, in RTDPC, 1990, p. 33 ss.

TURSI A., *Retribuzione, previdenza, welfare: nuove variazioni sul tema*, Relazione alle Giornate di Studio A.I.D.La.S.S. – Palermo 17-19 maggio 2018, dattiloscritto.

VENTURI D., *Responsabilità solidale e regolazione nei processi di esternalizzazione*, in DRI, 2010, III, p. 836 ss.

VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, BUP, 2017.

VISCOMI A., *Sulla “retribuzione imponibile” (art. 12, legge n. 153 del 1969)*, in ADL, 1995, II, p. 259 ss.

LORD WEDDERBURN, *Inderogability, Collective Agreements and Community Law*, in *Industrial Law Journal*, 1992, IV, p. 245 ss.

WEISS A., *Job Queues and Layoffs in Labour Markets with Flexible Wages*, in *Journal of Political Economy*, 1980, III, p. 526 ss.

WILLIAMSON O.E., *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Franco Angeli, 1987.

WILLIAMSON O.E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implication*, Free Press, 1975.

ZILIO GRANDI G., *La retribuzione. Fonti, struttura, funzioni*, Jovene, 1996.

ZOLI C., *Il corrispettivo della prestazione lavorativa*, in NOGLER L., TREMOLADA M., ZOLI C. (a cura di), *La riforma della posizione giuridica del socio lavoratore di cooperativa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2002, p. 408 ss.

ZOLI C., *La retribuzione tra garantismo e flessibilità: recenti scenari contrattuali e giurisprudenziali*, in *DRI*, 1997, p. 19 ss.

ZOPPINI A. (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, 2004.

ZOPPOLI L., *La corrispettività nel contratto di lavoro*, ESI, 1991.