

Working Paper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

La retribuzione nel contratto di lavoro subordinato, oggi

Fra principi ed evoluzione giurisprudenziale
il suo ruolo nel diritto del lavoro contemporaneo

Federico Avanzi
Consulente del lavoro

Working Paper n. 4

ABSTRACT

Maturata l'esperienza circa gli effetti delle politiche orientate alla "flessibilizzazione" del mercato del lavoro, non può non ravvisarsi che del concetto di *flexicurity*, sia stata certamente realizzata una maggior flessibilità contrattuale, piuttosto che la sicurezza nelle transizioni professionali dei lavoratori.

Questo induce a interrogarsi sulla sopravvivenza, nel diritto contemporaneo, di riferimenti certi, che consentano di dare senso, e sostanza, alla distinzione fra prestazioni eterodirette o svolte in modalità autonoma.

A ben vedere, l'istituto che è apparso meno permeabile al *sensu di marcia* impartito, sembra essere proprio una delle obbligazioni principali scaturenti dal sinallagma subordinato: la retribuzione.

L'analisi che segue ha dunque l'obbiettivo, valorizzando la preziosa attività della magistratura, di mettere in luce i differenti precetti che regolano e, a tutti gli effetti, proteggono imperituri, ed anzi evoluti, il diritto essenziale del lavoratore ossia il dovuto corrispettivo per la prestazione resa.

Dall'esclusivo e ampio concetto di giusta retribuzione, al temperato principio di corrispettività (*vs* obbligatorietà), dal consolidato diritto di irriducibilità ai nebbiosi confini dell'assorbimento, dall'indeterminatezza della onnicomprensività degli istituti differiti alla partita, sempre aperta, della prescrizione e, soprattutto, della sua decorrenza.

Indirizzi e criteri, non alternativi fra loro e che sanciscono il ruolo chiave della retribuzione, dovuta al lavoratore dipendente, nel garantire il riequilibrio della disparità di forze coinvolte nel rapporto e nell'arginare, *de facto*, una eccessiva avanzata della flessibilità contrattuale.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- La "giusta retribuzione", parametro ultimo e indipendente, anche rispetto la contrattazione collettiva
- L'obbligo retributivo, la peculiare declinazione del principio di corrispettività nel sinallagma subordinato
- Irriducibilità, dal contratto individuale, il diritto alla conservazione del trattamento economico del lavoratore subordinato
- L'onnicomprendività degli istituti indiretti e il diritto alla "normale retribuzione"
- La prescrizione dei crediti da lavoro come limite temporale di applicazione dei principi

IL MESSAGGIO

Anche se di sovente trascurato, uno degli aspetti che maggiormente tipizza la relazione subordinata resta l'istituto della "retribuzione". Le sue complesse dinamiche regolatorie, perlopiù di matrice giurisprudenziale, appaiono, nella loro effettività, ancora oggi idonee a fronteggiare contesti prestazionali evoluti, e a confrontarsi con recrudescenti fenomeni di *dumping salariale* e *law shopping*. Comprenderne i coevi e non alternativi principi, anche alla luce delle innovative pronunce della magistratura, significa non solo permettere una altrimenti impossibile corretta esecuzione del rapporto, ma anche consentire un ragionamento critico e formato sulla necessità nonché opportunità di future azioni legislative in materia.

Indice

1. La giusta retribuzione	4
1.1. L'egida delle determinazioni collettive	4
1.2. Oltre i confini della contrattazione	6
2. Corrispettività e obbligo retributivo	7
2.1. Una corrispettività "temperata"	7
2.2. Esercizio e "natura" del diritto.....	9
3. Irriducibilità e assorbimento	10
4. Onnicomprensività.....	12
5. Prescrizione.....	13
Conclusioni.....	16

Maturata l'esperienza circa gli effetti delle politiche orientate alla flessibilizzazione del mercato del lavoro, la riflessione sulle condizioni attuali dell'impalcatura normativa che lo regola induce – per sentieri differenti ma inevitabilmente – a constatare la radicale mutazione del diritto del lavoro, secondo alcuni, divenuto addirittura un “diritto dei lavori”⁽¹⁾.

L'evidenza che, anche nel nostro ordinamento, sia stata certamente realizzata una maggior flessibilità contrattuale, anche in uscita, piuttosto che la sicurezza nelle transizioni professionali dei lavoratori, induce a interrogarsi sulla sopravvivenza, nel diritto contemporaneo, di riferimenti certi, di “porti sicuri” che consentano di (ri)dare senso, e sostanza, alla distinzione fra prestazioni eterodirette o svolte in modalità autonoma.

A ben vedere, l'istituto che è apparso meno permeabile al nuovo senso di marcia impartito, sembra essere proprio una delle obbligazioni principali⁽²⁾ scaturenti dal sinallagma del contratto di lavoro subordinato: la retribuzione.

L'analisi che segue si pone l'obiettivo, valorizzando la preziosa attività della magistratura, di mettere in luce i differenti precetti che regolano e, a tutti gli effetti, proteggono imperituri, ed anzi evoluti, il diritto essenziale del lavoratore ossia il necessario corrispettivo per la prestazione resa.

Coscientemente trascurata la dimensione squisitamente quantitativa, per sua natura più sensibile a fattori congiunturali e comunque esogeni rispetto alla cornice normativa interna, l'obiettivo è quello di sublimare il fine intreccio regolatorio che interessa le varie fasi della relazione, ossia da considerare al momento costitutivo, nello stadio esecutivo e in quello estintivo del rapporto.

In sostanza, si tratta di indirizzi e criteri, coevi e non alternativi fra loro, che sanciscono il ruolo chiave della retribuzione, dovuta al lavoratore dipendente, nel garantire il riequilibrio della disparità di forze coinvolte nel rapporto e nell'arginare, *de facto*, una eccessiva avanzata della flessibilità contrattuale.

1. La giusta retribuzione

1.1. L'egida delle determinazioni collettive

Una valutazione che ambisca alla piena comprensione della tutela ordinamentale assicurata alla controprestazione del dipendente, non può che muovere dal dettato costituzionale e, segnatamente, dall'art. 36 Cost.

Innanzitutto, il rango assunto dal principio di “**giusta retribuzione**” ivi contenuto non può certo essere ridimensionato dal suo inquadramento nella sezione dedicata ai rapporti economici, essendo i concetti di **proporzionalità**, rispetto alla quantità e qualità del lavoro, ma anche e soprattutto di **sufficienza**, ad assicurare al lavoratore e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa, assolutamente idonei a costituire un **fondamentale presidio dei rapporti nella collettività**, restituendo al cittadino-lavoratore un concetto più ampio ed evoluto di “**giustizia sociale**”.

Uno speciale meccanismo riservato – almeno in origine – al rapporto di lavoro subordinato⁽³⁾ e che, anche all'interno della tipologia contrattuale in assoluto più

⁽¹⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori e dell'occupazione*, Giappichelli, 2017.

⁽²⁾ Cass. n. 11408/2018.

flessibile (intermittente), permette alla “singola prestazione”, identificabile temporalmente, secondo la prassi degli accordi collettivi, nell’unità di misura minima dell’ora (retribuzione oraria), di “meritare” una retribuzione degna, sempre e comunque proporzionata e sufficiente.

Invero, per chiarirne il primordiale funzionamento, occorre considerare il ruolo cardine della **contrattazione collettiva** – nazionale, territoriale o aziendale ⁽⁴⁾ – che, come noto, pur ricondotta alle regole civilistiche e qualificata come negozio giuridico di *diritto comune* con limitato potere di applicazione ⁽⁵⁾ (per associazione, adesione esplicita o implicita), con costanza è stata riconosciuta dalla magistratura come “**fonte**” **più adatta a recepire le dinamiche retributive di settore** e dunque atto idoneo a fornire quelle calmierazioni utili a scorgere il c.d. **minimo costituzionale** dovuto al prestatore.

Il settore o per meglio dire categoria del datore diviene dirimente per la concretizzazione del principio di “giusta retribuzione”, attraverso la reviviscenza sostanziale, anche nell’ordinamento post-corporativo, di norme quali l’art. 2070 c.c. che, confidando nella capacità dell’azione intersindacale di definire idonei perimetri professionali (*sfera di applicazione*) dove esercitare la propria azione, sancisce quel vincolo di coerenza tale per cui nell’ipotesi di rapporto regolato da accordo collettivo di un settore non corrispondente a quello dell’attività esercitata dell’imprenditore, il lavoratore, pur non potendo aspirare all’applicazione di una fonte eteronoma differente, salvo il datore non vi sia obbligato per appartenenza sindacale, potrà comunque richiamare tale disciplina come termine di riferimento per la determinazione della retribuzione *ex art.* 36 Cost., deducendo la non conformità al precetto costituzionale ⁽⁶⁾.

Peraltro, l’art. 2099 c.c., con il suo preponderante rifarsi all’autonomia collettiva (corporativa), tendeva a evidenziare il ruolo prioritario delle parti sociali quali “autorità salariali” ⁽⁷⁾; la norma, tutt’ora, influenza la determinazione del corrispettivo, ove il riferimento alle modalità e i termini in uso nel luogo in cui il lavoro viene eseguito, può legittimamente condurre il giudicante a quelle “tariffe salariali”, indice di una situazione di mercato sulla quale ha opportunamente influito l’intervento moderatore delle contrapposte organizzazioni ⁽⁸⁾.

E fra queste – pur nell’evanescenza normativa del concetto di “rappresentatività” in un sistema delle relazioni sindacali sviluppato nell’anomalia, tutta italiana, del reciproco riconoscimento ⁽⁹⁾ delle parti – quelle più rappresentative.

Invero, se la rappresentatività ha – come certamente ha – un senso nel dare garanzia di equilibrato confronto e raccordo di interessi contrapposti, là dove vi sia una pluralità di contratti collettivi, la rappresentatività comparativamente maggiore sarà verosimilmente garanzia di un più attendibile indice dell’equa retribuzione ⁽¹⁰⁾.

Addentrandosi nella fattività dei percorsi consentiti al fine di risarcire il prestatore ingiustamente retribuito, si osserva come il giudice adito, nell’opera di rinvenire il valore costituzionalmente accettabile, prenderà in considerazione solo gli elementi e gli istituti retributivi che costituiscono il già menzionato “**minimo costituzionale**”, con

⁽³⁾ Cass. n. 189/2019.

⁽⁴⁾ Cass. n. 1415/2012.

⁽⁵⁾ Cass., sez. un., n. 2665/1997.

⁽⁶⁾ Cass. n. 24160/2015.

⁽⁷⁾ F. AVANZI, *La giusta retribuzione oltre contrattazione collettiva*, in *Bollettino ADAPT*, n. 37/2019.

⁽⁸⁾ Cass. n. 1184/1951.

⁽⁹⁾ Commissione UE SWD(2016) 81 final – Box 2.4.1.

⁽¹⁰⁾ Trib. Trieste n. 48/2009.

esclusione dunque di un'automatica applicazione degli istituti convenzionali della cosiddetta retribuzione indiretta, quali mensilità aggiuntive o scatti di anzianità, **vagliando, se necessario, la natura, l'intensità qualitativa e quantitativa delle prestazioni** lavorative del dipendente, **nonché le effettive esigenze del medesimo al fine di un'esistenza libera e dignitosa, facendo riferimento al contratto collettivo di categoria, solo come espressione parametrica** delle condizioni di mercato e degli equi corrispettivi di lavoro ⁽¹¹⁾.

Tuttavia, è bene rammentare che eventuali “operazioni riduzionistiche” ⁽¹²⁾ rispetto al trattamento complessivamente previsto da un certo contratto/parametro, trovano eccezione, come ben evidenziato nelle iniziative ⁽¹³⁾¹³ parlamentari sul salario minimo orario, in due particolari fattispecie dove, al contrario, il diritto positivo dispone una trasposizione *tout court* delle determinazioni collocate nella sezione economico-normativa degli accordi.

Invero, *ex ante*, inteso come requisito d'accesso, nel settore degli appalti pubblici, gli articoli 30 comma 4, 50, 105 comma 9 d.lgs. n. 50/2016, impongono ad appaltatori e sub-appaltatori, quale condizione per l'ammissibilità dell'offerta e per l'aggiudicazione dei lavori, di applicare integralmente i trattamenti economici e normativi dei contratti collettivi stipulati dalle associazioni dei lavoratori e dei datori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto pubblico o con l'attività prevalente.

Mentre, *ex post*, inteso come diritto del lavoratore, per le società cooperative nelle quali il rapporto mutualistico abbia ad oggetto la prestazione di attività lavorative da parte del socio, l'art. 3 della l. n. 142/2001 e il successivo art. 7 comma 4 del d.l. n. 248/2007, vincolano a una corresponsione non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore e, in presenza di una pluralità di contratti collettivi della medesima categoria, 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.

In conclusione, dall'analisi delle prerogative e dei concreti perimetri d'azione riservati alla magistratura, ne risulta una attività istruttoria e di indagine assolutamente dedicata che conserva, salvo successivo controllo di legittimità circa la correttezza e congruità logico-

giuridica della decisione, quel necessario margine di discrezionalità e personalizzazione, utile a riscontrare efficacemente le doglianze del prestatore.

1.2. Oltre i confini della contrattazione

Ciò che emerge, quindi, con nettezza, è che i **contratti collettivi**, pur fungendo da importante e prioritario elemento di ragguaglio, **in nessun caso, ancorché sottoscritti da soggetti muniti di rappresentatività comparativa, sono giuridicamente abilitati ad avvallare un corrispettivo “al ribasso”** o comunque non conforme al dettato costituzionale, essendo che il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui le concertazioni sono idonee ad assicurarne la conformità, agisce esclusivamente **a livello**

⁽¹¹⁾ Cass. n. 20452/2018.

⁽¹²⁾ P. PASCUCCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro oggi*, 2018.

⁽¹³⁾ Prefazione DDL n. 658/2018 – Disposizioni per l'istituzione del salario minimo orario.

di presunzione, con onere probatorio opposto a carico del datore ⁽¹⁴⁾, **in quanto la proporzionalità e la sufficienza a cui fa riferimento la norma sono concetti autonomi e ben distinti dalla volontà delle parti sociali** ⁽¹⁵⁾.

Tanto che, secondo taluna giurisprudenza ⁽¹⁶⁾, il lavoratore che ne deduca la violazione è tenuto a provare solo l'entità della retribuzione e non anche l'insufficienza della stessa, spettando al giudice il compito di valutare la conformità dell'emolumento ai criteri della Carta Costituzionale, attingendo, al bisogno, da **parametri diversi e ulteriori** quali equità, tipo e natura dell'attività svolta, raffronto con situazioni analoghe, condizioni di mercato, potere d'acquisto ⁽¹⁷⁾ o situazioni personali e/o familiari del lavoratore ⁽¹⁸⁾.

Dunque, conosciuta per com'è e per come oggi viene effettivamente assicurata, questa speciale salvaguardia dovrebbe indurre alcune riflessioni, per esempio sull'opportunità politica di approfondire, a periodi alterni, una così alta intensità dialettica su provvedimenti quali il salario minimo orario (diritto sostanziale) piuttosto che sull'interrogarsi su come favorire, nell'immediato, la tutela qui analizzata e che già esiste nel concreto (diritto effettivo).

Anche perché, a ben vedere, **una così profonda e personalistica applicazione del presidio costituzionale**, potenzialmente sganciata da ogni limitazione spazio-temporale del rapporto intercorso o intercorrente fra le parti, che si spinge fino a ricomprendere nel concetto di "giusta retribuzione" il tempestivo pagamento della stessa ⁽¹⁹⁾ e che oggi ⁽²⁰⁾, risulta estendibile a quella "zona grigia", fra flessibilità e precarietà, dove emergono condizioni di "debolezza economica", **non appare affatto impreparata, dal punto di vista tecnico-giuridico, a fronteggiare contesti prestazionali evoluti, a confrontarsi con recrudescenti fenomeni di dumping salariale e law shopping, rivelandosi, all'inverso, particolarmente incisiva e idonea a garantire quell'attenzione sociale dovuta a ogni cittadino, a maggior ragione se lavoratore.**

2. Corrispettività e obbligo retributivo

2.1. Una corrispettività "temperata"

Fra le virtù della controprestazione (retribuzione), occorre non di meno considerare la peculiare traduzione del concetto di "**corrispettività**", invero, proprio attraverso la sua speciale declinazione, all'interno della stabilità contrattuale costituente generale principio di ordine pubblico ⁽²¹⁾, alla parte debole del rapporto è altresì garantita quella "continuità" economica, che, per effetto diretto dell'art. 36 ("*...in ogni caso*

⁽¹⁴⁾ Cass. n. 27138/2013.

⁽¹⁵⁾ Trib. Torino n. 1128/2019.

⁽¹⁶⁾ Cass. n. 8097/2002.

⁽¹⁷⁾ Cass. n. 10260/2001.

⁽¹⁸⁾ Cass. n. 7383/1996.

⁽¹⁹⁾ C. cost. n. 459/2000.

⁽²⁰⁾ Cass. n. 1663/2020.

⁽²¹⁾ Cass. n. 15822/2002.

sufficiente...”) introduce una vera e propria deroga al nesso di stretta interdipendenza⁽²²⁾ tra le prestazioni.

In primo luogo, questo emerge in tutte quelle ipotesi, tipizzate dal legislatore, in cui al lavoratore compete il diritto a un trattamento economico sebbene non sia tenuto ad eseguire la prestazione dedotta in obbligazione (festività, ferie), oppure si trovi nell’impossibilità di eseguirla (infortunio, malattia, gravidanza e puerperio) e, quindi, quando manchi la reciprocità tra emolumento e attività lavorativa.

Ebbene, se, di norma, nei rapporti sinallagmatici o di scambio, il principio di corrispettività, completato da quello generale di “libera recedibilità”⁽²³⁾, neppure richiede che a ogni singola prestazione o modalità di prestazione di una parte, corrisponda una qualche forma di remunerazione, con la costituzione della *locatio operarum*, il datore, quantomeno all’interno della vigenza contrattuale, assume una obbligazione ben più vincolante e, ancorché la prestazione non sia stata resa, nemmeno unilateralmente destituibile.

Questa “rigidità”, altrimenti sussumibile nel concetto di “**obbligo retributivo**”, trova giustificazione nella tipicità del rapporto di lavoro, non direttamente discendente dalla natura corrispettiva delle obbligazioni reciproche, ma costituita dal diretto coinvolgimento, nella esecuzione del contratto, della persona del lavoratore, con conseguente potenziale ricaduta dei provvedimenti datoriali su aspetti non meramente patrimoniali ma connessi a fondamentali esigenze di vita del prestatore, oggetto di protezione, anche costituzionale, da parte dell’ordinamento⁽²⁴⁾.

È per tali ragioni che, oltre le summenzionate ipotesi di sospensione legale, **alla parte datoriale è inibita la facoltà di ridurre o differire l’attività lavorativa e, specularmente, ricusare di corrispondere la retribuzione.**

In caso contrario, risulterebbe violato il principio secondo cui il rifiuto di eseguire la prestazione può essere opposto da un contraente (nella specie il datore di lavoro) soltanto se l’altra parte (il lavoratore) omette di effettuare la prestazione da lui dovuta, ma non già quando questa sia impedita dalla volontà datoriale unilaterale, **salva la prova a carico del medesimo della impossibilità sopravvenuta**, a norma degli artt. 1256, 1463 e 1464 c.c., fondata sull’inutilizzabilità della prestazione lavorativa per fatti non addebitabili allo stesso “capo dell’impresa”, poiché non prevedibili, né evitabili, né riferibili a carenze di programmazione o d’organizzazione aziendale, a calo di commesse, a crisi economiche, congiunturali o strutturali⁽²⁵⁾.

In sostanza, il rigetto della prestazione e la conseguente omissione retributiva potrà considerarsi legittima esclusivamente laddove ricorrano eventi assolutamente eccezionali, “**cause di forza maggiore**”, cioè situazioni riscontrate nella prassi giurisprudenziale (calamità naturali, mancanza di energia elettrica, provvedimento dell’autorità)⁽²⁶⁾ e con costanza previste anche dalla disciplina collettiva⁽²⁷⁾, la quale,

⁽²²⁾ P. PASCUCI, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro oggi*, 2018.

⁽²³⁾ Art. 1373 Codice Civile Libro Quarto – Delle Obligazioni – Titolo II Dei Contratti in generale.

⁽²⁴⁾ Cass. n. 11408/2018.

⁽²⁵⁾ Cass. n. 7300/2004.

⁽²⁶⁾ G. PIGLIALARMI, *Coronavirus: gli attuali strumenti normativi per la sospensione dell’attività d’impresa*, in *Bollettino Speciale ADAPT*, n. 2/2020.

⁽²⁷⁾ Si veda, fra gli altri, art. 202 Sezione quarta – Disciplina del rapporto di lavoro – Titolo V – Svolgimento del rapporto di lavoro – Capo X – Sospensione del lavoro CCNL Terziario – Confcommercio; art. 23 Capitolo II – Disposizioni generali CCNL Trasporto – Confetra; art. 44 CCNL Operai agricoli e florovivaisti interpretazione autentica del 14 gennaio 2013.

peraltro, decorso un certo periodo di *congelamento* delle obbligazioni, dispone in favore del prestatore, il diritto contrattuale di recesso, con effetti della giusta causa.

Per completezza, è semmai da segnalare che l'unica altra via ammessa, per giurisprudenza costante, è quella dei **patti** – *ergo* consensuali – **di sospensione retributiva**, eventualmente intervenuti fra datore e lavoratore e che, per inciso, oltre a comportare un onere probatorio assolvibile anche per *facta concludentia* ⁽²⁸⁾, sono da considerarsi tecnicamente legittimi non avendo a oggetto diritti di futura acquisizione, né concretando rinuncia alla retribuzione, invalida a norma dell'art. 2113 c.c., atteso che la perdita del corrispettivo discende dalla mancata esecuzione della prestazione ⁽²⁹⁾.

2.2. Esercizio e “natura” del diritto

Nella logica delle finalità perseguite dallo scritto, non può essere trascurato il sistema mediante il quale si giunge alla equiparazione giuridica fra effettiva utilizzazione delle energie lavorative del dipendente e la mera utilizzabilità di esse.

Si tratta dell'istituto della *mora credendi* del datore che, per comprensibili ragioni di diversa coercibilità relativamente alle prestazioni infungibili (cui evidentemente appartiene la prestazione di lavoro), dovendo l'adempimento della “prestazione di fare” essere preceduto da atti preparatori, la cui esecuzione richiede la collaborazione del creditore, **rende sufficiente che il debitore (il lavoratore), che intenda conseguire la liberazione dal vincolo, costituisca il primo in mora mediante l'intimazione prevista dall'art. 1217 c.c.** ⁽³⁰⁾.

In sostanza, notificando la propria disponibilità ad eseguire le mansioni oggetto del contratto, il lavoratore subordinato, ancorché non materialmente impiegato nell'organizzazione aziendale e infrangendo così la barriera della corrispettività, conserverà, inalterato, il suo diritto alla retribuzione.

Non meno importante è poi la comprensione della “natura” di questa prerogativa essendo che, in taluni casi, almeno per quanto concerne eventuali decurtazioni di trattamenti *aliunde perceptum*, la qualificazione dell'obbligazione, in termini “retributivi” piuttosto che “risarcitori”, può fare una notevole differenza.

Allo stato attuale, osservando il progressivo uniformarsi della giurisprudenza ⁽³¹⁾, sembra che anche questa disputa sia essenzialmente risolta in favore di un **genus retributivo** (e non risarcitorio) del credito scaturito dalla *mora accipiendi* e di un conseguente **principio generale di indetraibilità**, talmente esteso da non incontrare neppure limite nella “duplicazione retributiva”, qualora il prestatore disponibile, si sia, nel frattempo, proficuamente e altrove reimpiegato ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Cass. n. 1375/2018.

⁽²⁹⁾ Cass. n. 9475/2009.

⁽³⁰⁾ Cass. n. 17785/2019.

⁽³¹⁾ Cass., sez. un., n. 2990/2018 e successive.

⁽³²⁾ Cass. n. 17785/2019.

3. Irriducibilità e assorbimento

Se tramite l'esegesi del principio di corrispettività si ottiene la garanzia sulla continuità economica del lavoratore, altri principi dell'ordinamento dispiegano effetti in favore del mantenimento e della conservazione, qualitativa/quantitativa, del trattamento al medesimo dovuto in virtù del contratto individuale.

Invero, a rafforzare il generale principio di "irrinunciabilità" di cui all'art. 2113 c.c., regola fondante il diritto del lavoro e che dispone l'universale invalidità di qualsivoglia rinuncia o transazione avente a oggetto "*diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti*", si affianca lo specifico contenuto, sostanzialmente immutato nelle versioni *ratione temporis* vigenti, dell'art. 2103 c.c., tutt'ora norma di riferimento nella gestione della prestazione lavorativa.

Il precetto in questione, a fronte di un generale divieto di adibire il lavoratore a mansioni differenti da quelle oggetto del contratto di assunzione, individua altresì limiti di flessibilità nell'esercizio del potere organizzativo del datore di lavoro entro il quale ammettere il c.d. *ius variandi*, ossia un perimetro giuridico all'interno del quale il datore può lecitamente esigere mansioni differenti, senza perciò incorrere in ipotesi di illecito contrattuale, quali demansionamento o dequalificazione.

Una regola peraltro rivista drasticamente nel tempo, quantomeno nei suoi presupposti legittimanti, transitando da un concetto di "equivalenza sostanziale" delle mansioni, cioè oggettivamente comprese nella stessa area professionale/salariale o che soggettivamente e come attitudine, consentivano la piena utilizzazione o addirittura l'arricchimento del patrimonio professionale del dipendente⁽³³⁾, a un principio di "equivalenza formale"⁽³⁴⁾, fondato su un'accezione dinamica del concetto di professionalità⁽³⁵⁾ e che, allo stato attuale, nonostante rimangano dubbi circa la sua costituzionalità⁽³⁶⁾, consente la destinazione delle energie del prestatore ad altre attività purché "*riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*".

Ciò nonostante, a norma vigente, pur considerata l'anzidetta flessibilizzazione legislativa in tema di mansioni, dall'art. 2103 c.c. (assorbente l'art. 36 Cost.) continua a desumersi, imperituro, il principio di "**irriducibilità della retribuzione**", il quale implica che il **trattamento economico concordato al momento dell'assunzione non è riducibile, neppure a seguito di accordo con il prestatore e che ogni patto contrario è nullo**⁽³⁷⁾, **anche nell'eventualità di passaggio a mansioni inferiori**⁽³⁸⁾.

In questo senso, non deve trarre in inganno la novella introdotta dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015 allorquando, nell'emendare la precedente versione codicistica, dispone un diritto alla conservazione dell'emolumento, eccezion fatta per "*gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento*" della prestazione.

Si tratta esclusivamente dell'esplicitazione – legale – di un concetto già affiorato con costanza nella giurisprudenza e che, interpretando la norma, intendeva estendere la

⁽³³⁾ Cass. n. 7370/1990.

⁽³⁴⁾ In questi termini la App. Genova n. 154/2018.

⁽³⁵⁾ Trib. Milano n. 2137/2017.

⁽³⁶⁾ F. AVANZI, *Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i principi costituzionali*, in *Bollettino ADAPT*, n. 39/2019.

⁽³⁷⁾ Cass. n. 19092/2017.

⁽³⁸⁾ App. Milano n. 1974/2019.

copertura della irriducibilità alla sola retribuzione compensativa delle qualità professionali intrinseche essenziali delle mansioni contrattuali, ma non anche a quelle componenti della retribuzione che siano erogate per compensare particolari modalità della prestazione lavorativa (es. indennità per lavoro notturno) ⁽³⁹⁾.

Chiariti dunque i fondamentali di questo precipuo vincolo contrattuale assunto dall'imprenditore, occorre fugare i – ricorrenti – dubbi circa l'ampiezza dello stesso.

Infatti, dall'attenta analisi giurisprudenziale, non residua alcuna incertezza **sull'impraticabilità di ipotetiche diminuzioni rispetto ad ogni genere di elemento definito in sede pattizia e avente carattere retributivo**, a cominciare dai c.d. *superminimi* ⁽⁴⁰⁾ (con le precisazioni che seguiranno), ossia le eccedenze rispetto ai minimi tabellari e fino a comprendere eventuali *benefit* in natura concessi al dipendente quali, a esempio, la comune ipotesi di auto aziendale in uso promiscuo ⁽⁴¹⁾.

Più articolata risulta la gestione o per meglio dire l'eventuale interruzione di emolumenti che, pur non palesemente evidenziati nel contratto individuale (es. premi *ad personam* ricorrenti), causa l'erogazione in modo uniforme, costante, frequente e tale da ingenerare nel lavoratore la convinzione che il comportamento datoriale sia giuridicamente obbligatorio (*opinio iuris ac necessitatis*) ⁽⁴²⁾, potrebbero assumere le sembianze di *usi normativi* e dunque essere assistiti dalla garanzia *ex art. 2103 c.c.*

Come già accennato, la regola aurea sulla conservazione della retribuzione trova una sua particolare configurazione nell'ambito dei *superminimi* accordati al lavoratore salariato, i quali restano comunque permeati dal fenomeno giuridico dell'**assorbimento**.

A tal riguardo giova precisare che, sul piano generale, il principio di intangibilità della posizione economica acquistata dal lavoratore postula, per la sua operatività, la spettanza per legge o per contratto del trattamento rivendicato e, pertanto, **in tema di *superminimo*, questo entra a far parte del patrimonio del lavoratore solo ed esclusivamente quando sia stato pattuito espressamente tra le parti o quando sia ricollegabile alle peculiarità del lavoratore che ne beneficia e non solo per il fatto che attribuito una volta lo si sia attribuito per sempre, soggiacendo in tale ultima ipotesi alla regola dell'assorbimento ⁽⁴³⁾.**

Da ciò consegue che, in caso di successivi aumenti da contrattazione collettiva ovvero in ipotesi di passaggio a inquadramento superiore, resta a carico del lavoratore l'onere di fornire la prova della sussistenza del titolo che autorizzi il mantenimento del compenso ed escluda la compensazione.

Naturalmente, in assenza di una esplicita clausola contrattuale “di non assorbibilità”, la volontà negoziale potrà altresì essere ricostruita dal complessivo comportamento delle parti, tenuto anche in epoca successiva alla definizione trattamento di *favor*, potendo desumersi una simile intenzione conservativa, a esempio, laddove il *superminimo* resti inalterato nel tempo, nonostante precedenti e ripetuti rinnovi della contrattazione collettiva applicata.

A chiusura dell'argomento, occorre segnalare una ulteriore novità contenuta del testo attualmente in vigore e che riguarda la specifica regolamentazione di eventuali accordi o percorsi conciliativi atti a ridurre, in termini leciti, il trattamento inizialmente stabilito.

⁽³⁹⁾ Cass. n. 19465/2015.

⁽⁴⁰⁾ Cass. n. 15217/2016.

⁽⁴¹⁾ Trib. Milano n. 8457/2013.

⁽⁴²⁾ Cass., sez. I civile, n. 2374/1998.

⁽⁴³⁾ Cass. n. 20008/2008.

Se è vero che, prima del d.lgs. n. 81/2015 eventuali variazioni in negativo erano praticate e sostanzialmente legittimate, indipendentemente dalle motivazioni, laddove intervenute nelle sedi protette di cui al comma 4 dell'art. 2113 c.c. o innanzi alle commissioni di certificazione, oggi la norma appare tranciante nell'escludere la validità di simili accordi se non motivati e stipulati “*nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita*”.

4. Onnicomprensività

Come già emerso a riguardo di “giusta retribuzione” e “minimo costituzionale”, se si dovesse raffigurare idealmente il trattamento economico dovuto al lavoratore dipendente, piuttosto che una singola, uniforme e lineare retta, tracciata lungo l'intero arco del rapporto, meglio sarebbe immaginare un “qualcosa” di – giuridicamente – complesso e variabile, anche in dipendenza delle fasi della relazione patrimoniale (costitutiva, esecutiva ed estintiva) in cui questa viene considerata.

Quanto detto si intuisce anche ragionando sull'esistenza, all'interno del sinallagma subordinato, oltre della retribuzione ordinaria, dei c.d. *istituti indiretti* quali ferie, riduzione orario di lavoro, permessi, mensilità aggiuntive e trattamento di fine rapporto, oppure delle previste e peculiari indennità – risarcitorie e non – dovute al prestatore in caso di mancato preavviso ovvero di accertato illegittimo licenziamento.

E a protezione di tutto questo, ovvero di ciò che esula l'emolumento corrente, l'ordinamento recepisce un concetto di retribuzione ispirato al criterio di **onniconcomprensività** ⁽⁴⁴⁾, nel senso che nel determinare il *quantum* dell'istituto, di volta in volta considerato, deve essere conteggiato **un valore più ampio della semplice retribuzione oraria o mensile pattuita, a livello individuale o collettivo, in sede contrattuale, consentendo così al lavoratore di ricevere un trattamento normale**, anche in difetto di effettiva prestazione dello stesso.

Una sorta di estensione ulteriore del già citato obbligo retributivo.

E considerata la **mancanza di un generale e inderogabile metodo di calcolo**, l'*alea* dei i criteri applicativi, rinvenibili, come detto, esclusivamente istituto per istituto, suddivisi in filoni giurisprudenziali e, comunque, da un punto di vista della correttezza, verificabili esclusivamente *ex post* in sede di giudizio, la gestione pratica di questo principio risulta assai difficoltosa oltreché foriera di contestazioni e azioni rivendicative, anche di impulso sindacale ⁽⁴⁵⁾.

Effettivamente, in pura logica sinottica, occorre rilevare che, per quanto concerne lo specifico caso dell'**indennità di fine rapporto** (*ex art. 2120 c.c.*), al netto della discrezionalità assicurata, *ipso iure*, alla disciplina collettiva, anche mediante ricorso a elenchi tassativi ⁽⁴⁶⁾ di voci da ricomprendere o escludere dal computo, **il concetto di onnicomprensività trova la sua più ampia espressione, conducendo la prevalente giurisprudenza a non assegnare rilievo alla ripetibilità e/o frequenza delle**

⁽⁴⁴⁾ Cass. n. 16636/2012.

⁽⁴⁵⁾ F. AVANZI, *Onnicomprensività della retribuzione. La “vertenza” Fiom-Cgil di Parma*, in *Bollettino ADAPT*, n. 26/2019.

⁽⁴⁶⁾ Cass. n. 26610/2019.

erogazioni, ma a far leva sulla qualità dell'emolumento corrisposto, dando così rilevanza al titolo della erogazione e riscontrando la normativamente richiesta connessione (*rectius* dipendenza), ogni volta che vi sia un collegamento tra un certo evento correlato al rapporto corrispettivo e l'emolumento stesso, **escludendo, pertanto, solo quelle voci collegate a ragioni aziendali del tutto eventuali, imprevedibili e fortuite** ⁽⁴⁷⁾.

Parametri che divergono parzialmente qualora si verta di *istituti indiretti* quali **ferie, permessi, mensilità aggiuntive** ecc., poiché, pur rimanendo ferma l'applicazione – assunta al rango di “diritto vivente” – del principio in questione, gli approdi della magistratura sembrano abbracciare un **criterio maggiormente dipendente dalla temporalità delle erogazioni, sicché, per il riconoscimento del diritto al computo nella base di calcolo della retribuzione differita, non è sufficiente la constatazione della normalità**, e cioè della sistematicità e non occasionalità dell'elemento (es. straordinario, premio, maggiorazioni, benefit in natura ecc.), **occorrendo in aggiunta che la contrattazione collettiva faccia riferimento, al fine considerato, a un obbligo contrattuale di corrispondere la retribuzione normale, o, come altrimenti indicata, ordinaria, di fatto o globale di fatto** ⁽⁴⁸⁾.

Mentre invece sembra opportuno segnalare che, qualora si discuta di “**retribuzione globale di fatto**”, con **specifico riferimento alle tutele previste in caso di licenziamento**, la giurisprudenza persegue il risultato di neutralizzare, compiutamente, gli effetti della illecita estromissione del lavoratore, attraverso un conteggio che comprenda quel **coacervo di somme dovute, anche in via non continuativa, purché non occasionale, in dipendenza del rapporto di lavoro e in correlazione ai contenuti e alle modalità di esecuzione della prestazione, così da costituire il trattamento economico che sarebbe stato effettivamente goduto, fatta eccezione per le indennità sostitutive delle ferie, festività e riduzione di orario di lavoro** ⁽⁴⁹⁾.

5. Prescrizione

Nel corso dell'analisi proposta, è riscontrabile come, avventurandosi fra i reticolati sentieri delle regole applicabili alla retribuzione, mai si è fatto diretto riferimento alla tipologia contrattuale eventualmente adottata dalle parti, essendo tali principi espressi dal diritto, per mano della giurisprudenza, in una logica superiore a quella prettamente negoziale, a riprova di quella sostanziale “impermeabilità” verso la flessibilizzazione che oggi, al contrario, prena l'intero arco tipologico contrattuale subordinato.

Tuttavia, nella logica di analisi valutativa, finalizzata a determinare l'effettiva consistenza delle garanzie ordinarie, non può omettersi *lo stato dell'arte* circa i termini entro i quali il prestatore etero-diretto (o etero-organizzato?), può oggi esercitare il diritto e richiedere l'integrale applicazione di tutti i meccanismi sin qui esposti ossia, in altri termini, fare il punto sull'annoso tema della prescrizione dei crediti retributivi.

Da un punto di vista della “durata”, *stricto sensu*, riferimenti normativi e conseguente esegesi giurisprudenziale appaiono ormai consolidati a favore di un generale termine

⁽⁴⁷⁾ Cass. n. 3625/2020.

⁽⁴⁸⁾ Cass. n. 813/2013.

⁽⁴⁹⁾ Cass. n. 19956/2009.

quinquennale di prescrizione (art. 2948, n. 4 e 5, c.c.), da applicarsi anche a voci quali “straordinario”⁽⁵⁰⁾, festività lavorate⁽⁵¹⁾, indennità sostitutiva del preavviso⁽⁵²⁾ ovvero indennità di fine rapporto (TFR)⁽⁵³⁾, per poi prevedere eccezioni derogatorie, in senso più ampio, in specifiche ipotesi come la sentenziata prescrizione ordinaria decennale in riferimento all’indennità sostitutiva di ferie non godute⁽⁵⁴⁾ ovvero in riferimento a crediti di natura risarcitoria, connessi al pregiudizio psico-fisico patito dal lavoratore⁽⁵⁵⁾.

Al netto di eventuali atti interruttivi (2943 c.c.) o di promosse azioni in sede civile aventi efficacia caducatoria (2945 c.c.), ciò che rende davvero *sui generis* “il diritto all’estinzione dell’altrui diritto” nel sinallagma subordinato, è la questione, tutt’altro che risolta, del *dies a quo* ossia del momento da cui effettivamente inizia il decorso del termine prescrizione.

La persistente incertezza, va principalmente attribuita alla ragion d’essere stessa del diritto del lavoro e la conseguente **evoluzione giurisprudenziale** – costituzionale e non – in materia, la quale, ancorata a “sistemi di tutela” del – posto di – lavoro ben definiti, mal si coniuga, o meglio presta il fianco a molteplici interpretazioni, se contestualizzata al tempo dell’art. 18, l. n. 300/1970, versione *post* Fornero, e delle parzialmente incostituzionali *Tutele crescenti*.

Andando con ordine, con la celebre **sentenza n. 63 del 10 giugno 1966**, la **Corte costituzionale** si pronunciava in senso negativo verso una decorrenza dei termini prescrizionali durante l’esecuzione del rapporto di lavoro.

Premesso il contesto normativo del settore privato, assente lo statuto dei lavoratori e non ancora vigente la l. n. 604/1966, la sostanziale mancanza di ostacoli/rimedi contro le ipotesi di illegittimo licenziamento e nell’intento di proteggere il contraente (lavoratore) più esposto contro la sua stessa debolezza di soggetto interessato alla conservazione del posto, conducevano il *giudice delle leggi* a optare per un *dies a quo* coevo alla cessazione del rapporto.

Per quel che rileva, pur riconoscendo che la garanzia costituzionale di un diritto (art. 36) non vieta, di per sé, che esso si estingua per il decorso del tempo, la *Consulta* ravvisava che in un rapporto non dotato di quella resistenza che invece già caratterizzava l’impiego pubblico, il timore (*metus*) del recesso potesse spingere il dipendente sulla via della rinuncia, perlopiù implicita, a una parte dei propri diritti.

Aggiornato il quadro di riferimento e, nello specifico, assorbita la novella dell’art. 18 (prima versione), la **Corte costituzionale**, con la **pronuncia n. 174 del 12 dicembre 1972**, prese atto che quella particolare forza di resistenza, fonte di normale stabilità del rapporto e garanzia di appositi rimedi giurisdizionali contro ogni illegittima risoluzione individuata nel rapporto di lavoro pubblico, poteva ora ravvisarsi anche nel settore privato.

In sostanza, come confermato dalla Corte di Cassazione a sezioni unite nella successiva **sentenza n. 1268 del 12 aprile 1976**, al dipendente soggetto alla c.d. *tutela reale* ossia a cui fosse garantita una “vera stabilità” per il tramite della completa reintegrazione nella

⁽⁵⁰⁾ Cass. n. 947/2010.

⁽⁵¹⁾ Cass. n. 21377/2004.

⁽⁵²⁾ Cass. n. 15798/2004

⁽⁵³⁾ Cass. n. 14091/2001.

⁽⁵⁴⁾ Cass. n. 1756/2016.

⁽⁵⁵⁾ Cass. n. 19091/2018.

posizione giuridica preesistente e ingiustamente cessata, poteva ora consentirsi una decorrenza in esecuzione del rapporto.

Una distinzione netta e rimasta efficace sino a quando altrettanto ben distinguibili sono state le conseguenze sanzionatorie in caso di recesso ingiustificato e, pertanto, sino a che tutela reintegratoria, art. 18, l. n. 300/1970, e indennitaria, art. 8, l. n. 604/1966, hanno conservato campi di applicazione perlopiù identificabili (...*sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori...*).

Situazione evidentemente venuta meno con il processo di “modernizzazione” avviato dalla riforma Fornero, attraverso il restauro dello *statuto dei lavoratori*, e proseguito dal d.lgs. n. 23 del 2015, mediante “sostituzione” normativa *ratione temporis*, attraverso i quali si è generato un sistema di tutele mutato alla radice, per lo più indipendente dalla dimensione aziendale e composto da una articolata mistura di rimedi indennitari, con valenza di carattere generale⁽⁵⁶⁾, e ricostitutivi del diritto.

Questo ha inevitabilmente rimesso in discussione le tesi applicative pregresse, animando un acceso dibattito in dottrina e conducendo la giurisprudenza, talvolta del medesimo foro⁽⁵⁷⁾, a convincimenti assolutamente contrastanti fra loro.

Senza alcuna taumaturgica pretesa di verità, se dalle pronunce in precedenza richiamate può evincersi che il discrimine sta tutto nel timore del lavoratore, durante il rapporto, di non aver certezza circa il rientro in azienda in caso di illegittima estromissione, sembra maggiormente convincente la tesi secondo cui la situazione psicologica di *metus* non può venir meno in considerazione di una tutela ricostitutiva, come quella vigente, astrattamente applicabile, non essendo l’unico rimedio, e comunque accertabile dal giudice esclusivamente *ex post*.

È in tale guisa che un certo orientamento giurisprudenziale⁽⁵⁸⁾ sembra aver superato ogni indugio, ritenendo che, a seguito delle modifiche sistemiche e dell’aggiornato quadro normativo, la prescrizione dei crediti retributivi non possa in alcun modo decorrere in costanza di rapporto di lavoro, anche laddove i requisiti dimensionali aziendali consentano di accedere, sul piano teorico, alla tutela più alta (commi 1, 2, 3, 4 e 7, art. 18, l. n. 300/1970; art. 2 e comma 2, art. 3, d.lgs. n. 23/2015).

A tal proposito, non inganni la – apparente – presa di posizione dell’ispettorato nazionale del lavoro esplicitata con nota n. 595 del 23 gennaio 2020, dove, al contrario, si conferma l’attualità della anzidetta incertezza giuridica, originata dalla verifica, caso per caso, della sussistenza o meno di una condizione di “sudditanza psicologica” del lavoratore.

Invero, è solo con una simile premessa che il documento di prassi amministrativa dell’istituto dispone di considerare un termine prescrizioneale “rigido” per l’efficace emissione del provvedimento di diffida accertativa *ex art.* 12, d.lgs. n. 124/2004, il quale, è bene rammentarlo, vede fra i suoi presupposti applicativi proprio la “certezza” del credito patrimoniale.

⁽⁵⁶⁾ Cass., sez. un., n. 30985/2017.

⁽⁵⁷⁾ F. UBERTIS, *La decorrenza della prescrizione in corso di rapporto per i crediti di lavoro subordinato, a seguito della legge Fornero*, in *Bollettino ADAPT*, n. 8/2020.

⁽⁵⁸⁾ In questo senso si veda App. Milano n. 376/2019.

Conclusioni

Da quanto emerso, non vi è dubbio che, tutt'ora, al lavoratore dipendente, a corrispettivo della prestazione resa, competa una controprestazione (retribuzione) tutt'altro che “semplice”, un coacervo giuridico che mediante le sue complessità, tende a curarsi e a garantire al soggetto debole, coinvolto nella relazione patrimoniale, ogni aspetto rilevante del trattamento ossia qualità, quantità, continuità e soprattutto diritto al medesimo.

Con questa osservazione non si intende affatto trascurare che la libera scelta delle parti verso una tipologia contrattuale, piuttosto che un'altra, resti determinante e che, a conseguenza di ciò, l'insieme delle tutele anzidette possa venire inciso, e in alcuni casi fortemente compresso.

Tuttavia, anche alla luce dei recenti approdi giurisprudenziali, e delle nuove vie intraprese al fine di soccorrere soggetti in condizione debolezza economica, la possibilità di applicare una disciplina ⁽⁵⁹⁾, come quella che regola la retribuzione subordinata, a prescindere da vincolanti percorsi di sussunzione o di identificazione del tipo, a parere di chi scrive, significa anche disporre di una serie di strumenti/parametri normativi idonei a rovesciare le conseguenze, talvolta *contra legem*, di più o meno consensuali schemi contrattuali formalizzati in sede pattizia.

Per tali ragioni, forse, piuttosto che semplificazioni normative come tariffe orarie minime uguali per tutti, la *riserva* (art. 153 TFUE) dell'ordinamento nazionale potrebbe meglio essere impiegata statuendo per legge un potere inequivoco di disciplina – subordinata – da attribuire alla magistratura *ex post*, e magari, a precise condizioni, ad altri soggetti qualificati dall'ordinamento *ex ante*.

Anche perché, in attesa di radicali mutamenti dell'ordinamento, in un contesto dove la copertura assistenziale/previdenziale del cittadino-lavoratore dipende ancora, in modo immanente, dalla retribuzione che a esso spetta di diritto, non può pretermettersi nessuno strumento giuridico che le consenta una piena ed effettiva garanzia.

⁽⁵⁹⁾ Si veda la tesi della “norma di disciplina” sostenuta nella recente Cass. n. 1663/2020.